

Forsvarslovens § 17 er i strid med den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Forsvarslovens § 17 giver forsvarsministeren adgang til at træffe foranstaltninger vedrørende rettighederne i grundlovens § 72 såsom hemmelig overvågning i tilfælde af "krig eller andre ekstraordinære forhold". Forsvarsloven indeholder ikke nogen nærmere definition af, hvornår der foreligger krig eller andre ekstraordinære forhold, ligesom den ikke angiver nogen begrænsninger for, hvilke foranstaltninger forsvarsministeren kan iværksætte.

Forsvarsministeren har ikke ønsket at svare på, hvorvidt forsvarslovens § 17 er i kraft som følge af krigen mod terror eller den væbnede konflikt i Afghanistan. Ifølge den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) artikel 8 skal hemmelige overvågningsforanstaltninger opfylde en række retssikkerhedsmæssige garantier, og som kun kan fraviges, såfremt Danmark suspenderer dele af EMRK. Forsvarslovens § 17 indeholder ingen af disse retssikkerhedsmæssige garantier og må derfor antages at være i strid med EMRK artikel 8. CEPOS anbefaler, at forsvarsministeren straks informerer Folketinget om den hidtidige anvendelse af forsvarsloven, samt at regeringen ændrer forsvarsloven således, at den lever op til basale retssikkerhedsgarantier.

1. Indledning

Forsvarslovens § 17, stk. 1, nr. 1 giver forsvarsministeren adgang til uden retskendelse at træffe foranstaltninger vedrørende rettighederne omhandlet i grundlovens § 72 i tilfælde af "krig eller andre ekstraordinære forhold". Forsvarsministeren har i forbindelse med en række spørgsmål stillet i Folketingssalen og Folketingets Forsvarsudvalg ikke ønsket at redegøre nærmere for, om Forsvarslovens § 17 finder anvendelse i den nuværende "krig mod terror" eller som følge af Danmarks deltagelse i den væbnede konflikt i Afghanistan. EMRK Artikel 8 stiller visse krav til lovgivning, som tillader indgreb i retten til bl.a. privatliv og korrespondance. Lovgivningen skal overholde visse retsstatsprincipper, herunder være tilgængelig, forudsigelig og præcis. Herudover skal indgreb skal være underlagt effektiv og uafhængig kontrol. EMRK artikel 8s beskyttelse kan midlertidigt suspenderes (derogation), såfremt der er tale om "krig eller anden offentlig faretilstand, der truer nationens eksistens". Sådant derogation kræver dog helt ekstraordinære trusler samt forudgående underrettelse til Europarådet. Dette notat undersøger, hvorvidt forsvarslovens § 17 er i overensstemmelse med EMRK.

2. Forsvarsloven og Forsvarets Efterretningstjeneste

2.1. Forsvarslovens § 13

Forsvarets Efterretningstjenestenes (FEs) virksomhed er reguleret af forsvarsloven. FEs opgave er ifølge forsvarslovens § 13, stk. 2 at "indsamle, bearbejde og formidle informationer om forhold i udlandet af betydning for Danmarks sikkerhed". I henhold til forsvarslovens § 13, stk. 3 kan FE som led i sin virksomhed dog også "medtage oplysninger om danske statsborgere og personer, der opholder sig i Danmark". Endvidere har FE hjemmel til at "videregive oplysninger til Politiets Efterretningstjeneste (PET) i det omfang, videregivelsen kan have betydning for varetagelse af tjenesternes opgaver", jf. § 13, stk. 4.

I bemærkningerne til forsvarsloven hedder det om disse bestemmelser:

Formålet med bestemmelsen er at skabe udtrykkelig hjemmel til, at Forsvarets Efterretningstjeneste som følge af sin almindelige opgave varetagelse rettet mod forhold i udlandet kan medtage oplysninger om danske statsborgere og personer, der opholder sig i Danmark, eller oplysninger, der i øvrigt har en dansk vinkel. Dette kan eksempelvis være oplysninger, der har relationer til terror, spredning af masseødelæggelsesvåben og anden grænseoverskridende kriminalitet"... Bestemmelsen skal i øvrigt ses i sammenhæng med, at der med nærværende lovforslag ligeledes søges tilvejebragt hjemmel til udveksling af oplysninger mellem Forsvarets Efterretningstjeneste og Politiets Efterretningstjeneste, uden at der i hvert enkelt tilfælde skal foretages en konkret vurdering i forhold til den enkelte oplysning, jf. nærmere nedenfor."..." Bestemmelsen omfatter personoplysninger om både danske og udenlandske statsborgere samt juridiske personer."

Det bemærkes, at Forsvarsministeren under Folketingets behandling af forsvarsloven i 2006 bekræftede, at FE i henhold til Forsvarslovens § 13, stk. 3 vil kunne oprette eller have selvstændige registre over danske statsborgere og personer bosat i Danmark, såfremt sådanne har forbindelser til udlandet af betydning for Danmarks sikkerhed.¹

2.2. Forsvarslovens § 17

Forsvarslovens § 17, stk. 1, nr. 1 foreskriver, at

"Under krig eller andre ekstraordinære forhold kan forsvarsministeren uden retskendelse træffe foranstaltninger som omhandlet i grundlovens § 72 over for telefonsamtaler, postforsendelser og anden kommunikation"

Bestemmelsen har – i forskellige varianter - indgået i den danske forsvarslov i en lang årrække og bærer tydeligt præg af at være udfærdiget under indtryk af de forhold, der var gældende under Den Kolde Krig. Bestemmelsens nuværende formulering blev vedtaget i 1959. Dog var det på daværende tidspunkt ikke præciseret, at foranstaltningerne kunne træffes uden retskendelse. Bemærkningerne til lovforslaget af 1959 angav, at bestemmelsen skulle formuleres således, at den tilgodeser forswarets behov for i en truende situation eller i tilfælde af krig at kunne indføre censur af telefonsamtaler og af brev- og telegramforsendelser.² I 1982 blev det udtrykkeligt præciseret, at foranstaltningerne kunne foretages uden retskendelse.³ Dette blev begrundet med, at foranstaltningerne alene var af forebyggende eller kontrollerende karakter, og krav om retskendelse ville derfor ikke tjene noget formål. Selvom bestemmelsen oprindeligt havde censur for øje, udelukker hverken dens ordlyd eller forarbejderne, at "foranstaltninger" kan udmønte sig i overvågning, som dermed vil udgøre indgreb. Som det ses, indeholder forarbejderne til forsvarslovens § 17 og dens forgængere meget sparsomme oplysninger om rækkevidden og indholdet af denne bestemmelse, og spørgsmålet er så vidt ses aldrig blevet afgjort i praksis.

¹ Forsvarsministerens svar til spørgsmål 14 vedrørende L 218.

² Lovforslag af 7. oktober 1959 Tillæg A, s. 2., kommentar til § 19, stk. 4.

³ LFF 1982 nr. 67, bemærkning til § 5.

Den 1. december 2008, blev forsvarsministeren stillet et § 20-spørgsmål vedrørende anvendelse af lovens § 17:⁴

”Kan ministeren fuldstændigt udelukke, at forsvarslovens § 17 aktuelt kan finde anvendelse i den af regeringen erklærede »krig mod terror«, således at PET kan få vide beføjelser til - uden retskendelse - at aflytte elektronisk kommunikation f.eks. mellem danske borgere og folketingsmedlemmer?”

Til dette svarede ministeren:

”Jeg finder ikke, at der inden for rammerne af en besvarelse af spørgsmål stillet efter § 20 i Folketingets forretningsorden kan gives oplysninger om anvendelsen af forsvarslovens § 17.

Oplysninger af den omhandlede karakter giver regeringen, såfremt det måtte være aktuelt, alene til Folketingets Udvalg vedrørende Efterretningstjenesterne[...] Udvalget orienteres blandt andet af regeringen om omstændigheder af sikkerhedsmæssig karakter eller vedrørende udenrigspolitiske spørgsmål, som er af betydning for efterretningstjenesternes virksomhed. Det skal i den forbindelse understreges, at udvalgets medlemmer ifølge lovens § 5 er pålagt tavshedspligt om, hvad de erfarer i udvalget.”

Forsvarsministeren er siden blevet stillet en række opfølgende spørgsmål i Forsvarsudvalget. Det første spørgsmål angik betydningen af ”krig”:

Mener ministeren, at Danmark i øjeblikket er i krig, og at denne situation kan begrunde anvendelse af § 17 i forsvarsloven til evt. aflytninger uden retskendelse?

Til dette svarede Forsvarsministeren bl.a.:

Begrebet krig anvendes typisk ikke i den folkeretlige terminologi, som Danmark og de fleste øvrige lande anvender om nutidens militære operationer. I stedet tales om, hvorvidt staten deltager eller er part i en væbnet konflikt, herunder om konflikten er international eller ikke-international. Den nærmere vurdering heraf afhænger af en række konkrete forhold. Det er regeringens opfattelse, at Danmark i Afghanistan deltager i en ikke-international væbnet konflikt, som defineret i Artikel 1 i Tillægsprotokol II af 18. juni 1977 til Genèvekonventionerne af 12. august 1949 vedrørende beskyttelsen af ofre i ikke-internationale væbnede konflikter. I konflikten deltager på den ene side den legitime afghanske regering og dens internationale allierede, herunder Danmark, og på den anden side en eller flere fjendtlige organiserede væbnede grupper.

Jeg finder ikke, at der inden for rammerne af en besvarelse af spørgsmål stillet af Folketingets Forsvarsudvalg kan gives oplysninger om anvendelsen af forsvarslovens § 17, herunder i den konkrete situation.⁵

⁴ Spørgsmål S 602 af 2008, stillet af Hanne Agersnap (SF).

⁵ Forsvarsudvalget almindelig del. Svar af 15. januar 2009 på spørgsmål 32 stillet af Holger K. Nielsen (SF). Holger K. Nielsen har som opfølgning på Forsvarsministerens svar stillet et spørgsmål om, hvorvidt ”Danmarks deltagelse i en

Det andet spørgsmål angik betydningen af "andre ekstraordinære forhold":

Vil ministeren uddybe den nærmere betydning af udtrykket "andre ekstraordinære forhold" i § 17 i Forsvarsloven – specielt om der i Danmark p.t. er sådanne andre ekstraordinære forhold, som kan begrunde evt. FE-aflytninger uden retskendelse?

Til dette svarede Forsvarsministeren:

Der findes ikke i forsvarsloven eller forarbejderne hertil en klar og entydig definition af begrebet "ekstraordinære forhold". Mere generelt kan det imidlertid antages, at man kan definere begrebet, som forhold, hvor statens handlefrihed og sikkerhed er truet, uden at der er tale om egentlig krig. Der henvises i øvrigt til min samtidige besvarelse af Forsvarsudvalgets spørgsmål 32.⁶

Det er således uafklaret, hvorvidt forsvarslovens § 17 p.t. er i kraft som følge af "krig" og/eller "andre ekstraordinære forhold", og i bekræftende fald hvilke foranstaltninger Forsvarsministeren har iværksat.

3. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

3.1. Artikel 8

EMRK artikel 8 foreskriver, at

Stk. 1. Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.

Stk. 2. Ingen offentlig myndighed kan gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, undtagen for så vidt det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres ret og frihed.

Det bemærkes, at retten til respekt for "privatliv" og "korrespondance" også omfatter aflytning og registrering af telefoner og teleoplysninger.⁷

3.2. Legalitetsprincippet

Det såkaldte legalitetsprincip indebærer et krav om, at indgreb i retten til respekt for privatliv og korrespondance m.v. skal være i "overensstemmelse med loven". Men legalitetsprincippet foreskriver ikke kun, at myndighedernes ret til at foretage indgreb skal fremgå af en lovbestemmelse. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har i en række domme opstillet materielle krav til legalitetsprincippet, da dette begreb skal udgøre et effektivt retssikkerhedsmæssigt værn mod vilkårlighed. Lovgivningen skal således være tilgængelig,

"ikke-international væbnet konflikt" gør det muligt at anvende § 17 i forsvarsloven". Dette spørgsmål er så vidt ses endnu ikke besvaret.

⁶ Forsvarsudvalget almindelig del. af 15. januar 2009 på spørgsmål 33 stillet af Holger K. Nielsen (SF).

⁷ Lorenzen et al EMRK-Kommentar (art 1-10) p. 426.

præcis og dets anvendelse forudsigelig.⁸ Såfremt et indgreb ikke lever op til legalitetsprincippet, vil det allerede af denne grund være uforeneligt med EMRK artikel 8, uanset om det i øvrigt måtte forfølge et legitimt mål og være proportionelt som "nødvendigt i et demokratisk samfund".⁹

Foruden disse generelle krav har EMD opstillet helt specifikke krav til lovgivning, der regulerer efterretningstjenesters virke. EMD har således krævet, at der eksisterer tilstrækkelig og effektiv sikkerhed mod misbrug af efterretningstjenesters adgang til overvågning.¹⁰ EMD stiller relativt strenge krav til legaliteten af nationale regler, der foreskriver efterretningstjenesters adgang til hemmelig overvågning, således at adgangen hertil er tilstrækkeligt begrænset.¹¹

I Rotaru dommen udtalte EMD således, at

[EMD] må være overbevist om, at der eksisterer tilstrækkelige og effektive sikkerhedsmekanismer ("adequate and effective safeguards") mod misbrug, 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.¹²

I afgørelsen Weber and Saravia¹³ godtog EMD, at et tysk overvågningssystem var i overensstemmelse med loven, da det indeholdt detaljerede regler om opbevaring, overdragelse, anvendelse og destruktion af de indsamlede oplysninger. Borgerne havde tillige mulighed for at gøre sig bekendt med hvilke betingelser, der skulle være opfyldt for at overvågningen kunne finde sted, ligesom der var en effektiv og uafhængig kontrol.¹⁴ EMD fastslog således, at:

Forudseelighed ("foreseeability") i den særlige kontekst af hemmelig overvågning såsom indgreb i kommunikation kan ikke medføre, at et individ skal gøres i stand til at forudse, hvornår myndighederne vil være tilbøjelige til at gøre indgreb i hans kommunikation, så han kan omlægge sin opførsel derefter. Når myndighedernes beføjelser udøves i hemmelighed, er der dog en åbenbar risiko for vilkårlighed ("arbitrariness"). Det er derfor afgørende at have klare detaljerede regler ("clear detailed rules") om indgreb i telefonsamtaler, særligt under hensyn til at teknologien dertil bliver fortsat mere sofistikeret. Den nationale lov skal være tilstrækkelig klar ("sufficiently clear") i sin formulering til at give borgerne en rimelig indikation af de omstændigheder, der tillader, og hvilke krav der stilles til, offentlige myndigheders ibrugtagen af sådanne midler.

Da den praktiske implementering af hemmelige overvågningsforanstaltninger i forhold til kommunikation ikke er åben for granskning for det berørte individ eller offentligheden, ville

⁸ Sunday Times v. United Kingdom (I) dom af 26. april 1979, para. 49

⁹ Lorenzen et al EMRK Kommentar (art 1-10) p. 49 med henvisning til Malone v. United Kingdom dom af 2. august 1984.

¹⁰ Rotaru v. Romania dom af 4. maj 2000, para. 59 og Klass and Others v. Germany dom af 6. september 1978, para. 49-50. Se også Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for Praktikere p. 576.

¹¹ Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for Praktikere p. 575.

¹² Rotaru v. Romania para. 59 (CEPOS' oversættelse)

¹³ Weber and Saravia v. Germany afgørelse af 29. juni 2006

¹⁴ Weber and Saravia v. Germany para. 96-101

det være i strid med retsstatsprincipper ("rule of law"), såfremt den juridiske diskretion ("legal discretion") tillagt den udøvende magt eller en dommer er udformet således, at den giver ubegrænsede beføjelser. Som følge deraf skal loven med tilstrækkelig klarhed ("sufficient clarity") indikere omfanget af sådan myndighedsdiskretion og måden, hvorpå den kan udøves med henblik på at yde individet tilstrækkelig beskyttelse mod vilkårlige indgreb.¹⁵

EMD fastlagde endvidere i denne afgørelse en række principper, som hemmelig overvågning skal leve op til for at være i overensstemmelse med legalitetsprincippet. Det skal således være:

- Klarlagt, hvilken slags forbrydelser og forhold overvågningen anvendes i forhold til;
- Defineret, hvilke oplysninger der kan indsamles;
- Defineret, hvilke kategorier af personer, der kan udsættes for overvågning;

ligesom hemmelig overvågning skal indeholde:

- en tidsmæssig begrænsning af perioden for overvågningen, og
- et regelsæt, som regulerer den efterfølgende brug og opbevaring af de indsamlede oplysninger.¹⁶

Dette gælder, uanset om der er tale om generel overvågning eller overvågning af en specifik person.¹⁷ At myndighederne selv fastsætter interne regler er ikke tilstrækkeligt, såfremt disse regler ikke fremgår af den bagvedliggende lovgivning eller er tilgængelige for og kan kontrolleres af offentligheden.¹⁸

EMD har også statueret, at retsstatsprincippet indebærer, at myndighedernes indgreb skal være underlagt effektiv kontrol, og at uafhængig domstolskontrol er at foretrække, da dette garanterer uafhængighed, upartiskhed og en ordentlig procedure.¹⁹

EMD har dog godtaget kontrolorganer, selvom disse ikke udgjordes af egentlige domstole, forudsat at disse organer var uafhængige og havde tilstrækkelig kompetence til at træffe objektive afgørelser i forhold til den myndighed, som foretager indgrebet.²⁰ Det er således ikke tilstrækkeligt, hvis organet blot orienteres om indgreb, og/eller hvis organet ikke har tilsyn-, kontrol- og indgrebsmuligheder, der minder om en domstols.

En lov, som giver en myndighed en nærmest ubegrænset adgang til at indsamle oplysninger, og som samtidig ikke efterlever de ovenfor nævnte krav til retssikkerhedsgarantier og kontrol, vil således være i strid med legalitetsprincippet i EMRK artikel 8.

¹⁵ Weber and Saravia Para 93-94. (CEPOS' oversættelse)

¹⁶ Weber and Saravia v. Germany para. 95 og Rotaru v. Romania para. 57

¹⁷ Liberty and Others v. United Kingdom, dom af 1. juli 2008, para. 63

¹⁸ Liberty and Others v. United Kingdom para. 66

¹⁹ Klass and Others v. Germany para. 55.

²⁰ Klass and Others v. Germany para. 56

I dommen *Liberty and Others*²¹ tog EMD stilling til en klagesag mod Storbritannien, som havde iværksat et overvågningssystem, der tillod indgreb i kommunikation mellem Storbritannien og udlandet. EMD anvendte de ovenfor nævnte principper fra *Weber & Savaria* på det engelske system. EMD lagde i den forbindelse vægt på, at den pågældende lov gav myndighederne en ekstremt bred diskretion i forhold til indgreb i kommunikation mellem Storbritannien og udlandet. Der var reelt ingen begrænsning af hvilke oplysninger, der kunne indhentes som følge af den kendelse, der blev udstedt med hjemmel i loven. Der var heller ikke nogen adgang til effektiv kontrol og beskyttelse mod misbrug. EMD fandt endvidere, at der ikke var offentliggjort nogen information om, hvordan de indhentede oplysninger blev udvalgt til undersøgelse, eller hvordan de blev delt med andre og opbevaret. Der manglede også information om, hvordan oplysningerne blev destrueret.²² På denne baggrund nåede EMD frem til, at det engelske system krænkede EMRK artikel 8, da loven ikke levede op til legalitetsprincippet. Det bemærkes, at Storbritannien i 2000 ændrede den lov, som gav anledning til krænkelse i *Liberty and Others*, og indførte den langt mere omfattende *Regulations of Investigatory Powers Act 2000*, som indeholder detaljerede regler og visse retssikkerhedsgarantier vedrørende overvågning og indgreb i kommunikation m.v.²³

3.3. EMRK artikel 15

EMRK artikel 15 fastslår, at konventionsstaterne kan suspendere (derogere) beskyttelsen af en række af EMRKs rettigheder, herunder dens artikel 8, i tilfælde af "*krig eller anden offentlig faretilstand, der truer nationens eksistens*". Sådant derogation er dog kun forenelig med artikel 15, såfremt det er "*strengt påkrævet af situationen*" og i overensstemmelse med øvrige folkeretlige forpligtelser. Endvidere kræver derogation, at konventionsstaten underretter Europarådets Generalsekretær om de forholdsregler, der tages i anvendelse. Artikel 15 har særligt været anvendt af Storbritannien og Tyrkiet med henblik på at imødegå terrorisme som led i konflikterne med henholdsvis IRA og paramilitære grupperinger i Nordirland og PKK i det sydøstlige Tyrkiet.²⁴ Ved vurderingen af en artikel 15 erklæring om derogation i forhold til en konkret sag vil EMD tage stilling til om de generelle betingelser for derogation – krig eller anden offentlig faretilstand, der truer nationens eksistens – er opfyldt, og i så fald hvorvidt de konkrete tiltag er gyldige i den konkrete situation.²⁵ Ved EMDs vurdering af om derogation kan finde anvendelse, vil EMD anlægge en indskrænkende fortolkning jf. EMRK artikel 15s krav om, at derogation skal være "*strengt påkrævet*".²⁶

Ved bedømmelsen af de konkrete tiltags gyldighed vil konventionsstaten have en vis skønsmargin, men tiltagene må ikke gå videre end påkrævet, uagtet at de udtrykkeligt er tiltænkt at fravige rettigheder i EMRK.²⁷ EMD vil i den forbindelse bl.a. lægge vægt på hvilke

²¹ *Liberty and Others v. United Kingdom*

²² *Liberty and Others v. United Kingdom* para. 68 - 69.

²³ Loven kan findes her: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/ukpga_20000023_en_1. For kritik af loven se Dominic Raab "The Assault on Liberty", Fourth Estate, London, 1. udgave 2009, p. 93ff

²⁴ Se f.eks. *Ireland v. United Kingdom* dom af 18. januar 1978, *Brannigan and McBride v. United Kingdom* dom af 25. maj 1993 og *Aksoy v Turkey* dom af 18. december 1996.

²⁵ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for Praktikere* p. 63.

²⁶ *Ibid.* Med henvisning til *Sakik and others v. Turkey* dom af 26. november 1997 §§ 36-39.

²⁷ *Ibid.* p. 64.

rettigheder, der suspenderes, omfanget og varigheden deraf, samt om tiltagene indeholder helt basale retssikkerhedsgarantier til værn mod misbrug.²⁸

4. Den svenske FRA-lov

I Sverige vedtog man en lov i 2008 (FRA-loven), som gav Forsvarets Radioanstalt (FRA) mulighed for at overvåge alle statsborgeres telefon-, tekst- og e-mailkommunikation samt brugen af internettet og anden telefon- og datatrafik, så længe kommunikationen m.v. krydsede den svenske grænse. På grund af internationaliseringen af kommunikation og udbud heraf ville FRA-loven give FRA en meget vidtgående adgang til at overvåge kommunikation.²⁹ Lovforslaget skabte en heftig debat i Sverige og en betydelig folkelig opposition mod at tillægge FRA så vidtgående og ukontrolleret adgang til overvågning som forudsat i FRA-loven. Den 14. juli 2008 blev der indgivet en klage til EMD om en påstået krænkelse af EMRKs artikel 8, og den 25. september 2008 meddelte den svenske regering, at den ville ændre FRA-loven. Ændringerne vil bl.a. medføre domstolskontrol med overvågningen, uafhængighed og selvstændighed for kontrolmyndighederne, en styrkelse af forudsætningerne for retslig efterprøvelse og forbud mod overvågning, såfremt både afsender og modtager opholder sig i Sverige. Ændringerne medfører også, at proceduren for den tiltænkte overvågning bliver nærmere fastsat, og at den overvågede bliver tildelt visse rettigheder. Det forventes, at disse ændringer træder i kraft i løbet af efteråret 2009.

5. Forsvarslovens § 17 og EMRK

5.1. Artikel 8

Som det fremgår ovenfor stiller EMRK artikel 8 materielle krav til lovgivning, der giver myndighederne ret til at foretage indgreb i rettighederne beskyttet af selvsamme bestemmelse. EMRK artikel 8 anerkender dermed, at staten har en klar og legitim interesse i at modvirke trusler og angreb mod sin befolkning og sine institutioner. EMRK Artikel 8 opstiller dog krav til og begrænsninger for hvilke tiltag, der konkret kan iværksættes af staten.

Det er i den forbindelse klart, at forsvarslovens § 17 er en bestemmelse, som skal sikre nationens sikkerhed mod trusler og angreb. Spørgsmålet er, hvorvidt denne bestemmelse respekterer de krav og begrænsninger, som opstilles i EMRK artikel 8.

Grundlovens § 72 foreskriver, at boligen er ukrænkelig, og at husundersøgelse samt beslaglæggelse og undersøgelse af kommunikation kræver retskendelse, medmindre en lov hjemler særegen undtagelse. Forsvarslovens § 17 udgør således en særegen undtagelse og er derfor ikke i strid med grundlovens § 72, da denne bestemmelse i modsætning til EMRK artikel 8 ikke indeholder et materielt legalitets- eller proportionalitetskrav. Forsvarslovens ordlyd tildeler dog forsvarsministeren meget vide og udefinerede beføjelser hvad angår foranstaltninger – indgreb - i forhold til rettigheder beskyttet af grundlovens § 72.

²⁸ Lawless v. Ireland (III) dom af 1. juli 1961 para. 37 og Aksoy v. Turkey para. 82-84.

²⁹ Betænkningen vedrørende bl.a. FRA-loven kan findes her <http://www.riksdagen.se/webbnav/?nid=3322&rm=2007/08&bet=F%c3%b6U14>

Forsvarslovens § 17 opstiller således kun én betingelse for, at indgreb i privatlivets fred m.v. kan iværksættes: der skal være tale om "*krig eller andre ekstraordinære forhold*". Dette begreb er dog ikke defineret nærmere og dermed – særligt hvad angår "*ekstraordinære forhold*" - i praksis overladt til forsvarsministerens diskretion, jf. også forsvarsministerens ovenfor citerede besvarelser. De indgreb, som kan iværksættes i medfør af bestemmelsen, skal endvidere blot være "*foranstaltninger*". Det defineres således ikke nærmere hvilke foranstaltninger, der kan iværksættes, hvilke oplysninger der kan indsamles, eller hvilke kategorier af personer der kan gøres genstand for "*foranstaltninger*". Endvidere er der ikke angivet nogen tidsmæssig udstrækning af foranstaltningernes varighed under "*krig eller andre ekstraordinære forhold*" eller nogen anden begrænsning af de "*foranstaltninger*", som kan træffes under de disse omstændigheder. Bestemmelsen kan således ikke siges at være i overensstemmelse med legalitetsprincippet krav om forudsigelighed og præcision. Bestemmelsen tildeler i realiteten forsvarsministeren ubegrænsede beføjelser og diskretion, såfremt der er tale om "*krig*" eller "*ekstraordinære forhold*", og forsvarsministeren er tilsyneladende i vid udstrækning selv kompetent til at afgøre om disse betingelser er opfyldt.

EMRK artikel 8 opstiller som nævnt krav om effektive kontrol- og sikkerhedsmekanismer. Endvidere skal lovgivningen være formuleret på en måde, som giver offentligheden mulighed for at vurdere, under hvilke omstændigheder den finder anvendelse.

Forsvarsministerens svar på de ovennævnte spørgsmål indeholder to punkter, som støtter antagelsen om, at forsvarslovens § 17 ikke er i overensstemmelse med EMRK artikel 8. For det første har hverken offentligheden eller størstedelen af de folkevalgte politikere mulighed for at forudse eller blive gjort bekendt med, om loven finder anvendelse på det tidspunkt, hvor spørgsmålet stilles. Dette er i strid med kravet om forudsigelighed og præcision. For det andet nævner forsvarsministeren, at oplysninger vedrørende anvendelsen af bestemmelsen alene vil blive videregivet til Folketingets Udvalg vedrørende Efterretningstjenesterne. Et udvalg som er underlagt tavshedspligt og ikke kan træffe selvstændige beslutninger, og som derfor ikke udgør en tilstrækkelig effektiv kontrolmekanisme.

I loven³⁰, som regulerer udvalgets virke, står der således, at udvalget skal have indseende med forsvarets og politiets efterretningstjenester. Regeringen skal underrette udvalget om de retningslinjer, der gælder for efterretningstjenesternes virksomhed, samt om væsentlige omstændigheder af sikkerhedsmæssig karakter eller udenrigspolitiske spørgsmål, som er af betydning for efterretningstjenesternes virksomhed. Udvalget kan derefter tilkendegive dets opfattelse af behandlede spørgsmål. Det fremgår ikke af loven, at udvalget er uafhængigt i domstolslignende forstand, eller at det har en tilstrækkelig kompetence til at træffe bindende afgørelser i forhold til efterretningstjenesternes virke. Udvalget skal blot orienteres og tilkendegive dets opfattelse, og det er pålagt tavshedspligt. Dette er i strid med kravet om, at offentligheden skal have en vis mulighed for at føre kontrol med efterretningstjenester. Der eksisterer således ikke effektive sikkerheds- og kontrolmekanismer i form af domstole eller domstolslignende organer, som kan føre kontrol med Forsvarsministerens og FEs konkrete administration af loven. Offentligheden kan end ikke få konstateret, om forsvarslovens § 17 finder anvendelse, og de orienterede medlemmer af udvalget er pålagt tavshedspligt i det

³⁰ Lov nr. 278 af 1988

tilfælde, de måtte være orienteret herom. Det bemærkes, at det såkaldte Wamberg-udvalgs kontrol med FE og PET er begrænset til disse tjenesters registrering og videregivelse af oplysninger, samt at Wamberg-udvalget ikke skal godkende videregivelse af oplysninger fra FE til PET, i modsætning til FEs videregivelse til andre myndigheder uden for Forsvarsministeriets område.³¹

Der skal i tillæg til ovenstående lægges vægt på, at forsvarslovens § 13, stk. 4 tillader, at FE videregiver oplysninger til PET. En adgang der ikke er nærmere reguleret og dermed yderligere understreger forsvarslovens mangel på betryggende retssikkerhedsgarantier.

5.2. Artikel 15

EMRK artikel 15 tillader derogation fra samme konventions artikel 8. Forsvarslovens § 17 vil derfor i et vist omfang retmæssigt kunne anvendes til at foretage indgreb i EMRK artikel 8, der ellers normalt ikke ville kunne finde sted. Dette kræver dog, at artikel 15s krav om, at krig eller anden offentlig faretilstand truer nationens eksistens, er opfyldt, samt at de trufne forholdsregler er "strengt påkrævede". Endvidere kræver derogation underretning om forholdsreglernes natur til Europarådet.

Allerede fordi Danmark ikke officielt har derogeret i henhold til EMRK artikel 15 må det antages, at indgreb i EMRK artikel 8 efter forsvarslovens § 17 ikke er undtaget fra denne bestemmelses beskyttelse, jf. EMRK artikel 15.

Det må endvidere anses for meget tvivlsomt, om det forhold, at Danmark – ligesom en række øvrige vestlige lande – er truet af terrorisme, skulle udgøre en offentlig faretilstand, der truer nationens eksistens, og dermed skaber det fornødne grundlag for derogation i henhold til EMRK artikel 15. Dette synes også at blive bekræftet af PETs seneste vurdering af Terrortruslen mod Danmark af 13. november 2008 udfærdiget af Center for Terroranalyse. Heraf fremgår det, at

CTA vurderer, at der er en generel terrortrussel mod Danmark, som bestyrkes af militante ekstremistiske gruppers skærpede fokus på Danmark. Der er grupper og personer i Danmark, der har ønske om og kapacitet til at udføre terrorhandlinger i Danmark. Derudover kan grupper i udlandet søge at sende terrorister til Danmark. Terrortruslen i Danmark stammer hovedsagelig fra netværk, grupper og enkeltpersoner, der bekender sig til forskellige former for militant islamistisk ideologi, herunder al-Qaida-relaterede grupper og netværk baseret i Danmark og i udlandet. Det er dog vigtigt at bemærke, at risikoen for at blive offer for et terrorangreb i Danmark eller i udlandet stadigvæk er meget begrænset, hvis man ser bort fra enkelte konfliktzoner.³²

Heller ikke FEs egen efterretningsmæssige risikovurdering af 21. august 2008 synes at indikere en overhængende trussel med nationens eksistens.³³

³¹ Wambergudvalgets kommissorium kan læses her: <http://www.pet.dk/Kontrol/Wamberg-udvalget/Wambergudvalgets%20kommissorium%20af%201964.aspx> om Wambergudvalgets kontrol med FE kan læses nærmere her: <http://fe-ddis.dk/Om%20FE/Kontrol%20med%20FE/Pages/default.aspx>.

³² Vurderingen af Terrortruslen mod Danmark kan findes her: <http://www.pet.dk/upload/vtd - ukl 13.11.2008.pdf>

³³ Risikovurderingen kan findes her: http://fe-ddis.dk/SiteCollectionDocuments/FE/Pressearkiv/2008/Evur_2008.pdf

Skulle betingelsen om en fare, der truer nationens sikkerhed, være opfyldt, må det dog klart antages, at forsvarslovens ubegrænsede og ubestemte adgang til at foretage hemmelig overvågning m.v. ikke kan anses for strengt påkrævet, når der bl.a. henses til, at der ikke har været et egentligt terrorangreb på dansk territorium i tiden efter 11. september. På trods af at Danmark som følge af krigen mod terror, engagementet i Afghanistan og Muhammed-krisen er et potentielt mål for både hjemlige og udenlandske terrorister, kan situationen i Danmark ikke sammenlignes med konflikterne i Nordirland og Tyrkiet, hvor EMD har anerkendt, at artikel 15 var anvendelig. Disse konflikter har været borgerkrigs-lignende i karakter med omfattende brug af terrorangreb og civile ofre til følge, og konventionsstaterne har været konfronteret med organiserede terrorbevægelser, hvis metoder og organisering var sammenlignelige med egentlige hæres.

Det forhold, at Danmark muligvis kan siges at være i "krig" i Afghanistan i forsvarslovens forstand, kan heller ikke antages at gøre forsvarslovens mulighed for indgreb strengt påkrævet i EMRK artikel 15s forstand, da denne konflikt er ikke-international af karakter og udkæmpes fjernt fra dansk territorium. Denne konflikt har således ikke medført kamphandlinger eller øvrige ekstraordinære forhold her i landet, der kan begrunde en fravigelse af EMRK artikel 8.

5. Konklusion og anbefaling

Den nuværende formulering af forsvarslovens § 17 lever ikke op til de krav, og retsstatsprincipper, som indeholdes i EMRK artikel 8. I det tilfælde, hvor forsvarsministeren har iværksat hemmelige overvågningsforanstaltninger efter forsvarslovens § 17, må det derfor klart antages, at sådanne tiltag er i strid med EMRK artikel 8. Bestemmelsen er på grund af dens meget bredt formulerede ordlyd ikke i overensstemmelse med kravene om præcision og forudsigelighed, og der eksisterer ikke effektive sikkerheds- og kontrolmekanismer mod misbrug og vilkårlighed. Offentligheden skal have mulighed for at få kendskab til og kunne forudse anvendelsesområdet og omfanget af bestemmelsen, herunder om den er i kraft på et hvilket som helst tidspunkt. Forsvarslovens bemyndigelse til at bruge hemmelig overvågning m.v. skal være underlagt begrænsninger, og offentligheden samt den person, som mener at være blevet udsat for et indgreb, skal have mulighed for at føre en vis kontrol dermed via uafhængige domstole eller domstolslignende organer. Adgangen til at derogere efter EMRK artikel 15 kan ikke føre til et andet resultat da Danmark ikke konkret har benyttet denne adgang og da betingelserne herfor i øvrigt ikke kan antages at være opfyldt.

Det er i den forbindelse værd at bemærke at den danske forsvarslovs § 17 lider af en række af de samme retssikkerhedsmæssige mangler, som den svenske FRA-lov led af, før der blev indført ændringer der styrkede kontrollen og dermed sikrede borgernes rettigheder. Den danske forsvarslov bør tilsvarende ændres således, at FE's væsentlige og berettigede interesse i at modvirke trusler og angreb mod Danmark kombineres med respekt for danske borgeres grundlæggende retssikkerhedsgarantier.

På baggrund af ovenstående anbefales det, at Forsvarsministeren straks orienterer Folketinget om anvendelsen af forsvarslovens § 17, samt at denne lov ændres, med henblik på

- at der sker en specificering af under hvilke omstændigheder og i hvilket omfang, der må ske indgreb,
- at der fastlægges procedurer for hvilke oplysninger, der må indhentes, og overfor hvilke kategorier af personer, der må ske indgreb,
- at opbevaring, behandling og destruktion af indhentede oplysninger nærmere reguleres, samt
- at personer, som er udsat for indgreb, har mulighed for at få prøvet indgrebet af domstolene eller et domstolslignende organ.