

[Manus, fokusartikkel i *Internasjonal Politikk* 1/2012 s 114, Universitetsforlaget]

FOKUS: SKANDINAVIA OG KRIGEN MOT TERROR "TI ÅR ETTER"

Krigen mot terror og den norske rettsstaten

JON WESSEL-AAS

Cand. jur., Bsc Econ i International Relations; advokat/partner i Bing Hodneland advokatselskap, Oslo, og daglig leder i Den internasjonale juristkommisjon, norsk avdeling

E-post: jwa@binghodneland.no

Innledning

I et levende demokrati vil det alltid eksistere et spenningsforhold mellom den generelle befolkningens ønske om sikkerhet og trygghet – samfunnsvern – og forutsetningene for selve demokratiet: statens respekt for enkeltindividenes sivile og politiske rettigheter og friheter.

I vår moderne, vestlige historie er det imidlertid ingen tvil om at det i tiåret etter terroranslagene i USA i 2001, har skjedd en markant endring både i USA og i Europa, i retning av å vektlegge hensynet til samfunnsvern på bekostning av disse sivile og politiske rettighetene.

Selv om utslagene har vært større andre steder, særlig i USA og i Storbritannia, har ikke Norge gått uberørt gjennom disse ti årene.

I denne artikkelen skal jeg behandle både de demokratiske, rettsstatlige prosessene som utfordres av denne politikken, og gi en oversikt over de vesentligste utslagene i Norge av denne utviklingen.

Utgangspunktene som utfordres

På det generelle plan finner vi få eller ingen toneangivende folkevalgte eller myndighetspersoner i vårt samfunn som vil si noe annet enn at vi er og må forbli

en liberal, demokratisk rettsstat – og at grunnleggende forutsetninger for dette er at sivile og politiske rettigheter som retten til privatliv, fortrolig privat kommunikasjon, ytringsfrihet, den strafferettslige uskyldspresumsjon med videre, må ivaretas og respekteres av staten. Etter tragedien i Norge 22. juli 2011 er statsministerens ord om ”mer demokrati, mer åpenhet” et illustrerende eksempel.

Når det kommer til handling derimot, har flertallet, representert gjennom Stortinget og regjeringen, en tendens til å utfordre mange av disse rettighetene og frihetene når det tilsynelatende gavner hensyn til effektivitet, ro, orden, trygghet og sikkerhet – og i verste fall fordi det gavner makten selv. Oftest skjer nok dette fordi de umiddelbare, konkrete og ”gode” formål fremstår som mer håndgripelige enn de mer abstrakte prinsipper og friheter som menneskerettighetene gjennom Grunnloven og særlig Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) har oppstilt som skranker for flertallsmakten.

Det ligger imidlertid også en iboende, strukturell årsak til slike tendenser i selve demokratiet: De regjerende myndigheter og deres byråkrati vil nærmest per definisjon søke mot mest mulig kontroll med sine subjekter, borgerne – fordi myndighetenes jobb er å ha kontroll, enten det dreier seg om kriminalitetsbekjempelse eller forvaltning av andre fellesskapsoppgaver. Det ligger i myndighetenes natur. Samtidig ledes staten av en politisk utpekt, valgt regjering – som også, i sin natur, søker å konsolidere egen regjeringsmakt ved å hindre opposisjonen i å overta regjeringskontorene etter neste valg. Også med tanke på denne ”oppgaven” er kontroll med mest mulig informasjon om borgerne, den potensielle opposisjonen, et naturlig ønske.

Denne institusjonaliserte tendensen krever en motvekt, blant annet for å sikre at det er reell mulighet for opposisjon mot det til enhver tid regjerende flertall. Og nettopp her er eksistensen av juridiske skranker for flertallets politiske handlefrihet, som i siste instans kan håndheves av uavhengige domstoler, en nødvendighet.

I dette perspektivet er prinsipper som offentlig innsyn i forvaltning, privat kommunikasjonsfrihet og pressefrihet essensielle. Utgangspunktet er at det er statens myndigheter som til enhver tid skal stå til ansvar overfor borgerne. Da må

borgeren ha størst mulig grad av innsyn i hvordan myndighetene forvalter den makten de er gitt av borgerne.

Staten på sin side skal i utgangspunktet ha minst mulig innsyn i borgernes private sfære og i den kommunikasjon som foregår mellom dem der. Og staten skal avstå fra å gjøre andre inngrep i borgernes privatliv og kommunikasjonsfrihet, med mindre inngrep er strengt nødvendig for å ivareta andre samfunnsinteresser i et demokrati – herunder kriminalitetsbekjempelse – eventuelt for å beskytte selve demokratiets institusjoner, rikets sikkerhet, mot angrep.

Disse klare utgangspunktene viser seg å være vanskeligere å forene i praksis, og man kan trygt slå fast at dette utgjør et konstant spenningsforhold. Hvor store spenningene er, varierer i tid og rom, og går dels i bølger, påvirket av ulike faktorer og omstendigheter. Jeg har ikke til hensikt å forsøke å gi en nærmere vitenskapelig fremstilling av disse sammenhengene her.

Det som imidlertid er klart er at en kjerne i kampen mellom flertallsmakten og mindretallet er en kamp om kontroll, og da særlig kontroll over informasjon om hverandre. Klisjéen om at ”informasjon er makt” er for så vidt dekkende.

Jo mer borgerlig adferd som søkes regulert, begrunnet i mål om økt trygghet og sikkerhet–samfunnsvern, jo mindre spillerom blir det for borgerne til å utøve sine friheter til å utfordre makten i denne kampen. Denne sammenhengen blir mest fremtredende når adferdsreguleringen søkes oppnådd gjennom kriminalisering av adferd som antas å true målet om trygghet og sikkerhet.

Straff og frihetsberøvelse utgjør selvfølgelig den absolutt sterkeste begrensning i frihetsutøvelsen. Men også selve trusselen om straff samt alle de kontroll- og tvangsmidler som hører til selve kriminalitetsbekjempelsen har stort, om enn mer subtilt, potensial som adferdsbegrensende funksjoner.

Når informasjon om statens egen virksomhet – typisk begrunnet i hensynet til rikets sikkerhet – beskyttes gjennom straffebed mot befatning med og formidling av informasjonen, skapes ikke bare formelle sperrer for informasjonsfriheten. Igjen vil selve trusselen om straff og virkningen av de kontroll- og tvangsmidler staten får til å håndheve beskyttelsen av informasjonen, i seg selv kunne ha en

nedkjølende effekt på informasjonsfriheten, ofte langt ut over den formelt ønskede.

Går man i disse sammenhengene for langt i å vektlegge hensynet til samfunnsvern, er det lett å se at man ikke bare skaper så store begrensninger på borgernes formelle og reelle frihet at de vanskelig kan utøve de frihetene som er nødvendig for å kunne skape reell opposisjon til den regjerende makten. I tillegg gir de tilhørende kontroll- og tvangsmidlene staten en disproportjonal informasjonsfordel. Noe som gjør reell opposisjon desto mer illusorisk i lengden.

De rettslige instrumentene som skal ivareta den nødvendige balansen, slik som EMK, har for så vidt løst disse dilemmaene; individrettighetene tas for gitt, mens innskrenkninger i disse ikke kan gjøres på andre vilkår enn dem som eventuelt er gitt i konvensjonsteksten. I rettigheter som retten til privatliv og ytringsfriheten kan det for eksempel gjøres innskrenkninger, men bare unntaksvis. Og det er staten som har bevis- og begrunnelsesbyrden for at hensynet til samfunnsvern i det enkelte tilfellet gjør det nødvendig i et demokratisk samfunn å foreta vedkommende innskrenkning.

På den måten kan hensynet til samfunnsvern aldri rettslig sett gis generell prioritet foran individvernet. Unntak fra dette systemet aksepteres kun i akutte krisesituasjoner, hvor nasjonens liv står på spill på grunn av en umiddelbar, overhengende fare. Typisk her er krig eller umiddelbar trussel om angrep på staten eller dens institusjoner. Vilkårene for slik unntakstilstand er tolket strengt av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) – nettopp på grunn av den fare det representerer for demokratiet å tillate at hensynet til samfunnsvern gis mer generell forrang, jf ovenfor om hvilke uheldige virkninger det får for maktbalansen mellom stat og borger.

De rettslige reguleringene av dette innebærer imidlertid som sagt ikke at våre samfunn er immune mot tendensen til å forrykke denne balansen i praksis, også i det som juridisk betraktet anses som normale tider.

I løpet av de seneste ti år har våre vestlige samfunn opplevd stort press på disse prinsippene, på en slik måte at maktbalansen står i fare for å forrykkes i en grad som kan bidra til å undergrave selve demokratiet. Norge er ikke unntatt.

Jeg skal nedenfor gi en forsøksvis enkel oversikt over noen av de viktigste forandringene i norsk rett i denne sammenhengen. Fremstillingen er således ikke uttømmende.

Utviklingstrekk og paradigmeskifter i norsk rett

I et overordnet perspektiv er de mest markante endringene i norsk rett som følge av den såkalte «kampen mot terror» følgende:

- Økende kriminalisering av rene forberedelseshandlinger; det vil si handlinger som anses som forberedelser til en fremtidig kriminell handling som ennå ikke engang er forsøkt igangsatt
- Svekking og/eller fjerning av krav om mistanke som grunnlag for å iverksette tvangsinngrep som ransaking, hemmelig overvåkning/avlytting med videre overfor enkeltpersoner – og dermed brudd med det tradisjonelle etterforskningsprinsippet
- Innføring av løpende, systematisk bevissikring i alle borgeres private handlinger på visse områder, helt uavhengig av noen konkret sak – herunder særlig i telekommunikasjon og deler av annen elektronisk kommunikasjon – hvoretter etterforskningsprinsippet forlattes fullstendig

Eksempler på det første er de nye straffebestemmelsene om henholdsvis terrorhandlinger og terrorfinansiering i straffeloven §§ 147 a og 147 b, som ble vedtatt i 2002/2003.

Tidligere hadde vi ikke særskilte straffebestemmelser om terrorhandlinger, men behandlet derimot de fysiske handlingene som terrorister ofte begår – som frihetsberøvelse, drap, skadeverk med videre – i henhold til straffebestemmelser som nettopp rammer disse handlingene. Nå anses slike handlinger som terror, dersom motivet bak handlingene er å alvorlig forstyrre grunnleggende samfunnsfunksjoner, skape alvorlig frykt i befolkningen eller presse myndighetene til å handle mot sin vilje i vesentlige spørsmål for samfunnet.

Dette er forholdsvis vage kriterier, særlig med tanke på at de ikke knytter seg til den objektive handlingen, men til gjerningspersonens subjektive hensikt med handlingen.

Ikke bare er slike handlinger eller forsøk på dem gjort straffbare. I tillegg har man kriminalisert å *planlegge* eller *forberede* terrorhandlinger ved å «inngå forbund med noen» om å begå en slik handling i fremtiden.

Dermed kriminaliserer man selve viljen til å begå en fremtidig handling – før viljen engang har materialisert seg i et påbegynt forsøk. Slik regelen er utformet i dag, med krav til at denne viljen i det minste må ha gitt seg uttrykk i en eller annen form for avtale mellom to eller flere personer, stilles det for så vidt krav om at viljen må ha kommet til uttrykk utenfor den enkeltes eget sinn. Likevel er det åpenbart at det stiller rettsapparatet og rettssikkerheten overfor store utfordringer å bevise et slikt forsett.

Dersom justisministerens uttalelser etter 22. juli (i intervju vist i NRK Kveldsnytt 11. august 2011) om at regjeringen vil legge frem et forslag om å kriminalisere såkalt «soloplanlegging» av terror, blir disse betenkelighetene desto mer presserende – ettersom det da nær sagt vil være tale om å kriminalisere å inngå en avtale med seg selv om å begå en ennå ikke påbegynt handling.

Antagelig vil man i svært få tilfeller kunne straffe noen på et så tidlig stadium i utviklingen av et forbrytersk forsett.

Den mest praktiske, og rettssikkerhetsmessig betenkelige, konsekvensen av slik straffelovgivning kommer først frem når den sees i sammenheng med de prosessuelle reglene om når politiet kan iverksette for eksempel hemmelig overvåkning for å etterforske mistanke om straffbare handlinger eller – for Politiets sikkerhetstjenestes (PST) del – eventuelt for å foreta såkalte «forebyggende undersøkelser».

For det første er politiets alminnelige fullmakter til å iverksette eventuell hemmelig overvåkning (kommunikasjonskontroll med videre) og bruk av andre tvangsmidler, normalt betinget av at det foreligger skjellig grunn til mistanke om at det er begått, eventuelt løpende begås, en straffbar handling.

Da vil kriminalisering av rene forberedelseshandlinger automatisk innebære at disse fullmaktene inntre på et langt tidligere stadium enn ellers i strafferetten, hvor grensen for det straffbare trekkes ved fullbyrdet handling eller forsøk.

Når det er nok at det foreligger mistanke om at noen planlegger å begå en vagt definert, fremtidig handling, er risikoen stor for at uskyldige blir overvåket.

I 2005 ble imidlertid disse overvåkningsfullmaktene ytterligere utvidet for PSTs del. Gjennom vedtagelse av politiloven § 17 d fikk PST for å kunne forebygge terrorhandlinger, hjemmel til å iverksette blant annet hemmelig kommunikasjonskontroll, *uten krav til mistanke overhodet*. Kravet etter § 17 d er at det er «grunn til å undersøke om noen forbereder» en handling som nevnt i blant annet straffeloven § 147 a – med andre ord for eksempel å undersøke om noen *forbereder å forberede* en terrorhandling.

Dette vil si at PST formelt har adgang til blant annet å avlytte kommunikasjonen til vedkommende person(er) før det engang foreligger skjellig grunn til mistanke om at vedkommende planlegger noe som helst.

Den det gjelder får selvfølgelig ingen kunnskap om dette, og vil kun være representert ved en hemmelig rettsoppnevnt advokat som ikke kan konferere med sin klient, slik at det ikke er mulig med noen reell kontradiksjon overfor PSTs fremstilling av de fakta som måtte ligge til grunn for at det er «grunn til å undersøke».

Heller ikke i ettertid, dersom undersøkelsene ikke fører til formell etterforskning og siktelse, vil den det gjaldt få informasjon om overvåkingen som fant sted.

Dette ligger langt fra rettsstatens ideal om åpen etterforskning, krav til mistanke og klare og forutsigbare kriterier for borgerne om når de kan bli gjenstand for overvåking eller når de beveger seg over i det straffbare.

Helt nylig har Stortinget i tillegg vedtatt å implementere EUs datalagringsdirektiv i norsk rett. Dette innebærer at tele- og internettilbydere pålegges systematisk loggføring og lagring i seks måneder av kommunikasjonsdata fra alle borgers bruk av telefoni og e-post. Enkelt sagt betyr dette opplysninger om hvem som har

kommunisert med hvem, når, og hvor lenge kommunikasjonen fant sted og hvor partene befant seg geografisk da den fant sted.

Begrunnelsen er å sikre bevis for fremtiden, dersom en eller flere av borgerne skulle bli mistenkt for en straffbar handling.

I dag kan slik bevissikring først skje når en etterforskning er åpnet, og loggføringen skjer målrettet overfor kommunikasjonen til de personer som antas å være involvert i den straffbare handlingen. Eventuelt, for PSTs del, som beskrevet ovenfor, som ledd i forebyggende undersøkelser før det foreligger mistanke – men også da målrettet mot de personene som skal «undersøkes».

En slik vilkårlig, løpende og systematisk bevissikring i borgernes kommunikasjon utgjør et åpenbart inngrep i samtlige borgeres personvern og generelle kommunikasjonsfrihet – helt i strid med prinsippene om målrettethet og konkret begrunnelse overfor den enkelte.

Dessuten innebærer et slikt brudd med etterforskningsprinsippet også en undergraving av det såkalte selvinkrimineringsvernet – retten til ikke å forklare eller bli tvunget til å forklare seg som mistenkt. De opplysningene staten gjennom datalagringsregimet tvangsloggfører om borgernes kommunikasjonsnettverk og -mønstre, samt bevegelser, er opplysninger som den enkelte ikke kunne tvinges til å forklare seg om, dersom vedkommende i fremtiden havnet i politiets søkelys som mistenkt. Det kan derfor langt på vei likestilles med en «tvangsforklaring» – dertil avgitt på et tidspunkt hvor den enkelte ikke har den ringeste anelse om hva den vil bli brukt til. Likevel risikerer man å bli konfrontert med alle disse opplysningene den dagen man i fremtiden eventuelt anklages for å ha begått noe kriminelt.

Heller ikke dette minner særlig om rettsstatens prinsipper for behandling av borgerne.

Hva er konsekvensene for demokratiet – og kan utviklingen bremses?

I det ovenstående er det bare trukket frem noen av de vesentligste endringene i norsk rett som følge av de siste ti års terrorbekjempelsespolitikk.

Men disse alene skulle være vel egnet til å illustrere at de prinsippene som jeg redegjorde for innledningsvis, er utsatt for et betydelig press.

Staten griper stadig lenger inn i borgernes private sfærer, på måter som er lite forutsigbare og gjennomsiktede. Samlet sett er kommunikasjonsfriheten under et ikke ubetydelig angrep. Både ved at straffelovgivningen kan gjøre særlig visse grupper i samfunnet usikre på hvem de kan eller bør kommunisere med, for å være sikre på å ikke trekkes inn i noe som myndighetene anser som straffbart, og ved at overvåkingen av kommunikasjonskanalene har tiltatt på en måte som gjør at tilliten til om kommunikasjonen virkelig er fortrolig, svekkes.

Flere av tiltakene kan oppfattes som større eller mindre mistillitserklæringer fra staten overfor borgerne generelt, samtidig som de implisitt innebærer at borgerne må stole på at staten ikke misbruker den makten den derved tiltar seg, fordi anvendelsen av den til dels foregår i skjul for dem det gjelder og for offentligheten for øvrig. Kreftene virker i så måte i motsatt retning av idealet i en demokratisk rettsstat, der det først og fremst er borgerne som skal ha kontroll med myndighetene, ikke omvendt.

Dersom denne tendensen skulle øke, risikerer man at det jevne flertallet konsoliderer seg, mens diverse minoritetsgrupper som befinner seg i samfunnets politiske eller kulturelle ytterkanter, marginaliseres. Slik forvitrer demokratiet.

Dette er observasjoner som også FNs spesialrapportører på henholdsvis ytringsfrihet og terrorbekjempelse og menneskerettigheter har fremhevet i flere av sine rapporter de seneste årene.

Det meste av denne politikken er for Norges del «importert» fra våre nærmeste forbindelser i det internasjonale samfunn: EU og NATO-alliansen – og deler av reglene er innført som forpliktelser i henhold til FNs sikkerhetsrådsresolusjoner, slik Norge har tolket disse, eller som følge av EØS-avtalen (datalagringsdirektivet).

Det er ikke kontroversielt at det kreves et visst internasjonalt samarbeid på dette feltet.

Problemet er at så vel Sikkerhetsrådets resolusjoner som EUs vedtak på terrorbekjempelsesfeltet – i realiteten drevet gjennom av noen få, mektige staters myndigheter, stort sett i hastige prosesser – skaper store spenninger overfor blant annet de menneskerettslige prinsippene som følger av andre forpliktende, internasjonale instrumenter, som EMK.

Vi har derfor også sett i løpet av de seneste ti årene at både nasjonale domstoler og EMD har satt foten ned for flere av de anti-terroriltakene som er innført, i den utstrekning håndhevelsen av dem overfor enkeltindivider har blitt bragt inn for domstolene.

Selv om både nasjonale domstoler og EMD innrømmer statene et visst rom for effektive metoder for å forebygge terror og annen alvorlig kriminalitet, er det gjennomgående budskapet likevel at normale prinsipper om klare lovhjemler, målrettethet og proporsjonalitet med hensyn til inngrep i borgernes sivile og politiske rettigheter, fortsatt gjelder.

Spørsmålet er til syvende og sist om de politiske myndighetene og folkeflertallet er villige til å lytte til domstolene, academia og egne ekspertorganer på området. Er de ikke det, kan det se ut til at vi vil oppleve et mer permanent skift i maktbalansen mellom stat og borger – i et samfunn hvor hensynet til samfunnsvern i større grad prioriteres på bekostning av enkeltindividenes sivile og politiske friheter.