

En folkrättens paradox

Om statlig spionage- och underrättelseverksamhet

av Dirk Roland Haupt

TITEL:

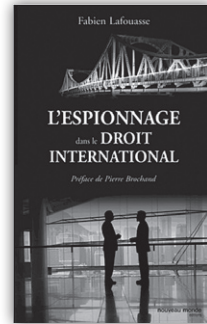
L'espionnage dans le droit international

FÖRFATTARE:

Fabien Lafouasse

FÖRLAG:

Nouveau Monde éditions, Paris 2012



FRÅGAN OM I vilken utsträckning folkrättsliga normer reglerar statlig spionage- och underrättelseverksamhet har av och till sysselsatt folkrättsvetenskapen, dock långt ifrån i sådan utsträckning som dess praktiska betydelse för utrikespolitikens gestaltning och för militära, teknologiska, vetenskapliga eller ekonomiska analyser och tolkningar förtjänar. Måhända består en bidragande orsak därtill i att staters spionage- och underrättelseverksamhet på ett så grundläggande sätt vilar på den skenbara juridiska orimligheten att hemlig informationsinhämtning å ena sidan inte är formellt förbjuden utan tvärtom tolereras i betydande grad och praktiseras ömsesidigt i mellanstatliga förhållanden medan å andra sidan den som grips misstänkt för spioneri överallt riskerar att lagföras i enlighet med de rättsliga bestämmelserna i den stat som blivit föremål för denna verksamhet.

I folkrätten saknas en definition av termen spionage.¹ Enligt en vedertagen uppfattning kännetecknas det av att statliga myndigheter i en stat anskaffar militära, politiska, teknologiska, vetenskapliga eller

ekonomiska informationer i en annan stat som inte är öppet tillgängliga. Delvis har varje gränsöverskridande inhämtning av upplysningar genom statliga myndigheters försorg, oberoende av om den är riktad mot andra stater, internationella organisationer, företag, forskningsinstitutioner eller individer, kommit att sammanfattas under detta begrepp. Även om tillvägagångssättet kan vara helt öppet, kommer förvärvet av de eftertraktade underrättelserna som regel att ske av dolda motiv eller falska förespeglningar och måste avse icke-offentlig information.²

Författaren av den här anmälda boken, översten Fabien Lafouasse, som absoluerat Krigsskolan (École de Guerre, emellanåt benämnd Collège Interarmées de Défense) i Paris och numera undervisar i offentlig rätt och folkrätt vid universitetet Paris I-Panthéon-Sorbonne, riktar fokus av sin 492 sidors avhandling på den inledningsvis omnämnda folkrättsliga paradoxen. I sex delar – om (1) militär underrättelseverksamhet i väpnade konflikter,³ (2) spionageverksamhet utanför territorier,

i synnerhet i det fria havet, i den yttre rymden och i cyberrymden,⁴ (3) spionaget som kränkning av staters suveränitet,⁵ (4) inkräktande spionageoperationer till havs och i luften,⁶ (5) spionage genom diplomati,⁷ (6) spioner placerade hos internationella organisationer⁸ – erbjuder Lafouasses mycket väl dokumenterade arbete en tydlig och heltäckande bild av den på statlig spionage- och underrättelseverksamhet tillämpliga folkrätten.⁹ Den är mycket väl utförd inom ramen för de metodiska avgränsningar han redogör för.¹⁰ Relevant internationell och nationell rättskipning och doktrin på franska, engelska och tyska utvärderas på ett fullständigt och fullödigt sätt, däribland svenska referenser avfattade på dessa språk. Boken präglas av ett okonstlat språk; till läsarens gagn kännetecknas framställningen såväl av en hög vetenskaplig och pedagogisk ambition som av en genom militärt ledarskap uppövad kommunikationsförmåga. Med tanke på frågans komplexitet är denna avhandling en anmärkningsvärd bedrift.

Ur bokens rika innehåll förtjänar tre ämnen av mera grundläggande karaktär att framhåvas speciellt, inte minst med tanke på att den aktuella diskussionen kring massövervakningen genom den amerikanska säkerhetsmyndigheten National Security Agency (NSA) understrukit deras återkommande betydelse: (1) principen om det fredstida spionagets tillåtlighet, (2) frågan, huruvida statlig spionage- och underrättelseverksamhet i en annan stat utgör kränkning av den senare statens territoriella suveränitet, samt (3) frågan, huruvida statlig spionage- och underrättelseverksamhet i en annan stat utgör brott mot non-interventionsprincipen.

Principen om det fredstida spionagets tillåtlighet

Till skillnad från behandlingen av spioner i väpnade konflikter saknas i folkrätten uttryckliga regler om fredstida spionage. Staterna och den helt övervägande majoriteten i den folkrättsliga litteraturen förutsätter att spionage som sådant är folkrättsligt tillåtet.¹¹ Som skäl härför anförs en sedvanerättslig tillåtlichkeitssats baserad på dels statspraxis och staternas rättsliga övertygelse, dels den s k Lotus-principen,¹² enligt vilken staterna på grund av sin suveränitet och den därur rörande handlingsfriheten har tillåtelse till allt vad som inte är uttryckligen förbjudet.¹³ Den folkrättsliga rättsbildningen har emellertid inte medfört ett förbud mot spionage. Ett sådant kan bara följa av mellanstatliga överenskommelser eller av internationell sedvanerätt. Skulle Förenta nationernas generalförsamling anta en resolution mot utländska underrättelsetjänsters informationsinhämtning – såsom exempelvis skett i resolutionen 68/167¹⁴ –, har den endast politisk eller moralisk tyngd.

Internationella överenskommelser om ett förbud mot eller ett avstående från spionage har upprepade gånger föreslagits i litteraturen och diskuterats mellan olika stater,¹⁵ men ännu så länge har inga sådana avtal ingåtts. Framväxten av en sedvanerättslig regel som skulle förbjuda spionage- och underrättelseverksamhet förhindras av det faktum att staterna betraktar spionage som ett legitimt sätt att inhämta kunskap för lägesbedömningar och beslutsfattande i den politiska arenan och att en avstående statspraxis, beledsagad av en motsvarande rättslig övertygelse, lyser med sin frånvaro.

Den omfattande utvärderingen av rättsskipning ger vid handen att domstolarna med hänvisning till Lotus-principen i de allra flesta av de undersökta fallen utgår från spionageverksamhetens tillåtlighet. Författaren understryker att domskälen ofta framhåller det speciella förhållandet att spionageverksamhet i fred eller i krig inte är folkrättsligt förbjuden och att den således inte i sig utgör en kränkning av folkrätten, utan tvärtom anses vara förenlig med den, men att folkrätten å andra sidan samtidigt tillåter spionens lagföring genom den utspionerade staten även då spionen handlat helt och hållet utanför denna stats territorium.

Lafouasse förtydligar att det är viktigt för den rättsliga bedömningen av spionage att åtskillnad görs mellan nationell och folkrättslig rättstillämpning. Den omständigheten att ett visst beteende är straffbelagt enligt nationell straffrätt måste inte betyda att samma beteende vore otillåtet på den internationella nivån.¹⁶ Det står den stat som blivit utspionerad fritt att med åberopande av sin suveränitet och den därur följande handlingsfriheten i den egna strafflagstiftningen sätta spioneri för främmande underrättelsetjänsters räkning under straff. På grundval av skyddsprincipen kan nationell straffrätts tillämpningsområde utsträckas till att omfatta spionerihandlingar som företas på främmande territorium.

Eftersom spionage som sådant inte är förbjudet enligt folkrätten, utgör det inte heller någon folkrättsstridig handling, för vilken ansvar skulle kunna utkrävas.¹⁷ Av denna anledning kan de stater som blivit föremål för massövervakning genom NSA varken kräva en formell ursäkt som gottgörelse eller vidta motåtgärder.¹⁸

Frågan om kränkning av territoriell suveränitet

De folkrättsjurister som hävdar att spionage- och underrättelseverksamhet skulle vara förbjuden enligt folkrätten hänvisar ofta till att spionage utgör en kränkning av den utspionerade statens territoriella suveränitet.¹⁹ Territoriell suveränitet innebär att statens myndigheter har ett maktmonopol inom territoriet, d v s att ingen stat äger utöva jurisdiktion inom en annan stats territorium utan den senares medgivande. Således anses spionageverksamhet av utländska myndighetsföreträdare inom territoriet vara utövande av jurisdiktion som är oförenligt med den utspionerade statens territoriella suveränitet.²⁰ Detsamma sägs gälla för spaningsflygningar av förlösa flygfarkoster i annan stats luftrum.

Såsom Lafouasse rätteligen framhåller, förbiser denna uppfattning emellertid att det inte är spionageverksamheten i sig som är förbjuden enligt folkrätten, utan spionens eller drönarens intrång i främmande land-, vatten- eller luftterritorium. Brottet mot folkrätten utgörs inte av spionageverksamheten utan av den kollaterala kränkningen av statens territoriella suveränitet.²¹ I den utsträckning spionage- och underrättelseverksamheten inte kräver något intrång i främmande territorium – eftersom den t ex utövas med tekniska hjälpmedel inom den spionerande statens territorium, på öppet hav eller i den yttre rymden – föreligger inte någon kränkning av folkrätten. Helt avgörande för den folkrättsliga tillåtligheten av spionage är således verksamhetens metod och tillvägagångssätt eller platsen, varifrån denna verksamhet utövas.²²

Data- och informationsöverföringar kan övervakas antingen med hjälp av spionatsatelliter i den yttre rymden med tillhörande

markstationer utomlands eller på Internet-leverantörernas servrar utomlands. En stor del av den globala datatrafiken sker dessutom via fiberoptiska kablar, som löper på havsbotten i det fria havet, och kan om-dirigeras genom ingrepp där. Sådana för-farandesätt utan fysisk anknytning till en stats territorium utgör inte någon krän-king mot den sedvanerättsliga principen om respekt för staters territoriella suverä-nitet.²³

Frågan om kränkning av non-interventionsprincipen

I den folkrättsliga litteraturen har det stundom hävdats att spionage utgör en krän-king av den sedvanerättsliga non-interventionsprincipen och det av den anled-ningen skulle vara folkrättsstridigt. Interventionsförbudet kan härledas från princi-pen om suveräna staters likställdhet. Stat-erna ska kunna reglera sina inrikes och ut-rikes ärenden utan inblandning av andra stater. I den bemärkelsen skyddar non-interventionsprincipen staternas fria vilja.

Denna uppfattning förbiser att begreppet intervention kräver som väsentlig egenskap att den uppvisar element av fysiskt våld el-ler tvång. Genom interventionen måste sta-ten berövas kontrollen över sina angelä-gheter. Företag som saknar ett element av fysiskt våld eller tvång torde endast i undantagsfall uppfylla villkoren för folkrätts-stridig intervention. I den s k Nicaragua-saken konstaterade Internationella dom-stolen bl a att intervention är folkrättsstri-dig om den använder sig av tvångsmeto-der med avseende på sådana val, som mås-te förbli fria. Inslaget av tvång som definie-rar och faktiskt utgör själva kärnan i för-bjuden intervention är särskilt tydligt när det gäller intervention genom bruk av våld, antingen i form av direkta militära åtgär-

der eller i indirekt form som stöd till väp-nad subversiv eller terroristisk verksamhet inom en annan stat.

Följaktligen är inte varje kränkning av en stats territoriella suveränitet att likstäl-la med en förbjuden intervention. Således utgör myndighetsutövande på främman-de territorium utan medgivande av den be-rörda statens regering visserligen en kränk-ning av den senares territoriella suveränitet, men inte ett brott mot non-interventions-principen, så länge det saknas element av fysiskt våld eller tvång.

Spionageverksamhet, d v s inhämtning och mottagande av militära, politiska, tek-nologiska, vetenskapliga eller ekonomiska informationer, som inte är öppet tillgängli-ga, genom spioner inom den utspionerade statens territorium, saknar i regel element av fysiskt våld eller tvång. Följaktligen har Internationella domstolen i Nicaragua-målet kvalificerat USA:s spaningsflygning-ar i Nicaraguas luftterritorium som en kränkning av dess territoriella suveräni-tet, men inte som folkrättsstridig interven-tion.²⁴ När det gäller teknisk och elektro-nisk övervakning av databehandlings- och kommunikationsprocesser som bedrivs ut-anför den utspionerade statens territorium kan det mot bakgrund av det förut sagda i ännu mindre grad vara tal om att utöva fysiskt våld eller tvång mot den avlyssna-de staten.

Avslutande bedömning

Som framgått av det föregående är övers-te Lafouasses folkrättsliga avhandling en vederhäftig framställning utan egentliga brister. För en ny upplaga – eller en över-sättning till engelska – skulle anmälar-nen ha önskemål om att följande två aspekter för-djupades: (1) en mera ingående folkrättslig analys av (förhandlingar kring) bilaterala

överenskommelser om avstående från statlig spioneri- och underrättelseverksamhet,²⁵ som författaren bara omtalar kort i bokens avslutning, samt (2) en undersökning av frågan, huruvida militär underrättelseverksamhet som utövas av en Nato-medlemsstat i en annan Nato-medlemsstat utgör ett brott mot det i Toronto den 19 juni 1951 dagtecknade fördraget mellan Nord-

atlantiska fördragets parter om rättsställningen av deras styrkor.²⁶ Att författaren skulle belysa den senare frågeställningen – vilket han alltså inte gör i den här anmälda boken – hade med tanke på hans akademiska och militära bakgrund t o m varit näraliggande.

Recensenten är jur lic.

Noter

1. Däremot innehåller krigets lagar en definition av begreppet spion i artikel 29 i reglementet angående lagar och bruk i lantkrig jämlikt artikel 1 i konventionen (SFS 1910:153) i Haag den 18 oktober 1907 angående lagar och bruk i lantkrig. Se även artikel 46 i 1977 års tilläggsprotokoll I (SÖ 1979:22) till Genèvekonventionerna den 12 augusti 1949 rörande skydd för offren i internationella väpnade konflikter.
2. Rauch, Elmar: "Espionage", i Bernhardt, Rudolf (red): *Encyclopedia of Public International Law. Band II: East African Community to Italy-United States Air Transport Arbitration (1965)*, North-Holland, Amsterdam 1995, s 114-116, i synnerhet s 114.
3. I centrum för denna del står tre folkrättsliga spörsmål: (1) spionage som legalt stridsmedel, vilket parterna i en internationell väpnad konflikt begagnar sig av, (2) örlogsfartyg och flygfarkoster som i en väpnad konflikt används för spionageändamål, (3) folkrättens regler för behandling av spion som tillfångatagits under pågående fientligheter.
4. I denna del avhandlar överste Lafouasse den erkända friheten för staterna att utöva spionageverksamhet i det fria havet samt staternas tolerans mot spionage med hjälp av satelliter och mot spionage i cyberrymden.
5. Huvudämnen i denna del är de folkrättsliga aspekterna av den utspionerade statens funktion att skydda nationens grundläggande intressen, av underrättelseagentens utplacering på egen risk och fara samt av utsändandet av spion till främmande territorium.
6. Denna del innehåller på s 293-296, 298-300 och 302 en folkrättslig analys av incidenten kring den sovjetiska ubåten S-363 [U 137] som gick på grund på Torhamnsskär vid inloppet till Gåsefjärden utanför Karlskrona den 27 oktober 1981, dvs i svenskt territorialvatten och i militärt skyddsområde. Lafouasse koncentrerar sig därvid på frågan, huruvida den sovjetiska ubåtens intrång utgör en kränkning av territorialhavet för spionageändamål, vilket han bejakar (s 295). Ansvars- och immunitetsfrågor lämnas helt utanför. I sitt resonemang låter författaren skina igenom sin respekt för den folkrättspolitiska återhållsamhet och självbehärskning som den svenska regeringen visat i detta ärende (s 295 jämte not 496). Se härom även Theutenberg, Bo J: *Dagbok från UD. Band 1: Högdramatik i UD – ubåtar, protestnoter och annat (1981-1983)*, Stockholm Institute of International Law, Skara 2013.
7. Med 104 sidor är denna del bokens mest omfattande, men kanske inbördes minst sammanhängande. Det torde vara ställt utom rimligt tvivel att utövande av spionageverksamhet genom främmande makters diplomatiska beskickningar står i strid med Wienkonventionen (SÖ 1967:1) den 18 april 1961 om diplomatiska förbindelser. Enligt denna traktats artikel 41:1 åligger det alla som åtnjuter diplomatiska privilegier och immunitet att iaktta den mottagande statens lagar och författningar. Vidare får beskickningslokal inte brukas på ett med beskickningens verksamhet oförenligt sätt, sådan denna fastställs bl a i allmänna folkrättsliga regler (artikel 41:3). Därutöver behand-

- lar författaren på ett ingående och mycket in-
struktivt sätt spörsmålen om hur stater kan
skydda dels sina underrättelseagenter utom-
lands genom att ge dem en officiell täckman-
tel (s 343-367), dels sig själva mot främman-
de maktens underrättelseagenter inom sina
territorier, när de uppträder under officiell
täckmantel (s 369-416). Det är i de sistnämnda
avsnitten Lafouasse uppvisar stor praktisk
förtrogenhet med de folkrättsliga problem
som dessa situationer kan ge upphov till.
8. I denna del förklarar författaren särdragen
i spionageverksamhet som utövas i interna-
tionella organisationer och som på många
punkter skiljer sig från spionageverksamhet
riktad mot främmande makt. Dessutom be-
handlar han de folkrättsliga problem som in-
finns när en internationell tjänsteman
misstänks för spioneri dels för en (medlems-)
stats räkning, dels mot världstaten för den in-
ternationella organisationens räkning.
 9. Boken innehåller en förteckning över förkort-
ningar, en omfattande tematisk bibliografi,
en rättsfallsöversikt samt talrika mycket in-
struktiva översikter, tabeller och kartor, men
däremot inget sakordsregister.
 10. Förhållandet mellan spionageverksamhet och
mänskliga rättigheter lämnas i stort sett ut-
anför avhandlingens ramar. Den som är in-
tresserad av denna frågeställning bör alltså
konsultera Kish, John: *International Law
and Espionage* (utgiven av Turns, David).
Martinus Nijhoff, Haag 1995, även om bo-
ken håller på att bli aningen föråldrad med
tanke på att Europeiska domstolen för de
mänskliga rättigheterna sedan bokens publi-
kering avkunnat en rad avgöranden av stor
vikt för ämnet.
 11. Lafouasse, Fabien: *L'espionnage dans le droit
international*, Nouveau Monde éditions,
Paris 2012, s 25-36 (med många hänvisning-
ar till statspraxis och till litteraturen); Scott,
Roger D: "Territorially Intrusive Intelligence
Collection and International Law", i *Air
Force Law Review*, band 46 (1999), s 217-
226, i synnerhet s 217, [http://www.afjag.
af.mil/shared/media/document/AFD-090108-
036.pdf](http://www.afjag.af.mil/shared/media/document/AFD-090108-036.pdf) (2014-10-09).
 12. Avgörandet meddelat den 7 september 1927
av Fasta mellanfolkliga domstolen i den s k
Lotus-saken: "The Case of the S.S. 'Lotus'",
[1927] PCIJ Series A, No. 10, s 18-19.
 13. Op cit, Lafouasse, Fabien, se not 11, s 28.
 14. Se den av FN:s generalförsamling den 18 decem-
ber 2013 antagna resolutionen 68/167
"The right to privacy in the digital age",
[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.
asp?symbol=A/RES/68/167](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/167) (2014-10-09).
 15. Op cit, Lafouasse, Fabien, se not 11, s 460-
461.
 16. Ibid, s 29-30.
 17. Ibid, s 27.
 18. Jfr artiklarna 37 och 49 i FN:s folkrättskom-
missions utkast till artiklar om staters ansvar
för folkrättsstridiga handlingar, som åter-
ges i bilagan till den av generalförsamling-
en den 12 december 2001 antagna resolutio-
nen 56/83 "Responsibility of States for inter-
national wrongful acts", [http://daccess-dds-
ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/97/
PDF/N0147797.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/97/PDF/N0147797.pdf?OpenElement) (2014-
10-09). – En suspension av 2010 års Swift-
avtal mellan Amerikas förenta stater och
Europeiska unionen, som ger de amerikanska
terrorutredarna tillgång till uppgifter om rö-
relser på konton som tillhör misstänkta per-
soner med vistelse i EU, vilken nyligen efter-
lystes av Europaparlamentet, skulle inte vara
en folkrättsenlig motåtgärd mot NSA:s mass-
insamling av metadata.
 19. Wright, Quincy: "Espionage and the
Doctrine of Non-Intervention in Internal
Affairs", i Stanger, Roland J (red): *Essays
on Espionage and International Law*, Ohio
State University Press, Columbus 1962,
s 3-28, i synnerhet s 12.
 20. Op cit, Kish, John, se not 10, s 83-101.
 21. Op cit, Lafouasse, Fabien, se not 11, s 27-28.
 22. Ibid, s 34 och 36.
 23. I målet 54934/00 *Weber och Saravia mot
Tyskland* – [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/
pages/search.aspx?i=001-76586](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76586) (2014-10-
09) – konstaterade Europeiska domstolen
för de mänskliga rättigheterna i sitt avgöran-
de meddelat den 29 juni 2006 (§ 88) med av-
seende på strategisk internationell övervak-
ning av trådlösa telekommunikationsförbin-
delser genom den tyska underrättelsetjänsten
Bundesnachrichtendienst att avlyssningen av
telefonsamtal i utlandet, som inte hanteras
via det fasta nätet, utan via satellit eller ra-
diolänk, och användningen av därigenom er-
hållen information inte kränker andra staters
folkrättsligt skyddade territoriella suveräni-
tet, så länge de från utländskt territorium ut-
sända radiosignalerna övervakas och avlyss-
nas av Tyskland och den information, som
därigenom inhämtas, används i Tyskland.
 24. Domen meddelad den 27 juni 1986
av Internationella domstolen i den s k

Nicaragua-saken: ”Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986”, i *International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders 1986*, s 14, 51-53 (§§ 87-91), 128 (§ 251) och 147 (§ 292:5), <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> (2014-10-09).

25. Benämnda på engelska ”no-spy agreements”, på franska ”accords de non-espionnage” och på tyska ”Spionageverzichtsabkommen”.
26. Jfr not 7.