



Skrevet af
Jacob Mchangama og
lektor i folkeret Anders
Henriksen, Københavns
Universitet
d. 25. februar 2015

JUSTITIA BRIEF: FE's OVERVÅGNING AF DANSKERE I UDLANDET

UDEN RETSKENDELSE

Executive summary

Analysen indeholder en kort og overordnet diskussion af regeringens forslag om at give Forsvarets Efterretningstjeneste (FE) adgang til at overvåge danske borgere i udlandet uden forudgående retskendelse ("FE-forslaget"). I sin nuværende form indeholder FE-forslaget en alt for bred og upræcis adgang til at foretage indgreb i danske borgeres fortrolige kommunikation uden nævneværdige retssikkerhedsgarantier eller ekstern kontrol. Forslaget vil ikke alene give FE mere vidtgående beføjelser end dets amerikanske og britiske søstertjenester (herunder NSA og GCHQ), men også kunne komme i konflikt med den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK). Da forslaget endvidere lægger op til, at der foretages indgreb i danske borgeres rettigheder udenom domstolene, stemmer det også dårligt overens med grundlæggende principper om magtens tredeling. På den baggrund anbefales det, at FE-Forslaget:

- A) præciseres i forhold til mistankegrundlaget, samt de grunde der kan begrunde overvågning.
- B) giver en overordnet indikation af hvilke former for tvangsindgreb, FE-Forslaget giver hjemmel til at foretage.
- C) tilføjes et krav om forudgående retskendelse. Indgrebet bør ikke have hjemmel i retsplejeloven, og det behøver derfor ikke opfylde alle betingelserne heri.

1. Indledning

Den 19. februar – fem dage efter terrorangrebene i København 14. februar – præsenterede regeringen i ”Et Stærkt Værn mod Terror” 12 nye tiltag, der skal styrke indsatsen mod terror.¹ Et af de mest omdiskuterede tiltag er et forslag om at give Forsvarets Efterretningstjenestes adgang til at foretage målrettet overvågning af danskere i udlandet uden retskendelse (”FE-forslaget”). Formålet med nærværende analyse er at foretage en kort og overordnet diskussion af FE-Forslaget og komme med en række konkrete anbefalinger til, hvorledes en mere hensigtsmæssig lovgivning på området kan se ud. Analysen indledes med en kort gennemgang af de relevante aspekter i forhold til Grundloven og den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), hvorefter analysen redegør for, at forslaget vil give FE mere vidtgående beføjelser til at overvåge egne statsborgere, end hvad der gælder for både amerikanske og britiske efterretningstjenester såsom NSA og GCHQ. Analysen afsluttes med en kort konklusion og tre konkrete anbefalinger. Analysen vil blive fulgt op af en mere omfattende og detaljeret analyse, når/ hvis FE-Forslaget er udmøntet i et udkast til lovforslag.

2. FE-Forslaget og FE-loven

FE-Forslaget lyder således:

”Regeringen vil ved en lovændring give FE mulighed for at indhente oplysninger om danske udenlandske krigere, når de opholder sig i udlandet. FE skal kunne følge en ekstremist, der tager fra Danmark til f.eks. Syrien eller Irak for at deltage i kamphandlinger, når der er grund til at antage, at den pågældende person har til hensigt at deltage i aktiviteter, der kan indebære eller forøge en trussel mod Danmark, danske interesser eller andre landes sikkerhed.”²

Det fremgår af regeringens uddybende kommentarer, at der ikke vil være et krav om, at FE skal indhente retskendelse, når de indhenter de relevante oplysninger.³

* Forfatterne ønsker at takke ph.d. stipendiat Marc Schack fra Københavns Universitet for værdifuld bistand

¹ De 12 tiltag er tilgængelige her

<http://www.justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Pressemeddelelser/pdf/2015/Et%20st%C3%A6rkt%20v%C3%A6rn%20mod%20terror.pdf>

² ”Et stærkt værn mod terror – 12 nye tiltag mod terror”, pkt. 7

³ Ibid, se bemærkningerne til pkt. 7 på s. 7.

Det defineres ikke i forslaget, hvad der ligger i ”at indhente oplysninger”, men ifølge forsvarsministeren vil der være tale om bl.a. ”aflytning” og altså ikke kun indhentelse af eks. oplysninger fra åbne kilder eller ’meta-data’, men også konkret indhold af kommunikation.⁴

Hvis FE-forslaget gennemføres, vil det give tjenesten øgede beføjelser. Det fremgår nemlig af bemærkningerne til § 3, stk. 2 i den eksisterende Lov om Forsvarets Efterretningstjeneste, at FE ikke af egen drift må iværksætte målrettet fysisk overvågning af en kendt og identificeret person hjemmehørende i Danmark befindende sig i udlandet og ved elektronisk indhentning af oplysninger alene må medtage tilfældighedsfund om sådanne.⁵ Målrettet overvågning af danskere i udlandet kræver således, at Politiets Efterretningstjeneste (PET) indhenter en retskendelse og herefter anmoder FE om at forestå overvågningen. Det fremgår endvidere af lovens § 7, stk. 1, at FE kan videregive oplysninger til PET, hvis videregivelsen kan have betydning for varetagelse af deres opgave. Det er uden betydning, om oplysningerne betegnes som fortrolige (særligt følsomme), der vedrører en enkeltpersons rent private forhold.⁶

Indholdet af FE-forslaget står i kontrast til retsstillingen i Retsplejeloven, der på en række punkter beskytter danske borgere mod indgreb i meddelelshemmeligheden. Retsplejeloven foreskriver således, at indgreb som det helt klare udgangspunkt kræver en retskendelse, jf. § 780, stk. 1, og at en række konkrete grunde skal være opfyldt før kendelse, se § 782, stk. 1, nr. 1-3. Hertil kommer, at et indgreb skal være proportionalt i forhold til indgrebets formål og sagens betydning og den krænkelse og ulempe, som indgrebet må antages at forvolde den eller de personer, som det rammer, se § 782, stk. 1. I hastesager hvor en forudgående retskendelse vil medføre, at ’øjemedet forspildes’, kan der dog indhentes en retskendelse med tilbagevirkende kraft, jf. § 784, stk. 4.

En gennemførelse af FE-forslaget vil ikke blot bevirke, at FE uden retskendelse kan indhente oplysninger om danske borgere i udlandet til egen brug, men også at der kan være en risiko for, at FE og PET kan anvende førstnævntes adgang til at indlede overvågning i udlandet uden kendelse. Såfremt PET har indledt en undersøgelse af en person, men ikke har tilstrækkelig mistanke til at opnå en retskendelse, ville man med de nye regler i princippet kunne forestille sig, at FE indledte en overvågning af vedkommende, så snart denne forlod dansk territorium, eks. på ferie eller forretningsrejse, og så delte de indhentede oplysninger med PET efterfølgende. Endvidere vil danske borgere i Danmark risikere at blive aflyttet uden retskendelse, såfremt de kommunikerer med danskere i udlandet, der overvåges af FE. Det forhold, at Tilsynet med Efterretningstjenesterne skal ”orienteres” om FE-Forslagets anvendelse, må antages at have begrænset

⁴ <http://www.information.dk/telegram/525034>, sidst besøgt 23.02.2015.

⁵ FE-lovens specielle bemærkninger til § 3, stk. 2

⁶ Jf. de specielle bemærkninger til § 7

betydning, eftersom Tilsynet ikke har kompetence til at føre kontrol med FEs tvangsindgreb, men alene med FE (og PETs) behandling af (person)oplysninger, og da en orientering ikke kan anses for effektiv kontrol.

3. Grundloven - og menneskeretlige betragtninger

Grundlovens § 72 foreskriver, at boligen er ukrænkelig, og at husundersøgelser samt beslaglæggelse og undersøgelser af kommunikation kræver retskendelse, medmindre lov hjemler særegen undtagelse. Lovgiver kan således uden videre vælge at se bort fra princippet om retskendelse. Det er tvivlsomt, om Grundloven har virkning uden for Danmarks territorium, men selv hvis det er tilfældet, hindrer § 72 altså ikke FE-Forslaget.

Selvom det som berørt er tvivlsomt, om Grundloven finder anvendelse og beskytter danske borgere i udlandet, synes FE-Forslaget under alle omstændigheder at være svært at forene med principperne om magtens tredeling og den retssikkerhedsmæssige garanti for borgerne, der ligger i, at det er op til domstolene og hermed den dømmende magt og ikke blot myndighederne og den udøvende magt selv at vurdere, om indgreb i borgernes grundlæggende rettigheder er berettigede eller ej.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention⁷ (EMRK) artikel 8 (1) foreskriver, at enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance. FE-Forslaget medfører utvivlsomt indgreb i retten til respekt for ”privatliv” og ”korrespondance”⁸, og eftersom overvågning i medfør af FE-Forslaget er foreskrevet af dansk ret, og beslutningen om iværksættelse træffes af FE på dansk territorium, må det antages, at EMRKs beskyttelse også omfatter danske borgere i udlandet. Det må i særdeleshed gælde, hvor overvågning foretaget i udlandet deles med eks. PET, og/eller indgår i en strafferetlig efterforskning ved personens hjemkomst.⁹

Ifølge EMRK art. 8 (2) kan et indgreb være foreneligt med EMRK, såfremt det er i overensstemmelse med loven (legalitetsprincippet), og er nødvendigt i et demokratisk samfund (proportionalitet) af hensyn til bl.a. den nationale sikkerhed. Legalitetsprincippet indebærer for det første, at et indgreb skal have hjemmel i national

⁷ Lov nr. 285 af 29. april 1992 trådte i kraft 1. juli 1992.

⁸ Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, 3 udgave, 1 oplag fra 2010, s., s. 681

⁹ Se eks. Louizidou mod Tyrkiet Storkammeret 23/03/1995, pr. 82 og professor Douwe Korff, s. 5:

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/korff_powerpoint_long_/korff_powerpoint_long_en.pdf

lovgivning. For det andet opstilles visse kvalitative krav til hjemmelsgrundlaget.¹⁰ Lovgivningen skal således være tilgængelig og forudsigelig og udgøre et værn mod vilkårlighed.¹¹ Det forhold, at tilfældige tredjemænd udenfor mistanke risikerer at blive aflyttet/overvåget uden klar lovhjemmel, kan efter omstændighederne udgøre en selvstændig krænkelse af legalitetsprincippet.¹²

Foruden disse generelle krav har EMD opstillet helt specifikke krav til lovgivning, der giver adgang til eks. efterretningstjenesters hemmelige overvågning, og som gælder for både masse- og individuelt målrettet overvågning, hvortil der stilles særligt strenge krav med konsekvens for både legalitetsprincippet og proportionalitetsvurderingen.¹³ Der skal således være tilstrækkelige og effektive sikkerhedsmekanismer mod misbrug og vilkårlighed, da et ”hemmeligt overvågningssystem beregnet til at beskytte den nationale sikkerhed indebærer en risiko for at underminere eller endog ødelægge demokratiet under påskud af at ville beskytte det”.¹⁴ EMD lægger vægt på, at det fremgår hvilke lovovertrædelser, der kan give anledning til overvågning; om der er begrænsninger med hensyn til karakteren af de oplysninger, der må indsamles og opbevares; om persongruppen der må overvåges er afgrænset; hvilke betingelser der skal være opfyldt; fremgangsmåden ved overvågning; tiden for opbevaring af oplysningerne, og om der ellers er tilstrækkelige og effektive retssikkerhedsgarantier.¹⁵

Der lægges desuden vægt på, om der er effektiv kontrol med efterretningstjenestens aktivitet. Denne kontrol skal normalt, ifølge EMD, udføres af domstolene - i hvert fald i sidst instans.¹⁶ Der ses ikke at gælde et absolut krav om forudgående retskendelse, om end der lægges særlig vægt på denne retssikkerhedsgaranti, og ved fravær heraf vil der kræves øvrige effektive retssikkerhedsgarantier, der kan opveje manglen på forudgående kontrol.¹⁷ Det kan ikke på baggrund af den nuværende udformning af FE-Forslaget vurderes, hvorvidt det er foreneligt med EMRK artikel 8. Dog giver både det brede og upræcise mistankegrundlag, den manglende præcisering af indgrebs art og natur, de indhentede oplysninger og den manglende retlige kontrol, herunder særligt det forhold, at FE-Forslaget ikke foreskriver retskendelse, anledning til væsentlige spørgsmål i forhold til både legalitetsprincippet og proportionalitetsprincippet i EMRK artikel 8.

¹⁰ Jon Fridrik Kjølbro, op.cit, s. 591

¹¹ Se f.eks. Sunday Times mod Storbritannien, dom af 26.04.79 og Carmenzind mod Schweiz, dom af 16.12.97

¹² Amaan mod Schweiz dom af 16. februar 2000

¹³ Jon Fridrik Kjølbro, op cit, s. 667.

¹⁴ Se Rotaru mod Rumænien, dom af 04.05.2000

¹⁵ Ibid, og Leander mod Sverige, dom af 26.03.87. Liberty m.fl. mod Storbritannien, dom af 01.07.2008, Weber og Saravia mod Tyskland, afgørelse af 29.06.2006. Se også Jon Fridrik Kjølbro, op.cit., s. 666ff og 680ff

¹⁶ Rotaru mod Rumænien, dom af 04.05.2000, pr. 57 og 59 og Leander mod Sverige, dom af 26.03.87, pr. 51 og 60-67

¹⁷ Klass m.fl. mod Tyskland, dom af 06.09.1978 og Kennedy mod Storbritannien, dom af 18.05.2010

4. FE-Forslaget sammenlignet med amerikansk og britisk lovgivning

Det skal understreges, at det er vanskeligt for offentligheden at få nøjagtig indsigt i de beføjelser, som fremmede efterretningstjenester som eks. det amerikanske National Security Agency (NSA) og det britiske Government Communications Headquarters (GCHQ) er blevet tillagt i forhold til at indsamle oplysninger om egne statsborgere i udlandet. Gennemgangen i dette afsnit er alene baseret på offentligt tilgængelige – og erkendte – beføjelser, og det er muligt, at de pågældende tjenester efterretningsaktiviteter i praksis rækker videre end som så.

I USA er bl.a. National Security Agency's (NSA) aktiviteter reguleret i *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA), der i § 1881c foreskriver, at en efterretningsdomstol (FISC) som udgangspunkt skal godkende overvågningsskridt mod amerikanske statsborgere i udlandet jf. § 1881c(a)(2).¹⁸ Tilladelse kræver, at en række krav er opfyldt, og der skal bl.a. foreligge "probable cause" om, at målet for overvågningen befinder sig uden for amerikansk territorium, og at denne er en "foreign power" eller agent for en "foreign power" (definitionen af "foreign power" inkluderer bl.a. terrorgrupper jf. § 1801 (a)(4)). Herudover skal der bl.a. fremlægges dokumentation for overholdelse af krav om minimumsprocedurer, tidsbegrænsninger og for at de søgte informationer udgør "foreign intelligence information", jf. § 1881c(b). I nødstilfælde kan justitsministeren autorisere indgrebet, så længe en FISC dommer straks bliver informeret, og såfremt spørgsmålet bringes for domstolene, når det er praktisk muligt – dog altid inden for 7 dage jf. § 1881c (d)(1)(b).

I Storbritannien er det hovedsagligt det britiske Government Communications Headquarters (GCHQ) og dennes aktiviteter, der er sammenlignelige med FE for så vidt angår signalefterretning (mens British Secret Intelligence Service udgør Storbritanniens udenrigsefterretningstjeneste). To regelsæt er relevante. Det ene er *Regulation of Investigatory Powers Act* (RIPA), der i section 8(5) bl.a. giver tilladelse til indhentelse af såkaldt "external communications", der defineres som kommunikation, der er sendt eller modtaget uden for de britiske øer, inklusiv britiske statsborgeres kommunikation. Tilladelserne til at overvåge sådan kommunikation er mere vidtgående end almindelige tilladelser, og de er eksempelvis undtaget fra et krav om, at det konkretiseres hvilke personer, der søges overvåget jf. section 8(4). Tilladelserne udstedes alene af den britiske udenrigsminister jf. section 8(6), og det skal ske efter, at denne har udstedt et særligt certifikat, som beskriver det søgte materiale, og efter en almindelig vurdering har vist, at materialet er nødvendigt eksempelvis med henvisning til hensynet til national sikkerhed, jf. section 8(4)(b)(ii). Det er altså ikke de britiske domstole, der udsteder tilladelserne, men

¹⁸ http://www.politico.com/static/PPM104_080619_fisapromise.htm, sidst besøgt d. 24.02.2015

derimod den britiske udenrigsminister. Denne kan imidlertid alene give tilladelse til overvågning, der skønnes ”nødvendig” (eksempelvis af hensyn til national sikkerhed) og ”proportional” jf. section 5(2)(a)-(b). Det skal i den forbindelse overvejes, om myndighederne kunne have skaffet sig de pågældende oplysninger på anden vis, jf. section 5(4). Der er lignende regler vedrørende almindelig fysisk overvågning (section 28).

Det andet relevante britiske regelsæt er *Intelligence Services Act (ISA)*, der bl.a. regulerer udstedelsen af tilladelser og autorisationer til efterretningstjenesternes ”entry on or interference with property or with wireless telegraphy”.¹⁹ Også disse tilladelser og autorisationer udstedes af udenrigsministeren, og de gælder som udgangspunkt i seks måneder, jf. section 6(2) og 7(6). Indgrebene skal være ”nødvendige” og rimelige i forhold til formålet med indgrebet, jf. section 6(3)(a)-(b). I henhold til lovens section 7 må loven anses for at regulere de indgreb, der foretages uden for de britiske øer herunder over for britiske statsborgere i udlandet.

Der er knyttet to efterretningskommissionærer til efterretningssystemet, der har til opgave at overvåge tjenesterne. Kommissærerne har adgang til det nødvendige materiale og udarbejder årlige rapporter til den britiske premierminister, der udleverer rapporterne til det britiske parlament. Herudover er der tilknyttet et særligt ’efterretningstribunal’, som undersøger klager over efterretningstjenesterne, ligesom der er separat parlamentarisk kontrol med efterretningstjenesterne via parlamentets ”Intelligence and Security Committee”.

Både de regler der gælder for amerikanske og britiske efterretningstjenester som NSA og GCHQ’s overvågning af egne statsborgere i udlandet, må siges at indeholde bedre retssikkerhedsgarantier end FE-forslaget. Det gælder i særdeleshed for den amerikanske ordning, hvor overvågning kræver forudgående retskendelse af en domstol. Også den britiske ordning kræver forudgående kendelse og opfyldelse af en række objektive kriterier. Kendelsen kan dog udstedes af en minister, snarere end af et af den udøvende magt uafhængigt organ. Selvom den britiske ordning umiddelbart fremstår væsentligt mindre betryggende end den amerikanske, må den som udgangspunkt stadig siges at være mere retssikkerhedsmæssigt betryggende end FE-forslaget - herunder også eksistensen af efterretningskommissærerne og det særlige efterretningstribunal.

¹⁹ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/13/pdfs/ukpga_19940013_en.pdf, sidst besøgt d. 24.02.2015

5. Konklusion og anbefaling

FE-forslaget indeholder en alt for bred og upræcis adgang til at overvåge danske borgeres personfølsomme kommunikation uden nævneværdige retssikkerhedsgarantier eller ekstern kontrol. Forslaget vil ikke alene give FE mere vidtgående beføjelser end amerikanske og britiske efterretningstjenester som NSA og GCHQ, men også kunne komme i konflikt med EMRK. Da forslaget endvidere lægger op til, at der foretages indgreb i danske borgeres rettigheder uden om domstolene, stemmer det også dårligt overens med grundlæggende principper om magtens tredeling. På den baggrund anbefales det, at FE-Forslaget:

- A) præciseres i forhold til mistankegrundlaget, samt de grunde der kan begrunde overvågning.
- B) giver en overordnet indikation af hvilke former for tvangsindgreb, FE-Forslaget giver hjemmel til at foretage.
- C) tilføjes et krav om forudgående retskendelse. Indgrebet bør ikke have hjemmel i retsplejeloven, og det behøver derfor ikke opfylde alle betingelserne heri.