

## **Kongo-Belgia avgjørelsen**

Dommens forhold til folkerettens immunitetsregler før den ble avsagt, litt om dens befatning med universell jurisdiksjon, kritikken av avgjørelsen og en kommentar til enkelte andre spørsmål avgjørelsen reiser.

Kandidatnr: 446

Veileder: Jo Stigen

Leveringsfrist: 25. november

Til sammen 15798 ord

Dato: 18.11.2003

## **Innholdsfortegnelse**

<b>1</b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b>1</b>
1.1	PROBLEMSTILLING OG OVERSIKT	1
1.2	DOMMENS FAKTUM OG SAKSGANG	2
1.3	AKTUALITET OG TEMA	3
1.4	NÆRMERE OM BEGREPENE	4
1.4.1	GJELDENDE FOLKERETT	4
1.4.2	IMMUNITET	5
1.4.3	HØYERESTÅENDE OFFISIELLE PERSONER	6
1.4.4	FREMMED NASJONAL JURISDIKSJON	6
1.4.5	INTERNASJONALE FORBRYTELSE OG KJERNEFORBRYTELSENE ( <i>CORE CRIMES</i> )	7
1.5	OVERSIKT OVER KRITIKKEN AV AVGJØRELSEN	8
1.6	NASJONAL OG INTERNASJONAL HÅNDHEVELSE	9
<b>2</b>	<b><u>INNHALDET I SEDVANEREGLENE OM IMMUNITET</u></b>	<b>11</b>
2.1	GENERELT	11
2.2	FUNKSJONELL IMMUNITET	12
2.3	PERSONLIG IMMUNITET	13
2.4	IMMUNITETSREGLENES BEGRUNNELSE	15
2.5	ER REGLENE SOM FORBYR KJERNEFORBRYTELSENE <i>JUS COGENS</i> ?	15
2.6	OPPSUMMERING	16
2.7	FINNES DET IMMUNITETSUNNTAK FOR KJERNEFORBRYTELSENE?	16
2.7.1	NÆRMERE OM <i>PINOCHET</i>	18
2.7.2	INTERNASJONAL PRAKSIS OG ANDRE INTERNASJONALE KILDER	20
2.7.3	OPPSUMMERING	23
<b>3</b>	<b><u>DOMMENS BEFATNING MED IMMUNITETSSPØRSMÅLET</u></b>	<b>25</b>
3.1	GENERELT	25
3.2	DOMMENS BEFATNING MED PERSONLIG IMMUNITET	25

3.2.1	HVEM ER VERNET?	25
3.2.2	NÆRMERE OM INNHOLDET I DEN PERSONLIGE IMMUNITETEN	29
<b>3.3</b>	<b>SKILLET MELLOM PERSONLIG OG FUNKSJONELL IMMUNITET</b>	<b>29</b>
<b>3.4</b>	<b>SKILLET MELLOM PRIVATE OG OFFISIELLE HANDLINGER</b>	<b>32</b>
<b>3.5</b>	<b>UNNTAKET SOM OPPHEVER FUNKSJONELL IMMUNITET VED KJERNEFORBRYTELSE</b>	<b>35</b>
<b>4</b>	<b><u>LITT OM DOMMENS BEHANDLING AV UNIVERSALITET</u></b>	<b><u>38</u></b>
<b>4.1</b>	<b>ER DEN FOLKERETTLIGE ADGANGEN TIL Å BYGGE JURISDIKSJON PÅ UNIVERSALITET FORTSATT UAVKLART?</b>	<b>38</b>
<b>4.2</b>	<b>MINDRETALLETS BETYDNING</b>	<b>39</b>
<b>5</b>	<b><u>KORT OM RESULTATET I DOMMEN</u></b>	<b><u>41</u></b>
<b>5.1</b>	<b>ARRESTORDREN MÅ KANSELLERES</b>	<b>41</b>
<b>6</b>	<b><u>GENERELLE BETRAKTNINGER</u></b>	<b><u>42</u></b>
<b>6.1</b>	<b>ICJS ROLLE SOM LOVGIVER I FOLKERETTEN</b>	<b>42</b>
<b>6.2</b>	<b>OM UNNTAK FRA PERSONLIG IMMUNITET VED KJERNEFORBRYTELSE</b>	<b>43</b>
6.2.1	<i>DE LEGE LATA OG DE LEGE FERENDA</i>	43
<b>6.3</b>	<b>SUVERENITETSBEGREPETS FORANDRING</b>	<b>45</b>
<b>6.4</b>	<b>LEGALSTRATEGI</b>	<b>46</b>
<b>6.5</b>	<b>ET LITE BLIKK FRAMOVER</b>	<b>46</b>
<b>7</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>48</u></b>

## 1 Innledning

### 1.1 Problemstilling og oversikt

Oppgaven tar utgangspunkt i avgjørelsen fra the International Court of Justice (ICJ) 14. februar 2002, *Case concerning the arrest warrant of 11. April, Congo<sup>1</sup> vs. Belgia.*<sup>2</sup> Hovedproblemstillingen for oppgaven er: Hvordan er forholdet mellom denne dommen og det man antok var gjeldende rett *før* avgjørelsen, når det gjelder spørsmålet om prominente personers immunitet mot fremmed jurisdiksjon ved forfølgelse av de internasjonale kjerneforbrytelsene? Som kjerneforbrytelser regnes de mest alvorlige internasjonale forbrytelsene: krigsforbrytelser, folkemord og forbrytelser mot menneskeheten.<sup>3</sup> Store forventninger var knyttet til ICJs behandling av denne saken i forkant. Man forventet en endelig avgjørelse av flere av spørsmålene som reises i forbindelse med nasjonal straffeforfølgning på grunnlag av folkerettslige regler, men disse ble bare i liten grad innfridd.

Oppgaven forsøker videre å belyse en del av den kritikken som er rettet mot avgjørelsen og vil i den sammenheng også komme inn på andre spørsmål enn dem som reises i forhold til immunitetsreglene. Selv om hovedvekten her vil ligge på immunitetsspørsmålet, vil særlig Domstolens tilnærming til spørsmålet om den folkerettslige adgangen for stater til å bygge strafferettslig jurisdiksjon på universalitet *in absentia* kommenteres nærmere. Dette er interessant fordi det behandles av flere dommere i saken, og fordi jurisdiksjonsspørsmålet sammen med immunitetsreglene avgjør hvilke muligheter stater har til å forfølge kjerneforbrytelsene nasjonalt.

I tillegg kommer oppgaven inn på enkelte andre spørsmål som kan stilles i forhold til ICJ-avgjørelsen. Det viktigste av disse er spørsmålet om en eventuell utvikling som følge av dommen går i ønskelig retning og framstår som en riktig balansering av de motstridende hensyn som gjør seg gjeldende; suverenitet og menneskerettigheter.

---

<sup>1</sup> Den kongolesiske republikk (The Republic of Congo)

<sup>2</sup> [www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iCOBE/iCOBEframe.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iCOBE/iCOBEframe.htm)

## 1.2 Dommens faktum og saksgang

Den 11. april 2000 utstedte den belgiske dommeren Damien Vandermeersch en arrestordre på Kongos sittende utenriksminister, Abdulaye Yerodia Ndombasi (Yerodia) på grunn av påståtte internasjonale forbrytelser; krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten. Grunnlaget for disse beskyldningene var en rekke taler Yerodia skal ha holdt i august 1998 i Kinshasaprovinsen i Kongo, som oppmuntret til rasehat. Dette var før han ble utenriksminister. Belgias utøvelse av universell jurisdiksjon<sup>4</sup> bygget på lov 16 juni 1993 ”om straff for grove brudd på Genevekonvensjonene 12. august 1949 og protokoll I og II 8. juni 1977”, med tillegg av 19. februar 1999 ”om straff for grove brudd på internasjonal humanitær rett”. Arrestordren ble distribuert internasjonalt via Interpol. Det ble gjort klart i ordren at Yerodia på offisielt besøk i Belgia ville være beskyttet av immunitet. Kongo klaget den 17. oktober 2000 Belgia inn for ICJ med påstand om at utstedelsen av arrestordren innebar et brudd på prinsippet om suverene, likeverdige stater, som nedfelt i FN-pakten artikkel 2.1.<sup>5</sup> Prinsippet er videre stadfestet i resolusjon av FNs Generalforsamling.<sup>6</sup> Kongo hevdet også at arrestordren innebar en krenkelse av den diplomatiske immunitet en utenriksminister i en suveren stat nyter. Sistnevnte påstand bygget på artikkel 41, avsnitt 2 i Wienkonvensjonen av 18. april 1961 om diplomatisk samkvem. Det ble også hevdet at det ikke var adgang i folkeretten til å bygge på universell jurisdiksjon. Denne anførselen ble imidlertid trukket tilbake og derfor ikke tatt opp til realitetsbehandling, noe mange har beklaget. Den 14. februar 2002 ble dom avsagt hvor Kongo fikk medhold på alle punkter. Belgia ble pålagt å trekke arrestordren tilbake.

Immunitetsspørsmålet er et svært omstridt folkerettslig tema. Dette reflekteres av kritikken som er ført i etterkant av dommens avsigelse, og ikke minst av de sprikende vota og dissenser blant dommerne.

---

<sup>3</sup> Se pkt. 1.4.5 nedenfor.

<sup>4</sup> Se pkt. 1.4.4 nedenfor.

<sup>5</sup> FN-Pakten av 26.06.1945

<sup>6</sup> UN GA/RES/2625 (XXV) Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations – 24.10.1970

For tiden fører Kongo en ny, lignende sak for ICJ, denne gangen mot Frankrike på grunn av Frankrikes forsøk på å straffeforfølge innenriksminister Pierre Oba for forbrytelser mot menneskeheten og tortur. Det hører også med til historien at den interne loven Belgia bygget arrestordren på, nå er opphevet blant annet etter press fra USA med trusler om å fjerne NATOs hovedkvarter fra Brussel.

### 1.3 Aktualitet og tema

Dommen behandler og avgjør spørsmålet om hvorvidt Yerodia kunne straffeforfølges i Belgia for medvirkning til folkemord. Det blir slått fast at dette ikke kunne gjøres på grunn av den immunitet han var beskyttet av som sittende utenriksminister i Kongo. Avgjørelsen har fått mange til å spørre: Bør det være slik? Må immunitetsreglene nødvendigvis være de samme for utenriksministere som for statsledere? Er det riktig å la dem som begår de aller mest alvorlige forbrytelsene det internasjonale samfunnet kjenner gå fri? Slike forbrytelser begås gjerne nettopp av offisielle personer i høye stillinger. Hensynet til menneskerettighetene og hensynet til samkvem mellom statene står her mot hverandre.

Spørsmålet om immunitet for nasjonal straffeforfølgning av internasjonale forbrytelser berører et rettsområde under utvikling. Spørsmålet om straffeforfølgning av individer på grunn av internasjonale forbrytelser er gjenstand for et stadig økende fokus i dagens internasjonale samfunn. Dermed er også immunitetsreglene kommet sterkere fram i lyset. Flere skritt er tatt på internasjonalt nivå i denne henseende, som ved opprettelsen av ICTY, ICTR og ICC, med røtter tilbake til rettsoppgjørene etter andre verdenskrig i Nürnberg og Tokyo. Men den stadig økende viljen til å straffe personer i ledende stillinger for internasjonale forbrytelser, understrekes også av en etter hvert ganske omfattende aktivitet på det nasjonale plan. Det er denne nyere praksis som er av særlig interesse for det feltet av folkeretten vi nå befinner oss, nettopp fordi det er et så dynamisk felt. Mens utviklingen av menneskerettighetsdoktrinen og prinsippet om individuelt ansvar for internasjonale forbrytelser får stadig sterkere gjennomslagskraft i det internasjonale samfunn, har immunitetskonseptet for stater og deres organer vært gjenstand for en viss erosjon, på lik linje med suverenitetsbegrepet. Frankrike og Belgia har framstått som foregangsland når det gjelder å vise vilje til å straffeforfølge

kjerneforbrytelsene.<sup>7</sup> I tillegg kan nevnes *Eichmann* i Israel i 1962.<sup>8</sup> Kanskje aller viktigst er avgjørelsen i Englands House of Lords angående utleveringen av *Pinochet*.<sup>9</sup> Den sistnevnte avgjørelsen setter fokus på hvilken immunitet som nyttes av *tidligere* høyerestående offisielle personer når det gjelder nasjonal straffeforfølgning. Kongo-Belgia avgjørelsen gjelder den immunitet *sittende* høyerestående offisielle personer nyter, et til da uavklart tema i folkeretten. Dommen er den første ved ICJ angående dette tema. Det gjenstår å se hvilke bidrag denne dommen yter til folkeretten i forhold til en avklaring. Den inneholder, som vi skal se, svakheter som gjør det uklart om den vil kaste lys eller skygge over folkerettens regler om immunitet.

#### 1.4 Nærmere om begrepene

Nedenfor nevnes noen av noen av de viktigste begrepene som brukes i oppgaven, og det nærmere innhold i disse forklares. Målet med dette er å få klarhet i hvordan disse brukes her. Gjennomgangen tjener også som en avgrensning av oppgavens omfang.

##### 1.4.1 Gjeldende folkerett

Med gjeldende folkerett menes de regler som kan sluttes fra de faktorer som er folkerettens kilder. Det vanlige er å si at folkerettens kilder er de som nevnes i statuttene for ICJ artikkel 38; internasjonale konvensjoner, folkerettslig sedvanerett, generelle rettsprinsipper, og folkerettslig teori som subsidiær kilde. Det er med grunnlag i disse kildene gjeldende folkerett i dette arbeidet vil utledes for å danne et sammenligningsgrunnlag for det som synes å framgå av dommen. Domstolens avgjørelser er som utgangspunkt bindende kun for sakens parter, jfr. ICJ-statuttens artikkel 59. Det er dermed i prinsippet ikke grunnlag for å knytte sterke prejudikatsvirkninger til ICJs avgjørelser på den måten vi kjenner særlig fra *common law*-systemer. Domstolens egen praksis og folkerettslig teori viser likevel i realiteten stor lojalitet til Domstolens tidligere avgjørelser. Noen kommentarer knyttes senere i

---

<sup>7</sup> Også andre land er representert her. Det er betegnende på dagens tendens at det finnes en egen internettside som behandler straffeforfølgning på grunnlag av universell jurisdiksjon. På <http://www.universaljurisdiction.info> finnes blant annet lister over de rettssaker som er ført der jurisdiksjon er bygget på dette grunnlag.

<sup>8</sup> Dom av Israels Høyesterett 29.05.1962, 36 ILR, s. 277-342

<sup>9</sup> Dom av House of Lords i England, 24.03.1999

oppgaven til domstolens bruk av generelle prinsipper (reelle hensyn) som rettskildefaktor.<sup>10</sup>

#### 1.4.2 Immunitet

Når vi snakker om immunitet, enten det er mot strafferettslig eller sivilrettslig myndighet, er dette i realiteten en kortform for *immunitet mot jurisdiksjon*.

Immunitetsregler kan være både i traktatbasert og sedvanebasert. Disse to typene skiller seg fra hverandre først og fremst metodisk. For å klarlegge det nærmere innholdet i de avtalebaserte immunitetsregler, må vi bruke folkerettens regler om traktatolkning, i hovedsak slik disse framkommer i Wienkonvensjonen om traktatretten art 31-33. Når det gjelder sedvanebaserte immunitetsregler, så må disses innhold finnes ved å benytte de kilder som er oppsummert under pkt 1.4.1. Immunitet finnes i to hovedformer, funksjonell og personlig. Foreløpig er det tilstrekkelig å nevne at funksjonell immunitet (immunitet *ratione materiae*) nytes av alle offisielle personer for handlinger begått i embetes medfør og er (trolig) gjenstand for unntak. Personlig immunitet (immunitet *ratione personae*) nytes bare av en begrenset personkrets, men er mer omfattende. Størrelsen på sistnevnte personkrets er avhengig av hvilke konklusjoner som trekkes på grunnlag av drøftelsene nedenfor, men det kan dreie seg om ca. 500 – 600 personer på verdensbasis. De to typene immunitet har delvis ulike begrunnelser. Dette knytter seg til oppgavens hovedproblemstilling og vil bli mer inngående drøftet nedenfor.

Kongo-Belgia avgjørelsen omhandler immunitet som ikke er direkte hjemlet i noen traktat. Derfor vil immunitet med grunnlag i den alminnelige folkerett få hovedfokus i oppgaven. Slik immunitet innebærer at en stat gjør seg skyldig i folkerettsbrudd dersom den utøver statsmakt, herunder straffeforfølgning, overfor en person som er omfattet av immuniteten. Reparasjon i en eller annen form kan da søkes av den krenkede stat etter reglene om dette. Disse er delvis sedvanehjemlet, men også nedfelt i et konvensjonsutkast av ILC.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Se blant annet pkt. 2.7.3 nedenfor.

<sup>11</sup> International Law Commission: *Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts*. Genève 2001



### 1.4.3 Høyerestående offisielle personer

Med høyerestående offisielle personer menes i utgangspunktet statsoverhoder og regjeringssjefer. Denne begrensningen er gjort i blant annet i Folkerettsinstituttets resolusjon om ”immunitet fra jurisdiksjon og rettshåndhevelse mot statsledere og regjeringsledere”.<sup>12</sup> Begrepets innhold er viktig fordi det refererer til de personer som nyter personlig immunitet. Det er tradisjonelt uklart hvor langt denne personkretsen strekker seg. De foran nevnte kategorier danner begrepets kjerne, men avgjørelsen her inkluderer også utenriksministere når den bruker begrepet sammen med immunitet. Det er primært når vi snakker om sedvanebasert immunitet at innholdet er uklart. Dommen bidrar til klargjøring her. Traktater med immunitetsbestemmelser vil gjerne selv klarere angi den personkrets som omfattes. Når det gjelder de sedvanehjemlede immunitetsreglene, gir dommen anvisning på et pragmatisk resonnement for å utvide personkretsen også til utenriksministere.

### 1.4.4 Fremmed nasjonal jurisdiksjon

Fremmed nasjonal jurisdiksjon innebærer at en persons handling eller unnlattelse rammes av en annen stats enn vedkommendes myndighet. Av prinsippet om at stater er suverene og likeverdige følger noen grenser for hvor dypt en stat kan gripe inn i en annen stats indre anliggender. De folkerettslige grensene som settes er ikke nødvendigvis sammenfallende for henholdsvis jurisdiksjonsutøvelse gjennom lovgivning og gjennom håndhevelse, for eksempel arrestasjon. Det antas her at grensene for faktisk jurisdiksjon er snevrere enn for juridisk. Om en lov er universell, er det først ved *anvendelsen* av denne på andre staters borgerer at man griper inn i fremmede staters anliggende. Det finnes flere grunnlag for jurisdiksjon, og det er som et utgangspunkt opp til staten selv å avgjøre hvor omfattende jurisdiksjon den vil praktisere. I Norge er spørsmålet om strafferettslig jurisdiksjon behandlet i Straffeloven §12. Universell jurisdiksjon innebærer at alle handlinger i prinsippet er omfattet av landets lover, uansett hvor og av hvem de er begått. Det var dette grunnlag Belgia bygget sin jurisdiksjon på ved utstedelsen av arrestordren, etter som de påståtte handlinger som

---

<sup>12</sup> Institut de Droit International, *Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International law*. Session of Vancouver – 2001 (Thirteenth commission, Rapporteur : Mr. Joe Verhoeven). Norsk tittel er egen oversettelse.

danner grunnlaget for ordren er begått av en ikke-belgisk borger, utenfor belgisk territorium, uten direkte virkninger på belgisk territorium og også uten at Yerodia befant seg på belgisk territorium da ordren ble utstedt.

I spørsmålet om adgangen til å bygge på universalitet som jurisdiksjonsgrunnlag er det stort sprik i dommernes individuelle meninger. Flertallet mente at det prosessuelle disposisjonsprinsipp, *non ultra petite*-regelen<sup>13</sup>, hindret Domstolen i å ta stilling til om det i det hele tatt er adgang til å bygge på universalitet etter folkeretten. Andre mente at det var logisk nødvendig først å ta stilling til dette for i det hele tatt å fastslå om det forelå noen jurisdiksjon det kunne være aktuelt å være immun mot.<sup>14</sup>

Denne oppgaven vil først og fremst ta for seg *immunitet* i forhold til nasjonal strafferettslig jurisdiksjon. Avgjørelsen som danner utgangspunktet for drøftelsen handler om dette. De grenser som settes av folkerettslig sedvane kommer sterkest i fokus når vi befatter oss med det mer omdiskuterte grunnlaget universalitet. I det følgende legges rettens konklusjon til grunn når det gjelder spørsmålet om en utstedelse av en arrestordre i seg selv er nok til å krenke immunitet. Dette er altså jurisdiksjonsutøvelse.<sup>15</sup> ICJ knytter denne konklusjonen tett opp til de funksjoner immuniteten skal verne, og peker på at disse funksjoner kan sies å være truet ved utstedelsen av arrestordren.

#### 1.4.5 Internasjonale forbrytelser og kjerneforbrytelsene (*core crimes*)

De internasjonale forbrytelser, *crimina juris gentium*, har til felles at de anses som så alvorlige at de angår hele det internasjonale samfunn. Internasjonale forbrytere anses å være *hostis humani generis*, fiender av hele menneskeheten.<sup>16</sup> De skiller seg ut i folkerettslig sammenheng ved at de er gjenstand for individansvar. De internasjonale forbrytelser er straffbare direkte etter folkeretten. Forhandlingene som ble ført forut for

---

<sup>13</sup> *Asylum*-saken, I.C.J. Reports 1950, s. 402. *Locus classicus* i forhold til *non ultra petite*-regelen.

<sup>14</sup> Felles avvikende votum av Higgins, Kooijmans og Buergenthal (*fellesvotumet*)

<sup>15</sup> Heller ikke om dette var rettens dommere enige. Flertallet la ikke vekt på at det, mens Yerodia var sittende, ikke ble utstedt en såkalt *red notice* som *forplikter* andre stater til å arrestere og utlevere. Den belgiske *ad hoc*-dommer nevner imidlertid dette som et poeng.

<sup>16</sup> Uttrykket er opprinnelig brukt om pirater.

Romavedtektene for ICC belyser dette nærmere.<sup>17</sup> Tradisjonelt er det statene som er rettighets- og ansvarssubjekter i internasjonal rett. En gruppe av disse internasjonale forbrytelsene skiller seg ut som de viktigste. Definisjonen av disse er omforent i større grad enn definisjonen av de øvrige. Disse er for det første krigsforbrytelser, dvs. brudd på bestemmelsene i en eller flere av de fire Genèvekonvensjonene om krigens folkerett med protokoller.<sup>18</sup> Vi finner også folkemord og forbrytelser mot menneskeheten blant disse. Her behandles bare denne begrensede gruppen som det er vanlig å omtale som kjerneforbrytelsene. Kjerneforbrytelsene omfatter da de forbrytelser som faller inn under kompetanseområdet for ICC. Disse er nærmere beskrevet i ICC-statuttene artikkel 6-8. Lignende bestemmelser finnes i statuttene for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia<sup>19</sup> (ICTY) og the International Criminal Tribunal for Rwanda<sup>20</sup> (ICTR), Kjerneforbrytelsene tilhører trolig kategorien preseptorisk folkerett, eller såkalt *jus cogens*. Det kan i alle fall argumenteres for dette. Men som vi skal se nedenfor er det også enkelte problemer knyttet til å gi disse folkerettslige straffebudene denne statusen. Mindre omstridt er det at overholdelse av forbudet mot kjerneforbrytelsene har status som *erga omnes*-forpliktelse. I dette ligger at dersom disse begås, kan enhver stat anse seg som krenket ved rettsbruddet.

## 1.5 Oversikt over kritikken av avgjørelsen

Som nevnt er det rettet en del kritikk mot dommen i ettertid. Blant kritikerne finner vi Antonio Cassese. Han er blant annet tidligere dommer i ICTY. Det kan rettes kritikk både mot det Domstolen sier, og det den ikke sier. Det kan hevdes at Domstolen ved

---

<sup>17</sup> St. prp. Nr 24 (1999/2000) 5.3.3 (en oppsummering)

<sup>18</sup> Genèvekonvensjonen om beskyttelse av sivile i krigstid – 12.08.1949, Genèvekonvensjonen om forbedring av sårede og sykes kår i de væpnede styrker i felten – 12.08.1949, Genèvekonvensjonen om forbedring av sårede, syke og skipbrudnes kår i de væpnede styrker til sjøs. Genèvekonvensjonen om behandling av krigsfanger – 12.08.1949, Tilleggsprotokoll nr. 1 til Genèvekonvensjonen hva angår beskyttelsen av ofre for internasjonale væpnede konflikter 08.06.1977, Tilleggsprotokoll nr. 2 til Genèvekonvensjonen hva angår beskyttelse av ofre for ikke-internasjonale væpnede konflikter – 08.06.1977

<sup>19</sup> The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia, opprettet ved sikkerhetsrådsresolusjon (SC/RES 827 25.05.1993)

<sup>20</sup> The International Criminal Tribunal for The Republic of Rwanda, opprettet ved sikkerhetsrådsresolusjon (SC/RES 955 08.11.1994)

ikke å behandle jurisdiksjonsspørsmålet har hoppet over en gylden mulighet til å rydde opp i og klargjøre en viktig og uklar problemstilling. Videre kan retten kritiseres for at den ikke drøfter i det hele tatt om det kan gjøres unntak for immunitet når det gjelder kjerneforbrytelsene. Dommen er også kritisert for at den ikke skiller klart mellom funksjonell og personlig immunitet, og at den også på andre måter er uklar i sin befatning med gjeldende immunitetsregler. Mye av kritikken knytter seg til dommens pkt 61. Dette punktet i dommen er formelt sett et *obiter dictum* og vil bli kommentert nedenfor. Når det gjelder immunitet for *sittende* ministre, det vil si den personlige immunitet, og innholdet i og omfanget av denne, blir imidlertid dommen sett på som en avklaring av et uklart felt i folkeretten, selv om mange er uenige i den regelen flertallet legger til grunn.

#### 1.6 Nasjonal og internasjonal håndhevelse

Det finnes to ulike måter å pådømme kjerneforbrytelsene. Det kan foregå for nasjonale domstoler eller for internasjonale domstoler, som igjen enten kan være *ad hoc*; som for eksempel ICTY og ICTR, eller permanente; som ICC. Det følger av Romavedtektene at ICC har komplementær jurisdiksjon. Det er først der nasjonale domstoler ikke *ønsker* eller *evner* å forfølge antatte kjerneforbrytelser at ICC kommer i funksjon.<sup>21</sup> ICCs jurisdiksjonsregime *forutsetter* altså en nasjonal kompetanse til å håndheve folkerettens straffebud for nasjonale domstoler. I utgangspunktet er det klart at dette gjelder forbryterens egen stat. Men det er generelt ikke grunnlag for å stole på at en stat selv vil straffeforfølge sine tidligere eller sittende statsfunksjonærer. Det er derfor antatt at også fremmede domstoler har kompetanse til å pådømme kjerneforbrytelser, jfr. tidligere omtale av disse forbrytelsene som *erga omnes*. Det er her vi støter på immunitetsreglene. Ovenfor ICC kan ingen påberope seg immunitet, uansett offisiell stilling. Det henger sammen med at retten til immunitetsvern er oppgitt av de landene som er tilsluttet Domstolens statutter, jfr. artikkel 27. Den manglende muligheten til å påberope seg offisiell funksjon som hinder for straffeforfølgning ved ICC bygger direkte på traktat og har således et annet grunnlag enn de regler som er gjenstand for

---

<sup>21</sup> Se vedtektenes artikkel 17.

analyse her. Immunitetsreglene for ICC får bare betydning som indikasjon på en utvikling i folkeretten.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup>*Bianchi* s. 249 f.

## 2 Innholdet i sedvanereglene om immunitet

### 2.1 Generelt

Oppgaven legger opp til en sammenligning mellom Kongo-Belgia avgjørelsens befatning med immunitetsreglene, og de antatt gjeldende folkerettslige regler på området før avgjørelsen falt. I det følgende gjennomgås de regler som kan sies å danne det teoretiske bakteppet for denne analysen, på grunnlag av teori og praksis.

Folkerettsteoretikere synes i stor grad å være enige om rettsreglenes hovedinnhold og systematikk på dette rettsområdet. Juridisk teori finnes i stort omfang, noe som trolig kan tilskrives mangelen på tidligere autoritative avgjørelser på dette området. Henvisning vil bli gjort til enkelte ulikheter og uenigheter som kan spores mellom de ulike forfattere. Den teoretiske forankring er viktig for å skape klarhet og oversikt, og for å kunne avdekke eventuelle brister i dommens logiske resonnementer og slutninger. Det er hensiktsmessig å ha en slik gjennomarbeidet systematikk å henge den videre kritikk og analyse på.

Immunitetsreglene befinner seg i et spenningsfelt mellom to prinsipielle institutter i sterk utvikling. En utvikling som kan beskrives som det enes stadig økende innflytelse på det andre. På den ene siden står det klassiske prinsippet om statenes suverenitet og funksjonene av dette. På den andre siden står menneskerettighetene. Disse to størrelsene er ikke uforenlige begrepsmessig sett, men de kan, som tilfellet er når vi behandler regler om immunitet mot jurisdiksjon, komme i konflikt med hverandre. Dette vil bli viet større oppmerksomhet senere i oppgaven.

Det kan i hovedsak nevnes to mulige unntak fra reglene om immunitet: 1) immunitetsunntak i forhold til en stats deltakelse som privat aktør i markedet, og 2) immunitetsunntak i forhold til de internasjonale kjerneforbrytelsene. Sistnevnte unntak omfattes av hovedtemaet her og behandles nærmere nedenfor. Immunitetsreglene gjelder bare for såkalte *acta iure imperii*, det vil si for en stats utøvelse av statsfunksjoner. Når en stat befatter seg med rent private kommersielle transaksjoner,

*acta jure gestionis*, kan den rammes av en annen stats jurisdiksjon og være gjenstand for rettigheter og plikter som følger av disse, uten hinder av immunitetsregler.

Immunitetsreglene som er hjemlet i folkerettslig sedvane følger av prinsippet om suverene staters likhet. En stat kan ikke utøve sin statsmakt over andre stater; *par in parem non habet imperium*. Likeverdige subjekter har ingen bestemmelsesrett over hverandre. Dette kaller vi gjerne statsimmunitet. Utgangspunktet er altså at det er statene som er vernet ved immunitet. Reglene om immunitet ville likevel framstå som illusoriske dersom de ikke skulle gjelde for statens offisielle personer, det er jo disse som faktisk utøver statens myndighet. Da kunne man i praksis bare omgått statsimmunitetsreglene ved å stille disse til ansvar. Den alminnelig folkerettslige læren om immunitet for offisielle personer framstår dermed som et *derivat* av statsimmunitet; for å sikre effektivt og fredelig samkvem mellom stater.

Et viktig hovedskille det er vanlig å trekke når det gjelder jurisdiksjonsimmunitet, er skillet mellom den *funksjonelle* og den *personlige* som betegner henholdsvis immunitetsbeskyttede handlinger og immunitetsbeskyttede personer. De to typene er hver for seg knyttet til handlingens art og den handlendes personlig status. Disse to immunitetstypene utgjør til sammen det totale jurisdiksjonsmessige privilegiet som nytes av offisielle personer. De skiller seg fra hverandre når det gjelder innhold så vel som begrunnelse. Funksjonell immunitet behandles først nedenfor.

## 2.2 Funksjonell immunitet

Denne formen for immunitet er nært knyttet til den tradisjonelle ”act of state”-doktrinen. Det har lenge vært den rådende oppfatning at ansvaret for alle offisielle handlinger, som er utført i embetes medfør, påligger staten som sådan, og ikke den personen, som enten *de jure* eller *de facto*, utøver statsmakt ved handlingen. *McLeod*<sup>23</sup> og *Rainbow Warrior*<sup>24</sup> er kjente saker av eldre dato hvor immunitet ble ansett å utelukke straff for individer for handlinger utført i offentlig tjeneste. Disse dommene alder innebærer at de har redusert vekt på dette rettsområdet på grunn av reglenes manglende fasthet og stadige utvikling. Av nyere praksis omkring dette kan *Eichmann*-saken for

---

<sup>23</sup> British and Foreign Papers vol. 29 s. 1139

<sup>24</sup> UN reports of International Arbitral Awards, XIX s. 213

israelsk Høyesterett, og *Scotland Yard*-saken<sup>25</sup> for tysk Høyesterett nevnes til støtte for eksistensen av immunitet som unntak fra jurisdiksjon. Uttalelser fra ICTY i *Blaškić*<sup>26</sup>, i avsnittene 38 og 41, setter også fokus på slik immunitet.

Funksjonell immunitet er av materiell karakter. Den beskytter mot materiell håndhevelse. Den dekker også *enhver* offisiell persons handlinger som er begått under utøvelse av tjenesten, men beskytter ikke mot forfølgelse av private handlinger. For å skille private og offisielle handlinger fra hverandre, må man gå til formålet med handlingen. Det er irrelevant hvorvidt handlingen er tillatt eller ikke etter internasjonal strafferett. Dette kommer fram i Lord Hopes votum i *Pinochet*.<sup>27</sup> Dette kommer vi nærmere inn på når vi ser på mulighetene for å gjøre unntak for kjerneforbrytelser. Videre kan funksjonell immunitet karakteriseres ved at den ikke opphører med endt tjeneste. Offisielle personer er med andre ord vernet i kraft av denne typen immunitet også etter endt tjeneste. Et ytterligere trekk er at respekt for immuniteten er en *erga omnes*-forpliktelse. Det påligger alle stater å respektere en offisiell persons status i denne henseende.

### 2.3 Personlig immunitet

Mens det som er sagt om funksjonell immunitet foran i stor grad er knyttet til folkerettslig sedvane, finner vi regler om personlig immunitet både i traktat og sedvane. Det er først og fremst diplomater som beskyttes i traktater, og de viktigste her er Wienkonvensjonen om diplomatisk samkvem av 18.04.1961, og Wienkonvensjonen om konsulære forbindelser av 24.04. 1963. Traktatene bygger på eksplisitt samtykke fra signatarstatene, og kan derfor inneholde immunitetsregler som fraviker det som følger av sedvane. For denne oppgaven er det de sedvanebaserte reglene som er av størst interesse. Det er disse som blir drøftet av ICJ, selv om Kongo påberoper seg de nevnte konvensjoner som grunnlag for immunitet for sin utenriksminister. Tradisjonelt er det, på grunn av den nære tilknytning til suverenitetsprinsippet, bare statsledere og enkelte

---

<sup>25</sup> Dom 26.9.1978 i Neue Juristischen Wochenschrift (1979) s. 1101-1102

<sup>26</sup> Prosecutor vs. Blaškić, case no. IT-9-14-A, avgjørelse av kravet fra Kroatia om gjenopptakelse av avgjørelsen av Trial Chamber II 18 juli 1997, 29 oktober 1997

<sup>27</sup> R.v. Bow Street Magistrate, ex parte Pinochet (1999) 2 W.L.R. 827, 38 I.L.M. 430 (H.L.), s. 880-881, 889 (W.L.R.)



andre høyerestående offisielle personer som anses omfattet av denne formen for vern mot fremmed jurisdiksjon. Personkretsens ytre grenser har lenge vært uklare. Som vi skal se nedenfor, gir dommen viktige bidrag i retning av å angi regler som bestemmer personkretsen. En vanlig karakteristikk av den personlige immunitet er at den er absolutt, det vil si at den gir vern uavhengig av om den aktuelle handlingen er begått i privat eller offisiell kapasitet, den gjelder uansett handlingens grovhet (dette kommenteres nærmere senere i oppgaven) og den gjelder enten det er snakk om å utøve sivil eller strafferettslig jurisdiksjon. Immunitet i denne formen er av prosessuell karakter. I praksis vil dette si at en sittende statsleder er beskyttet når han er på reise i utlandet av offisiell karakter. Dette gir den belgiske dommeren Damien Vandermeersch uttrykk for i arrestordren som danner utgangspunktet for tvisten mellom Kongo og Belgia. Det kan argumenteres for at denne formen for immunitet verner den omfattede person også på privat reise og til og med dersom denne reiser *in cognito*, hvis man resonnerer slik som ICJ gjør i denne avgjørelsen. Den personlig immunitets absolutte karakter er imidlertid trukket i tvil av enkelte forfattere. Dette er en egen diskusjon som behandles nedenfor.<sup>28</sup> Hovedforskjellen mellom de to typene beskyttelse, personlig og funksjonell immunitet, gjenspeiles ved å sammenholde resultatet i *Pinochet* og *Fidel Castro*.<sup>29</sup> Disse sakene angår henholdsvis en avgått og en sittende statsleder. Fidel Castro ble tilkjent personlig immunitet i kraft av å være sittende statsleder, mens Pinochet ikke ble ansett immun fordi han ikke lenger var vernet i og med sin avgang. Reglene om personlig immunitet sørger altså for total ukrenkelighet av høyerestående offisielle personer, så lenge disse er innehavere av slike stillinger. Dette slås for eksempel også fast i *Ghadaffi*.<sup>30</sup> En sittende statsleder eller liknende er sittende, nyter altså både personlig og funksjonell immunitet. Den personlig immunitet opphører imidlertid med tjenesten.

---

<sup>28</sup> Se i hovedsak pkt. 6.2 nedenfor.

<sup>29</sup> Avgjørelse fra den spanske Audiencia Nacional av 04.03.1999(no. 1999/2723). Her uttales eksplisitt at resultatet i denne saken ikke står i noe motsetningsforhold til *Pinochet* avgjørelsen nettopp på grunn av ulikhetene mellom sittende og avgåtte statsledere hva immunitet angår.

<sup>30</sup> Cour de Cassation, 13.04.2001, no. 1414. Immunitet for sittende statsledere bekreftes i denne saken, men ingen videre distinksjoner foretas i forhold til personlig immunitet.

## 2.4 Immunitetsreglenes begrunnelse

Immunitetsreglenes begrunnelse er todelt: For det første skal de verne om statens ære og verdighet, ved å hindre den krenkelse det er for en stat å måtte føye seg etter en annen stats myndighet. For det andre skal de sikre statsrepresentanters muligheter til å delta i det mellomstatlige samkvem uhindret av trusselen om å bli gjenstand for fremmede staters jurisdiksjon. Immunitetsreglene er altså med på å sikre den frie utøvelsen av viktige statsfunksjoner. Spesielt vil en stat kunne hindre en annen i å utføre sine oppgaver dersom den foretar eventuelle rettergangsskritt mot en stat eller dens tjenestemenn som bygger på falske anklager, *mala fide*. Dette momentet bør imidlertid ikke tillegges for stor vekt. Politiske spilleregler vil i de fleste tilfeller komme inn og begrense faren for at dette skal skje.

Hensynet til mellomstatlig samkvem er mest tungtveiende. Den førstnevnte begrunnelsen knytter seg først og fremst til reglene om funksjonell immunitet, mens sistnevnte knytter seg til begge formene for immunitet. Begge innebærer et vern av statens interesser. Det er av hensyn til staten som sådan at immunitetsreglene har fått sin utforming. Av dette følger at en vernet person ikke selv kan oppgi immunitetsvernet. Det er bare staten som kan gjøre dette. Det er ikke vedkommende selv som er tilgodesett gjennom immunitetsreglene. En av de viktigste forskjellene mellom de to formene for immunitet gjenspeiles i reglenes begrunnelse. Når en minister, statsleder eller eventuelt diplomat ikke lenger er sittende, svekkes sistnevnte begrunnelses argumentsverdi. Personen deltar ikke lenger i statens utøvelse av den funksjoner. Vi ser her altså sammenhengen mellom reglenes begrunnelse og den personlige immunitets varighet.

## 2.5 Er reglene som forbyr kjerneforbrytelsene *jus cogens*?

Når man snakker om et unntak for kjerneforbrytelsene i forbindelse med hva immunitetsreglene i folkeretten omfatter, er det vanlig å vise til at reglene om straff for kjerneforbrytelsene er så viktige i det internasjonale samfunn som vern om menneskerettighetene at disse må antas å inneha høyere trinnhøyde enn annen folkerett og er ufravikelige. At disse reglene har denne statusen behandles i liten grad i denne avgjørelsen. *Pinochet* går lenger i denne retning. Det kan hevdes at *jus cogens*-status for kjerneforbrytelsene ikke kan forenes med funksjonell immunitet. Dette gjøres gjerne gjeldende sammen med at det for *jus cogens*-forbrytelser er adgang til å utøve universell

jurisdiksjon siden disse handlingene også er rettsbrudd mot det internasjonale samfunn som sådan; at disse er *erga omnes*-forpliktelser. Sammen gir universell jurisdiksjon og immunitetsunntak en relativt vid adgang og mulighet for stater til å straffeforfølge internasjonale forbrytelser. Men det kan spørres om reglens status som *jus cogens* også får betydning for den personlige immunitet. Det finnes neppe grunnlag i sedvane for *de lege lata* å hevde dette. Av interesse er likevel følgende utdrag hentet fra *Furundžija*:<sup>31</sup> ”It would seem that one of the consequences of the *jus cogens* character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treaty-making power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad”. Ved understrekingene påpekes uttalelsens relevans også for forfølgelse for nasjonale domstoler. Se likevel under pkt 6.2 om betydningen av reglens trinnhøyde.

## 2.6 Oppsummering

Etter dette kan vi oppsummere på følgende måte: De to regelsettene eksisterer side om side. Det vil si at en høyerestående offisiell person kan nyte både funksjonell og personlig immunitet. Førstnevnte nyter han alene fordi han er en offisiell person, mens sistnevnte nytes i kraft av å være høyerestående sådan. En tidligere statsleder må derfor etter endt tjeneste sette sin lit til den beskyttelse som de funksjonelle regler gir i forhold til hans offisielle handlinger. Denne beskyttelse er den samme som nytes av enhver statstjenestemann eller -kvinne for tjenestehandlinger. Private handlinger omfattes altså ikke. Videre kan det vises til det unntak som behandles nedenfor.

## 2.7 Finnes det immunitetsunntak for kjerneforbrytelsene?

Som nevnt ovenfor er det vanlig å knytte to unntak til reglene om immunitet. Her skal vi se nærmere på det eventuelle grunnlaget for å gjøre unntak fra funksjonell immunitet når vi har å gjøre med internasjonale forbrytelser. Uttalelser i Kongo-Belgia

---

<sup>31</sup> Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T Judgement, 10.12.1998, avsnitt 156

avgjørelsen, fjerde alternativ i avsnitt 61, viser at et slikt unntak gjelder både for den funksjonelle og den personlige immunitet når vi står overfor *internasjonale domstoler*. Mer kontroversielt er det å hevde at det gjelder et slikt unntak fra personlig immunitet for forfølgelse ved nasjonale domstoler, men dette er blitt hevdet.<sup>32</sup>

*Pinochet* synes å legge til grunn at et unntak fra funksjonell immunitet må gjelde for kjerneforbrytelsene. Fire av de syv dommerne i House of Lords nekter å innrømme immunitet i forhold til kjerneforbrytelser på generelt grunnlag, ikke bare på grunnlag av torturkonvensjonen som både Chile og England har ratifisert.<sup>33</sup> Avgjørelsen danner dermed et selvstendig grunnlag for unntak. I *Ghadaffi* blir det direkte åpnet for unntak fra immunitetsregelen. Når det gjelder folkemord følger unntaket av folkemordkonvensjonen art IV. I sin rådgivende uttalelse *Reservations to the Convention of Genocide*, uttaler ICJ at prinsippene som ligger til grunn for denne konvensjonen, er prinsipper som anses bindende av siviliserte stater, uavhengig av traktatforpliktelser.<sup>34</sup> Art IV må kunne sies å angi et av disse prinsippene. Også i følge *Pinochet* gjør altså torturkonvensjonen og de fire Genèvekonvensjonene unntak fra immunitet på sine respektive områder. Det er likevel viktig å klargjøre hva som følger av folkerettslig sedvane her. Dette vil jo være det eneste rettsgrunnlag dersom ingen eller bare én av partene i en tvist er tilsluttet den aktuelle konvensjonen. På grunnlag av *Pinochet* har det vært hevdet med styrke at funksjonell immunitet ikke gir beskyttelse når det gjelder straffeforfølgelse av internasjonale forbrytelser. ICJ synes i *Yerodia*-avgjørelsen å reservere et slikt unntak for internasjonale straffedomstoler, også i forhold til personlig immunitet.

Vi har her å gjøre med et unntak fra immunitetsreglene, det vil si et unntak fra et unntak. Da skal hovedregelen gjelde. Utgangspunktet er i så fall at personer kan straffes dersom det er straffehjemmel for dette. Det kan da argumenteres for at immunitet skal tilkjennes med forsiktighet, siden dette igjen er et unntak fra hovedregelen om straff. Det er vanlig å si at unntak generelt skal tolkes snevert. Dette kan anføres som et argument for å gjøre unntak fra immunitetsreglen når vi står overfor kjerneforbrytelser.

---

<sup>32</sup> Se pkt.6.2.1 nedenfor.

<sup>33</sup> Lord Browne-Wilkinson (117-115), Lord Hope of Craighead (146-153), Lord Millet (171-179), Lord Phillips of Worth Matravers (188-192)

<sup>34</sup> ICJ Reports (1951), avsnitt 24

På den andre siden kan man hevde at en utvidende tolkning til ulempe for den man forsøker å straffe, er i strid med legalitetsprinsippet i strafferetten. Dette bør man i alle fall ta i betraktning når man tilnærmer seg dette spørsmålet, selv om disse betraktningene neppe vil være av avgjørende betydning.

### 2.7.1 Nærmere om *Pinochet*

*Pinochet* er et godt utgangspunkt, siden denne avgjørelsen gir uttrykk både for nasjonal praksis<sup>35</sup> og *opinio juris*. I tillegg til at praksis og *opinio juris* utøves og uttrykkes av England i denne avgjørelsen, så får dette sin tilslutning av Spania, Belgia, Nederland og Frankrike ved at disse krever General Pinochet utlevert med det formål å straffeforfølge ham for påståtte kjerneforbrytelser. I denne avgjørelsen foretas det en hensiktsmessig tilnærming til spørsmålet om immunitet etter folkerettslig sedvane. En rekke av denne dommens utsagn og tilnæringsmåter er interessante for vår problemstilling. Avgjørelsen har blitt kritisert for å være lite konsekvent og uklar. Mye av grunnlaget for denne kritikken forelå imidlertid ikke etter første avgjørelse fra House of Lords.<sup>36</sup> Siste og gjeldende avgjørelse av spørsmålet om hvorvidt den tidligere chilenske diktatoren var immun etter folkerettslig sedvane, gir likevel viktige og ganske klare bidrag til å kunne hevde at man må se bort i fra funksjonell immunitet når man står overfor kjerneforbrytelser.

Nedenfor kommer en nærmere gjennomgang av *Pinochet* som er den til nå viktigste saken for en nasjonal domstol angående immunitetsreglene, *Pinochet*. Avslutningsvis gjøres en kort henvisning til *Bouterse*.

*Pinochet* er i utgangspunktet løst etter nasjonal rett, men folkeretten spilte en viktig rolle i tolkningen av denne.<sup>37</sup> I en tidligere avgjørelse fra engelsk praksis, *Al Adsani vs. Government of Kuwait*, ble *staten* ansett immun mot forfølgelse for tortur.<sup>38</sup> Det ble der uttalt at man derfor ikke kan se bort i fra at tilsvarende vil gjelde for

---

<sup>35</sup> *Akehurst*

<sup>36</sup> Første gangs avgjørelse ble opphevet på grunn av habilitetsproblemer. En av Lordene hadde sterke bånd til Amnesty, som var en av pådriverne for å få Pinochet stilt for retten.

<sup>37</sup> State Immunity Act

<sup>38</sup> Avgjørelse av 12 mars 1996 av English Court of Appeal, 107 ILR 536. Saken er senere kommet inn for den europeiske menneskerettskommisjonen.

statsledere. *Pinochet I*: I denne saken ble spørsmålet avgjort på grunnlag av om de påståtte forbrytelsene var offisielle handlinger eller ikke. Dette var en 3-2 avgjørelse. Her kom det fram ulike syn på definisjonen av ”offisielle handlinger”. Mindretallet sa blant annet at det ikke er riktig å skille ”between acts whose criminality and moral obliquity is more or less great” og at testen må gå ut på “whether the conduct in question was engaged under the colour of or in ostensible exercise of Head of State’s public authority”, og at det da må være slik at “where a person is accused of organizing the commission of crimes as the Head of the Government, in cooperation with other governments, and carrying out those crimes through the agency of the police and the secret service, the inevitable conclusion is that he was acting in a sovereign capacity”.<sup>39</sup> Tilsvarende måte å tilnærme seg problemet på, det vil si å la det være avgjørende om handlingen er offisiell eller ikke, uten å spørre om det kan oppstilles et unntak eksplisitt for kjerneforbrytelsene på grunn av handlingens grovhet, dog med motsatt konklusjon angående handlingen offisielle karakter, føres i pennen av Lord Browne-Wilkinson i den andre avgjørelsen. Vi skal se nedenfor at dette neppe er den beste teoretiske tilnæringsmåten. Uttalelsene gir uansett dekning for å si at det ble gjort unntak fra den funksjonelle immunitet Pinochet nøy i egenskap av å være tidligere statsleder. Browne-Wilkinson angir tre grunner for sitt standpunkt: 1) Folkeretten kan ikke anse som en offisiell handling noe som den selv forbyr og kriminaliserer, 2) Et av elementene i tortur som internasjonal forbrytelse er at det må begås av eller med samtykke fra en offisiell person eller andre som handler som sådan. Det ville vært uakseptabelt om en statsleder unngikk ansvar på grunn av immunitet, mens hans underordnede som utførte handlingene måtte tåle straff, 3) Funksjonell immunitet tilfaller alle som har vært med på å utføre statens offisielle handlinger. Holder man statslederen immun gjelder følgelig det samme for alle personer som utfører en stats offisielle funksjoner<sup>40</sup>. Lord Browne-Wilkinson begrunner altså immunitetsnektelsen med at den aktuelle handling ikke kan være offisiell. Mindretallet i *Pinochet I* kommer til motsatt resultat, og utelukker dermed unntak. Det er denne framgangsmåten som synes best teoretisk sett. Men det forutsetter at man opererer med et eksplisitt unntak. Videre ble det uttalt av Lord Hutton i *Pinochet*: ”There is no waiver issue as the immunity to which Pinochet is entitled as a

---

<sup>39</sup> Lord Bingham og Lord Lloyd

<sup>40</sup> Avsnittene 114j-115a-e

former Head of State does not arise in relation to, and does not attach to acts of torture”.<sup>41</sup> Enda klarere uttrykker Lord Phillips of Worth Matravers seg: “...[S]tate immunity *ratione materiae* cannot coexist with international crimes...”.<sup>42</sup>

I *Bouterse* benyttes samme tilnærming som *Browne-Wilkinson*, og det uttales i *Pinochet I* at “[t]he commission of very serious offences cannot be considered one of the official duties of a Head of State”. På dette grunnlag nektes *Bouterse* og *Pinochet* immunitet for handlinger begått i tjenesten.

### 2.7.2 Internasjonal praksis og andre internasjonale kilder

Selv om drøftelsen her dreier seg om hvorvidt et unntak kan oppstilles når det gjelder *nasjonal* forfølgelse, kan det likevel søkes støtte i avgjørelser fra internasjonale domstoler for det syn at det finnes et unntak.

Før avgjørelsen falt i Kongo-Belgia saken kunne man spore en stadig økende tendens til å anerkjenne unntaket for kjerneforbrytelser som hjemlet i folkerettslig sedvane. Denne tendensen kan sees i en rekke traktater, statutter og nasjonale rettsavgjørelser og annen statspraksis, så vel som internasjonale avgjørelser. Det er også gjort forsøk på å kodifisere gjeldende rett på dette området. Prinsippene og avgjørelsene fra *Nürnberg* ble stadfestet av FNs generalforsamling ved en resolusjon i 1946.<sup>43</sup> Folkerettsinstituttet (Institut de Droit International) utformet i 2001 på sin sesjon i Vancouver et utkast til artikler om ”Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law”. For det første ser vi av artikkel 2 i dette utkastet at skillet mellom personlige og funksjonelle privileger er gjennomført her slik at statsoverhoder og regjeringsledere (det er verdt å merke seg at utkastet er begrenset til dette)<sup>44</sup> nyter full immunitet fra fremmed jurisdiksjon for strafferettslig forfølgning uansett handlingens grovhet: ”In criminal matters, the Head of State shall enjoy immunity from jurisdiction before the courts of a foreign State for any crime he or she may have committed, regardless of its gravity.” Artikkel 13, som

---

<sup>41</sup> Avsnitt 166e

<sup>42</sup> Avsnittene 188j og 189a-b

<sup>43</sup> UN GA/RES 1/95 (1946)

<sup>44</sup> I tidligere versjoner av dette utkastet ble også utenriksministere inkludert i den vernede krets, men senere fjernet. Folkerettsinstituttet anså seg dermed ikke i stand til å konkludere på denne måten.

omhandler tidligere statsoverhoder, viser sammenfall med det som er sagt ovenfor. I følge denne artikkelen nyter *tidligere* ledere kun immunitet i forhold til handlinger som er av offisiell karakter og som ikke er straffbare etter folkeretten: "Nevertheless, he or she may be prosecuted and tried when the acts alleged constitute a crime under international law".<sup>45</sup> Dette utkastet er kommet til etter avsigelsen av *Pinochet* og bærer preg av det. Tidligere forsøk på å kodifisere reglene om immunitet er gjort av ILC (International Law Commission) i *Draft articles on crimes against the peace and security of mankind*. Dette utkastet strekker seg imidlertid ikke lenger enn til å foreskrive immunitetsopphøvelse ved internasjonale straffedomstoler. Dette synes å framgå av kommentaren til artikkel 7 som utelukkende tar for seg eksempler fra slike. Det henvises her til Nürnberg, ICTY og ICTR.

Det må som et utgangspunkt godtas at unntak fra immunitet gjøres ved internasjonale domstoler, og at det derfor som nevnt kan argumenteres at det gjelder to ulike immunitetsregimer for henholdsvis nasjonal og internasjonal forfølgning. Dette er et viktig poeng i Kongo/Belgia-saken. Likevel er flere av de internasjonale domstolenes avgjørelser relevante for emnet her siden de kan hevdes å generalisere. Avgjørelsene inneholder uttalelser som kan synes myntet på både nasjonal og internasjonal straffeforfølgning. Av interesse er enkelte avgjørelser fra *ad hoc*-domstolene som er opprettet av FN. Flere sitater fra disse synes å anerkjenne et generelt unntak fra immunitetsreglene ved anklager om kjerneforbrytelser. I *Furundžija* sies det at "[t]he principle that individuals are personally responsible for acts of torture, *whatever their official position* (uthevet her), even if they are heads of state or government ministers, is indisputably declaratory of customary international law". Videre uttrykkes følgende i *Tadić*: "It would be a travesty of law and betrayal of the need for justice, should the concept of state sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights".<sup>46</sup> Denne uttalelsen er ikke nødvendigvis relevant direkte, men den er en viktig generelt i forhold til det rettsområde vi befinner oss på. *Blaškić* uttrykker dette kanskje litt i overkant sterkt, når det der sies at "[t]hose responsible for Core crimes cannot invoke

---

<sup>45</sup> Bare den franske teksten er autoritativ. Engelsk er en uoffisiell oversettelse.

<sup>46</sup> ICTY, Appeals Chamber, *Tadić*, avgjørelse 2. oktober 1995



immunity from national or international jurisdiction even if they perpetrated such crimes while acting in their official capacity”.<sup>47</sup>

Henvisingen kan også gjøres til enkelte kilder som i og for seg er internasjonale, men som skiller seg ut ved at de også kan ses som uttrykk for statspraksis. UN Regulation 2000/15 om overgangsstyre i Øst-Timor oppretter særskilte paneler med jurisdiksjon over internasjonale forbrytelser. Section 15 (2) er en tilnærmet ordrett gjengivelse av ICC-statuttene artikkel 27 (2). Den lyder som følger: ”Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the panels from exercising its jurisdiction over such a person”. Selv om denne er opprettet av FN, og dermed ikke er direkte uttrykk for nasjonal praksis og *opinio juris*, kan den forstås som et uttrykk for Sikkerhetsrådets staters syn på gjennom deres tilslutning. En utvikling i retning av alminnelig aksept av en unntaksregel kan også spores i enkelte av de innlegg som kom frem under de forberedende forhandlingene i Preparatory Committee (PrepCom, 8. session), som ledet fram til Romavedtektene for ICC, i tilknytning til artikkel 32 (artikkel 10 i de endelige vedtektene).<sup>48</sup> Gjennom bemerkningene til denne artikkelen blir det gitt uttrykk for at flere stater anser det som gjeldende folkerett at immunitet ikke gjelder for kjerneforbrytelser. Artikkelen søker å hindre at vedtektene tolkes på en måte som ikke samsvarer med dette. Under forhandlingene ble det også framsatt bemerkninger<sup>49</sup> i tilknytning til artikkel 19 (ikke tatt med i de endelige vedtektene). Denne artikkelen omhandler immunitets*frasingelse* for FN-personell. Det ble da gitt uttrykk for at dette var unødvendig ettersom en slik immunitet ikke forelå overhodet. Man kan ikke frasi seg en immunitet man ikke har. Bemerkningene ble heller ikke imøtegått i Roma.

---

<sup>47</sup> *Blaškić* avsnitt 41

<sup>48</sup> Se [www.un.org/news/press/docs/2001/L2988.doc.htm](http://www.un.org/news/press/docs/2001/L2988.doc.htm)

<sup>49</sup> Disse bemerkningene ble framsatt av Portugals utsending på vegne av Østerrike, Belgia, Chile, Portugal, Sør-Afrika og Sveits på PREPCOMs (Preparatory Commission) 8. sesjon.

Ytterligere et poeng er at nasjonale militære håndbøker, blant andre de fra USA<sup>50</sup> (1956) og Storbritannia (1958), slår fast at en person som har begått internasjonale forbrytelser som offisiell statsperson, ikke er utelukket fra straffeansvar. Dessuten er det påfallende at begge parter i Kongo-Belgia avgjørelsen synes å være enige om at det her omhandlede unntak fra immunitet eksisterer som folkerettslig sedvane.<sup>51</sup>

### 2.7.3 Oppsummering

Hver for seg kan ikke de påpekte eksemplene fra praksis og andre relevante kilder begrunne et slikt unntak. Men sett i sammenheng, og tatt i betraktning immunitetsreglenes begrunnelse og de hensyn som ligger bak (samkvem mellom suverene stater, statenes verdighet og menneskerettigheter) kan man konkludere med at en regel av den aktuelle art har utkrystallisert seg.<sup>52</sup>

Etter dette kan man i hovedsak begrunne unntaket fra funksjonell immunitet på to måter. Disse utelukker ikke hverandre og kan således sammen tas til inntekt for et slikt syn. For det første kan man bygge et unntak på det foregående som er knyttet til praksis og traktater. Alternativt, om dette ikke framstår som tilstrekkelig, kan man vise til de grunnleggende prinsippene som folkeretten bygger på. Jo større samsvar det er mellom en mulig regel og de grunnleggende prinsippene i gjeldende rettssystem, jo mer har den for seg. Dersom praksis ikke er overbevisende, må det søkes veiledning i de internasjonalt anerkjente rettsprinsipper. Dette er blant annet kommentert av *Bianchi*.<sup>53</sup> Hans poeng er at man i *Pinochet* på grunnlag av alle tilgjengelige faktorer kunne kommet fram til hvilken som helst konklusjon. Retten foretok da en avveining under henvisning til generelle prinsipper. Det er dette domstoler må gjøre uansett hvilket rettssystem som er gjenstand for fortolkning. En domstol kan ikke avvise en sak med den begrunnelse at det ikke finnes noen regel som løser spørsmålet.

---

<sup>50</sup> US Department of the Army Field Manual, *The Law of Land Warfare*, avsnitt 510: "The fact of a person who committed an act which constitutes a war crime acted as a head of a state or as a responsible government official does not relieve him from responsibility for his act."

<sup>51</sup> Se Memoire of 15.05.2001

<sup>52</sup> Se *Wirth* I EJIL s. 888. og *Cassese* i samme s. 874.

<sup>53</sup> *Bianchi* s. 260/271

Denne måten å begrunne et standpunkt på benyttes i noen grad i foreliggende avgjørelse fra ICJ. I dette konkrete tilfellet er det klart hvilke prinsipper som står mot hverandre og som må avveies. Reglene om immunitet som framstilt ovenfor kan sies å ivareta disse prinsippene på en balansert og hensiktsmessig måte; en måte som gjør at vi faktisk kan si at ”immunity does not mean impunity”.<sup>54</sup>

Konklusjonen her gjør at hensynet til samkvem mellom statene på en adekvat måte ivaretas gjennom den personlige immunitet en sittende statsleder eller minister nyter mens han er innehaver av denne funksjonen.<sup>55</sup> Videre vil hensynet til statens verdighet og ære ivaretas gjennom den funksjonelle immunitet som gjelder for tidligere høyerestående offisielle personer, på lik linje med andre statsfunksjonærer og tidligere sådanne når det gjelder vanlige offisielle handlinger. Da er det vanskelig å se at det ikke er plass til et unntak for kjerneforbrytelser når vi tar i betraktning menneskerettighetenes stadig økende gjennomslagskraft. Det konkluderes her med, på bakgrunn av gjennomgangen foran, at de funksjonelle immunitetsreglene *er gjenstand for unntak* etter folkerettslig sedvane når det gjelder forfølgelse av kjerneforbrytelser, uavhengig av om handlingene kan karakteriseres som offisielle eller private.

---

<sup>54</sup> Avsnitt 60 i flertallets votum

<sup>55</sup> Se dog pkt. 6.2 nedenfor.

### 3 Dommens befatning med Immunitetsspørsmålet

#### 3.1 Generelt

Det legges i denne delen opp til en sammenligning mellom ICJ-avgjørelsen og de immunitetsregler som følger av folkerettslig sedvane, som drøftet og framstilt under pkt. 2. Framstillingen under pkt. 2 antas i stor grad å samsvare med den mest rådende lære omkring immunitetsspørsmålet.

Som nevnt er det flere aspekter ved flertallets votum som gir grobunn for kritikk. At avgjørelsen er kontroversiell viser dens mange dissenser og særvota. Enkelte av disse vil bli trukket inn i det følgende som verdifull belysning av saken. Når det gjelder spørsmålet om adgangen til å bygge på universalitet, som mange av de dissenterende vota drøftet, i motsetning til flertallet, utskytes behandlingen av dette til egen behandling nedenfor.

Aller først skal vi se nærmere på rettens befatning med immunitet for sittende utenriksministere, før fokus rettes mot det sterkt kritiserte *obiter dictum* vi finner i avsnitt 61.

#### 3.2 Dommens befatning med personlig immunitet

##### 3.2.1 Hvem er vernet?

Det framgår foran at det kun er en begrenset krets av offisielle personer som nyter denne typen immunitet. Det er eksistensen og omfanget av en sittende utenriksministers immunitet som er hovedtema for Domstolen i denne konkrete saken. De premisser som ligger til grunn for rettens konklusjon på dette punkt er følgelig avgjørelsens *ratio decidendi*. Dette kommer til uttrykk i følgende sitat fra dommens avsnitt 51: "... (It is)...only the inviolability of an incumbent Minister of Foreign Affairs that fall for the Court to consider...". Som nevnt ovenfor gir Kongo-Belgia avgjørelsen viktige bidrag til folkeretten når det gjelder det nærmere innholdet i personlig immunitet og hvem som nyter denne. På de aller fleste punkter sammenfaller og bekrefter avgjørelsen det som

framstår som gjeldende folkerett etter den foregående gjennomgang. Men i forhold til hvorvidt en ukrenkelighet *ratione personae* også gjelder utenriksministere, og ikke bare den snevrere personkrets som omfatter statsledere og regjeringsledere, er dommen delvis nyskapende, og kan sies å gi en pragmatisk løsning på dette problemet. Den regelen ICJ legger til grunn på dette punkt er tatt vel i mot av flere folkerettsjurister, og nedenfor anføres flere argumenter for at dommen avgrenser personkretsen på en hensiktsmessig og riktig måte.

Spørsmålet om omfanget av den personkrets som er vernet av personlig immunitet var forut for avgjørelsen uavklart i folkeretten. Det kan nevnes at den dissenterende dommer Al-Kasawneh har en annen tilnæringsmåte til denne problemstillingen enn flertallet. Han støtter seg til følgende sitat av Sir Arthur Watts: "Heads of Government and Foreign Ministers, although senior and important figures do not symbolize or personify their States in the way that Heads of States do. Accordingly they do not enjoy in international law any entitlement to special treatment by virtue of sovereignty or majesty attaching to them personally".<sup>56</sup> Denne dommeren legger større vekt på den prinsipielle sammenhengen mellom en stat og dens overhode enn det flertallet gjør. Det er denne tankegangen som danner grunnlaget for denne dommerens standpunkt. Han ser også annerledes på arrestordrens innvirkning på en eventuell immunitet.<sup>57</sup>

Flertallet drøfter spørsmålet om personkretsen i dommens avsnitt 53. Man spør seg hvilket vern en utenriksminister har *behov* for. Dette framstår på mange måter som en *analogislutning* fra statsoverhoders immunitet. Flertallet ser dette i sammenheng med de funksjoner sittende utenriksministere har i det internasjonale samfunn, og hvordan disse på ulike måter kan obstrueres ved utøvelse av fremmed jurisdiksjon på samme måte som når vi har å gjøre med en sittende statsleder. Med ICJs egne ord, "In order to determine the extent of these immunities, the Court must therefore first consider the nature of the functions exercised by a Minister for Foreign affairs".<sup>58</sup> Flere av utenriksministerens funksjoner knytter seg til muligheten til å delta i internasjonalt

---

<sup>56</sup> A. Watts, "The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers" *Recueil de Cours*, 1994, III, s. 102-103

<sup>57</sup> Se dissenterende votum avsnitt 4.

<sup>58</sup> Avsnitt 53

sankvem med det formål å bevare fred og sikkerhet, og straffeforfølgning vil vanskeliggjøre slik virksomhet. Selv om rettens resonnement framstår som hengende litt i løse luften, er dette unektelig en fornuftig tilnæringsmåte. Flertallet pretenderer å bygge sin konklusjon på folkerettslig sedvane (avsnitt 52), men viser ikke til noe klart sedvanegrunnlag, jfr. ICJ artikkel 38, for den anvendte slutning.<sup>59</sup> Ettersom flertallet hevder å bygge på sedvane kunne man forvente at man anførte positiv statspraksis som gikk ut på å innrømme utenriksministere personlig immunitet. Det gjør flertallet ikke. Man bygger i realiteten på en *ikke-praksis* som går ut på at utenriksministere *ikke* er blitt straffeforfulgt, og at hovedregelen om immunitet derfor må gjelde. Men det er problemer knyttet til dette. En sterk kritikk av flertallets behandling av spørsmålet om utenriksministere er vernet av den personlige immunitet, føres i pennen av dommer Van den Wyngaert i hennes dissenterende votum. Flertallet kritiseres for at man ikke klarere begrunner eksistensen av personlig immunitet for utenriksministere. Det er ikke nødvendigvis slik at statene har unnlatt å straffeforfølge utenriksministere fordi disse er ansett som immune. Det kan være andre grunner til at en stat velger ikke å straffeforfølge en slik person. Det kan være mangel på intern hjemmel, det kan være et ønske om ikke å trække i politiske minefelt og det kan være frykten for at egne borgere siden skal utsettes for den samme type forfølgelse. Med andre ord: Statenes ikke-praksis er ikke nødvendigvis uttrykk for *opinio juris*. Den belgiske *ad hoc*-dommer peker på et viktig poeng når hun siterer *Continental Shelf case*.<sup>60</sup> Hun går nøye gjennom kriteriene for å kunne fastslå at vi har å gjøre med en sedvaneregul. ICJ foretar i vår sak likevel en rettslig avgjørelse på et område av folkeretten hvor det foreligger tilnærmet ingen nasjonal eller internasjonal relevant praksis å knytte en drøftelse av sedvane til, og bidrar således til utfylling og klargjøring av et tilsynelatende rettstomt rom. I realiteten avgjøres spørsmålet på grunnlag av logikk og generelle hensyn. *Cassese* synes ikke å stille nærmere spørsmål ved en slik framgangsmåte.<sup>61</sup>

På grunnlag av foreliggende avgjørelse er det grunn til å tro at vi i framtiden må vurdere hvert enkelt tilfelle konkret når vi skal fastslå om en minister eller lignende er vernet av sedvanebasert personlig immunitet slik dette er gjort av ICJ. Dette til tross for

---

<sup>59</sup> Se også pkt 2.3.3 foran og henvisningen til *Bianchi*.

<sup>60</sup> North Sea Continental Shelf, judgement, I.C.J. Reports 1969, p.44, para. 77.

<sup>61</sup> *Cassese i EJIL*

at det finnes viktige argumenter i motsatt retning, som anført av dissenterende dommere. Spørsmålet er avgjort av den mest autoritative internasjonale domstol. Det er mulig at Kongo-Belgia avgjørelsen vil bli stående som *selve* rettskilden på dette området i framtiden. Nedenfor nevnes noen grunner til dette.

I mangel av en sentral lovgiver i folkerettslig sammenheng, er ICJs praksis i realiteten et av de institutter som skaper regler. Vi kjenner diskusjonen om domstolenes rettsskapende virksomhet fra nasjonal rett. Problemstillingen blir en litt annen i folkeretten, ettersom man her ikke bygger på noe maktfordelingsprinsipp. Det kan oppstå problemer i forhold til staters vilje til å underlegge seg domstolens jurisdiksjon dersom denne utøves for fritt, slik at statene mister kontrollen med de regler som legges til grunn for avgjørelsene. Når vi mangler lovgivende organer framstår domstolsskapt regler likevel som den nest beste løsning. Det kan hevdes at ICJ gjennom de regler den synes å "skape" ved denne avgjørelsen *styrker* immunitetsvernet mot fremmed jurisdiksjon, og på den måten prioriterer hensynet til samkvem mellom stater på bekostning av menneskerettighetene ved å utvide anvendelsen av personlig immunitet også til utenriksministere. At utenriksministere nyter personlig immunitet synes likevel rimelig med tanke på den viktige rollen disse spiller i det internasjonale samfunn; ikke minst når det gjelder opprettholdelse av fred og sikkerhet. Etter dette ser det ut som vi står igjen med en skjønnsregel for å vurdere hvem som, når de er innehavere av et embete, nyter slik utvidet beskyttelse som reglene om personlig immunitet gir. Slik immunitet er ikke knyttet til personens formelle tittel, selv om denne ofte vil gi en indikasjon på de funksjoner vedkommende har. Man kan tenke seg at stillingen ville vært en annen dersom det for eksempel var en innenriksminister som ble forsøkt straffeforfulgt.<sup>62</sup> En slik person har ikke de samme funksjonene internasjonalt som en utenriksminister, og det er nettopp hensynet til ivaretagelse av disse funksjoner som begrunner immuniteten. ICJ vektlegger regelens formål sterkt. Dette er mulig nettopp fordi man er på et uavklart rettsområde hvor det er sparsomt med relevante rettskilder.

---

<sup>62</sup> Det er nettopp dette som er tilfelle i en sak som står på trappene for ICJ etter at Kongo igjen har søkt rettens avgjørelse på grunn av forsøk på rettslig forfølgelse av en av landets ministre. Denne gangen er saksgrunnlaget visse rettergangsskritt i Frankrike mot Kongos innenriksminister.

### 3.2.2 Nærmere om innholdet i den personlige immuniteten

I avsnitt 55 gir flertallet en klargjøring av *innholdet* i den personlige immunitet som nytes av utenriksministere, og følgelig også statsledere og andre som nyter slikt vern etter folkeretten. Også denne del framstår som en avklaring av folkerettens regler. Den personlige immunitet er etter Domstolens syn ikke påvirket av hvorvidt handlingen kan karakteriseres som offisiell eller ikke, eller om den er begått før eller etter at personen tiltrådte sin stilling. En utenriksminister er blant annet leder for statens diplomatiske aktivitet og utenriksministeren kan binde staten på grunnlag av stående fullmakter som følger av denne tittelen alene. Utøvelsen av disse funksjoner krever etter Domstolens syn fri internasjonal bevegelse, *både* på offisiell og privat reise. Belgia vinner i denne saken ikke fram med sine anførsler om at personlig immunitet bare gjelder for offisielle reiser.

Det som sies om personlig immunitet for statsledere og regjeringsledere under pkt.2, må etter ICJs avgjørelse i denne saken gjelde tilsvarende for utenriksministere og andre høyerestående offisielle personer hvis utøvelse av offisielle funksjoner kan tenkes hindret av fremmed jurisdiksjon. Immunitet for utenriksministere er ingen egen immunitetskategori. Dommen er et viktig bidrag til folkeretten på dette punkt. Det ICJ sier faller i stor grad sammen med det som sies under pkt. 2 her, når vi aksepterer dommens grunnlag for å likestille utenriksministere med statsledere. Den personlige immunitet gir et absolutt vern. Ved denne dommen har dette synet fått ny styrke. Personlig immunitet nytes bare så lenge tjenesten varer. Dette kan sies å være den personlige immunitets svake punkt.

Det er tilsynelatende en mangel på dette punktet i dommen, at det ikke forklares hvordan og hvorfor den personlige immunitet er absolutt dersom man mener at de internasjonale straffebudene har *jus cogens*-status.<sup>63</sup>

### 3.3 Skillet mellom personlig og funksjonell immunitet

Som nevnt benytter ikke flertallet direkte den terminologi som er vanlig blant folkerettsteoretikere. I deler av avgjørelsen ser man likevel at ICJ skiller mellom funksjonell immunitet og personlig immunitet. I alle fall er flere av de konklusjoner

---

<sup>63</sup> Se for eksempel *Frulli*, avsnitt (5) i.f.



retten kommer fram til forenlige med dette. Det synes likevel å være slik at ICJ ikke forholder seg riktig, eller i alle fall ikke hensiktsmessig, til dette skillet. Dette syn er også hevdet av blant andre Antonio Cassese og Steffen Wirth.

I avgjørelsen finner vi som nevnt et mye omdiskutert *obiter dictum* i avsnitt 61. Dette kan sammenfattes slik: ”For nasjonale domstoler er en tidligere utenriksminister immun på tross av at anklagene gjelder kjerneforbrytelser begått mens denne var innehaver av stillingen (det er dette som forekommer hyppigst), med mindre disse kan sies å være private handlinger (denne karakteristikken kan bare brukes på et fåtall av kjerneforbrytelsene). Som vi ser passer ikke dette inn med det som er sagt ovenfor. Etter det vi har sett foran skulle immunitetsunntaket ved kjerneforbrytelser her hindret dommerne i å komme til denne konklusjonen. En måte å uttrykke dette på er at det er utenriksministeren, og ikke Yerodia, som nyter immuniteten. Mange har forsøkt å forklare rettens konklusjon. En av grunnene til ICJs tilsynelatende uriktige konklusjon på dette punkt, kan være at flertallet tar et litt for snevert utgangspunkt til å uttale seg om *tidligere* ministeres immunitet, altså om den funksjonelle immunitet. ICJ behandler immunitetsspørsmålet utelukkende med henblikk på noen utvalgte høyerestående offentlige personer uten å se for seg hele systemet av immunitetsregler. Dette snevre fokus kommer til syne i følgende sitat fra avgjørelsen: ”[I]n international law it is firmly established that, as also diplomatic and consular agents, certain holders of high-ranking office in a state, such as the Head of State, Head of Government and Minister of Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in foreign States”.<sup>64</sup> Som vi ser av det siterte, likestilles allerede her utenriksministere og statsledere slik som omhandlet foran, og ICJs begrunnelse knytter seg systematisk til det vi her kaller personlig immunitet. Likevel kommer flertallet med uttalelser om tidligere ministre som jo bare nyter funksjonell immunitet. Domstolen behandler altså bare spørsmålet i forhold til sittende, høyerestående statsmenn. Det er nettopp dette som er oppe til avgjørelse i saken. Men man kunne på denne bakgrunn forvente at Domstolen ikke konkluderte utover det dens begrunnelse gir støtte for og dens avgjørelse krever. Dette er som vi skal se nedenfor ikke tilfelle.

---

<sup>64</sup>Avsnitt 51

Av dommens oppbygning framstår avsnitt 61, som lister opp de mulige unntakene fra immunitet, som en følge av avsnitt 60, hvor det blant annet slås fast at immunitet ikke betyr straffrihet, jfr. uttrykket ”accordingly”. ICJ gir uttrykk for at den oppsummeringen som følger uttømmende angir unntakene fra immunitet som gjør at immunitet likevel ikke betyr straffrihet.<sup>65</sup> Flertallet burde ha uttrykt seg klarere i forhold til om det er personlig eller funksjonell immunitet som omtales her. Det kan synes som om ICJ blander sammen de to kategoriene immunitet. Tilsynelatende utvides avgjørelsens fokus, og sittende og tidligere ministre synes å likestilles i følgende utdrag: ”...the immunities enjoyed under international law by an incumbent or former Minister of Foreign Affairs...”. Det tredje alternativ i dette *obiter dictum* lyder som følger: ”[A]fter a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one state may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity”. En tidligere utenriksminister utøver ikke lenger de funksjoner som er vernet ved personlig immunitet, i følge flertallets eneste begrunnelse. Denne begrunnelsen holder dermed ikke i forhold til funksjonell immunitet, som flertallet likevel uttaler seg om, og dermed synes å gi for stort omfang. Det Domstolen her sier bryter sterkt med det som er sagt foran i forhold til en tidligere utenriksminister. Tidligere utenriksministere utgjør ikke en egen kategori i forhold til reglene om immunitet. Det flertallet sier kan følgelig ikke gjelde kun for tidligere utenriksministere. Følgen av dette er at det samme gjelder for enhver vanlig statsmann, fordi tidligere utenriksministere og tidligere og sittende personer av lavere rang nyter det samme vernet etter folkeretten, nemlig funksjonell immunitet.

På denne måten unnlater ICJ å henvise til et unntak for kjerneforbrytelser slik det er tatt til orde for i det foregående. Med mindre vi gjennom fortolkning av uttrykket ”private capacity” oppnår å komme til den samme løsning, må dommen ses på som et tilbakeskritt i forhold til den nasjonale rettspraksis det er gjort rede for her og den utvikling denne har tilveiebrakt.<sup>66</sup> På bakgrunn av for eksempel *Pinochet* er det

---

<sup>65</sup> Se pkt. 3.5 nedenfor.

<sup>66</sup> Se nedenfor pkt. 3.4.

grunnlag for å anta at man ikke kan påberope seg funksjonell immunitet dersom er anklage for å ha begått kjerneforbrytelser. Skillet mellom personlig og funksjonell immunitet kommer tydelig fram i følgende sitat fra *Pinochet*: ”A Head of State (og dermed likestilte høyerestående offisielle personer, her utenriksministere) is still protected while in office by the immunity *ratione personae*, but the immunity *ratione materiae* on which he would have to rely on leaving office must be denied to him”. Dette skillet kommer ikke tilsvarende klart fram i Kongo-Belgia avgjørelsen. Den funksjonelle immunitet er dermed gitt et for stort omfang. Dette er neppe riktig.

#### 3.4 Skillet mellom private og offisielle handlinger

Dette skillet har et tosidig opphav. For det første er det en overføring av den tilsvarende distinksjonen som gjelder for diplomaters immunitet etter diplomatkonvensjonen artikkel 39 (2). For det andre er denne distinksjonen foretatt av amerikanske domstoler som ”official” og ”unofficial public acts” i flere saker om erstatning for torturskader mot fremmede stater for tortur utført av offentlige tjenestemenn, for å omgå nasjonale regler som verner disse.<sup>67</sup> Noen av spørsmålene som reiser seg i sammenheng med dette skillet er: Kan internasjonale forbrytelser være offisielle handlinger? Hvilken betydning har skillet når vi har å gjøre med anklager om kjerneforbrytelser? I den nasjonale praksis som er gjennomgått har man i hovedsak benyttet seg av to tilnæringsmåter for å begrunne bortfall av immuniteten i forhold til kjerneforbrytelser. Man har enten operert med et eksplisitt unntak fra de funksjonelle immunitetsreglene ved å si at disse handlingenes grovhet i seg selv begrunner en opphevelse av immunitet, slik som det er gjort i Folkerettsinstituttets konvensjonsutkast artikkel 13 2, andre ledd:

”...Nevertheless, he or she may be prosecuted and tried when the acts alleged constitute a crime under international law...”, eller man har forsøkt å komme til samme resultat ved nærmere å spesifisere hvilke handlinger som kan sies å være offisielle. Et av de mange eksemplene på dette fra nasjonal praksis er følgende utdrag fra *Bouterse* i Nederland: ”The commission of very serious offences cannot be considered one of the official duties of a Head of State”. En ”kjerneforbryter” er i følge denne tenkemåten altså ikke immun *ratione materiae*; alene av den grunn at hans handlinger ikke kan sies å være offisielle. Mindretallet i *Pinochet I*, som omtalt under pkt. 2.7.1, deler ikke

---

<sup>67</sup> Se *Cassese* i EJIL s. 868

flertallets syn at kjerneforbrytelser i seg selv ikke kan karakteriseres som offisielle handlinger.<sup>68</sup>

Denne forestillingen om at kjerneforbrytelser *per se* alltid er private handlinger, kommer ikke bare til uttrykk i sammenheng med den statspraksis som er gjennomgått foran, men er også lagt til grunn av den dissenterende dommer Van den Wyngaert i hennes votum avsnitt 36. Det samme kommer fram forutsetningsvis hos Higgins, Kooijmans og Buergethal i deres fellesvotum: ” [S]tate-related motives are not the proper test for determining what constitutes public State acts”. Når det gjelder den belgiske *ad hoc*-dommers votum, må nok en slik tolkning forklares med en frykt for at tidligere ministre skal kunne påberope seg immunitet etter at de har forlatt sitt embete, også mot forfølgning for kjerneforbrytelser. En slik fortolkning framstår som den eneste måten å komme unna flertallets feilgrep på. Å oppstille unntak fra immunitet på grunnlag av hva som er private handlinger er teoretisk sett ikke den beste løsning. Noen grunner til dette anføres nedenfor.

Det er for det første ofte et vilkår i *gjerningsbeskrivelsen* i internasjonale straffebud at handlingene er begått i offisielt øyemed, eller i alle fall ved handling eller unnlattelse som er utøvelse av statsfunksjoner. Betyr dette at man unntar fra nasjonal straffeforfølgning i en fremmed stat en stor andel av dem som gjør seg skyldig i kjerneforbrytelser med immunitet? Det er en kjensgjerning at de fleste av de mest alvorlige internasjonale forbrytelser begås i regi av en regjering. Etter ICC-vedtektene artikkel 7, 1. er en del av gjerningsbeskrivelsen av forbrytelser mot menneskeheten at handlingen inngår i et systematisk angrep på sivilbefolkningen. Dette er nærmere definert i artikkel 7, 2. (a). Etter denne definisjonen må det være ”...a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph one against any civilian population, *pusuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack*” (egen utheving). Enda tydeligere kommer denne problemstillingen fram i forhold til torturkonvensjonen artikkel 1 (1) hvor tortur er definert som visse handlinger begått av en ”public official or other person acting in an official capacity”. Tortur faller imidlertid utenfor denne oppgavens grenser, men vil kunne falle inn under

---

<sup>68</sup> Det kan diskuteres om ikke også denne avgjørelsen kan behandles som statspraksis her, siden det kun var prosessuelle regler som førte til at den ble opphevet og etterfulgt av en mer flertydig avgjørelse.

forbrytelser mot menneskeheten. Det er i forhold til slike definisjoner av kjerneforbrytelser svært uheldig å si at kjerneforbrytelser *per se* aldri kan være offisielle handlinger. Dermed reduseres jo mulighetene for å straffeforfølge disse forbryterne vesentlig. Forestillingen om at kjerneforbrytelser alltid er private handlinger i forhold til immunitetsreglene, fordi de er forbudt i folkeretten, er lite overbevisende siden dette kan anføres overfor enhver folkerettsstridig handling. Det er bare i forhold til kjerneforbrytelsene vi snakker om unntak fra immunitet.

Ytterligere problemer reiser seg når vi ser dette sammen med reglene om *statsansvar* for handlinger som utgjør brudd på folkeretten.<sup>69</sup> Disse er forsøkt definert i ILCs konvensjonsutkast som langt på vei representerer en kodifikasjon av folkerettslig sedvane. Det er ønskelig at individuelt ansvar går side om side med statsansvar når vi står overfor grove internasjonale forbrytelser. Av de to løsningene som er skissert foran er det bare den ene som muliggjør dette, slik det vil bli vist nedenfor.

I følge konvensjonsutkastets artikkel 7 er det uten betydning for statens ansvar om handlingene representerer overskridelse av den formelle kompetanse vedkommende innehar. Av slike handlinger oppstår uansett statsansvar, og disse anses begått i offisielt øyemed. Det avgjørende etter denne bestemmelsen er om handlingen er begått *på vegne av staten*. Offentlige personers private handlinger reiser ikke statsansvar. Dette er videre gjort klart i kommentaren til artikkel 4 i konvensjonsutkastet:<sup>70</sup> ”The central issue to be addressed in order to determine the attribution to the State of unauthorized conduct of official bodies is whether the conduct was performed by the body in an official capacity or not. Cases where officials acted in their capacity as such, albeit unlawfully or contrary to instructions, must be distinguished from cases where the conduct is so removed from the scope of their official functions that it should be assimilated to that of private individuals, not attributable to the State”. Av dette ser vi at den framgangsmåte som følges av dommer Van den Wyngaert med flere, hvor man sier at kjerneforbrytelser alltid må behandles som private handlinger, og på den måten ikke omfattes av immuniteten, samtidig *utelukker* statsansvar for de samme handlinger. Ironisk nok kan da en stat bli kjent ansvarlig for å krenke en sittende utenriksministers immunitet, mens

---

<sup>69</sup> Dette er nærmere behandlet i *Spinedi*.

<sup>70</sup> Finnes på [www.un.org/law/ilc/texts/state\\_responsibility/responsibilityfra.htm](http://www.un.org/law/ilc/texts/state_responsibility/responsibilityfra.htm)

vedkommendes hjemstat går fri i forhold til kjerneforbrytelser ministeren har gjort seg skyldig i. For disse kan bare individer teoretisk sett holdes ansvarlig hvis vi knytter unntaket til skillet mellom private og offisiell handlinger. Det synes som et hån mot den internasjonale rettshåndhevelsen at en stat ikke ansvarliggjøres direkte for brudd på reglene som forbyr kjerneforbrytelser, når disse er begått i statlig regi. Det er et poeng å kunne stemple forbryterstater. Det ligger ikke den samme fordømmelse i å bli kjent ansvarlig for å ha unnlatt å gripe inn overfor kjerneforbrytelser som for å ha begått dem direkte.

### 3.5 Unntaket som opphever funksjonell immunitet ved kjerneforbrytelser

Som vi har sett foran er det sterke grunner for å operere med et eksplisitt unntak fra funksjonell immunitet når vi står overfor kjerneforbrytelser, framfor å oppnå dette ved fortolkning av uttrykket ”private capacity”. ICJ anerkjenner tilsynelatende ikke et slikt unntak. Det er likevel fremhevet i denne dommen at immunitet ikke betyr straffrihet. Innledningen til dommens avsnitt 60 lyder ”The Court emphasizes, however, that the *immunity* from jurisdiction enjoyed by Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy *impunity* in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity”. ICJ nevner, tilsynelatende uttømmende, fire unntak fra immunitetsreglene. Men ingen av de unntakene som nevnes foreligger i denne saken.<sup>71</sup> Den belgiske *ad hoc*-dommer presiserer at immunitet i praksis ofte fører til straffrihet *de facto*, til tross for de fire unntakene flertallet nevner. Disse unntakene er: 1) Folkerettslig immunitet gjelder ikke for *intern* forfølgning av kjerneforbrytelser. Til dette er det å si at det ikke er veldig sannsynlig at en stat forfølger sine egne funksjonærer for handlinger begått i statens regi, med mindre man har hatt et dramatisk regimeskifte. 2) En stat kan frasi seg den immunitet dens embetsmenn nyter. Dette er heller ikke særlig sannsynlig. 3) Etter endt tjeneste er en utenriksminister bare immun i forhold til offisielle handlinger. Rekkevidden av dette unntaket kan synes å være begrenset, jfr. drøftelsen ovenfor. 4) Overfor internasjonale straffedomstoler er ingen immun på grunn av sin offisielle stilling. Som nevnt ovenfor vil ICC møte kapasitetsproblemer, dessuten er ICCs jurisdiksjon avhengig av at de nødvendige stater har ratifisert vedtektene. Dommer Van den Wyngaert er blant dem som mener at

---

<sup>71</sup> Se også kommentarene til Higgins m. fl. i deres votum avsnitt 78.

flertallets tro på internasjonale straffedomstolers potensial er sterkt overdrevet. Unntaket for kjerneforbrytelser slik det er tatt til orde for i denne oppgaven, nevnes overraskende nok ikke. Kan det tenkes at flertallet ikke anerkjenner et slikt unntak? En av følgene av dommen kan være at vi i framtiden ikke vil operere med noe eksplisitt unntak fra immunitet for kjerneforbrytelsene. Har flertallet tenkt seg at unntaket følger av skillet mellom offisielle og private handlinger, ved at forbrytelsene karakteriseres som private handlinger? Dommer Abdul G. Koroma, som tilhører flertallet advarer, i form av en slags erklæring i sitt individuelle votum, mot en formalistisk tolkning av avgjørelsen, og mot å se på denne som nøytral i forhold til kjerneforbrytelser. I avsnitt 11 uttaler han: "In the light of the foregoing, any attempt to qualify the judgement as formalistic, or to assert that the Court avoided the real issue of the commission of heinous crimes is without foundation. The Court cannot, and in the present case, has not taken a neutral position on the issue of heinous crimes. Rather, the Court's ruling should be seen as responding to the question asked of it. The ruling ensures that legal concepts are consistent with international law and legal tenets, and accord with legal truth". Denne dommeren har dermed vært forutseende med tanke på den kritikk avgjørelsen har møtt i ettertid, og forsøker å avvæpne denne.

Flertallets votum vitner om en konservativ og positivistisk holdning til hvilken rolle ICJ bør spille som "lovgiver". Dommer Koroma forklarer ikke i sitt votum det faktum at retten likevel finner plass til det omdiskuterte *obiter dictum*. Et unntak for kjerneforbrytelser burde vært nevnt, når man på tross av sakens rammer velger å uttale seg om rettsstilstanden også for en tidligere utenriksminister slik man gjør her. Det ville vært mer ryddig. Argumentene kan sammenfattes slik: Det er ovenfor pekt på et omfattende grunnlag for å kunne hevde at det er et slikt unntak. Teoretisk sett er dette den også mest plausible løsning. Det er nærmest selvmotsigende å kalle reglene om kjerneforbrytelser for *jus cogens*-regler og samtidig operere med så omfattende immunitet som ICJ synes å gjøre. Hensynene bak immunitetsreglene kan ivaretas selv om man godtar et slikt unntak, så lenge man opprettholder den *personlige* immunitets absolutte karakter. Her oppstår imidlertid et problem i forhold til kjernestraffebudenes trinnhøyde. Forutsatt at disse har *jus cogens*-status, vil det være vanskelig ikke å la også den personlige immunitet falle bort ved kjerneforbrytelsene. Denne mangelen på sammenheng kan imidlertid forsvares med at vi befinner oss på et område av folkeretten

under utvikling, hvor vi må tåle etterlevninger av tidligere rettsprinsipper. Denne løsningen ville representere en balansert avveining av de prinsippene som står mot hverandre. På den ene siden hensynet til internasjonalt samkvem og på den andre siden menneskerettigheter. Løsningen støttes også i en rekke folkerettslige kilder, herunder nasjonal praksis som *Pinochet* og *Ghadaffi*. Det er dog en fare for at man kan møte motstand om man har en for progressiv tilnærming. Det kan tenkes at man får sementeringseffekter dersom man forsøker å presse fram løsninger det internasjonale samfunn ikke er klart for på dette utviklingstrinn.



## 4 Litt om dommens behandling av universalitet

### 4.1 Er den folkerettslige adgangen til å bygge jurisdiksjon på universalitet fortsatt uavklart?

Det er uenighet dommerne imellom, når det gjelder spørsmålet om folkeretten tillater statene å bygge jurisdiksjon på universalitet. Flertallet hopper over spørsmålet og begrunner dette med den prosessuelle *non ultra petite*-regelen, det vil si regelen om at Domstolen ikke kan gå utenfor av partenes anførsler. Dette er problematisk på grunn av det logiske forholdet mellom immunitet og jurisdiksjon, slik dette er beskrevet ovenfor. Higgins m. fl. uttaler at ved utelukkende å uttale seg om immunitet, ”the Court has allowed itself to be manoeuvred into answering a hypothetical question”.

Mange folkerettskommentatorer hadde håpet at ICJ i denne saken ville bidra til en avklaring av spørsmålet om universell jurisdiksjon. Et slikt jurisdiksjonsgrunnlag er allerede anvendt av en rekke stater, men er fortsatt omdiskutert. Kravet om utlevering i *Pinochet* bygger på universell jurisdiksjonsutøvelse, i likhet med den belgiske arrestordren. Særlig kontroversielt er spørsmålet om utøvelse av universell jurisdiksjon *in absentia*, det vil si uten at vedkommende befinner seg på statens territorium.

I Kongo-Belgia saken kritiseres ICJ for ikke å ta denne muligheten for å klargjøre rettsstillingen. Flertallet *anser seg berettiget* til å behandle universalitet i sin begrunnelse uten å avgjøre spørsmålet rettskraftig, men gjør det likevel ikke: ”... This (*ultra petite*-regelen) does not mean, however, that the Court may not deal with certain aspects of that question in the reasoning of its judgement, should it deem this desirable or necessary”. Dommer Koroma legger til at dommen heller ikke må oppfattes som en avgjørelse av dette spørsmålet. Det er verdt å merke seg at også rettens president, Guillome, uttaler seg separat om dette spørsmålet. Selv om flertallet ikke avgjør spørsmålet om adgangen til å utøve universell jurisdiksjon, kan det hevdes at dommen likevel gir nyttige bidrag siden flere av dommerne dissenterer på dette punkt og behandler spørsmålet.

## 4.2 Mindretallets betydning

Av størst interesse her er fellesvotumet til Higgins, Kooijmans og Buergenthal. Disse anser det logisk nødvendig å avgjøre spørsmålet om universell jurisdiksjon før man kan snakke om immunitet, og gjør også dette. Den belgiske *ad hoc*-dommer synes å være av samme oppfatning.<sup>72</sup> Mer enn dette sies ikke i denne oppgaven om denne prosessuelle siden. Fellesvotumet er ikke en del av den bindende dommen, men kan likevel tillegges vekt og få betydning for framtidens oppfatning av hvilken folkerettslig adgang det er til å bygge på universalitet. Det er forfattet av tre dommere, og ingen annen ICJ-praksis berører dette spørsmålet på denne måten. Her drøftes "...the question of whether States are entitled to exercise jurisdiction over persons having no connection with the forum state when the accused is not present in the State's territory",<sup>73</sup> altså adgangen til å utøve universell jurisdiksjon *in absentia*. Her nevnes enkelte *vilkår* som må være oppfylt ved utøvelsen av universell jurisdiksjon.

Higgins m. fl. uttaler i avsnitt 5 at: "The difficult task that international law today faces is to provide stability in international relations by a means other than the impunity of those responsible for major human rights violations. This challenge is reflected in the present dispute, and the Court should surely be engaged in this task, even as it fulfills its function of resolving a dispute that has arisen before it. But through choosing to look at half the story – immunity – it is not in a position to do so". Her tas det et bredt utgangspunkt, spørsmålet settes i en større sammenheng. Videre gjennomgås nasjonal lovgivning (avsnitt 20), nasjonal rettspraksis (avsnitt 22) og traktater (avsnitt 25- 44), uten at det på grunnlag av disse kildene kan slås entydig fast om universalitet kan påberopes. Men vekten av lite praksis og lovgivning nedtones under henvisning til at man ikke kan anta at stater fullt utnytter den adgang de har til å utøve jurisdiksjon til enhver tid. Det konkluderes, i tråd med *Oppenheim*, med at jurisdiksjon kan bygge på handlingers grovhet i seg selv uten annen tilknytning til staten enn handlingenes krenkelse av verdier som deles av hele menneskeheten, herunder denne staten.<sup>74</sup> Dette illustrerer en utvikling mot folkerettslig adgang til å bygge på universalitet. Videre kommer disse dommerne, blant annet under henvisning til

---

<sup>72</sup> Se avsnitt 6 i dissenterende votum.

<sup>73</sup> Fellesvotumet avsnitt 19

<sup>74</sup> *Oppenheim*, 9. utgave s. 998

prinsippet *aut dedere aut prosequi*, til at utøvelse av universalitet *in absentia* må underlegges nærmere bestemte vilkår. Disse vilkårene skal avverge misbruk som kan hindre stabilt samkvem mellom stater. For det første må forbryterens hjemstat gis muligheten til selv å forfølge forbrytelsene (avsnitt 59). For det andre må anklagene føres av en uavhengig påtaleenhet. For det tredje kan universell jurisdiksjon bare utøves over internasjonale forbrytelser (avsnitt 60).

Higgins m. fl. konkluderer med at når piratvirksomhet lenge har vært underlagt universell jurisdiksjon, må det samme gjelde kjerneforbrytelsene som er internasjonale forbrytelser av mer alvorlig karakter. Rettens president kommer til det motsatte i sitt særvotum. Han støtter seg til Lord Slynn of Hadley sine uttalelser i den første *Pinochet*-saken, og kommer følgelig til at: ”If the Court had addressed these questions, it seems to me that it ought therefore to have found that the Belgian judge was wrong in holding himself competent to prosecute Mr. Yerodia Ndombasi by relying on a universal jurisdiction incompatible with international law”. Det er ulogisk at presidenten konkluderer på denne måten og samtidig kommer til at Yerodias immunitet ble krenket, sett i sammenheng med det nødvendige forholdet mellom jurisdiksjon og immunitet slik dette er omtalt foran (ingen jurisdiksjon, ingen immunitet). Dette illustrerer den grunnleggende uenighet mellom flertallet og de tre fellesvoterende dommerne. *Cassese* argumenterer, i sin kommentar til dommen, ytterligere for å anta universell jurisdiksjon som tillatt etter folkeretten i forhold til internasjonale forbrytelser.<sup>75</sup> Det blir spennende å se hvordan mindretallets uttalelser vil bli brukt i framtiden. Trolig vil mindretallets syn på universalitet etter hvert bli det rådende.

---

<sup>75</sup> *Cassese* i EJIL, s. 859-861

## 5 Kort om resultatet i dommen

### 5.1 Arrestordren må kanselleres

Dette punktet kommenteres bare kort her siden selve resultatet er utenfor kjernen av oppgaven. Belgia ble dømt til å kansellere arrestordren. Også her var det uenighet mellom dommerne. Det er faktisk på dette punkt det er flest dissenterende vota. Av særlig interesse her er dissenterende uttalelser fra dommerne Higgins, Kooijmans og Buerenthal: "However, the Courts's finding in the instant case that the issuance and circulation of the warrant was illegal, a conclusion which we share, was based on the fact that these acts took place at a time when Mr. Yerodia was Minister for Foreign Affairs. As soon as he ceased to be Minister for Foreign Affairs, the illegal consequences attaching to the warrant also ceased". Higgins m. fl. kom som nevnt fram til et unntak fra immunitet for en tidligere utenriksminister ved kjerneforbrytelser ved å karakterisere slike som private handlinger. Slik resonnerer ikke flertallet, som tilsynelatende gir immunitet også til en tidligere utenriksminister selv ved kjerneforbrytelser. Denne uenigheten kan være en årsak til dissensene her. Det er også divergerende tolkning av *Factory at Chozsòw*<sup>76</sup>, en eldre PCIJ-avgjørelse, sammen med et ulikt syn på hvorvidt opprettholdelse av arrestordren vil innebære en fortsatt krenkelse, som ligger til grunn for dissensen. Higgins m. fl. anser det umulig å gjenopprette *status quo ante* i tråd med prinsippet om at alle følgene av folkerettsbruddet, i dette tilfellet krenkelsen ved utstedelsen av arrestordren, skal reverseres. Dommer Oda sier at han tolker flertallet dithen at det ikke er noe som hindrer Belgia i å utstede en ny arrestordre på Yerodia i 2002, etter at han er avgått. Han kan derfor ikke se at en kansellering av den opprinnelige arrestordren nå er berettiget. Han anser en formell *unnskyldning* for å være det eneste passende botemiddel for den skade som oppstod ved Belgias krenkelse av Yerodias immunitet.

---

<sup>76</sup> Permanent Court of International Justice, series A, no. 17, p. 47

## 6 Generelle betraktninger

### 6.1 ICJs rolle som lovgiver i folkeretten

Det kan stilles spørsmål om ICJ burde annerledes på sin lovgiverrolle og truffet en mer omfattende avgjørelse.<sup>77</sup> Det kan hevdes at retten burde gått lenger i å klargjøre rettstilstanden omkring immunitet, når den her står overfor en sak som i så stor grad inviterer til det. Flere av de artikler som det er vist til i tilknytning til denne oppgaven, hevder dette. Saken er den første i ICJs historie som inviterer til å avgjøre spørsmålene omkring immunitet og universell jurisdiksjon. Det er likevel en kjensgjerning at domstoler, ikke minst internasjonale, sjelden går lenger en de anser nødvendig for å løse den konkrete tvisten, og de forsøker så langt råd er å knytte resultatet til konvensjonelle kilder. Dette reflekteres i det faktum at Kongo påberoper seg diplomatkonvensjonen som grunnlag for en utenriksministers immunitet. Det kan på den andre siden vises til sitatet i fellesvotumets avsnitt 5, som gjengitt under pkt. 4. Her kan det synes som om dommerne har et videre syn på ICJs rolle; at den plikter å imøtekomme folkerettssamfunnets behov for avgjørelse av omtvistede spørsmål ”...even as it fulfills its function of resolving a dispute that has arisen before it”. Det samme kommer for så vidt til uttrykk hos Van den Wyngaert i hennes votum.<sup>78</sup> Dommen ville antakelig høstet mindre kritikk om den hadde vært mer avklarende og omfattende. Ikke minst fordi spørsmålene avgjørelsen reiser er så aktuelle. *Frulli* innrømmer derimot i sin konklusjon, at en mer omfattende avgjørelse i favør av menneskerettighetene, kunne fått alvorlig følger for stabiliteten i det internasjonale samfunn;<sup>79</sup> likedan *Zappalà*.<sup>80</sup> Likevel, i lys av den stadig økende viljen til nasjonal straffeforfølgning av kjerneforbrytelser, kunne det vært på sin plass å gå lenger enn det retten gjorde her.

---

<sup>77</sup> Se også pkt. 3.2 foran i tilknytning til dette.

<sup>78</sup> ”The Court has not addressed the dispute from this perspective and has instead focused on the very narrow question of immunities of incumbent Foreign Ministers.” (avsnitt6)

<sup>79</sup> *Frulli* avsnitt 9: ”The opposite decision could have entailed enormous dangers in terms of stability of international relations.”

<sup>80</sup> *Zappalà* s. 607 (i tilknytning til *Gadhaffi*)

## 6.2 Om unntak fra personlig immunitet ved kjerneforbrytelser

Enkelte antyder mer omfattende unntak enn denne oppgaven i forhold til om det gjelder, eller burde gjelde et unntak for kjerneforbrytelsene, *også* i forhold til personlig immunitet. Ettersom ICJ inkluderte utenriksministere i den av personlig immunitet vernede kretsen, er dette den eneste alternative måten for en annen stat til å straffeforfølge en sittende utenriksminister for kjerneforbrytelser. Dommer Van den Wyngaert konkluderer benektende på spørsmålet om utenriksministere er vernet av personlig immunitet. Hun kan ikke se at slik immunitet er hjemlet i folkerettslig sedvane. Man kan lett komme til kort i forsøk på å forfølge ministre og statsledere, og dermed mislykkes i å oppfylle målsetningen om at immunitet ikke er det samme som staffrihet, dersom disse får beholde sin tittel etter endt tjeneste, *pro forma*, og dermed nyter absolutt immunitet. Det kan likevel hevdes at løsningen med å sette immunitet i sammenheng med de *funksjoner* vedkommende har, kan løse opp den tette sammenhengen mellom tittel og immunitet.

Hvis disse reglene har *jus cogens*-status kan det hevdes at det for slike forbrytelser ikke kan være noen personlig immunitet. Det er vanskelig å se i praksis at det er slik, men det følger logisk av trinnhøydeprinsippet. I denne forbindelse er følgende uttalelse fra *Ghadaffi* interessant: “At this stage of development of international customary law the crime charged (terrorisme), no matter how serious does not fall within the exceptions to the principle of immunity from jurisdiction of foreign Heads of State in office”. Denne uttalelsen *impliserer* at unntak kan tenkes fra personlig immunitet, men at dette ikke er tilfellet for terrorisme.

### 6.2.1 *De lege lata* og *de lege ferenda*

Dagens situasjon framstår som en brytning mellom gamle og nye retninger i folkeretten. Det foreløpig mest riktige er nok å anerkjenne den personlige immunitet som unntaksfri. At dette ikke nødvendigvis er den riktige løsningen *de lege ferenda*, er en annen sak. Den økte internasjonale bekjempelse av *jus cogens*-forbrytelser er et viktig utviklingstrekk. Men samtidig må det innses at vi står på et punkt i utviklingen fra statsorientert mot en individorientert tenkning hvor vi ikke bare må tåle begrepsmessig motstrid i folkeretten, men også reell motstrid i form av kompromisser. Vi må trolig leve med dette i en tid framover og godta at visse rettsområder fortsatt preges av Westfalia- regimet hvor suvereniteten stod sterkt. *Bröhmer* og *Zappalà* finner at det i

dag også er unntak fra personlig immunitet. Førstnevnte antar, med utgangspunkt i *Pinochet*, at det sett fra et strengt logisk ståsted ikke er mindre grunn til å ekskludere immunitet for sittende statsledere når man gjør dette for tidligere statsledere. Han er sterkt kritisk til skillet mellom personlig og funksjonell immunitet slik dette kommer fram både i *Pinochet* og i denne oppgaven. Han vektlegger heller ikke høyerestående offisielle personers behov for internasjonal bevegelsesfrihet i samme grad som det gjøres i *Yerodia*-saken. Han nevner ikke statslederens personifisering av staten i denne sammenheng. En diplomat anses å ha større behov for uhindret bevegelighet på grunnlag av den type oppgaver han har. *Bröhmer* anfører videre at lederne for de statene hvor kjerneforbrytelser begås, ikke er kjent for å bedrive utstrakt internasjonal reisevirksomhet, og at beskyttelse av disses bevegelsesfrihet som argument for immunitet dermed reduseres. *Zappalà* legger vekt på at bekjempelsen av kjerneforbrytelser er utslag av en *jus cogens*-norm i folkeretten, og at man uten å undergrave disse normenes absolutte ufravikelighet ikke kan gjøre noen unntak som ved folkerettens immunitetsregler.

Det er i denne oppgaven flere ganger vist til de hensynene som står mot hverandre i den foreliggende sak; på den ene siden internasjonalt samkvem, og på den andre siden menneskerettighetene. Det kan her vises til den uttalelsen fra Higgins m. fl. som er sitert under punkt 4 i oppgaven. Dette er også satt ord på av *Bröhmer* i tilknytning til *Pinochet*: ”In essence, it was a struggle between international law as a primarily state and sovereignty based regime and international law reaching beyond the state and defining justice by taking into account not only the interests of the sovereign state, but also the individual human being and his or her fundamental human rights”. I denne avgjørelsen er hensynet til den suverene stat tilgodesett på bekostning av menneskerettighetene. Spørsmålet er om en slik løsning er riktig, tatt i betraktning det stadig økende fokus på menneskerettighetene i det internasjonale samfunn. Det kan anføres at straffeforfølgning av en sittende, eventuelt forhenværende minister kan føre til politiske stridigheter, med følger som kan overgå dem denne søkes straffet for. Dette er et legitimt argument. Stater er villige til å gå langt i å forsvare sine funksjonærer. Kanskje risikerer man sterkere bruk av makt mellom statene for å hindre at deres embetsmenn underkastes fremmed nasjonal jurisdiksjon, dersom adgangen til dette i folkeretten er vid. Motsatt kan det hevdes at dette system etter hvert blir så innarbeidet at statsledere, og andre embetsmenn velger å ta hensyn til faren for å bli stilt

strafferettslig til ansvar når de utfører sin tjeneste. Slik kan man tenke seg at menneskerettighetene vil kommet styrket ut.

### 6.3 Suverenitetsbegrepets forandring

Immunitet er, som vi har sett foran, opprinnelig en side av staters suverenitet. Tradisjonelt, det vil si etter det folkerettslige regimet som har røtter tilbake til freden i Westfalia i 1648, er det *effektiv makt* som er den avgjørende indikator på om en stat er en stat i det internasjonale samfunn, og dermed nyter de privilegier som følger av suverenitet. Hånd i hånd med suverenitet går prinsippene om staters likhet, ikke-innblanding i andre staters indre anliggender, og staters samtykke som grunnlag for internasjonalt bindende forpliktelser. Det er i dag flere tegn på at suverenitetsbegrepet er gjenstand for en erosjon. Tanken om effektiv makt utfordres i dag av prinsippene om selvbestemmelse, demokrati og menneskerettigheter som grunnlag for en stats legitimitet. Disse tendensene kommer blant annet til syne gjennom menneskerettighetskonvensjoner, regler for krigføring og opprettelsen av internasjonale straffedomstoler. Det er grunn til å anta også *immunitetsreglene* påvirkes av disse tendensene siden disse henger tett sammen med suverenitetstanken. Som ytterligere eksempel på at suverenitetstanken er i ferd med å endres, kan nevnes humanitær intervensjon som vist ved NATOs bombing i Kosovo i 1998. Militær humanitær intervensjon er mye mer inngripende overfor en stats suverenitet enn forfølgning av statens funksjonærer. Vi kan da slutte, i den grad slik intervensjon er i ferd med å bli akseptert, fra det mer til det mindre, at dette må få betydning for adgangen til å straffeforfølge internasjonale forbrytelser.

Videre er en del av begrunnelsen for immunitet knyttet til statens verdighet. Spørsmålet er likevel om det er noen verdighet å verne hos en stat som ikke respekterer menneskerettighetene. Sir Hersch Lauterpacht sa følgende allerede i 1951: "[T]he dignity of a foreign state may suffer more from an appeal to immunity than from a denial of it".<sup>81</sup> Videre kan vi spørre om en "illegitim" stat er en suveren stat. *Held* går langt i å hevde at effektiv kontroll ikke lenger er tilstrekkelig for å konstituere en legitim stat: "For all the limitations of its enforcement, these are significant changes that, when taken together, amount to the rejection of the doctrine of legitimate power as

---

<sup>81</sup> *Lauterpacht*



effective control, and its replacement by international rules that entrench basic humanitarian values as the criteria for legitimate government”.<sup>82</sup>

En utenriksminister personifiserer ikke staten på samme måte som en statsleder. Når ICJ i denne saken likestiller statsledere og utenriksministere, er dette derfor kontroversielt. Det er ikke nødvendigvis slik at immuniteten må være den samme for begge disse. Likestillingen er med på å tilgodese hensynet til samkvem mellom statene *på bekostning* av hensynet til menneskerettighetene, siden den utvider det sedvanebaserte immunitetsvernet.

#### 6.4 Legalstrategi

Noen kommentarer kan også knyttes til spørsmålet om Belgias valg av taktikk og legalstrategi. Kanskje hadde ICJ kommet til et annet resultat hvis Belgia hadde ventet litt med å utfordre immunitetsreglene. Folkeretten er under stadig utvikling, og denne dommen fra ICJ kan bidra til å låse rettstilstanden på et skritt i utviklingen vi ikke er tilfreds med. Det kan tenkes at utviklingen i retning av absolutte immunitetsunntak for kjerneforbrytelser har stagneret som følge av Kongo-Belgia avgjørelsen. Kanskje Belgia burde ventet til en sedvaneregel hadde utkrystallisert seg med å utfordre folkeretten.

#### 6.5 Et lite blikk framover

Det er uenighet blant dommerne, og dissensene i dommen viser at det er flere måter å tilnærme seg materien på. Ikke minst vitner dommen om at det er ulike oppfatninger av hvor langt vi er kommet i utviklingen mot et mer menneskerettighets-orientert internasjonalt samfunn, der hensynet til statenes suverenitet ikke lenger kan påberopes i møte med de mest alvorlige forbrytelsene. Dommen viser at man i forkant av avgjørelsen kanskje var for optimistisk i forhold til hvor langt denne utviklingen hadde gått. Det er i alle fall sikkert at ønsket om en klar og utvetydig avgjørelse av de rettsspørsmål saken berører ikke ble innfridd. Det blir spennende å se, når avgjørelse kommer i saken mellom Kongo og Frankrike, om ICJ vil avvike fra Kongo-Belgia avgjørelsen, eller om den vil følge denne og dermed skape en sterkere presedens for den konservative holdning som uttrykkes i her. Siden 2001 har ICJ fått ny president, og dette kan være med på å påvirke Domstolens generelle holdninger. Den nye president,

---

<sup>82</sup> *Held, s. 167*

Shi, er imidlertid en del av flertallet i denne avgjørelsen, så særlig stor betydning har dette neppe.

Avslutningsvis er det på sin plass å gjenta følgende sitat fra *Tadić*: ”*It would be a travesty of law and betrayal of the universal need for justice, should the concept of state sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights*”. Det er bekymringsverdig at flertallet i Kongo-Belgia avgjørelsen nettopp lar statssuverenitet slå igjennom overfor menneskerettighetene.

## 7 Litteraturliste

Akehurst, Michael. *Custom as a Source of International law*, British Yearbook of International Law (BYIL), 47 (1974-1975), s. 1-53 (Akehurst)

Bianchi, Andrea. *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, European Journal of International Law (EJIL) (1999), vol 10 No. 2, s. 237-277 (Bianchi)

Bröhmer, Jürgen. *Immunity of a Former Head of State General Pinochet and the House of Lords: Part Three*, Leiden Journal of International Law 2000, s. 229-237 (Bröhmer)

Cassese, Antonio. *International Law*, Oxford University Press 2001 (Cassese)

Cassese, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.

Cassese, Antonio. *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*, EJIL (2002) vol. 13 No. 4, s. 853-875 (Cassese i EJIL)

Frulli, Micaela. *The ICJ Judgement on the Belgium v. Congo Case (14 February 2002): a Cautious Stand on Immunity from Prosecution for International Crimes*, [www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com) (Frulli)

Held, David. *The Changing Structure of International Law: Sovereignty Transformed?* (Held)

Lauterpacht, H. *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, 28 BYIL, 1951, s. 232. (Lauterpacht)

Oppenheim, L.F.L., Robert Jennings og Arthur Watts. *Oppenheim's international law. - 9<sup>th</sup> edition. (Oppenheim)*

Spinedi, Marina. *State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?*, EJIL (2002) vol. 13 No. 4, s. 895-899 (Spinedi)

St prp nr 24 (1999-2000)

Wirth, Steffen. *Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgement in the Congo v. Belgium Case*, EJIL (2002), vol. 13 No. 4, s. 877-893 (Wirth i EJIL)

Wirth, Steffen. *Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute*, Criminal Law Forum 12: 429-458, 2001 (Wirth)

Zappalà, Salvatore. *Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghadaffi Case Before the French Cour de Cassation*, EJIL (2001), vol 12 No. 3, s. 595-612 (Zappalà)