



Fienden inom oss –

En undersökning av säkerhetsreformer i Tyskland sedan 2001 och dess implikationer för vårt konstitutionella fri- och rättighetsskydd

Annika Marie Ruge

Avdelningen för Mänskliga Rättigheter
Historiska Institutionen
Kurskod: MRSK62
Termin: Vårterminen 2018-05-28
Omfång: 20 938 ord
Handledare: Olof Beckman



Abstract

Immediately after the terror attack on September 11 2001, Germany joined the international “war on terror”. Over the years, the battlefield has successively moved to the national arena, with the terror crime reform in 2001 marking the starting point for the introduction of a series of new, extensive security policies by the German state, leading to a polarization between efficient law enforcement and individual freedom and integrity. Since then, the measures have been introduced at an increasing pace, without a proper debate of their far-reaching legal and political consequences. Through an analysis of three major security reforms from 2001 to today – including legal drafts, the political debate and the final law – this study aims to shed some much-needed light on the development from a political as well as legal perspective.

Through the security reforms, the German police force has been granted expanded powers, including extensive surveillance rights. This has led to uncontrolled limitations of the citizen’s personal integrity by the state, aided by the fact that the majority of the population remains unaffected, with the security machinery developing an unchecked internal dynamic in its relentless hunt for the enemy within. The aim of this study is to contribute to a more enlightened discussion on Germany’s security reforms post-2001 and the extensive under-cover and surveillance powers enjoyed by its police force, with emphasis on the development’s influence on the German constitution and the consequences for the individual freedoms and rights protected by the it.

Keywords: *Germany, constitutionalism, constitutional rights, freedom, security, protection, integrity, state control, counter-terrorism legislation, executive powers, crime prevention, surveillance, human rights, Grounded Theory Analysis.*

Abstrakt

Omedelbart efter terrorattacken den 11 september 2001 anslöt sig Tyskland till det internationella kriget mot terrorismen. Efter att först ha deltagit i interventionen i Afghanistan har Tyskland i respons på den ökade hotbilden i Europa successivt förflyttat stridsfältet till det egna territoriet. Terrorbrottslagen 2001 markerade starten på en serie långtgående säkerhetsreformer, som har resulterat i en tilltagande polarisering mellan effektiv brottsbekämpning och individuell rättssäkerhet. Med det latent terrorhotet som motiv har införandet av nya reformer accelererat, utan en tillfredsställande debatt om de långtgående rättsliga och politiska konsekvenserna. Genom en analys av förarbeten, den slutgiltiga lagtexten och den tillhörande politiska kontexten vid tre stora säkerhetsreformer i Tyskland från 2001 till idag, ämnar denna studie belysa hur konstitutionella fri- och rättigheter påverkas av reformerna.

Säkerhetsreformerna har utvecklat en egendynamik med grundlagsinskränkningar till följd som inte märks förrän de känns och majoriteten i samhället gör inte det än. Det gynnar okontrollerad statlig maktutövning som kommer till uttryck i utvecklingen från ändamålsinriktade antiterror-lagar till generella exekutiva befogenheter. Som undersökningen visar börjar säkerhetsapparaten nu angripa sig självt i en evig jakt på en inre fiende. Syftet med föreliggande studie är att bidra till en mer upplyst debatt om grundlagsändringarna som skett i samband med säkerhetsreformerna efter 2001 och dess implikationer för det konstitutionella fri-och rättighetsskyddet.

Nyckelord: Tyskland, konstitutionell rätt, konstitutionella fri- och rättigheter, säkerhet, skydd, rättssäkerhet, statlig kontroll, tvångsmedel, antiterrorlagar, övervakning, brottsbekämpning, mänskliga rättigheter, grundad teori.

Innehållsförteckning

Förkortningar	5
Inledning	6
Syfte och frågeställning	7
Material, avgränsning och källkritik	9
Disposition	11
Teoretiska perspektiv och tidigare forskning	11
<i>Teoretiska perspektiv</i>	<i>12</i>
<i>Tidigare forskning</i>	<i>14</i>
Integritet och rättssäkerhet	14
Säkerhet och effektivitet	15
Konstitutionalism och maktindelning	17
Internationell utblick och sedvanerätt	18
Metodiskt tillvägagångssätt	20
Bakgrund: Konstitutionella principer och statens <i>Schutzpflicht</i>	22
<i>Grundlagen</i>	<i>23</i>
Internationell säkerhetsutveckling efter 2001	25
Bakgrund: Säkerhet i Tyskland efter 2001	27
Överblick över de viktigaste tyska säkerhetsmyndigheterna	28
<i>Säkerhetslagstiftning efter 2001</i>	<i>29</i>
Nyckelmoment i den tyska säkerhetslagstiftningen 2001 -2017	31
Reform 1: bakgrund och förarbeten	32
<i>TBG-reformen: terrorbrottsbekämpningslagen</i>	<i>34</i>
<i>Delslutsats 1</i>	<i>36</i>
Reform 2: bakgrund och förarbeten	38
<i>BKA-reformen: lagen om terrorbrottsbekämpning genom säkerhetspolisen</i>	<i>40</i>
<i>Delslutsats 2</i>	<i>44</i>
Reform 3: bakgrund och förarbeten	49
<i>TKÜ-reformen: effektiviseringen av processrätten</i>	<i>53</i>
<i>Delslutsats 3</i>	<i>55</i>
Sammanfattning	58
Slutdiskussion	60
Referenser	65

Förkortningar

ATD	Antiterrordatei (Nationella antiterrordatabasen)
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz (Myndigheten för författningsskyddet)
BKA	Bundeskriminalamt (Nationella säkerhetspolisen)
BND	Bundesnachrichtendienst (Nationella underrättelsetjänsten)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Författningsdomstolen)
FN	Förenta Nationerna
GG	Grundgesetz (Grundlagen)
GSG9	Grenzschutzgruppe 9 (Gränsskyddskommandot)
GTAZ	Gemeinsames Terrorismusabwehrzentrum (Terrorbekämpningscentret)
LKA	Landeskriminalamt (Lokala Säkerhetspolisen)
MAD	Militärischer Abschirmdienst (Militärunderrättelsetjänsten)
NSU	Nationalsozialistischer Untergrund (Högextremistisk förening)
RAF	Rote Armee Fraktion (Röda Armé fraktionen)
StGB	Strafgesetzbuch (Brottsbalken)
StPO	Strafprozessordnung (Processrätten)
TBG	Terrorismusbekämpfungsgesetz (Terroristbrottsbekämpningslagen)
TKÜ	Telekommunikationsüberwachung (Kommunikationsövervakning)

Partierna

SPD	Socialdemokratiska Partiet
CDU/CSU	Kristdemokratiska Partiet
FDP	Liberala Partiet
Die Grünen	Miljöpartiet
Die Linke/PDS	Vänsterpartiet

Inledning

För 42 år sedan antogs paragraf 129a i brottsbalken i Västtyskland som kriminaliserar terrorbrott, medlemskap i terroristiska föreningar och främjande av terrorbrott.¹ Paragrafen var del av en stor reform av straffrätten som genomfördes i reaktion på terrorgruppen Röda Armé Fraktionens dåd. Efter en terrorattack i OS i München 1972 där polisens misslyckades att ingripa skapades specialenheten GSG9, en hybrid med militära och polisiära befogenheter, som några år senare lyckades att förhindra en terrorattack. Parallellt till reformen som i allmänt språkbruk kom att kallas för Lex RAF lanserades Richtlinie 76 i Östtyskland.² Likt Lex RAF var Richtlinie 76 en säkerhetsreform avsedd att förebygga och bekämpa brott mot staten.³

Rent innehållsmässigt påminde regelverken om varandra, skillnaden var främst respektive stats tolkning och implementering av dessa. Medan de exekutiva myndigheterna i Västtyskland fokuserade på bekämpning av vänsterradikal terrorism var det östtyska ministeriet för statssäkerhets (MfS) främsta uppgift att kontrollera befolkningen och förebygga politiskt motstånd, genom att så detaljerat som möjligt kartlägga och manipulera personers privatliv. Under fyrtio år lagrades sex miljoner medborgares personuppgifter – än idag finns det kilometervis med akter arkiverade. I förhållande till befolkningen var MfS den största underrättelsetjänsten någonsin och är ett paradexempel på statligt missbruk av säkerhetsapparaten.⁴

Tyskland har således alltsedan slutet av andra världskriget varit involverat i terrorbrottsbekämpning och underrättelsearbete. Paragraferna om terrorbrott är samma idag som för 42 år sedan men terrorismen har utvecklats till ett internationellt säkerhetsproblem, Tysklands politiska landskap har förändrats och de rättsvårdande myndigheterna har getts större befogenheter. Digitaliseringen och teknikutvecklingen har fört med sig nya avancerade möjligheter att enkelt få tillgång till detaljerade personuppgifter. Det gynnar onekligen en effektiv bevisföring men ger samtidigt upphov till nya principiella funderingar.

¹ Strafgesetzbuch (StGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist", § 129a

² Deutscher Bundestag, *Historische Debatten (8): Kontaktsperregesetz*, Dokumente, Textarchiv, bundstag.de/dokumente, senast hämtad 26-05-2018

³ *Richtlinie 1/76 zur Entwicklung und Bearbeitung Operativer Vorgänge (OV)*, BStU, MfS, BdL-Dok. 3234

– Druck, s.1, ("ministeriet för statssäkerhet måste målinriktat förebygga, avslöja och motverka alla subversiva angrepp för att garantera fredlig samlevnad och tillförlitlig skydd från imperialistiska motståndaren och den inre säkerheten av DDR")

⁴ Karsten Duemmel und Melanie Piepenschneider (Hrsg.): *Was war die Stasi? Einblicke in das Ministerium für Staatssicherheit der DDR*, Konrad-Adenauer-Stiftung (2014), S. 68.

Medan brottsdefinitionerna inte har ändrats avsevärt sedan Lex RAF-reformen har tröskeln för repressiva och preventiva tvångsåtgärder successivt sänkts – med varaktiga följder för det konstitutionella rättighetsskyddet. Lagskärpningarna i kombination med teknikutvecklingen möjliggör en ny nivå av statlig insyn i individers privatliv och missgynnar systematiskt samma grupper i samhället när de tillämpas. Båda dessa aspekter är ”osynliga”. Hemlig övervakning genom infiltration av digitala enheter sker ofta obemärkt; lagskärpningarna märks visserligen – men ännu inte för majoriteten i samhället.

Studien ska bidra till en mer upplyst diskussion utan att hela samhället först måste märka av det smygande frihetsberövandet. Den avgränsas till tre stora säkerhetsreformer, tillkommit efter terrorattackerna den 11 september, som utvidgar de brottsbekämpande myndigheternas repressiva- och på senare tid allt mer preventiva digitala befogenheter. Delar av reformerna har i jämna mellanrum kritiserats och ogiltigförklarats av författningsdomstolen men likväl har grundlagarna inskränkts och ändrats i samband med reformerna. Året 2001 innebar en cesur i tysk lagstiftning med långtgående konsekvenser för det konstitutionella fri- och rättighetsskyddet och är intressant att undersöka både ur ett säkerhets- och ett människorättsligt perspektiv.

Syfte och frågeställning

Studiens övergripande syfte är att undersöka på vilket sätt regleringen av brottsbekämpningen i Tyskland har förändrat det konstitutionella fri- och rättighetsskyddet efter terrorattackerna den 11 september. Det är intressant därför att den succesiva ökningen av brottsbekämpande myndigheters befogenheter, och preventiva befogenheter i synnerhet, ger uttryck för spänningsförhållandet mellan individuella och nationella rättsintressen som sedan slutet av andra världskriget alltid varit en känslig fråga.⁵ Från och med 1950 har de exekutiva myndigheternas handlingsutrymme stegvis återinförts som fram till 2001 uppgår till cirka femton större lagskärpningar med kompetensutvidgande syfte trots protester från befolkningen.⁶ 1960 riktade den tyska vänsterdebattören, och senare RAF-medlem, Ulrike Meinhof kritik mot återinförandet av undantagslagar och drog paralleller till hur nazistpartiet NPD på 1930-talet gynnades av möjligheten att åberopa undantagstillstånd i den dåvarande

⁵ Se till exempel: *Anarchisten, mit dem Terror Leben*, 10.03.1975, Der Spiegel, Heft 11/75; *Ausbruch in Berlin: Das ist eine Riesensache*, Der Spiegel, 12.07.1976.; *Wen Suchen Wir Eigentlich?*, Der Spiegel, 46/1977, 07.11.1977

⁶ Mühlenmeier, Lennart, *Sicherheitsgesetze in Deutschland – Chronik des Überwachungsstaates*, 20.09.2017, netzpolitik.org, senast besökt 21-05-2018

konstitutionen. För att understryka att dåliga lagar i fel händer kan få förfärliga konsekvenser citerar Meinhof den konservativa tyska statsvetaren Carl Schmitt som en gång sade att ”tyska revolutionen 1848 var legal, det vill säga enligt tysk ordning och reda formellt korrekt.”.⁷

Förespråkarna för reformerna innan 2001 menade att den tyska staten behövde återfå sin handlingskraft.⁸ Rasterspaning⁹ diskuterades, det federala systemet kritiserades för att obstruera effektiv brottsbekämpning och redan då var preventivt statsskydd ett kontroversiellt ämne.¹⁰ Medan för- och motargumenten är närmast identiska med de som uttrycks idag, har den politiska och samhälleliga kontexten förändrats. En tydlig vändpunkt är terrorattackerna den 11 september: bara sedan 2001 har cirka 50 nya reformer genomförts som ger exekutiva myndigheter långtgående integritetsinskränkande övervaknings- och avlyssningsbefogenheter.¹¹

Säkerhetslagstiftning och exekutiva befogenheter har i tidigare forskning ofta problematiserats utifrån spänningsförhållandet mellan *frihet* och *säkerhet*, vilket är svårdiskuterat med tanke på den begreppsliga ambivalensen. Föreliggande studie behandlar spänningsförhållandet från flera rättsliga och säkerhetspolitiska perspektiv och undersöker de lagar och befogenheter som tilldelats myndigheter med ansvar för landets interna säkerhet. Ur ett säkerhetsperspektiv är effektiv brottsbekämpning nödvändigt för att skydda staten och samhället medan respekt av individuella fri- och rättigheter har högre prioritet ur ett integritets- och rättssäkerhetsperspektiv. Svårigheten är att hitta balansen mellan dessa. Hur den avvägningen ter sig i regleringen av brottsbekämpande åtgärder som införts i Tyskland sedan 2001 ska undersökas genom att besvara följande frågeställning:

- *På vilket sätt har utvidgningen av exekutiva befogenheter i Tyskland sedan 2001 förändrat det konstitutionella fri- och rättighetsskyddet?*

⁷ Meinhof, Ulrike, *Die Würde des Menschen ist antastbar, Aufsätze und Polemiken*, Wagenbachs Taschenbücherei 62 (1980), s.30-35

⁸ *Anarchisten, mit dem Terror Leben*, 10.03.1975, Der Spiegel, Heft 11/75

⁹ *Rasterspaning*: en systematiskt efterlysningsmetod där elektroniskt data jämförs efter i förväg bestämda kriterier för att vinna information för brottsförebyggande- och utredande åtgärder. I Tyskland infördes rasterspaning också kallad gärningsmannaprofilering i reaktion på RAF-terrorn. Metoden förbjöds sedan och återinfördes i anti-terror-lagarna efter 11 september. Rasterspaning går ut på att samla personuppgifter alla personer som uppfyller kriterierna i rastret (till exempel kön, nationalitet, hårfärg) och kritiseras ofta för att strida mot grundlagens artikel 3 som förbjuder diskriminering. (källa: <https://www.juraforum.de/lexikon/rasterfahndung>)

¹⁰ *Verfassungsschutz – Wo steht der Feind?*, Der Spiegel 15.11.1993

¹¹ Se till exempel: Rath, Christian, *Chronik der Sicherheitsgesetze: Der Weg zum Überwachungsstaat*, TAZ, 20-04-2010, senast hämtad 21-05-2018; *Sicherheitsmaßnahmen in Deutschland: Im Namen der Sicherheit*, 11.08.2016, Tagesschau.de/Inland, senast hämtad 21-05-2018; Mühlenmeier, Lennart, *Überwachung: Chronik des Überwachungsstaates*, 20.09.2017, Netzpolitik.org, senast besökt 21-05-2018;

Material, avgränsning och källkritik

De säkerhetsreformer som utgör primärmaterialet är förarbeten och lagtext tillhörande *terrorbrottsbekämpningslagen* från 2002 (TBG-reformen), *lagen om polisens terrorbrottsförebyggande arbete* från 2009 (BKA-reformen) och *lagen om effektivisering av straffrättsliga förfaranden* från 2017 (TKÜ-reformen).¹² Efter en genomgång av transkriberade parlamentsdebatter om säkerhetsfrågor från 1950 till idag och i en avvägning mellan debatterna om lagarna eller den lagtext som resulterade ur debatterna har de senare valts. Valet grundar sig i att den politiska argumentationen har uppvisat liknande mönster sedan 1950 medan lagarnas innehåll och den politiska kontext de uppstår i har utvecklats kontinuerligt.¹³ I kombination med teknikutvecklingen men även ny jurisprudens från författningsdomstolen har lagarna idag en annan, mer långtgående effekt på integritet och individuell rättssäkerhet och är därför särskilt intressant.

De tre valda reformerna är inte de enda lagar som har stiftats ur säkerhetsrättsligt hänseende. Dock har samtliga undersökta reformer gemensamt att de påverkar ett flertal andra lagar och succesivt utvidgar de brottsbekämpande myndigheters exekutiva befogenheter. I det avseendet bygger reformerna på varandra och lämpar sig för en komparativ och undersökning. För att kontextualisera lagstiftningsprocessen är även domar från författningsdomstolen (BVerfG) centrala, därför att BVerfG vid flera tillfällen tagit ställning till reformerna och avgjort om och i vilken omfattning de är förenliga med grundlagen. BVerfG:s beslut är rättsligt bindande för alla statliga myndigheter inklusive lagstiftarna som i Tyskland består av regeringen, parlamentet och förbundsrådet. Särskilt viktig är en dom från 2006 som förbjuder preventiv rasterspaning, en dom från 2008 som ogiltigförklarar preventiv hemlig dataavläsning och en dom från 2016 som fastslår att delar i BKA-reformen är grundlagsstridiga.¹⁴ BVerfG:s domar avkunnades omedelbart innan BKA- och TKÜ-reformerna inleddes och påverkade hur de utformades och är därför relevant i kontexten för denna studie.

¹² *Gesetz zur Bekämpfung des Internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)*, G-SIG: 140119814), Bundesregierung, ikraft sedan 01.01.2002, *Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA*, ikraft sedan 2009, Bundesregierung, *Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, ikraft sedan 24.08.2017, Bundesregierung der 18. Wahlperiode, Archivsignatur XVIII/535

¹³ Se t.ex. *Mißbrauch des Gastrechts durch einzelne Gruppen von Ausländern in der BRD*, Drucksache Nr. 05/2046, 27.07.1967, Typ: Antwort, Urheber: Bundesministerium des inneren, *Zur zweiten Beratung a) des von der Fraktion der CDU/CSU eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung von Terrorismus und Gewaltkriminalität sowie zum Schutz des inneren Friedens*, Drucksache Nr. 08/1888 vom 07.06.1978, Typ: Änderungsantrag, Urheber: Fraktion der CDU/CSU, *Staatsterrorismus und Terrorismus*, Drucksache Nr. 11/4992, 25.07.1989, Typ: Antwort, Urheber: Bundesregierung, och: *Achter Bericht der Bundesregierung über ihre Menschenrechtspolitik in den auswärtigen Beziehungen und in anderen Politikbereichen*, Drucksache Nr. 16/10037, 16.07.2008, Typ: Unterrichtung, Urheber: Bundesregierung.

¹⁴ BVerfG, *Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016* - 1 BvR 966/09 - Rn. (1-29)

Allt primärmaterial är offentliga handlingar från regeringen, parlamentet och författningsdomstolen som är tillgängliga och avsedda för allmänheten. Det innebär att materialet i sig återger ett endimensionellt perspektiv på ämnet. Eftersom det är just det perspektivet som är föremål för analysen, är vinklingen oundviklig och det finns en medvetenhet om materialets funktion och avsändare. Att analysera förarbeten och lagtext i växelverkan med kontexten tydliggör spänningsförhållandena som finns i materialet vilket har föranlett valet.

Materialet är så mångfacetterat att det skulle kunna ha undersökts utifrån många fler perspektiv än vad denna uppsats har utrymme för. Bland annat hade begreppsbildningen i den säkerhetspolitiska utvecklingen, den internationella kontexten, den retoriska förändringen inom parlamentet eller federalismens utveckling varit intressanta som forskningsfrågor. De valda perspektiven är således inte avsedda att vara uttömmande men avgränsningen har av utrymmesskäl varit nödvändig.

Det teoretiska ramverket är en hybrid av flera perspektiv och undersökningen står i kontinuerlig dialog med tidigare forskning. Det innebär också att det inte finns ett särskilt synsätt som appliceras hela undersökningen igenom vilket är ett medvetet val därför att primärmaterialet präglas av spänningsförhållanden och kontroverser som hade gått förlorade i ett endimensionellt tillvägagångssätt. I studien används ett antal tekniska begrepp och de viktigaste, mest återkommande förtydligas i fotnoter.

Disposition

Uppsatsen börjar med en genomgång av de teoretiska perspektiv som i kombination med varandra påverkar undersökningen. Litteraturöversikten delas upp i fyra underkategorier som studien på olika sätt har förhållit sig till. Det följs av en genomgång av de metodiska tillvägagångssätt som undersökningen tar avstamp i. För att få en bakgrund till primärmaterialet och dess innebörd i en tysk kontext redogörs sedan för konstitutionella grundprinciper och grundlagen som utgör basen för lagstiftningsproceduren. Analysen är uppdelad i tre fallstudier med var sin delslutsats som sedan förs ihop i en komparativ slutdiskussionen. Fallstudierna kallas för TBG-, BKA-, och TKÜ-reformerna vilket härleds från de tyska beteckningarna: TBG-reformen står för *Terrorismusbekämpfungsgesetz*, BKA-reformen för *Gesetz zur Bekämpfung des Internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt* och TKÜ-reformen för *Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*. BKA används dessutom som förkortning för den nationella säkerhetspolisen *Bundeskriminalamt*.

Teoretiska perspektiv och tidigare forskning

Andra världskriget, dess påverkan på efterkrigslagstiftningen och politiken, splittringen mellan öst och väst, den statliga massövervakningen och en historik av utbredd höger- och vänsterradikal terrorism gör att Tyskland varit föremål för mycket forskning om statligt våld kontra individuellt rättighetsskydd. Många forskare och författare utgår från spänningsförhållandet mellan individuell frihet och kollektiv säkerhet. I föreliggande studie analyseras spänningsförhållandet mellan olika rättsintressen i relation till nyttillkommen säkerhetslagstiftning och dess implikationer på konstitutionella fri- och rättigheter. Målet är dock inte att avslöja hur spänningsförhållandet mellan frihet och säkerhet faktiskt ser ut. Istället kretsar analysen kring hur respekt, skydd och säkerställandet av individuella och nationella rättsintressen utvecklats, vems tolkning av säkerhet som prioriteras och hur denna lagstiftning kan påverka samhället när den implementeras.

Teoretiska perspektiv

Undersökningens primärmaterial utgörs av förarbeten och lagtext. För att nå en flerdimensionell analys används perspektiv som fokuserar på legitimeringsprocessen vilka föregår lagarnas ikraftträdande och på de säkerhetspolitiska intressen involverade i lagstiftningen. Mer tonvikt läggs på förarbetena än den slutgiltiga lagen. Att politiker klär sina intressen och beslut i rättsliga termer är uppenbart och ska inte analyseras här. Vad som är mer intressant för studien är att det i slutändan återkommande är samma aktörer och intressen som avgör trots att grundlagens syfte är att få lagstiftarna att bortse från sina omedelbara subjektiva intressen och utgå från de gemensamt överenskomna normerna.¹⁵ Hur det maktförhållandet uppstår och reproduceras analyseras genom att läsa lagtexten med de strukturella och politiska förutsättningarna i åtanke.

Martti Koskenniemi, lektor inom internationell rätt med praktisk erfarenhet från FN:s säkerhetsråd, menar att *säkerhet* är ett bland många begrepp som ger uttryck för politiska värderingar men att det egentligen aldrig handlar om *säkerhet* kontra *osäkerhet* utan om *säkerhet för vem?* och *säkerhet till vilket pris?*, frågor som är centrala i föreliggande arbete.¹⁶ Enligt Koskenniemi kan de besvaras genom att se till hela lagstiftningsprocessen då lagstiftning befinner sig i ständig förändring och ger uttryck för maktförhållanden. Många skulle argumentera att respekt och skydd av säkerhet är en politisk fråga och att det därför hade varit mer lämpligt att undersöka den politiska diskursen, men det kan likaväl hävdas att lagstiftning ger uttryck för politik och därför utgör ett relevant material med god potential att svara på frågeställningen.¹⁷

Lagar och grundlagar stiftas och skyddas av statliga institutioner bestående av politiker och tjänstemän. Deras roll i politiskt beslutsfattande har bland andra Max Weber skrivit om. Uppsatsen använder sig av litteratur om Webers verk samt ett av hans transkriberade tal för att belysa aktörerna bakom lagarna och för att förklara hur säkerhetslagstiftningen är del av en politisk dragkamp. Genom att förstå säkerhet som politiskt koncept är det lättare att förstå intentionerna bakom lagarnas utformning, för att utifrån det kunna dra en presumtiv slutsats om hur lagen kommer att tillämpas, med vilket syfte och till vilket pris.¹⁸ Weber konstaterar att politik och lagstiftning drivs av strävan efter makt men menar att det först blir ett problem när den strävan blir irrationell. I föreliggande studie har

¹⁵ Koskenniemi, Martti, *What is Critical Research in International Criminal Law? Celebrating Structuralism*, foundation of the Leiden Journal of International Law 29, 2016, s.732

¹⁶ Koskenniemi, Martti, *The Place of Law in Collective Security in: The Politics of International Law*. Oxford: Hart, 2011, s. 110

¹⁷ Koskenniemi, Martti, 2016, s.732

¹⁸ Weber, Max, *Gesamtausgabe. Abt. 1, Schriften und Reden, Bd 17, Politik als Beruf: 1919*. Tübingen: Mohr och: Weber, Max: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*. Studienausgabe, 5. Auflage, Tübingen 1980, S. 822

utvecklingen i säkerhetssystemet betraktats med särskilt fokus på huruvida lagskärpningarna når en punkt där de inte är rationella längre.

Darrov Schechter, vars tolkning av Weber används i studien, menar att det inte är konstruktivt att analysera politik i termer av *bra* eller *dåligt* utan snarare genom att ställa frågor om *varför* och under *vilka omständigheter är befolkningen beredda att underordna sig* och genom vilka rättsliga legitimeringsprocesser politiskt maktutövning sker. Enligt Schechter baseras effektivt statligt tvång på rättsliga normer, allmänhetens tro på normerna och dess upprätthållande genom konstruktionen av rädsla.¹⁹ Det betyder att individuella fri- och rättigheter har en plats på den politiska agendan enbart när det tjänar aktörernas intressen. Utifrån den tesen kan fri- och rättigheter enbart skyddas genom att skapa incitament för stater så att de tjänar på att implementera dem. Studien har en liknande utgångspunkt om att en konstruktiv analys inte handlar om att reda ut vad som är bra eller dåligt utan om att undersöka kontexten och strukturerna som påverkar de rättsliga normerna.

¹⁹ Schechter, Darrov, *The critique of instrumental reason from Weber to Habermas*. New York: Continuum, 2010 s.135

Tidigare forskning

Forskningen om spänningsförhållandet mellan effektiv brottsbekämpning å den ena och respekten för individuella fri- och rättigheter å den andra sidan är omfattande. Frågan är så pass mångtydig att flera forskningsgrenar har bildats som behandlar de olika dimensionerna. Föreliggande studie berör flera aspekter av de olika forskningsdiskurserna men tar främst avstamp i fyra perspektiv: ett integritets-, säkerhets-, konstitutionellt- och internationellt perspektiv. Kombinationen av de olika perspektiven – samt förmånen att kunna välja ut dess mest relevanta delar – har gett det djup och bredd till undersökningen som eftersträvades. Att befinna sig i dialog med olika synsätt har bidragit till den förståelse som krävdes för att besvara frågeställningen. Härnedan presenteras litteraturen för tydlighetens skull uppdelat i fyra avsnitt tillhörande respektive kategori.

Integritet och rättssäkerhet

Kritiken som riktas mot skärpta säkerhetslagar, undantagstillstånd och utökade exekutiva befogenheter riktar ofta in sig på inskränkningarna av den personliga integriteten och rättssäkerheten. Diskussionerna behandlar avvägningen mellan säkerhet och rättssäkerhet och utgår från ett dikotomt förhållande mellan att skydda *eller* respektera individuella rättigheter. I tidigare forskning kallas avvägningen för trade-off tesen, som innebär att absolut säkerhet och oinskränkt frihet är ömsesidigt uteslutande. Ur ett rättssäkerhets- och integritetsperspektiv är skärpta säkerhetslagar därför alltid problematiska. Adrian Vermeule är en av forskarna som kritiserar trade-off tesen.²⁰ Vermeule menar att säkerhet och frihet är förenliga och föreslår ett säkerhetssystem som innebär den största möjliga säkerheten och den minsta möjliga integritetsinskränkning. Oren Gross menar i 'Security vs. Liberty: Emotions and Cognition' att Vermeule brister i konkreta förslag på hur den av honom förespråkade balansen ska hittas. Gross menar att det inte finns en korrelation mellan säkerhet och frihet, vilket gör att de inte heller kan vägas mot varandra.²¹

I studien följs Vermeules linje i avseendet att den visar på en avvägning mellan de nämnda rättsintressena där problemet ligger i att säkerställandet och respekten av både kollektiva och individuella rättsintressen framställs som ömsesidigt uteslutande. Betoningen ligger på "framställs" därför att analysen även visar – i linje med Gross resonemang – att frågan inte handlar om säkerhet kontra integritet eller rättssäkerhet utan om säkerhet för vem? och säkerhet till bekostnad av vem?

²⁰ Vermeule, Adrian, *Security and Liberty: Critiques of the Trade-Off Thesis* i Jenkins, David, Jacobsen, Amanda & Henriksen, Anders (red.) (2014). *The long decade: how 9/11 changed the law*. New York: Oxford University Press

²¹ Oren Gross, *Security vs. Liberty: On Emotions and Cognition* och: Gross, Oren & Ní Aoláin, Fionnuala (2006). *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press

Föreliggande studie påverkas av tesen men ifrågasätter samtidigt i vilken omfattning det är ett faktiskt spänningsförhållande eller en falsk dikotomi konstruerad för att rättfärdiga grundlagsinskränkningar.

I *The Distribution of Privacy Risks* diskuterar Charles Raab frågans integritetsdimension.²² Raabs utgångspunkt är att olika sociala grupper påverkas olika mycket av integritetsinskränkande åtgärder och att den aspekten bör tas i beaktning när dataskyddssystem utvecklas. Enligt honom är riskfördelningen för att råka ut för integritetskränkningar avgörande i frågan om hur integriteten ska skyddas. Denna studie tar avstamp i Raabs perspektiv för att understryka att hemliga tvångsmedel²³ missgynnar en grupp individer mer än andra, vilket väcker frågan hur etiskt försvarbara åtgärderna är.

Denna aspekt diskuteras även av Clive Walker. Walker kritiserar att undantagstillstånd som blir permanenta är problematiska därför att följden blir att vissa individer konstant betraktas som potentiella gärningsmän vilket rättfärdigar konstant övervakning av samma grupp.

Säkerhet och effektivitet

Vissa forskare förespråkar en effektiv brottsbekämpning för att uppnå mer säkerhet medan andra tvärtom menar att ett starkt fokus på effektivitet leder till ökad osäkerhet. För att placera argumenten i en bredare kontext, samt undersöka argumentens för- och nackdelar, används i föreliggande studie såväl det positiva som det kritiska perspektivet.

Behovet av exekutiva befogenheter och hemliga tvångsmedel behandlas bland andra av en anonym textförfattare publicerad av den tyska skolan för konstitutionsskydd (Schule fuer Verfassungsschutz). Författaren redogör för den allmänna ökade hotnivån sedan 11 september och menar att statligt ansvar och befolkningens förtroende för statliga institutioner är tätt sammankopplade med säkerhet (från terrorismen) och frihet (från statliga ingrepp).²⁴ Texten används som ett komplement till andra infallsvinklar då den representerar myndigheten för konstitutionsskyddets åsikter, en av säkerhetsapparatusens huvudaktörer. Dock tar föreliggande studie i analysdelen avstånd

²² Raab, Charles, *The Distribution of Privacy Risks: Who Needs Protection?* The Information Society, 14:4, 1998, P. 263-274

²³ (hemliga) tvångsmedel: åtgärder som företas av brottsbekämpande myndigheter som utgör ett intrång i den personliga integriteten. Med hemliga tvångsmedel avses i denna uppsats hemlig kommunikationsövervakning som innebär avlyssning av bild, text och ton, hemlig rumsavlyssning som avser avlyssning av tal i enrum genom tekniska hjälpmedel för återgivning av ljud och hemlig dataavläsning som innebär avläsning eller upptagning av uppgifter som är avsedda för automatiserat behandling i ett informationssystem. Definitionen är densamma i Tyskland som i Sverige och har hämtats ur en svensk SOU angående legalisering av hemlig dataavläsning. (se: Åklagarmyndigheten, *Definition: tvångsmedel*, senast hämtat 20-05-2018 URL: <https://www.aklagare.se/ordlista/t/vangtsmedel/>) Och: SOU 2017:89, Hemlig dataavläsning - ett viktigt verktyg i kampen mot allvarlig brottslighet, s. 18. Och: Lindberg, Gunnel: *Straffprocessuella tvångsmedel – när och hur får de användas?*, Stockholm 2012, s. 5

²⁴ Schule fuer Verfassungsschutz, *Deutsche Anti-Terror-Gesetzgebung: Im Spannungsfeld zwischen Sicherheit und Freiheit. Entwicklungen seit dem Inkrafttreten des Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetzes 2007*, Hrsgb: Fraurenath, Ralf, Heimerzheim, März 2013

från det perspektivet därför att slutsatserna är svepande och förenklar de olika dimensionerna av ansvar, förtroende, frihet och säkerhet.

Ett mer kritiskt perspektiv presenteras i Jens Christian Hornigs avhandling *Sicherheit statt Freiheit?* från 2009. Hornig menar att övervakning historiskt sett inte har varit effektivt och att integritetsinskränkningarna således sker på obefogade grunder.²⁵ Hans forskning är intressant därför att den ger ett större perspektiv på spänningsförhållandet och ifrågasätter ett presumtivt nexus mellan ökade tvångsmedel och effektiv brottsbekämpning. Hornig menar att frihet och säkerhet är för abstrakta för att beskriva spänningsförhållandena i säkerhetslagstiftning och brottsbekämpning, ett perspektiv som föreliggande studie har dragit nytta av.

De politiska, historiska, sociologiska och juridiska aspekterna av säkerhet utforskas även inom *Security Studies*, *Securitization Theory* och *Critical Security Studies* som räknas till den större grenen *International Relations* (IR).²⁶ *Security Studies* fokuserar på säkerhetsbegreppet som primärt forskningsobjekt. Inriktningen visade sig vara för snäv för undersökningens syfte och material, men vissa aspekter präglar hur säkerhetsbegreppet tolkas.²⁷ Forskaren Vida Bajc ser säkerhet som ett subjektivt tillstånd som kan uppnås på olika sätt beroende på vems tolkning av säkerhet det gäller. Denna definition ligger till grund för hur säkerhet förstås i undersökningen.

I och med att hemlig övervakning är en central komponent i studien har det varit nödvändigt att läsa in sig på forskningsfältet *Surveillance Studies*, trots att analysen inte riktas mot övervakning som isolerad företeelse.²⁸ I *Facing the Future: Seeking Ethics for Everyday Surveillance* pekar David Lyon, en av de mest kända forskarna inom övervakning, på övervakningens diskriminerande effekter och menar att de negativa konsekvenserna av integritetsinskränkning är ojämnt fördelade i samhället.²⁹ I diskussionerna om digitaliseringens effekt på politik och samhället har uppsatsen anknutit till Lyon.³⁰

²⁵ Hornig, Jens Christian, *Sicherheit statt Freiheit?*, Iaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Geschichts- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät der Katholischen Universität Eichstatt-Ingolstadt, 2009, s. 24

²⁶ Williams, Paul (red.), *Security studies: an introduction*. Third edition, 2018. New York: Routledge

²⁷ Bajc, Vida, *Sociological Relections on Security Through Surveillance*, *Sociological Forum*, Vol. 28, No. 3, September 2013, s.619

²⁸ Lyon, David, *Surveillance Studies: an Overview*, Cambridge Polity Press (2007 viii);

²⁹ Lyon, David, *Facing the Future: Seeking ethics for everyday surveillance*, *Ethics and Information Technology*, No. 3, 2001, pp. 171-181 och: Raab, Charles (1998) *The Distribution of Privacy Risks: Who Needs Protection?*

³⁰ Lyon, David, *Globalizing Surveillance – Comparative and Sociological Perspectives*, *International Sociology*, Vol. 19, 2004 No. 2: pp. 135-149

Konstitutionalism och maktindelning

Forskningen om säkerhetspolitiken efter terrorattackerna den 11 september hävdar ofta att det har skett ett allmänt försvagande av de konstitutionella mekanismerna och principerna om maktindelning. I Tyskland är dessa tendenser starka. Undersökningen visar att författningsdomstolen successivt rättar sig efter lagstiftarna och avviker från de egna prejudikaten i sina domar. Den exekutiva makten i Tyskland har tidigare varit strikt separerad, med en tydlig uppdelning av ansvarsområden för polisen, säkerhetspolisen, underrättelseverksamheten och militären. Sedan den 11 september har detta ändrats och numera är den exekutiva makten mer centraliserad än sedan början av andra världskriget.

Konstitutionalismens betydelse för säkerhetspolitiken efter den 11 september behandlas av Matthew C. Waxman.³¹ Waxman menar att federalismen bidrar till en jämn säkerhetsnivå och att det därför är kontraproduktivt att försvaga federala strukturer. I likhet med Waxman förespråkar denna studie federala strukturer och maktindelning, däremot av en annan anledning. Maktindelningens ursprungliga syfte är att motverka centralisering av statsmakten – visserligen till bekostnad av effektivitet i brottsutredningar men till förmån för individuell rättssäkerhet. Sedan den 11 september är den exekutiva makten mer centraliserad än någonsin i efterkrigstiden och det har i undersökningen inte framkommit några hållbara argument som skulle rättfärdiga avsteg från federalismen.

Övertygelsen om legitimiteten i att avvika från principer om maktindelning i undantagstillstånd har inom vetenskapliga kretsar kommit att kallas för *Deference Thesis*.³² Enligt denna tes ska den legislativa makten (i Tyskland: parlamentet, regeringen, förbundsrådet) delegera beslutskompetens till de exekutiva myndigheterna³³ (polisen, underrättelsetjänsten och militär) i nödlägen eller undantagstillstånd. Enligt *Deference Thesis* är den utvecklingen i Tyskland ingenting kontroversiellt, utan tvärtom önskvärd.³⁴ I likhet med juristen Eric A. Posner, som har skrivit mycket om säkerhet i USA, utgår studien från det motsatta, nämligen att det är precis i undantagstillstånd som det är viktigt att de exekutiva myndigheterna följer rutinerna. Posner skriver att beslut som tas i pressade lägen ofta har negativa långsiktiga effekter som att skyddet av individuella friheter minskas utan att det återställs

³¹ Waxman, Matthew C., *National Security Federalism in the Age of Terror*, Stanford Law Review, Vol. 64:289

³² Posner, Eric A. & Vermeule, Adrian, *Terror in the balance: security, liberty, and the courts*. Oxford, 2007, Oxford University Press

³³ *Exekutiva myndigheter* I uppsatsen har exekutiva myndigheter används som samlingsbegrepp för polisen, säkerhetspolisen, underrättelse och militär. De utgör den utförande statsmakten där egentligen även förbundsregeringen ingår. I denna studie har regeringen dock räknats till de lagstiftande (legislativa) myndigheter. (Deutscher Bundestag, *Parlamentsbegriffe: Exekutive*, senast besökt: 20-05-2018,

<https://www.bundestag.de/service/glossar/glossar/E/exekutive/245414>

³⁴ Robert H. Wagstaff. *Judicial Deference, Terror Detentions and the Rule of Law*, Oxford University Press

när hotet är över.³⁵ Terrorismen har visat sig vara ett permanent hot, vilket följaktligen leder till permanent ökade befogenheter för de exekutiva myndigheterna.³⁶ För att diskutera säkerhetsreformernas möjliga långsiktiga effekter utgår studien från Posners kritik.

Internationell utblick och sedvanerätt

Mycket vetenskaplig litteratur om nationell säkerhet efter terrorattackerna den 11 september har sin utgångspunkt i andra länder. För att placera studien i en bredare kontext har den ibland jämförts med andra länders lagstiftning och säkerhetspolitik under samma tid.³⁷ Framförallt hittades likheter mellan Tyskland, Frankrike och Storbritanniens lagstiftning.³⁸ Samtliga stater genomförde större säkerhetsreformer i takt med ökningen av terrorattacker inom Europa, som i olika utsträckning har kritiserats av respektive lands författningsdomstol. Den enda punkten Tyskland där skiljer sig från de andra länderna är sitt förflutna. Med detta i åtanke är det intressant att Tyskland trots allt befinner sig på mer eller mindre samma nivå som de andra länder när det gäller grundlagsinskränkningar. Det har tolkats utifrån Christofer Piersons tes om att stater enbart existerar genom interaktion med andra stater. Enlig Pierson är relationer till andra stater avgörande för deras existens, vilket förklarar varför de nationella historiska lärdomarna åsidosätts i de undersökta rättsdokumenten. Särskilt efter 2001 har säkerhetssamarbetet inom Europa förstärkts och säkerhetslagstiftning justerats utifrån de gemensamma mellanstatliga överenskommelserna.³⁹ I studien har Piersons syn på stater tolkats som att de som befinner sig i en nära relation till varandra, utsätter varandra för gruppsyck, vilket leder till liknande reformer och beslut vid samma tidpunkter.⁴⁰

En annan internationell aspekt är mellanstatliga normer som påverkar nationell rätt och vice versa. Efter den 11 september har de tyska brottsbekämpande myndigheterna fått allt mer preventiva befogenheter. För att belysa innebörden av preventiva tvångsmedel har bestämmelserna jämförts med det internationella sedvanerättsliga kriteriet för preventivt självförsvar. Kriterierna stadgar att åtgärderna måste vara proportionerliga och nödvändiga och härleds inom folkrätten från Caroline-

³⁵ Posner, Eric; Vermeule, Adrian: *Accommodation Emergencies*, 2003. S.609 och: Posner, Eric A. & Vermeule, Adrian, *The executive unbound : after the Madisonian republic*. New York, 2010, Oxford University Press

³⁶ Posner, Eric; Vermeule, Adrian, *Accommodation Emergencies*, 56 *Stanford Law Review* 605, 2003

³⁷ Masferrer, Aniceto, *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency : Security and Human Rights in Countering Terrorism*, 2012, Dordrecht: Springer Netherlands

³⁸ Jenkins, David, Jacobsen, Amanda & Henriksen, Anders (red.). *The long decade: how 9/11 changed the law*. New York, 2014, Oxford University Press

³⁹ Council of the European Union, Interinstitutional file: 2015/0281 (COD), *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating terrorism and replacing Council Framework decision 2002/475/JHA on combating terrorism*, Brussels, 17 November 2016; och: United Nations. S/RES/1373 (2001). Security Council. Distr. General. 28 September 2001

⁴⁰ Pierson, Christopher, *The modern state*. 3rd ed. Abingdon, 2011, Oxon: Routledge

incidenten år 1837, där icke-statliga aktörer stoppades genom ett preventivt statligt angrepp. I en jämförelse huruvida Tysklands nationella säkerhetssystem lever upp till de internationella kraven på proportionalitet och nödvändighet innan rätten till självförsvar får åberopas, har studien tagit avstamp i forskningen om *preventivt självförsvar* inom den internationella kontexten.⁴¹ Terminologin om proportionalitet och nödvändighet använder sig även de tyska lagstiftarna av i reformerna men tolkningarna av begreppen förskjuts med tiden. Denna förändring och vad det innebär för brottsbekämpningen har diskuterats utifrån Caroline-kriterierna.⁴²

Jämförelsen är en tankelek som bidrar till ett större perspektiv på formuleringarnas innebörd i den nyttillkomna säkerhetslagstiftning. Studiens fokus ligger på nationell inte internationell lagstiftning men säkerhetsreformerna bidrar till att slagfältet, som i vanliga fall regleras inom folkrätten, förflyttas till den egna nationens territorium dit folkrättsliga regler inte når, vilket gör jämförelsen med Caroline-kriterierna intressant.

⁴¹ Louis-Philippe Rouillard, *The Caroline Case: Anticipatory Self-Defense in Contemporary International Law*, 1 Miskolc J. Int'l L. 104 (2004); och: Lubell, Noam, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford University Press 2010.

⁴² Byers, Michael, *Präventivkrieg und Selbstverteidigung im Völkerrecht – der Irak und der Fall Caroline*, le monde diplomatique, Ausgabe 6852, 13.09.2001

Metodiskt tillvägagångssätt

Studiens utgångspunkt är att undersöka hur regleringen av brottsbekämpningen har förändrats sedan terrorattackerna den 11 september i en tysk kontext. Ursprungsplanen var att analysera argumentationen i parlamentsdebatter om relevanta förarbeten och lagförslag, men efter att ha tagit del av debatter och tillhörande tidningsartiklar visade det sig att argumentationen för femtio år sedan nästan är identisk med den som förs idag, vilket har lett till insikten att detta material inte hade potential att besvara frågeställningen.⁴³

Istället har förarbeten och lagtext till tre betydelsefulla säkerhetsreformer analyserats och jämförts med varandra. Undersökningen är uppdelad i tre fallstudier som följs av var sin delslutsats som sedan mynnar ut i en komparativ diskussion. Materialet som undersöks är av olika karaktär och i varje fall varierar tillvägångssätten något. Komparativa fallstudier över tid lämpar sig för att analysera en process och är ett av de vanliga tillvägagångssätten inom *Grounded Theory Analysis* som studien tar avstamp i. Juliet Corbin och Anselm Strauss, författarna till boken ”Basics of qualitative research: techniques and procedures for developing grounded theory”, menar att undersökningar av samma koncept vid flera sammanhang och tillfällen bidrar till att kartlägga konceptets kärna, som i det här fallet tillgodoseendet av olika rättsintressen.⁴⁴ Föreliggande studie belyser intressen som ligger bakom säkerhetsbegreppet med fallstudier som har inspirerats av Corbin och Strauss’ *Grounded Theory Analysis*. Eftersom syftet är att analysera spänningsfrågor och intressekonflikter i rättsutvecklingen över tid har materialet studerats i kronologisk ordning. I varje fall har propositioner, politiska ställningstaganden, omvärldsfaktorer (nya terrorattacker, internationella åtaganden, andra länders agerande) och den färdiga lagen tagits med i beaktning för att ge en så omfattande bild som möjligt.

Undersökningens tillvägagångssätt har även inspirerats av Hsieh och Shannons definition av *Qualitative Content Analysis*, en modell baserat på sökande av nyckelord och begrepp följt av tolkningar av den underliggande kontexten.⁴⁵ Analysmetoden innebär en subjektiv tolkning av texters innehåll genom att systematiskt identifiera återkommande mönster vilket är ett element i analysen. Hsieh och Shannon delar upp metoden i underkategorierna konventionell, inriktad och summerande innehållsanalys och denna undersökning följer den inriktade formen (*Directed Content Analysis*,

⁴³ Deutscher Bundestag, Dokumente, *Parlamentsarchiv des Deutschen Bundestags – Akten, Drucksachen, Protokolle*; bundestag.de/archiv, senast hämtad: 25-05-2018; Der Spiegel, *Nachrichtenarchiv, Titelbilder und Heftarchive*, z.B. 29/1975; 18/1975; 11/1975; <http://www.spiegel.de/spiegel/print/index-1975>. Senast hämtat: 25-05-2018;

⁴⁴ Corbin, Juliet M. & Strauss, Anselm L. *Basics of qualitative research: techniques and procedures for developing grounded theory*. 3. ed. 2008, Thousand Oaks: SAGE s.52

⁴⁵ Hsieh, Hsiu-Fang, Shannon, Sarah E., *Three Approaches to Qualitative Content Analysis*, *Qualitative Health Research*, Vol. 15, No. 9, November 2005

DCA). DCA betyder att begreppen som undersökningen identifierar redan har varit föremål för forskning men tjänar på att belysas av nya perspektiv.⁴⁶ Studien ligger i linje med DCA i den bemärkelse att den utgår från redan existerande forskning och perspektiv på inherent spänningsförhållanden i säkerhetslagstiftning som studien sedan spinner vidare på.

Det metodiska tillvägagångssättet inom Grounded Theory formas av resultaten i det undersökta materialet, en process som i föreliggande studie har landat i komparativa fallstudier.⁴⁷ Eftersom fokus ligger på en analys av befintliga juridiska begrepp kan det metodiska tillvägagångssättet beskrivas som en hybrid som drar nytta av både Grounded Theory och DCA.

⁴⁶ Hsieh, Hsiu-Fang, Shannon, Sarah E., 2005, s. 1283

⁴⁷ Corbin, Juliet M. & Strauss, Anselm L. *Basics of qualitative research: techniques and procedures for developing grounded theory*. 3. ed. 2008. Thousand Oaks: SAGE s.52

Bakgrund: Konstitutionella principer och statens *Schutzpflicht*

Den nuvarande tyska konstitutionen är en efterkrigsprodukt som präglas av decentralisering, parlamentariska kontrollmekanismer och bestämmelser med syfte att skydda det demokratiska styrelseskicket från totalitärt maktövertagande.⁴⁸ Tyskland är en federalstat vilket innebär att förbundsländerna tilldelas det primära ansvaret för deras rättsliga och politiska förvaltning. Förbundsregeringen och andra nationella organ har endast sekundärt ansvar. En översikt över de konstitutionella mekanismerna som både präglar och präglas av lagstiftning är en förutsättning för att ge en tydlig bild av de delaktiga aktörerna.

Lagförslag kan lämnas av tre från varandra oberoende instanser: förbundsregeringen, förbundsrådet och parlamentet som hädanefter kallas lagstiftarna.⁴⁹ Parlamentet är det beslutsfattande organet i processen men cirka 80% av alla propositioner lämnas av regeringen.⁵⁰ Lagstiftarna ska följa de konstitutionella föreskrifterna vilket innebär en kontinuerlig avvägning mellan nationella och individuella rättsintressen.⁵¹ Författningsdomstolen (BVerfG) fungerar som kontrollant för att grundlagen följs och har befogenhet att ogiltigförklara lagar.

Grundlagarna, särskilt artikel 1 om liv och hälsa ålägger staten *Schutzpflicht*: en skyldighet att skydda medborgarnas fri- och säkerhet.⁵² Enligt artikel 10 åtnjuter den personliga integriteten konstitutionellt skydd. En sfär runt en medborgare där den garanteras absolut skydd får enligt grundlagen inte ens inskränkas när det skulle kunna tänkas finnas legitima skäl.⁵³ Tillsammans med rätten till informationssäkerhet utgör integriteten en väsentlig del av den mänskliga värdigheten och den statliga självkontrollen i demokratiska samhällen, enligt grundlagen.

Att inskränka fri- och rättigheter är dock grundlagsenlig i nödlägen och undantagsfall. Sedan 2001 har flera säkerhetsskärpningar genomförts som författningsdomstolen senare på grund av det otillräckliga skyddet av enskildas integritet ogiltigförklarats.⁵⁴ BVerfG har dock kommit fram till att

⁴⁸ Collings, Justin, *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001*, Oxford Scholarship, 2015, s.2

⁴⁹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23.05.1949 (BGBl.) zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.07.2017 (BGBl. I S. 2347) m.W.v. 20.07.2017, Artikel 76.

⁵⁰ Christoph Gröpl: *Staatsrecht I: Staatsgrundlagen, Staatsorganisation, Verfassungsprozess*. 9. Auflage, 2017, C. H. Beck, München

⁵¹ Voßkuhle in FS für Thomas Würtenberger, 2013, 1101 ff. unter Hinweis auf Grimm, *Die Freiheit sichern! Ohne starke Bürgerrechte bleibt Sicherheit wertlos*, in: Zypries (Hrsg.), *Die Renaissance der Rechtspolitik*, 2008, S. 25 (26)

⁵² Bundesministerium des Inneren, Bundesministerium des Inneren, *Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland*, vom 28-08-2013, s.35

⁵³ Grundlegend BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 88, 203 (251 sowie zum Untermaßverbot: 254).

⁵⁴ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestag, *Ausarbeitung, Maßnahmen des Bundes zur Terrorismusbekämpfung seit 2001*, Gesetzgebung und Evaluierung, (2015)

ingrepp i den personliga integriteten generellt är tillåtna i den mån de föregås av en proportionalitetsavvägning. Författningsdomstolen har bedömt terrorbrottsbekämpning, statens säkerhet och skyddet av befolkningen som legitima mål för vissa grundlagsingrepp.⁵⁵ Enligt regeringens utvärdering har digitaliseringen lett till nya former av brottslighet och bidrar till en ökad hotnivå vilket kräver att lagarna utformas utifrån det.⁵⁶ Regeringen menar också att grundläggande fri- och rättigheter enbart kan tillvaratas i ett samhälle som skyddas från våld som den internationella terrorismen och att inskränkningar av vissa fri- och rättigheter i det fallet är proportionella och nödvändiga.

Schutzpflicht tolkas på olika sätt i de undersökta reformerna. Vissa menar att den innebär ett absolut *skydd från* statliga intrång, andra hävdar att den innebär skydd från yttre hot *genom* statliga intrång.⁵⁷ I förarbetena hänvisar vissa till *Schutzpflicht* som en *skyldighet att respektera* (medborgarnas absoluta frihet) medan andra tolkar den som en *skyldighet att säkerställa* (att inga brott begås). Enligt grundlagen avser *Schutzpflicht* dock en kompromiss däremellan: en *skyldighet att skydda* frihet och säkerhet med de medel som är proportionella och nödvändiga. En utgångspunkt för denna studie är att det inte finns någon dikotomi mellan respekt av frihet och säkerställande av säkerhet, däremot en partipolitisk ovilja att kompromissa och oförmåga att implementerar den grundlagsstadgade *Schutzpflicht*.

Grundlagen

All lagstiftning orienteras kring grundlagen, som innehåller medvetet generella formuleringar för att ge lagstiftarna ett visst mått av handlingsfrihet. Att samma normer kan komma att tolkas olika beroende på kontexten är i sig inget konstigt eller oönskat så länge det håller sig inom ramen för proportionalitet, nödvändighet och rättssäkerhet. Kapitel 1, artikel 1-19 stadgar de grundläggande fri- och rättigheterna, där artiklarna 1-3, 10 och 13 är relevanta för denna undersökning eftersom de utgör det normativa ramverket för säkerhetsreformerna.

Artikel 1 slår fast att *människovärdet* är överordnat alla andra lagar och att statens främsta skyldighet är att skydda det.⁵⁸ Människovärdet är ett abstrakt begrepp som kan tolkas på olika sätt

⁵⁵ Vgl. z.B. BVerfGE 115, 320 (346 f.); 120, 274 (319); BVerfG vom 24.04.2013 –1 BvR 1215/07 –Rn.133 = NJW 2013, 1499 (1506)

⁵⁶ Vgl. insbesondere BVerfGE 110, 33 (53 ff.)

⁵⁷ Ströbele, Hans Christian, 2017: Stenografischer Bericht, 240. Sitzung, Plenarprotokoll 18240, 22. Juni 2017; s.123

⁵⁸ I original: ”(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt” i: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1,

men det implicerar att det avser individuella rättigheter – inte statens intressen. Det är en viktig detalj därför att lagstiftarna i förarbetena kommer hävda att skyddet av statens säkerhet är likvärdigt skyddet av individuella rättigheter.

Enligt *artikel 2* råder yttrandefrihet såvida den inte inskränker andra individers fri- och rättigheter. Den individuella friheten får inte inskränkas *förutom* på grund av annan lag. Genom att det inte preciseras vilka lagar lämnas ett tolkningsutrymme för både lagtillämpning och framtida lagstiftning.⁵⁹ Grundlagen är således anpassningsbar och kan formos utifrån olika rättsliga och politiska intressen. Det är därför inte självklart att, som lagstiftarna påstår i förarbetena, ytterligare lagskärpningar är nödvändiga när det befintliga regelverket redan är så generöst.

Artikel 3 förbjuder diskriminering på grund av kön, etnicitet, språk, ursprung och religiösa eller politiska värderingar. Här finns *inga undantagsbestämmelser*. Det innebär att tolkningsutrymmen i de andra artiklarna aldrig, inte ens i undantag, får utnyttjas på ett direkt eller indirekt diskriminerande sätt.⁶⁰ Särskilt förbudet om diskriminering på grund av etnicitet, ursprung, religiösa och politiska värderingar är relevant för lagreformerna som ofta är kopplade till utlänningslagen, utlänningsregistret eller asyllagen. Eftersom att lagarna ofta inte läses parallellt till varandra är den indirekta diskrimineringen när lagarna tillämpas i kombination med varandra svårfångad men desto viktigare att ha i åtanke.

Artikel 10 och *13* är specifikt avsedda för att begränsa utförandet av exekutivt våld som exempelvis hemlig övervakning och är de bestämmelser som inskränks mest i de undersökta reformerna. *Artikel 10* fastslår allas rätt till *integritetsskydd* och informationssäkerhet. Integritetsbegreppet i sig är inte närmare preciserat vilket öppnar upp för både restriktiva och extensiva tolkningar. Det är inte grundlagens ambition att erbjuda en enda korrekt definition av begreppet. Det som avgör innebörden i slutändan är målet en aktör vill åstadkomma med integritetsinskränknigen och det är utefter det målet lagförslag bör bedömas.

Enligt *artikel 13* skyddas bostaden och får inte inkräktas på förutom när någon av de sju stadgade undantagsfallen kan åberopas, till exempel när det föreligger ett hot mot den offentliga säkerheten.⁶¹ Denna artikel består av *fler undantag än regler* och har därför i bästa fall en symbolisk

veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347) geändert worden ist, Artikel 1.

⁵⁹ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347) geändert worden ist, Artikel 2.

⁶⁰ Till exempel: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Juli 2012 - 1 BvL 2/10 - Rn. (1-61) och: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017 - 1 BvR 2019/16 - Rn. (1-69)

⁶¹ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347) geändert worden ist.

funktion. Författningsdomstolen har till exempel vid flera tillfällen skärpt dokumenteringskraven och oberoende kontrollmekanismer för rumsavlyssning och övervakning av bostäder genom att hänvisa till denna artikel. Själva handlingen har dock aldrig förbjudits.

Internationell säkerhetsutveckling efter 2001

I denna studie har rättsutvecklingen i Tyskland vid några tillfällen jämförts med den i Storbritannien och Frankrike. Urvalet grundar sig i att dessa tre länder är jämförbara gällande geografiskt område, storlek och resurser. Allmänt går åsikterna isär. Vissa forskare menar att säkerhet är den främsta förutsättningen för att övriga fri- och rättigheter säkerställs och att det kan göras på ett sätt som inte innebär avsteg från grundlagsskyddade rättigheter.⁶² Kritiker varnar istället för en militarisering av demokratin med normaliserade undantagstillstånd som får långsiktiga negativa effekter på både internationella och nationella rättssystem. De preventiva åtgärder som nu företas världen över äventyrar ansvarsutkrävande och skyddet av mänskliga rättigheter. Den oreflekterade, förhastade strävan efter säkerhet har enligt dem snarare lett till växande osäkerhet.⁶³

Kontroversiella säkerhetsreformer genomfördes även innan 2001 men jämförelsevis var de färre och framkallade större protester.⁶⁴ Efter USA:s dåvarande presidenten George W. Bushs krigsförklaring mot terrorismen, har denna retorik använts internationellt för att rättfärdiga säkerhetsskärpningar vilket har lett till en allmän acceptans och demonisering av potentiella gärningsmän.⁶⁵ Enligt den dåvarande tyska regeringen, bestående av Socialdemokraterna och Miljöpartiet, hade den internationella terrorismen i samband med 11 september utvecklats till ett så pass allvarligt globalt hot att nya rättsliga verktyg krävdes. Säkerhetsregleringen behövde anpassas genom ändringar i bland annat signalspaningslagen, underrättelselagen, gränsskyddslagen, säkerhetspolislagen, utlänningslagen, asyllagen och associationsrätten.⁶⁶ Att flera lagar har drabbats

⁶² Luther, Carsten, *Auch Sicherheit ist ein Menschenrecht*, 10.06.2013, Die Zeit, zuletzt besucht: 05.05.2018

⁶³ Jenkins, David, Jacobsen, Amanda & Henriksen, Anders (red.) (2014). *The long decade: how 9/11 changed the law*. New York: Oxford University Press, s.3-5

⁶⁴ Till exempel: 1968: *Notstandsgesetze* (CDU/CSU und SPD), följts av stora protester, bland annat genom RAF; 1976: *Antiterrorgesetz* (SPD, FDP); 1987: *Volkszählungsgesetz* (CDU/CSU und FDP), ogiltigförklarats till vissa delar av BVerfG; 1992: *Einführung der Rasterfahndung* (Gärningsmannaprofilering) (CDU/CSU und FDP); 1994: *Ausländerzentralregister* (Utlänningscentralregister) (CDU/CSU und FDP); 1998: *Großer Lauschangriff* (Rumsavlyssning) (CDU/CSU und FDP);

⁶⁵ Jenkins, David, Jacobsen, Amanda & Henriksen, Anders (red.), *The long decade: how 9/11 changed the law*. New York: Oxford University Press, 2014, s.3-5

⁶⁶ Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf, *Terrorismusbekämpfungsgesetz*, Drucksache 14/7727, 04.12.2001

av det nya säkerhetsläget är inte unikt för Tyskland.⁶⁷ Tyskland har dock goda skäl att vara restriktiva med kompetensutvidgande exekutiva befogenheter vilket gör svängningen i Tysklands säkerhetspolitik särskilt påtaglig och intressant som undersökningsobjekt.

⁶⁷ Härter, Karl, *Legal Concepts of Terrorism as Political Crime and International Criminal Law in Eighteenth and Nineteenth Century Europe*, Aniceto Masferrer, s.53, Se även: B. Saul, "The Legal Response of the League of Nations to Terrorism," *Journal of International Criminal Justice* 4, 2006, s. 78

Bakgrund: Säkerhet i Tyskland efter 2001

Terrorattackerna den 11 September inledde en ny era i säkerhetspolitiken. Bara nitton dagar efter attackerna antogs FN:s säkerhetsresolution 1373 där alla medlemsstater uppmanades att verka för att förebygga och motverka terrorism.⁶⁸ För Tyskland markerar datumet en period av många omfattande säkerhetsreformer.⁷⁰ Flera trupper skickas till Afghanistan med syfte att bekämpa ”terrorismens orsaker” och antiterrorssamarbetet med samtliga EU-länder, USA och Ryssland stärks.⁷¹ Terrorismen upplevdes då, enligt den tyska regeringen, som ett ”importerat” problem som ska åtgärdas i konfliktzonerna på andra staters territorium. I åren därpå ändrades hotbilden betydligt och terrorbrottsbekämpningen flyttades till hemmaplan, i takt med att allt fler attacker skedde inom Europa utförd av så kallade home-grown terrorister. Med det avses medborgare i väststater som reser till terrorträningläger i områden vid den pakistansk-afghanska gränsen för att sedan återvända till hemlandet och utföra attacker vilket ökar den interna hotnivån, menar regeringen i en rapport om säkerhetsregelverket i Tyskland.⁷²

I likhet med andra europeiska stater har Tyskland reagerat med lagskärpningar och ökade befogenheter för de exekutiva myndigheterna. 2002 legaliserades *preventiv* rasterspaning, 2004 grundades ett förbundslands övergripande terrorförsvarscentrum (GTAZ), 2006 infördes biometriska pass och samma år infördes antiterror databasen (ATD). 2009 stiftades en lag som utvidgar kriminalpolisens (BKA) befogenheter att med egen hackersoftware (trojaner) genomföra hemliga intrång i datasystem för att *förebygga* terrorattacker.⁷³ Med BKA-reformen skapades rättslig grund för ”hemlig dataavläsning (...) kommunikationsövervakning, rumsavlyssning, inskränkning av grundlagen om individens frihet, av post-, brev-, och telesekretessen samt ingrepp i okränkbarheten av bostaden”.⁷⁴ 2016 antogs en ny antiterrorstrategi som innebar reformer av sammanlagt nio lagar där bland annat identifieringsskyldighet vid köp av SIM-kort kodifierades.

⁶⁸*Terrorbrott*: I den tyska lagstiftningen existerar ingen allmängiltig definition av terrorbrott. Regeringen definierar terrorism som ”extremistiskt politiskt stridsmedel eller strategi som destabiliserar statsmakten med målet att sprida rädsla.” I grundlagens artikel 73 tilldelas regeringen ansvaret att lagstifta om terrorbrottsbekämpningen. I motiveringen till denna artikel stadgas att ”internationell terrorism präglas av definitionen i de mellanstatliga normer men är öppen för tolkning.” (Wissenschaftliche Dienste der Bundesregierung, *Ausarbeitung* WD- 417/09, s. 3)

⁶⁹ United Nations. S/RES/1373 (2001). Security Council. Distr. General. 28 September 2001

⁷⁰ *Gesetz zur Bekämpfung des Internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)*, G-SIG: 140119814), Bundesregierung, ikraft sedan 01.01.2002

⁷¹ Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 144. Sitzung. Plenarprotokoll 14207, 12.12.2001, s. 17-68;

⁷² Bundesministerium des Inneren, Bundesministerium der Justiz, *Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland*, vom 28-08-2013, s.30-31

⁷³ Bundesrat, *Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 853*, Berlin den 19. December 2008, uttalande: Geert Mackenroth, s.13

⁷⁴ Inledande bestämmelser (Inhalt) Gesetzgebung, *Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA*, Inkrafttreten 2009, Ausserkrafttreten 2020, Bundesregierung

2017 utvidgades befogenheten att videoövervaka offentliga platser, migrationsverket fick befogenhet att avläsa utländska personers mobiltelefoner och datorer i förebyggande syfte och i augusti samma år reformerades hela brottskatalogen. Hemlig dataavläsning och kommunikationsövervakning⁷⁵ legaliserades.⁷⁶ I alla men i synnerhet den sistnämnda reformen kopplades tvångsåtgärderna till utlännings- och asylagen vilket innebär att majoritetssamhället drabbas i mindre utsträckning och kan därför förklara avsaknaden av en större reaktion i det annars dataskyddsmedvetna samhället.

Från 1949 fram till 2001 genomfördes 13 större säkerhetsreformer – bara mellan 2001 och 2018 genomfördes 46.⁷⁷ Det officiella syftet med reformerna är enligt regeringen att anpassa de rättsvårdande myndigheternas verktyg till terroristernas metoder, specifikt riktat mot enskilda, tidigare ostraffade misstänkta gärningsmän och deras online-kommunikation.⁷⁸ Ändå kan behovet av lagskärpningar ifrågasättas med tanke på att grundlagen i sin befintliga form erbjuder tolkningsutrymmen som tillåter att lagar justeras utan att de behöver skärpas.⁷⁹

Överblick över de viktigaste tyska säkerhetsmyndigheterna

Polisen	Säkerhetstjänster	Övriga nationella myndigheter med säkerhetsuppgifter
I förbundsländerna <ul style="list-style-type: none"> • skyddspolisen (SchuPo) • säkerhetspolisen (LKA) 	I förbundsländerna <ul style="list-style-type: none"> • författningsskyddet (LfV) 	Nationellt <ul style="list-style-type: none"> • åklagarmyndigheten • förbundsmyndigheten för informationsteknik • försvarsmakten
Nationellt <ul style="list-style-type: none"> • säkerhetspolisen (BKA) • gränsskyddspolisen • förbundspolisen 	Nationellt <ul style="list-style-type: none"> • författningsskyddet (BfV) • underrättelsetjänsten (BND) • försvarsunderrättelsetjänsten (MAD) 	<ul style="list-style-type: none"> • migrationsverket (BaMf), • utlänningsmyndigheten • utrikesdepartementet (AA) • gemensamma antiterrorcentrumet (GTAZ)

⁷⁵ Hemlig dataavläsning: tillgång till all data som lagras på en enhet; kommunikationsövervakning: metadata och innehåll av samtal;

⁷⁶ Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, (BGBL 2017) Teil 1, Nr. 58, Herausgegeben zu Bonn, 23.08.2017

⁷⁷ ”Übersicht deutscher Sicherheits- und Überwachungsgesetze”, <http://www.daten-speicherung.de/index.php/ueberwachungsgesetze/>, senast hämtat 25-05-2018

⁷⁸ Bundesministerium des Inneren, Bundesministerium des Inneren, Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland, vom 28-08-2013, s.33

⁷⁹ Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz), Bundesgesetzblatt Jahrgang 2002 Teil I, Nr. 3, ausgegeben zu Bonn am 11. Januar 2001, Avsnitt ”Inhalt”.

Säkerhetslagstiftning efter 2001

De största motståndare mot terrorlagarna från 2002 (hädanefter TBG) var Vänsterpartiet (PDS) och Liberalerna (FDP), dock av olika anledningar. FDP ville värna dataskyddet och skyddet av konsumentuppgifter medan PDS ville förebygga statlig maktmissbruk och integritetsinskränkningar. Båda hade gemensamt att de är små partier med få mandat i parlamentet. De stora partierna CDU/CSU och den dåvarande regeringskoalitionen (Socialdemokraterna och Miljöpartiet) röstade för lagen. Regeringen ville öka säkerheten, ett mål som CDU/CSU delade även om de ville skärpa lagen ännu mer än regeringen. SPD diskuterade säkerhet som en rättighet för alla medborgare. Notera att de pratade om medborgare – inte samtliga individer i Tyskland – och notera även att de åberopade en rättighet (rätt till säkerhet) som rent formellt inte existerar. Ökade befogenheter för de exekutiva myndigheterna framhölls av både regeringen och CDU som det mest effektiva medlet för att garantera statens- och i förlängningen medborgarnas säkerhet.⁸⁰

Tyskland har till skillnad från andra länder de senaste hundra åren varit med om såväl politisk motiverad terrorism (RAF, NSU) som statligt missbruk av exekutiva befogenheter (Gestapo, MfS) och befinner sig därför i ett särskilt utgångsläge. Många beslutsfattare som är vid makten idag har varit med om minst ett av skeendena. Det finns därför skäl att anta att dessa erfarenheter fortfarande påverkar politiken. Dock är majoriteten av dagens politiker födda och uppvuxna i Västtyskland och har sluppit livet i en övervakningsstat – en möjlig förklaring för de säkerhetspolitiska prioriteringar som görs idag. För att förhindra ett centraliserat styre har många obstruerande moment byggts in i konstitutionen. Parlamentariska kontrollmekanismer, ombudsmän, kontrollkommissioner, författningsskyddet och författningsdomstolen finns till för att förebygga maktmissbruk.⁸¹

Vad som är intressant för föreliggande undersökning är inte lagen som en abstrakt och isolerad slutprodukt, utan summan av lagstiftningsprocessen, legitimeringsdiskursen och den slutgiltiga lagen – som omedelbart leder till en ny politisk diskussion. För att förstå säkerhetspolitik krävs en undersökning av den politiska diskursen men den politiska diskursen förstås bättre genom att även se till de normativa koder som konstant refereras till för att rättfärdiga säkerhetsreformerna.

Säkerhetspolitik existerar i relation till gemensamma säkerhetsnormer, det vill säga lagstiftning och de normer den baseras på – vilket analyseras i denna studie. I ett ställningstagande dagen efter 11 september sade den dåvarande förbundskanslern Gerhard Schröder vid ett parlamentssammanträde att attackerna är en krigsförklaring mot de *demokratiska värderingarna* och

⁸⁰ Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 144. Sitzung. Plenarprotokoll 14207, 12.12.2001, s. 17-68;

⁸¹ Sturm, Roland, *Föderalismus in Deutschland – Demokratie als Leitgedanke des deutschen Föderalismus*, Informationen zur politischen Bildung Nr. 318/2013; s. 5

de *civiliserade staterna* och att Tyskland måste visa solidaritet och samarbeta med andra länder i den fria världen, i synnerhet EU-medlemsstaterna, USA och Ryssland.⁸² Vänsterpartiets representant var försiktigare och påpekade att staternas reaktion kommer visa hur civiliserade de ”civiliserade staterna” egentligen är och betonade att det krävs *proportionella* och genomtänkta säkerhetsåtgärder i enlighet med rättsstatens principer.⁸³

Det finns mycket anmärkningsvärt i dessa formuleringar. Ur Schröders tal framgår att *säkerhet* i den här kontexten inte förstås som ett universellt värde utan exkluderar alla de staters medborgare som anses vara ociviliserade och odemokratiska. Lagförslagen som följer utformas utefter premissen att det handlar om säkerhet för- och solidaritet med stater som skriver under på liknande värderingar. Att den 11 september tolkas som krigsförklaring har en legitimerande effekt som implicerar att det råder ett undantagstillstånd och att åtgärderna som företas är ett *legitimt självförsvar*. Vilka som är civiliserade stater och vad som utgör demokratiska värderingar preciseras inte men får behovet av skärpta lagar att framstå som både proportionerligt och nödvändigt. Lagstiftarna refererade visserligen till grundlagen när de motiverade lagskärpningarna men genom att hävda att åtgärderna som föreslås är *proportionella* och *nödvändiga* parafrastras egentligen bara vad som står i grundlagen, vilket är intetsägande med tanke på grundlagens generella karaktär.

I genskap av att vara NATO-medlem har Tyskland anslutit sig till en solidaritetsförklaring till USA.⁸⁴ Schröder menade att detta innebär skyldigheter där bistånd i form av militärt våld inte kan uteslutas och att Tyskland självklart ställer upp oavsett vad USA och de andra NATO-länder kräver.⁸⁵ Schröder la således Tysklands deltagande i kampen mot terrorismen i en annan stats händer utan någon demokratisk process där befolkningen ges utrymme att ta ställning i frågan. Det är tveksamt huruvida det påståendet ligger i linje med de ”demokratiska värderingar” som ska skyddas.

⁸² Deutscher Bundestag, 144. Sitzung, 2001, s.5

⁸³ Deutscher Bundestag, 144. Sitzung, 2001, s.6

⁸⁴ NATO, Treaty (1949) 34 UNTS 234, article 5; ”*Collective self-defence – article 5*”, 22.05.2017, senast hämtad: 25.05.2018; Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 14. Wahlperiode, 186. Sitzung. Berlin, Mittwoch, den 12. September 2001, s.7

⁸⁵ Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 14. Wahlperiode, 207. Sitzung. Berlin, Mittwoch, den 12. Dezember 2001 (14/207), s. 20438

Nyckelmoment i den tyska säkerhetslagstiftningen 2001 -2017

TYP AV DOKUMENT	FÖRUTSÄTTNING	TYP AV BROTT	MYNDIGHET	TYP AV BEFOGENHET
TBG-REFORMEN: TERRORBROTTSBEKÄMPNINGSLAG (2002)	faktiska omständigheter som pekar på allvarliga hot mot utrikes- och säkerhetspolitiska intressen av BRD.	terrorbrott	BvF, MAD, BND, GSG9, Bamf, BKA	avläsa metadata i realtid och dela med utländska myndigheter (plats, datum, operatör)
DOM: BVR 370/07, BVR 595/07 (2008)	generellt: faktiska omständigheter pekar på ett konkret hot mot viktigt rättsintresse. I undantagsfall: vissa omständigheter räcker.	Gäller all lagtillämpning. hemlig dataavläsning är grundlagsvidrig.	gäller alla statliga myndigheter	hemlig dataavläsning
BKA-REFORMEN: LAGEN OM BEKÄMPNING AV INTERNATIONELL TERRORISM GENOM BKA (2009)	förebyggande av hot mot statens existens, liv, hälsa eller frihet av personen eller mot värdefulla saker; generellt: Om det föreligger vissa omständigheter för att anta att det finns ett hot mot liv, hälsa och frihet av personen, statens- eller mänsklighetens existens eller mot värdefulla saker. I undantagsfall: Om det kan göras tillräckligt sannolikt att ett brott kommer begås inom snar framtid.	terrorbrott och hot mot offentlig säkerhet (inskränkning av grundlagens artikel 2, 10 och 13)	BKA	hemlig dataavläsning, kommunikationsövervakning och rumsavlyssning
DOM: BVR 966/09, BVR 1140/09 (2016)	hemlig övervakning förutsätter ett konkret hot, skyddsbehov av tillräckligt viktiga rättsintressen och måste vara proportionerlig..	internationell terrorism. generellt är hemlig dataavläsning förenligt med grundlagen.	BKA	hemlig dataavläsning, kommunikationsövervakning och rumsavlyssning
TKÜ-REFORMEN: EFFEKTIVISERING AV PROCESSRÄTTEN (2017)	om vissa omständigheter föranleder misstanken om ett brott.	70 brott. Bl.a. Mord, terrorbrott, sexualbrott, organiserat brottslighet, pengatvätt, häleri;	alla exekutiva myndigheter	hemlig dataavläsning, kommunikationsövervakning och rumsavlyssning

Reform 1: bakgrund och förarbeten

“The promotion and protection of human rights for all and the rule of law is essential (...) recognizing that effective counter-terrorism measures and the protection of human rights are not conflicting goals, but complementary and mutually reinforcing.”⁸⁶

Den 28 november uppmanar FN:s säkerhetsråd i resolution 1373 medlemsstaterna att *förebygga* och bekämpa finansiering av terrorism och rekryteringen till extremistiska föreningar, att neka skydd för de som finansierar eller på annat sätt stödjer eller begår terrorbrott, och att *säkerställa* att de som är involverade i terrorverksamhet ställs inför rätta.⁸⁷ Tyskland är enligt artikel 25 i FN-stadgan bunden att implementera resolutionen och gör så några dagar senare i form av terrorbrottsbekämpningslagen (TBG).⁸⁸ Den första propositionen lämnas av regeringen i början av december 2001.⁸⁹ Motiveringen är att terrorism utvecklats till ett globalt hot vars transnationella karaktär *kräver* att de lagliga instrumenten anpassas.⁹⁰ Regeringens lösningsförslag är att säkerhetslagar skärps och att de exekutiva myndigheterna ges större befogenheter. Samma strategi används i flera europeiska länder och har sedan dess diskuterats utförligt i vetenskaplig litteratur. Bland annat problematiseras svårigheten att definiera vaga begrepp som *säkerhet* i lagstiftning och att säkerhet efter 11 september successivt tolkats som den ultimativa förutsättningen utan vilken inga andra rättigheter kan åtnjutas. Frihet och integritet framställs uteslutande som positiva rättsintressen som enbart existerar genom statligt skydd.⁹¹

Även i de tyska förarbetena till TBG framställs fri- och rättigheter vara beroende av statens förmåga att försvara de mot yttre hot. I propositionen står det att ett flertal säkerhetslagar måste anpassas till den nya hotbilden, vilket ska ske genom bland annat återinförandet av kronvittnenregleringen⁹² och införandet av väpnad flygplanspersonal, hemliga utredare, biometriska pass, kommunikationsövervakning och övervakning av bostäder. En utvidgning av utlänningscentralregistret, effektiviserat utbyte av personuppgifter med utländska myndigheter, lägre

⁸⁶ United Nations. S/RES/1373 (2001). Security Council. Distr. General. 28 September 2001

⁸⁷ S/RES/1373, s.2

⁸⁸ *Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)*, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2002 Teil I, Nr. 3, ausgegeben zu Bonn am 11. Januar 2001

⁸⁹ Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf, *Terrorismusbekämpfungsgesetz*, Drucksache 14/7727, 04.12.2001, 04.12.2001

⁹⁰ Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf, *Urheber*: Bundesregierung, Bundesministerium des Innern (federführend), Drucksache 14/7727, 04.12.2001; <https://dejure.org/2002.46833>. s.1

⁹¹ Tsoukala, Anastassia, *Democracy in the Light of Security: British and French Political Discourses on Domestic Counter-Terrorism Policies*, Political Studies (2006), Vol. 54, s. 608

⁹² *Kronvittnen reglering*: Straffsänkning för gärningsmän om de vittnar mot medgärningsmän. *Utvisning av extremister genom: ändring i 48§ utlänningslagen*;

tröskel för utvisning av utländska personer och en reformering av försvaret föreslås också. Först avvisas propositionen av parlamentet för att det saknas tydliga kopplingar mellan hotbilden och de föreslagna ändringarna, dessutom anses risken för att ändringarna kommer vara författningsvidriga vara för hög.⁹³

Efter avvisandet inleds nya propositionsförhandlingar. Nu erkänner även Vänsterpartiet att rädslan hos befolkningen måste tas på allvar, att det är statens skyldighet att erbjuda skydd men varnar om att den grundlagsskyddade principen om allas likhet inför lagen kommer inskränkas på ett sätt som är svårförenligt med konstitutionen.⁹⁴ Företrädare för SPD hävdar samtidigt att just säkerhetsskärpningar visar på en ansvarsfull politik. Den nya lagen kommer leva upp till rättssäkerhetsprinciperna samt visar kompetens och handlingskraft i brottsbekämpningen vilket är grunden i ett demokratiskt samhälle, menar SPD. Vid flera tillfällen påtalas att tysk säkerhetspolitik borde inspireras av Storbritannien eller USA som vid den tidpunkten driver en mycket mer repressiv politik än Tyskland.⁹⁵ CDU, som då inte ingår i regeringen, menar att förslaget stöttar polisen och *skyddar friheten*. Staten måste kunna *försvara sig* och den som spelar ut *frihet mot säkerhet* kommer att *förlora båda*. Miljöpartiet är också positiva till lagen och menar att det är möjligt att förena både maximal säkerhet och rättssäkerhet.⁹⁶ Förutom Vänsterpartiet är bara FDP kritiska. De menar att regeringen avsiktlig lämnade in lagförslaget sent vilket gjorde det omöjligt för oppositionen att yttra konstruktiv kritik. FDP kritiserar det faktum att rasterspaning⁹⁷ och annan registrering av personuppgifter kan leda till att personer övervakas utan deras vetskap men är ändå övertygade om att de exekutiva myndigheternas kompetens måste utvidgas för att motverka terrorism.⁹⁸

Alla partier, som i övrigt driver helt olika agendor, framför liknande argument i frågan.⁹⁹ Partierna som redan sitter vid makten argumenterar för en lagstiftning som ökar statens kontroll vilket resulterar i mer makt för dem. De små partierna argumenterar emot men har inte heller något incitament för att verka för ökad kontroll när de inte själva profiterar från den. Förarbetena visar att

⁹³ Parlamentets svar, 14/7860, 12.12.2001

⁹⁴ Deutscher Bundestag, *Stenografischer Bericht*, 144. Sitzung. Plenarprotokoll 14207, 12.12.2001, s. 17-68; Ställningstagande Vänsterpartiet (PDS), 14/7792, 12.12.2001

⁹⁵ Deutscher Bundestag, 144. Sitzung. 2001 s.56

⁹⁶ Deutscher Bundestag, *Stenografischer Bericht*, *Plenarprotokoll*, 2001, diskussion av antiterror-lagförslag, 14/7792, 12.12.2001 s.59

⁹⁷ *Rasterspaning*: en systematiskt efterlysningsmetod där elektroniskt data jämförs efter i förväg bestämda kriterier för att vinna information för brottsförebyggande- och utredande åtgärder. I Tyskland infördes rasterspaning också kallad gärningsmannaprofilering i reaktion på RAF-terrorn. Metoden förbjöds sedan och återinfördes i anti-terror-lagarna efter 11 september. Rasterspaning går ut på att samla personuppgifter alla personer som uppfyller kriterierna i rastret (till exempel kön, nationalitet, hårfärg) och kritiserar ofta för att strida mot grundlagens artikel 3 som förbjuder diskriminering. (källa: <https://www.juraforum.de/lexikon/rasterfahndung>)

⁹⁸ Deutscher Bundestag, *Stenografischer Bericht*, 144. Sitzung. Plenarprotokoll 14207, 12.12.2001, s. 61

⁹⁹ Fraktionen im Plenum des Bundestages der 14. Wahlperiode (bis zum 17. oktober 2002): SPD: 292, CDU/CSU: 245, Die Grünen: 47, FDP: 43, PDS: 37;

partierna i frågan om terrorbrottsbekämpning inte följer sin egen politiska linje utan att de istället baserar sina ståndpunkt på strategiska val. Det finns således ingen konsekvens i resonemangen förutom att inget parti är berett att kompromissa med sin egen makt.

Begreppen som återkommer i alla partiers ställningstaganden är *ansvar*, *skydd*, *säkerhet*, *effektivitet* och *rättssäkerhet*, uttryck som är laddade med olika intentioner beroende på vilket parti som talar. Ansvar betyder i denna kontext solidaritet med andra länder och en utvidgning av exekutiva befogenheter både för regeringen och CDU. *Säkerhet* framställs som en förutsättning för individuell frihet och rättssäkerhet. FDP och Vänsterpartiet menar tvärtom att effektiviseringen av exekutiva befogenheter *inskränker* rättssäkerheten vilket i det långa loppet leder till osäkerhet. *Respekt* för individuell frihet är enligt dem *förutsättningen för säkerhet*. Hela processen som reformen föregås av reflekterar, precis som i Webers definition av politik, spänningsförhållandet mellan att å ena sidan skydda och å andra sidan respektera olika rättsintressen som egentligen grundar sig i strävan efter makt.¹⁰⁰

TBG-reformen: terrorbrottsbekämpningslagen

Trots att parlamentets åsikter går isär är alla inblandade eniga om att lagskärpningarna är rätt väg att gå. Några veckor senare beslutas TBG-reformen med partipolitisk konsensus.¹⁰¹ Med denna reform skapar regeringen för första gången i Tysklands efterkrigshistoria en rättslig grund för flera grundlagsingrepp. Reformen initieras och träder ikraft inom loppet av bara två månader, har betydelse för ett flertal säkerhetsmyndigheter (migrationsverket, polisen, säkerhetspolisen, underrättelsetjänsten, författningsskyddet, teleoperatörer, GSG9, försvaret och statistiska centralbyrån) och ändrar i många lagar samtidigt. Den slutgiltiga lagen ger myndigheterna ökade befogenheter och leder till att *biometrisk data* införs i pass och nationella ID-kort, effektiviserat datautbyte mellan tyska och utländska säkerhetstjänster, skärpta *gränskontroller* och till inrättandet av flera *personregister*.¹⁰²

¹⁰⁰ Weber, Max (1992). *Gesamtausgabe. Abt. 1, Schriften und Reden, Bd 17, Politik als Beruf: 1919*. Tübingen: Mohr och: Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*. Studienausgabe, 5. Auflage, Tübingen 1980, S. 822

¹⁰¹ *Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)*, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2002 Teil I, Nr. 3, ausgegeben zu Bonn am 11. Januar 2001

¹⁰² *Passgesetz vom 19. April 1986 (BGBl. I S. 537)*, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 1. Mai 2000 (BGBl. I S. 626) sowie durch Artikel 25 des Gesetzes vom 3.12. 2001 (BGBl. I S. 3306), *Das Vereinsgesetz vom 5.08.1964 (BGBl. I s. 593)* zuletzt geändert durch das Gesetz vom 4.12. 2001 (BGBl. I S. 3319), *Bundesgrenzschutzgesetz vom 19. oktober 1994 (BGBl. I S. 2978, 2979)* zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 18. Mai 2001 (BGBl. I S. 904), *BND-Gesetz vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954, 2979)*, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. Juni 2001 (BGBl. I S. 1254).

Lagen har en utrikespolitisk prägel. De flesta lagskärpningarna gäller hanteringen av utländska personers uppgifter eller samarbete med utländska säkerhetstjänster.

För alla ändrade lagar gäller samma förutsättningar: det måste föreligga *faktiska* omständigheter som pekar på *allvarliga hot* mot Tysklands utrikes- och säkerhetspolitiska intressen för att de får tillämpas. Trots att det förblir otydligt vad som utgör ett säkerhetspolitiskt intresse och exakt när ett hot är tillräckligt allvarligt sätts själva *ingreppströskeln* så att det måste finnas konkreta bevis ("faktiska omständigheter") innan åtgärder får vidtas.¹⁰³ Alla tyska säkerhetsmyndigheter får nu i samarbete med teleoperatörer samla och dela metadata¹⁰⁴ med varandra. Rasterspaning legaliseras, religionstillhörighet får nu registreras och socialtjänsten förpliktigas att lämna ut uppgifter till alla rättsvårdande myndigheter.¹⁰⁵ Lagen var avsett att gälla temporärt men förlängs 2007, 2012, 2015 och är fortfarande i kraft. TBG är den första av många säkerhetsreformer och markerar början på en succesiv *normalisering* av lagskärpningar.

Människorättsorganisationer kritiserar lagen för att den inskränker grundlagens *artikel 10* om skyddet av den personliga integriteten, och *artikel 3* därför att flera ändringar indirekt diskriminerar utländska personer eller personer med utländskt utseende eller namn.¹⁰⁶ Terrorattackerna 2001 har haft stor påverkan på hur stater hanterar migration och integration. I och med att terrorism uppfattas som ett universellt hot riskerar individer med attribut som har kommit att förknippas med terrorism att betraktas som potentiella förövare. Genom att uppgradera registreringssystemen med biometrisk data utvidgas också statens möjligheter att kategorisera individer utifrån fysiska egenskaper oavsett om de har någon bevisad koppling till brottslighet eller inte. Biometrisk data på ID-kort möjliggör användandet av individers juridiska status mot individen när som helst det krävs för att skydda nationella säkerhetsintressen.¹⁰⁷ Lagändringarna är, som undersökningen har visat, omfattande men utan kännbar negativ effekt för majoritetsbefolkningen. Tvärtom signalerar staten med genomförandet av en stor reform på så kort tid att situationen är under kontroll och tas på allvar.

¹⁰³ *Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)*, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2002 Teil I, Nr. 3, ausgegeben zu Bonn am 11. Januar 2001

¹⁰⁴ *Metadata*: data om daterna: telefonnummer, tid, plats, datum av ett samtal eller sms men inte innehållet.

¹⁰⁵ *Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)*, BGBl: Jahrgang 2002 Teil I, Nr. 3, Artikel 18, Änderung des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch, §68 Uebermittlung von Sozialdaten; s. 378

¹⁰⁶ TBG-bestämmelserna är kopplade till utlänningslagen som enligt §103 AuslG undantar utländska medborgare från den grundlagsskyddade rättigheten till kroppslig integritet och personlig frihet. Utländska medborgare drabbas därför i större utsträckning av TBG än tyska medborgare. Se: *Ausländergesetz - AuslG vom 09.01.2002*, BGBl. 1 S. 361, §§ 4, 39, 40, 41, 41a, 59, 74, 75, 76, 78, 80, 103; och *Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)*, BGBl: Jahrgang 2002 Teil I, Nr. 3, Artikel 11

¹⁰⁷ Walby, Kevin, Hier, Sean P. *Risk Technologies and the Securitization of Post-9/11 Citizenship: The Case of National ID Cards in Canada*, s.8

Delslutsats 1

Det är tydligt att TBG har tillkommit som en reaktion på terrorattackerna den 11 september och de internationella riktlinjer som följde därpå. I förarbetena framställs terrorism som ett nytt globalt hot och som det främsta syftet för att lagen inrättas. Effekten av att terrorismen porträtteras som ett ständigt närvarande om än osynligt fenomen är att TBG inte enbart kan åberopas i *undantagstillstånd*. Skärpningarna reformen innebär är enligt lagstiftarna uttryck för ansvarsfull politik. Ändringarna motiveras med att de är nödvändiga och krävs för att skydda befolkningen. Genom nödvändighetsretoriken framstår lagarna och deras exakta innehåll bara som medel för att uppnå det större målet, nationell säkerhet. Genom att framställa de nya reglerna som det enda möjliga alternativet avsäger sig lagstiftarna själva ansvaret för lagens effekter.

Att reformen genomfördes inom loppet av bara två månader var taktiskt därför att oppositionen på så sätt inte hann analysera den djupare eller komma med motförslag. Istället träder reformen ikraft med omedelbar verkan. Vad som inte heller framkommer är att andra lagar, som till exempel utlänningslagen, innehåller korsreferenser till TBG. Det gör att främst personer som omfattas av utlänningslagen hamnar i kikarsiktet, vilket strider mot det grundlagsstadgade diskrimineringsförbudet. Att det inte har lett till större reaktioner hänger ihop med att majoriteten i Tyskland inte tillhör målgruppen och därför inte har råkat ut för de negativa effekterna ännu.

Under hela lagstiftningsprocessen finns en påtaglig *partipolitisk konsensus* bland de två största partierna SPD och CDU. Partierna som annars driver motsatta politiska agendor var överens om reformen, precis som Vänsterpartiet och FDP. Trots att partirepresentanterna ofta har använt sig av samma terminologi är det tydligt att de menar olika saker. Frihet, till exempel, definieras som ett negativt värde av både Vänsterpartiet och FDP. Enligt dem innebär det i det här fallet *fri från staten*, fri från övervakning, registrering och gränskontroller. Både SPD och CDU förstår i det här fallet frihet som ett positivt värde: *frihet genom skydd av staten*, genom övervakning och genom gränskontroller. Samma fenomen har upptäckts i den franska och brittiska säkerhetsdiskursen under samma tid.¹⁰⁸

Utifrån Max Webers syn på politik avslöjar partiernas ställningstaganden till TBG vad reformen egentligen handlar om. Politik är, enligt Weber, resultatet av sammanslutningar av människor som strävar efter makt. Makten legitimeras med lagar som präglas av inherent etiska spänningsförhållanden. Effektiva politiker bör, enligt Weber, kontrollera den egna strävan efter makt

¹⁰⁸ Tsoukala, Anastassia, *Democracy in the Light of Security: British and French Political Discourses on Domestic Counter-Terrorism Policies*, Political Studies (2006), Vol. 54, s. 608

för att inte tappa känslan för vilka beslut som är proportionerliga och rationella.¹⁰⁹ Balansgången mellan moraliska övertygelser och politiska intressen leder till den starka polarisering som framkommer i förarbetena och förhandlingarna. Att det är en fråga om makt är inget negativt i sig menar Weber, men makt som enbart uppnås för maktens skull istället för att användas för rationella åtgärder leder till dålig politik. Som analysen visar präglas argumentationen i lagstiftningsprocessen av TBG inte av viljan att skydda utan av maktsträvan (CDU och SPD) och självbevarelse (PDS och FDP), vilket avslöjas när partierna plötsligt håller med sina motståndare så fort det tjänar det egna inflytandet.

Även Martti Koskenniemi menar att det är en välkänd truism att politik och lagstiftning handlar om makt.¹¹⁰ Han menar dock att upprätthållandet av gemensamma normer tvingar lagstiftande politiker att ta ställning till dessa och på så sätt ta ett steg från sina subjektiva intressen. Koskenniemi och Weber erkänner således båda att politik drivs av maktintressen där lagstiftning används för att legitimera dessa. Weber menar sedan att politik kan vara konstruktiv såvida politiker använder makt som ett medel och inte som ett mål i sig – vilket enligt Koskenniemi kan förebyggas genom att lagstiftarna tvingas ta ställning till gemensamma normer. Ur Webers perspektiv är lagstiftning ett verktyg för att genomdriva politiska intressen och kontrollera samhället. Koskenniemi menar att rättsliga normer har ett värde i sig som förhåller sig neutralt till statens intressen. Propositionen och debatten kring den tyska säkerhetslagstiftningen bekräftar båda teser. Å ena sidan används internationella normer, som säkerhetsresolutionen 1373, för att stifta lagar som leder till ökad kontroll för staten. Å andra sidan föregås dessa lagar av förhandlingar och ställningstaganden som inte hade funnits utan ett befintligt regelverk och som bidrar till att befolkningen kan följa beslutsprocessen – åtminstone i efterhand.

¹⁰⁹ Weber, Max, *Gesamtausgabe. Abt. 1, Schriften und Reden, Bd 17, Politik als Beruf : 1919*, 1992, Tübingen: Mohr och: Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*. Studienausgabe, 5. Auflage, Tübingen 1980, s. 822

¹¹⁰ Koskenniemi, Martti, *The politics of international law*. Oxford, 2011, Hart, s.100

Reform 2: bakgrund och förarbeten

Under åren som följer införandet av TBG-reformen ökar frekvensen av terroråd inom Europa. Madrid 2004, London 2005, Oslo 2011, Paris 2015, Nice 2016, Bryssel 2016, Berlin 2016, Stockholm 2017 och Manchester 2017 är några exempel.¹¹¹ I takt med attackerna ökar lagskärpningarna – både inom Tyskland och i resten av världen.¹¹² Enligt en rapport från Human Rights Watch (HRW) har numera över 140 stater stiftat antiterrorlagar. Några punkter de flesta har gemensamt är förbud mot medlemskap i terrororganisationer, förbud mot finansiering av terrororganisationer, inskränkningar av församlings- och yttrandefriheten och utvidgande av exekutiva befogenheter som till exempel hemlig övervakning.¹¹³ Rapporten behandlar främst utvecklingen i USA, Australien och Storbritannien – Tyskland nämns inte men även de tyska antiterrorlagarna uppfyller de av HRW:s uppräknade kriterier.

Någonting som skiljer Tyskland från andra europeiska länder är flertalet interna kontrollmekanismer, särskilt när det gäller grundlagsinskränkningar. Den parlamentariska kontrollkommissionen och författningsdomstolen (BVerfG) har vid flera tillfällen granskat, kritiserat och delvis ogiltigförklarat säkerhetslagskärpningarna som har genomförts efter den 11 september.¹¹⁴ Ett exempel är en dom från 2006 där *rasterspaning* som den hittills reglerats ogiltigförklaras och nya, omfattande dataskyddsbestämmelser fastslås. BVerfG kritiserar att människor kan komma att ändra sitt beteende om de är medvetna att de registreras och övervakas.¹¹⁵ Enligt domen inskränker lagskärpningarna den grundlagsstadgade beteendefriheten, framförallt för alla individer som har liknande yttre attribut som de presumtiva gärningsmännen.¹¹⁶

Rasterspaning har således en *indirekt diskriminerande effekt* när den tillämpas i kombination med andra lagar för att den då missgynnar de individer som på grund av utseende, namn, etnicitet, nationalitet eller trosuppfattning liknar målgruppen. Domen förbjuder profileringen som legaliserades i reaktion på den 11 september. Domskalet är att *preventiv* profilering strider mot grundlagen såvida det inte föreligger *konkret fara* för synnerligen viktiga rättsintressen som nationens säkerhet eller fara

¹¹¹ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, *Terrorismus: Definitionen, Rechtsgrundlagen und Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung*, Ausarbeitung WD 3 – 417/09, s. 5

¹¹² Hanrahan, Mark, Wang, Jessica, *Number of fatal terror attacks in western Europe*, World News 12 July 2017; Human Rights Watch Report *In the Name of Security: Counterterrorism Laws Worldwide* (2012), s.5

¹¹³ *In the Name of Security: Counterterrorism Laws Worldwide*, Human Rights Watch, (2012), s.5

¹¹⁴ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestag, *Ausarbeitung, Maßnahmen des Bundes zur Terrorismusbekämpfung seit 2001*, Gesetzgebung und Evaluierung, (2015)

¹¹⁵ BVerfG, Urteil v. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

¹¹⁶ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347) geändert worden ist, artikel 8 och 9

för liv, hälsa och personlig frihet. Ingreppet anses vara särskilt djupt på grund av de långsiktiga följderna som det kan få för den drabbade, något som den profilering som genomförts sedan 2001 visar.¹¹⁷

Formuleringen att rasterspaning som preventiv istället för repressiv åtgärd är författningsvidrig, är intressant. Det framgår inte varför repressiv tillämpning skulle vara mindre diskriminerande än preventiv trots att målgruppen förblir densamma. Dessutom är preventiv profilering de facto tillåtet såvida det föreligger konkret fara för viktiga rättsintressen, men en definition av vad som utgör en konkret fara ges inte.¹¹⁸ Exekutiva myndigheter kommer således även i fortsättningen med laga stöd få använda både preventiv- och repressiv profilering när som helst de anser att förutsättningarna uppfylls.

Ett annat exempel är ett klagomål mot hemlig polisövervakning från 2008 framfört av ett antal privatpersoner. BVerfG kommer till slutsatsen att hemlig övervakning generellt inte är förenligt med grundlagen, dock är hemlig dataavläsning tillåten i undantagsfall om det föreligger *faktiska* omständigheter som utgör ett konkret hot mot synnerligen viktiga rättsintressen. I vissa enskilda fall räcker det redan med att *vissa* omständigheter hotar synnerligen viktiga rättsintressen.¹¹⁹ Som skäl för slutsatserna uppges att den digitala utvecklingen innebär nya möjligheter men även nya risker för privatpersoners integritet och därför en större skyldighet för staten att skydda den. BVerfG anser också att medborgare ska skyddas men menar till skillnad från politikerna skydd *från* –inte *genom* staten.

Domen konstaterar vidare att teknikutvecklingen och det faktum att många människor anförtror sina elektroniska enheter allt större mängder privat information, innebär att hemlig övervakning innebär ett större intrång i människors privatliv än tidigare. Att intrången görs i hemlighet strider dessutom mot oskyldighetspresumtionen.¹²⁰ Därefter utvidgar BVerfG artikel 10 i grundlagen som stadgar skydd av kommunikationssekretessen till att den även omfattar alla nya former av kommunikation som sker online. Enligt BVerfG är det tekniskt omöjligt att skapa övervakningsverktyg som kan skilja mellan *privat-* och *utredningsrelevant data*, därför måste utgångspunkten alltid vara att privata uppgifter övervakas och lagarna formuleras utifrån det.¹²¹ Det betyder att hemlig övervakning och dataavläsning även i framtiden enbart är tillåten ”i undantagsfall när det föreligger faktiska omständigheter som utgör ett konkret hot mot synnerligen viktiga rättsintressen”.

Domen avslutas med att de konstitutionella fri- och rättigheterna väger tyngre än allmänhetens intressen vad gäller hemlig övervakning. Dessutom skulle laglig hemlig dataavläsning ge ett incitament för statliga myndigheter att upprätthålla säkerhetshål i informationssystem för att

¹¹⁷ BVerfG, Urteil v. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83;

¹¹⁸ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04. April 2006 - 1 BvR 518/02 - Rn. (1-184)

¹¹⁹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07 - Rn. (1-333)

¹²⁰ BVerfG, 2008 - 1 BvR 370/07 - Rn. s.27

¹²¹ BVerfG, 2008 - 1 BvR 370/07 - Rn. s.28

underlätta hemliga intrång vilket i sin tur skapar ökad osäkerhet därför att säkerhetshål även gynnar nätbrottslighet.¹²² I förlängningen innebär hemlig övervakning således snarare ett risktagande än mer säkerhet. BVerfG:s beslut är bindande för samtliga lagstiftande organ i Tyskland och därför relevant för de kommande säkerhetsreformer som reglerar hemlig dataavläsning.¹²³

BKA-reformen: lagen om terrorbrottsbekämpning genom säkerhetspolisen

Efter terrorattackerna den 11 september har nya terrorlagar kontinuerligt stiftats, där nästan alla utvidgar säkerhetsmyndigheternas befogenheter. 2009 ges den nationella säkerhetspolisen (BKA) preventiv kompetens även vad gäller hemliga tvångsåtgärder som dataavläsning och optisk övervakning. Dessförinnan har säkerhetsreformerna från 2002 förlängts om ytterligare fem år och det har stiftats en ny lag om gemensamma databaser för polis samt underrättelse- och säkerhetstjänster på regional och nationell nivå gällande uppgifter som kan relateras till terrorbrott (antiterror databasen).¹²⁴

Trots det nys uppdaterade och redan omfattande regelverket reformeras BKA:s befogenheter ytterligare. Syftet är att ge BKA *effektiva* verktyg i kampen mot den internationella terrorismen. Notera här att det fortfarande är en ändamålsinriktad reform: befogenheterna är *inte* allmängiltiga utan enbart tillåtna i det terrorbrottsbekämpande arbetet. I propositionen definieras terrorbrott som hot mot *statens existens* vilket sätter en hög tröskel för att befogenheterna ska få utnyttjas. Reformen ska möjliggöra *preventivt* arbete mot terrorism och utvidgar bland annat BKA:s befogenheter för hemlig avlyssning och övervakning. Sammanlagt föreslås 24 nya paragrafer.¹²⁵ Det är första gången i Tysklands efterkrigshistoria som säkerhetspolisen får preventiva istället för enbart repressiva befogenheter vilket hittills enbart har gällt för försvarets underrättelsetjänst (MAD) vars verksamhet har medvetet separerats från polisverksamheten. Samtidigt ges den regionala polisen (LKA) och BKA befogenhet att samarbeta vilket åsidosätter principen om centraliseringsförbudet. Principen har sedan slutet på andra världskriget varit en viktig del i den tyska konstitutionen med syfte att skydda den demokratiska ordningen.

De facto ges BKA i föreliggande lag inte bara beslutsmässiga utan även militära befogenheter. Genom att terrorism bedöms vara ett hot mot statens existens och har visat sig vara ett

¹²² *Informationssystem*: i denna uppsats all elektroniskt kommunikationsutrustning som datorer, mobiltelefoner, surfplattor och övriga enheter som är anslutna till nätet. (se: SOU 2017:89, s. 19)

¹²³ BVerfG, 2008 - 1 BvR 370/07 - Rn. s.28

¹²⁴ Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Massnahmen zur Terrorismusbekämpfung seit dem 11. September 2001 Nr. 63/07 (16.01. 2009), s.1

¹²⁵ Deutscher Bundesrat, Gesetzentwurf der Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt*, Drucksache, 404/08, 05.06.08; s. 28

permanent hot gäller BKA:s befogenheter dock inte bara i samband med konflikter utan hela tiden. Till skillnad mot militären, som förutom i undantagstillstånd enbart får strida mot andra staters militära styrkor eller individer med kombattantstatus, får BKA använda sina befogenheter inom landsgränserna mot civilbefolkningen.¹²⁶ Lagen skiljer sig därför i många punkter avsevärt från terrorbrottsbekämpningslagen 2001. Tröskeln för grundlagsinskränkningar har nu sänkts betydligt.

Några av de nya befogenheterna är rasterspaning, hemlig rumsavlyssning, hemlig dataavläsning och hemlig kommunikationsövervakning.¹²⁷ Rasterspaning blir även tillåten när det föreligger ett *latent hot*, med andra ord krävs det inte längre någon *konkret fara* vilket strider mot författningsdomstolens dom från 2006.¹²⁸ Trots att domstolen explicit bedömde rasterspaning i det brottspreventiva arbete som författningsvidrigt, utvidgas nu befogenheterna. Varken grundlagen eller jurisprudens från högsta instans har följts när det gäller att driva genom nationella intressen vilket är paradoxalt eftersom Tyskland till och med har en egen myndighet vars uppgift är att skydda konstitutionen och se till att grundlagen följs.¹²⁹ Konstitutionsskyddet och författningsdomstolen har dock även en annan funktion. Även om grundlagsstadgade skyldigheter åsidosätts måste lagstiftarna ta ställning till normerna som bryts. De måste göra ett aktivt val. Domstolens ställningstaganden och förarbeten protokollförs och kan senare undersökas. Det förhindrar inte att politiker driver genom sina intressen men det förhindrar att de gör det obemärkt.

De nya befogenheterna för hemlig övervakning är en central del av reformen. Regeringen hävdar att ny teknik innebär nya möjligheter för terrorister att organisera sig globalt och att säkerhetstjänsterna därför *måste* ges motsvarande verktyg. Hemliga ingrepp är *nödvändiga* när statens säkerhet eller personers liv, hälsa och frihet står på spel, menar regeringen. I propositionen hänvisas även till författningsdomen från 2008 som reformen enligt författarna lever upp till. I en annan dom från 2006 har BVerfG dock begränsat rasterspaning till *konkreta hot* med anledningen att den stigmatisering profileringen resulterande i vid mindre akuta fall inte är proportionellt till syftet.¹³⁰ De nya bestämmelserna om att ett *latent hot* räcker strider således direkt mot författningsdomstolens beslut.

¹²⁶ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347) geändert worden ist, "Innerer Notstand" Art 87 a IV

¹²⁷ Drucksache 404/08, 05.06.2008, *I detalj*: BKA får befogenhet att vidta nödvändiga åtgärder för att förebygga terrorbrott och att de för att uppnå det syfte får bereda sig tillgång till personuppgifter om det föreligger skäl för att anta att en person planerar att begå ett terrorbrott. Det ska även gälla för personer som står i regelbunden kontakt med den misstänkte. BVerfG-beslut från 2001 har fastslagit att begreppet "kontaktpersoner" ska tolkas restriktivt.

¹²⁸ Drucksache 404/08, 05.06.2008

¹²⁹ Bundesverfassungsschutzgesetz vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954, 2970), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) geändert worden ist

¹³⁰ BVerfG, Beschluss des Ersten Senates vom 04. April 2006 – 1 BvR 518/02 –Rn. (1-184);

Utskottet för ekonomi och inre angelägenheter yttrar sig om propositionen och påpekar att särskilt möjligheterna att övervaka, avläsa och avlyssna i hemlighet välkomnas.¹³¹ Utöver det borde hemlig tillgång till bostäder tillåtas, menar de. Kristdemokraterna (CDU) och Socialdemokraterna (SPD) som annars ofta driver motsatta agendor ställer sig positiva till propositionen och betonar att det preventiva arbetet kräver ett centraliserat styre. FDP och Vänsterpartiet kritiserar att begreppet *internationell terrorism* är för vagt och att hemlig dataavläsning inte kommer att leda till den eftersträlvade effektiviseringen. Bättre arbetsvillkor för utredarna hade varit en bättre lösning, menar de. Miljöpartiet röstar också mot förslaget, för att det enligt dem finns alldeles för få moment av parlamentarisk kontroll inbyggda i lagen.

I den nya lagen kräver regeringen att BKA får utöva hemlig övervakning på misstänkta personer och även icke-misstänkta som har varit i kontakt med målpersonen. Författningsdomstolens bedömning från 2008 som fastslog att åtgärderna enbart får riktas mot personer som utgör ett konkret hot mot synnerligen viktiga rättsintressen tolkas extensivt – det är tveksamt om en person som har varit i kontakt med en misstänkt gärningsman utgör ett sådant hot.¹³² På grund av de olika tillvägagångssätten polismyndigheterna i respektive förbundsland (LKA) emellan anser regeringen att den rasterspaning som införts 2002 inte varit tillräckligt effektivt. Därför ska arbetet centraliseras och BKA ges samma befogenhet som LKA. Förutsättningen för att få använda dessa befogenheter ska vara en fara mot statens existens eller mot liv, hälsa och frihet eller föremål av särskilt värde. Ett *latent hot* ska vara tillräckligt.¹³³

Hemliga ingrepp i informationssystem motiveras med att gärningsmän och särskilt terrorister använder dessa för att organisera och planera brott. Att ha tillgång till denna information är ett viktigt verktyg för att träffsäker förhindra terrorbrott, menar regeringen. Att dessa ingrepp är som mest effektiva när de sker i hemlighet ligger i sakens natur. Enligt regeringen är statens- och befolkningens säkerhet grundlagsskyddade värden och lika viktiga rättsintressen som rättssäkerhet och integritetsskydd. Regeringen menar att hemlig övervakning är ett lämpligt verktyg och hänvisar till att den nya lagen ligger i linje med författningsdomen från 2008. Åtminstone det sistnämnda är tveksamt. Ordagrant fastslog BVerfG 2008 att ”hemlig övervakning kränker integritetsskyddet därför att målpersonen inte ges möjlighet att försvara sig innan den utsätts för åtgärden (...) individens grundlagsskyddade fri- och rättigheter väger i det här fallet tyngre än allmänhetens intressen”.¹³⁴

¹³¹ Deutscher Bundestag, *Beschlussempfehlungen und Bericht des Innenausschusses* (4. Ausschuss), 16. Wahlperiode, Drucksache 16/10822, 10.11.2008

¹³² BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07 - Rn. (1-333) und BvR 595/07 (2008)

¹³³ Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt*, 16. Wahperiode, 13.08.2008, Drucksache 16/10121, s.28

¹³⁴ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07 - Rn. (1-333) und BvR 595/07 (2008)

Den reglering med störst inverkan på medborgarnas fri- och rättigheter föreslås i §20k. Enligt paragrafen ska BKA få hacka misstänkta individers och deras kontaktpersoners informationssystem i hemlighet om *vissa* skäl rättfärdigar *antagandet* att det finns ett hot mot liv, hälsa och frihet av en person eller mot statens eller samhällets säkerhet. En sådan åtgärd ska enligt regeringen vara tillåten även när det inte kan styrkas med tillräckligt hög sannolikhet att brottet begås om *vissa omständigheter* pekar på att personen utgör ett hot.¹³⁵ Alla telekommunikationsoperatörer förpliktigas att vidarebefordra personuppgifter till exekutiva myndigheter inklusive lagring av metadata och lokalisering av SIM-kort. BKA ges även tillgång till all data från IT-system som inte är föremål för pågående kommunikation eller aldrig varit avsedd att kommuniceras. Regeringen är medveten om att dessa lagar innebär en inskränkning av grundlagsskyddade fri- och rättigheter och föreslår i pragmatisk anda att ändra grundlagen så att den tillåter att artikel 2 om den grundläggande friheten av personen, artikel 10 GG om kommunikationssekretessen och artikel 13 om skyddet av bostaden inskränks.¹³⁶

Befogenheter för hemlig dataavläsning och övervakning är nödvändiga för att polisen effektivt ska kunna bekämpa den internationella terrorismen. Här ska det skiljas mellan preventiva och repressiva åtgärder. Repressiva åtgärder används för att utreda brott, preventiva för att förebygga och förhindra. Staten har en konstitutionell plikt att skydda medborgarna (*Schutzpflicht*) och måste skydda de från hot mot liv och hälsa. Ju större hotet är, desto större är statens *Schutzpflicht*, skriver regeringen.¹³⁷

Vad gäller rasterspaning är BVerfG:s beslut från 2006 vägledande som förbjuder åtgärden när det föreligger ett *generellt men inte akut hot*. I propositionen tolkas den internationella terrorismen som ett varaktigt hot där brottet kan begås vilken tidpunkt som helst vilket gör det till en konkret fara. Särskilt inom den internationella terrorismen använder personer sig av modern teknik för att bygga sitt globala nätverk och för att hänga med denna utveckling är det nödvändigt att BKA behöver fler befogenheter för ett effektivt brottspreventivt arbete, enligt propositionen. En sådan befogenhet är hemlig dataavläsning. De nya befogenheterna ska ge BKA tillgång till all data på ett IT-system som inte är föremål för en pågående kommunikation eller aldrig varit avsedd för kommunikation.¹³⁸

Enligt regeringen har BVerfG 2008 bedömt att ingrepp i medborgarnas rättigheter i vissa sådana fall är proportionella.¹³⁹ I domen har BVerfG utvidgat grundlagens artikel 10 så att den omfattar en grundläggande rätt till informationssäkerhet. Regeringen anser att det inte kan tolkas som

¹³⁵ Deutscher Bundesrat, Gesetzentwurf der Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt*, Drucksache, 404/08, 05.06.08; s.16

¹³⁶ Deutscher Bundesrat, 404/08, 05.06.08; s.33

¹³⁷ Drucksache 404/08, s.62

¹³⁸ Drucksache 404/08, s.68

¹³⁹ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Absatz- Nr. 221

heltäckande utan att ingrepp kan vara rättfärdigade både för repressiva och preventiva syften ”i fall det föreligger skäl för att anta att det finns ett hot mot liv, hälsa eller frihet av en person eller statens säkerhet”.¹⁴⁰ Angående grundlagsskyddade fri- och rättigheter menar regeringen att det kan säkerställas att uppgifter som enbart gäller personens privatliv inte drabbas av övervakningen. I och med att detta är svårt att avgöra i förväg ska det finnas en tillförlitlig mekanism för att radera all irrelevant data direkt.¹⁴¹

I propositionen anges att potentiella terrorister är beroende av onlinekommunikation och att BKA därför måste ges möjligheten att fånga upp denna kommunikation i sitt *preventiva* arbete. Det ska omöjliggöras att övervaka krypterade kommunikationstjänster vilket kräver att BKA hackar enheter med sabotageprogram för att avläsa kommunikationen innan den krypteras. Om åtgärden är rättfärdigad eller inte ska mätas mot bestämmelserna i grundlagens artikel 10. Regeringen erkänner också att det är omöjligt att göra en träffsäker prognos om huruvida samtal handlar om brottsrelevant eller privat information men menar att det regleras tillräckligt genom en oberoende domare som lyssnar på inspelningar och avgör dess relevans.¹⁴²

Delslutsats 2

BKA-reformen innebär att bestämmelserna i TBG-lagen har utvidgats. Jämfört med när TBG stiftades är partierna mer splittrade den här gången där tre av fem partier i parlamentet röstar mot reformen. En annan skillnad är att det internationella samarbetet och utrikespolitiska överväganden inte längre står i fokus. Nu handlar det istället om att få använda samma befogenheter mot landets civilbefolkning. Det verkar således inte längre handla om att skydda Tyskland från ett yttre hot utan om att kapa terrorbegreppet för att rättfärdiga ökad statlig kontroll över civilbefolkningen.

Sedan dess har författningsdomstolen ogiltigförklarat flera säkerhetslagar på grund av att de inskränker grundläggande fri- och rättigheter, samtidigt som polisens handlingsutrymme och inskränker individuella friheter utvidgas i BKA-reformen oavsett. Det tas inte hänsyn till att preventiv rasterspaning och preventiv hemlig dataavläsning nyss funnits grundlagsstridiga.¹⁴³ I domen stadgas att den digitala utvecklingen innebär ett ökat statligt ansvar att skydda människors integritet genom att stärka integritetsrättigheterna medan lagstiftarna menar att digitaliseringen snarare innebär att statens digitala befogenheter måste utvidgas. Här visar sig en begreppslig ambivalens. Både domstolen och

¹⁴⁰ vgl. hierzu BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 Absatz-Nr. 247

¹⁴¹ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 Absatz-Nr. 277

¹⁴² Drucksache 404/08, s.83

¹⁴³ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Absatz- Nr. 221; BVerfG, Beschluss des Ersten Senates vom 04. April 2006 – 1 BvR 518/02 –Rn. (1-184);

lagstiftarna motiverar sina slutsatser och förslag med att frihet och säkerhet måste garanteras men båda sidor har olika uppfattningar om hur det ska uppnås och huruvida frihet ska definieras som ett positivt eller negativt värde.

Enligt förarbetena till BKA-reformen går den allmänna säkerheten före individuella rättsintressen trots att domen från 2008 i frågan om hemlig övervakning stadgar det motsatta.¹⁴⁴ I propositionen används domen för att motivera lagskärpningarna trots att den de facto utvidgar det ursprungliga grundlagsskyddet, vilket visar att domstolen har en relativ svag ställning när politiska intressen blandas in.¹⁴⁵ Det är ingen överraskning att domar används och tolkas för att främja politiska intressen. Däremot är domstolens konstruktiva effekt att politikerna på så sätt uppmanas att läsa domarna och att rättfärdiga sina beslut i relation till grundlagen, vilket leder till en debatt där individuella rättigheter i alla fall finns med på agendan. Martti Koskenniemi menar att det är precis därför gemensamma normer som grundlagen, fyller en funktion. Lagar och tolkningar av normer är visserligen ”kamouflage för politiska intressen” men deras värde ligger i att de uppmanar politiker att rättfärdiga lagändringar. Enligt Koskenniemi är juridikens bidrag till säkerheten inte lagarnas innehåll per se utan den legitimeringsprocess de föregås av.¹⁴⁶

Författningsdomstolens avgöranden fungerar som en påminnelse om de gemensamma normerna, vilket leder till att kränkningar och inskränkningar av grundlagen blir offentliga och angripbara på ett annat sätt än om det enda argumentationsunderlaget hade varit den färdiga lagen. 2008 dömde författningsdomstolen att hemlig övervakning är förbjudet förutom i *undantagsfall* när det finns *faktiska* omständigheter (konkreta bevis) som pekar på ett *konkret* hot mot synnerligen viktiga rättsintressen.¹⁴⁷ I BKA-reformen, som träder ikraft bara ett år senare, är förutsättningarna för att använda hemlig övervakning att *vissa skäl* rättfärdigar *antagandet* om att det finns ett hot mot synnerligen viktiga rättsintressen.¹⁴⁸ Skillnaden i formuleringen är marginell men av stor betydelse när lagen tillämpas. Från att ha varit en repressiv åtgärd som bara försvarsmakten och försvarets säkerhetstjänster fått använda i undantagsfall där det finns ett bevisat hot är hemlig övervakning nu tillåten som en preventiv polisiär åtgärd även när det enbart föreligger presumtiva misstankar.

¹⁴⁴ Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt*, 16. Wahlperiode, 13.08.2008, Drucksache 16/10121; BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Absatz- Nr. 221

¹⁴⁵ Artikel 10-Gesetz, 13. August 1968, letzte Neufassung vom 24. August 2017 (Art. 18 G vom 17. August 2017), BGBl. I. S.3202, 3212

¹⁴⁶ Koskenniemi, Martti. *The place of law in collective security: The politics of international law*. Oxford, 2011, Hart, s.100

¹⁴⁷ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Absatz- Nr. 221

¹⁴⁸ *Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt*, BGBl 2008, Teil 1, Nr. 66, Bonn, 31.12.2008

Ur den nuvarande regeringens koalitionsavtal framgår att försvarsmakten även i fortsättningen förutom i vissa särskilt allvarliga undantagstillstånd enbart ska göra insatser utanför Tyskland.¹⁴⁹ Genom att utvidga polisens befogenheter på det sättet som gjorts i BKA-reformen får polisen dock inte bara liknande kompetens som försvarsmakten utan även använda den mot civilbefolkningen inom landsgränserna. En till avgörande bestämmelse är att redan *latenta hot* nu ska vara tillräckliga för att BKA ska få agera preventivt. I praktiken betyder det att BKA får en permanent licens att använda de preventiva befogenheterna därför att terrorismen för tillfället bedöms som just ett latent hot. Det har skett en förskjutning från reaktivitet till proaktivitet vad gäller polisarbetet. Förutom att det är en effekt som inte påtalas i förarbetena strider det dessutom mot författningsdomstolens beslut från 2006 och 2008.¹⁵⁰

Att delegera beslutskompetens och utvidgade befogenheter från domstolar och militären till polismyndigheter är ett fenomen som förekommer i flera länder efter den 11 september. Fenomenet går under benämningen Deference-thesis, som innebär att den lagstiftande och dömande makten bör kunna överföra befogenheter och beslutskompetens till exekutiva myndigheter i nationella säkerhetskriser.¹⁵¹ Eric A. Posner kritiserar detta och menar att beslut som träffas i undantagstillstånd och präglas av rädsla leder till dålig politik. Okontrollerat exekutivt agerande resulterar, enligt Posner, i långsiktiga institutionella skador.¹⁵²

En sådan skada skulle också den succesiva centraliseringen av exekutiva myndigheter i Tyskland kunna orsaka. Centraliseringen manifesteras i lagen genom att den nationella säkerhetspolisen (BKA) ges samma befogenheter som de sexton lokala säkerhetspolismyndigheterna (LKA). Att BKA och LKA som huvudregel inte samarbetar är en avsiktlig bieffekt av den federala strukturen landet är uppbyggt på. Federalismen och fördelningen av statsmakten på så många från varandra oberoende aktörer som möjligt har sedan slutet av andra världskriget varit ett viktigt element i Tyskland för att förhindra politiskt maktmissbruk.¹⁵³ Genom centraliseringen av säkerhetslagstiftningen som tillkommit sedan 11 september bryts det systemet succesivt ned.

¹⁴⁹ *Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land*, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, cdu.de, 2018, s.145

¹⁵⁰ Se framförallt: Bundesrat, *Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 853*, Berlin, den 19. December 2008; BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Absatz- Nr. 221; BVerfG, Beschluss des Ersten Senates vom 04. April 2006 – 1 BvR 518/02 –Rn. (1-184);

¹⁵¹ Posner, Eric A. & Vermeule, Adrian (2007). *Terror in the balance: security, liberty, and the courts*. Oxford: Oxford University Press, s.15-16

¹⁵² Posner, Eric A., *Deference to the Executive in the United States after September 11: Congress and the Courts*, Harvard Journal of Law & Public Policy, s. 214

¹⁵³ Wendt, Claus (ed.) Lepsius, M. Rainer, *Max Weber and Institutional Theory* (2013), s.19

De konstitutionella mekanismerna syftar ursprungligen till att skydda befolkningen från politiskt maktmissbruk och spelar en viktig roll i terrorbrottsbekämpningen.¹⁵⁴ Stater tenderar generellt att utnyttja suveräniteten bortom rättsliga gränser och lyckas därför sällan att garantera medborgarnas säkerhet utan att kränka fundamentala rättigheter. I strävan efter säkerhet kringgås ofta grundlagarna som ska skydda medborgare från oinskränkt maktutövning. Med säkerhetslagar som legitimerar istället för att begränsa statlig maktutövning, förstärks behovet av fungerande konstitutionella mekanismer för att förebygga maktmissbruk.¹⁵⁵

För att förstå effekten paragrafen om hemlig dataavläsning får när den tillämpas bör den läsas i kombination med relaterade lagar. Regleringen om hemlig övervakning i kombination med lagen om nationella utlänningsdatabasen, antiterror-databasen och databasen om höger- och vänsterextremism leder till en hög sannolikhet att individer som finns på en av dessa listor hamnar i kikarsiktet. Det betyder i sin tur att lagen har en indirekt diskriminerande effekt. Personer som har registrerats som utlänningsrisker då att bli föremål för polisövervakning enbart på grund av deras nationalitet.¹⁵⁶ Denna effekt förstärks genom de utvidgade bestämmelserna om rasterspaning.

Terrorlagarnas effekter belyses även av Clive Walker. Walker menar att den internationella terrorismen har lett till att ”allting” numera definieras som en säkerhetsrisk vilket stater tacklar med att utvidga de exekutiva befogenheterna. Det problematiska är, enligt Walker, att hela civilbefolkningen omvandlas till potentiella gärningsmän vilket i sin tur rättfärdigar övervakning och kontroll av i princip ”vem som helst”.¹⁵⁷ Walker är inte den enda som uppmärksammar denna aspekt av säkerhetstrenden men vad han och många andra inte tar upp är att det inte handlar om att ”allting” är en säkerhetsrisk eller om att kontrollera ”vem som helst”. Det är inte hela samhället som övervakas utan personer som finns på listor som motsvarar hotbilden.

Det finns argument både *för och mot* hemlig övervakning som brottsförebyggande åtgärd. Ökat skydd sker på bekostnad av fri- och rättigheter men oinskränkta fri- och rättigheter innebär ett risktagande för statens – och därigenom också människors säkerhet. I och med att det är svårt att i föreliggande studie med tillräcklig reliabilitet bevisa det ena eller andra förblir det ett spänningsförhållande men det intressanta är inte att spänningsfrågan finns utan sättet det tas ställning

¹⁵⁴ A. Masferrer (ed.), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency*, 1 Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 14, s.1

¹⁵⁵ A. Masferrer (ed.), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency*, s.4

¹⁵⁶ Raab, Charles, *The distribution of Privacy Risks: Who needs Protection?*, The Information Society, 14:4, 1998, s. 267

¹⁵⁷ Walker Clive, *Protect against Terrorism: In Service of the State, the Corporation or the Citizen? Part Four: Risk Prevention in The Long Decade*. David Jenkins, Amanda Jacobsen and Anders Henriksen., Oxford University Press (2014). Published 2014 by Oxford University Press., s.187-188

till. Frågan borde därför inte formuleras som *frihet kontra säkerhet*? Utan snarare som frihet för vem?
Och säkerhet till bekostnad av vad?¹⁵⁸

¹⁵⁸ Koskenniemi, Martti. *The place of law in collective security: The politics of international law*. Oxford, 2011, Hart publishing, s.111

Reform 3: bakgrund och förarbeten

2016 anmäls BKA-reformen av en grupp läkare, journalister och jurister till författningsdomstolen.¹⁵⁹ Klagomålet riktar sig mot nya befogenheter gällande datalagring, *centralisering* av exekutiva befogenheter och datautbyte med säkerhetstjänster i utlandet. Domstolen håller med om att bestämmelserna i lagen från 2009 är för vagt formulerade. Det saknas en garanti för rättssäkerhet särskilt gällande skydd av privatlivet, säkerställande av transparens i förfarandet, individuellt rättsskydd och parlamentariska kontrollmekanismer. Enligt domstolen innebär lagarna ett stort ingrepp i privatlivet vars respekt är av särskilt stor betydelse. Föreskrifterna angående förmedling av personuppgifter både innanför och utanför landsgränserna är inte heller tillräckligt avgränsade.¹⁶⁰

Dock avslutar domstolen med konstaterandet att skydd från terrorism och från hot mot det fria, demokratiska samhället *generellt rättfärdigar* användandet av kvalificerade utredningsverktyg som hemlig övervakning. Statens säkerhet är, så länge det individuella människovärdet värnas, *lika viktigt* som andra konstitutionella värden, slår BVerfG fast.¹⁶¹ Det är således *generellt tillåtet* att använda hemlig dataavläsning, rumsavlyssning, kommunikationsövervakning och övervakning av bostäder. Åtgärderna måste godkännas av en extern åklagare och de måste vara *proportionella* till ändamålet, hotbilden måste vara konkret, skyddsintresset måste vara tillräckligt stort, irrelevant privat data förstöras omedelbart, arbetet protokollförs och redovisas för regeringskommissionen och personuppgifter får enbart delas med demokratiska länder.

Personerna som anmäler lagen är genom sitt yrke själva i regelbunden kontakt med individer från den aviserade samhällsgruppen som ska övervakas. Klagomålet riktar mot att begreppet *internationell terrorism* är för vagt och strider mot principen om normtydlighet. Att övervakning av bostäder nu ska vara tillåtet så fort en misstänkt individ uppehåller sig i den innebär att lägenheter och alla i lägenheten befintliga digitala enheter nu kan övervakas redan vid enstaka besök från en misstänkt, vilket borde strida mot proportionalitetsprincipen, anser de kärande i målet.¹⁶²

Kritiken riktar även mot ovan nämnda paragraf §20k i BKA-lagen för att den är utformad så att den möjliggör djupa intrång i den övervakades personliga angelägenheter och att det får göras under tre månader vilket anses vara en orimligt lång tid. Metoderna för hemlig dataavläsning bör även ses som grundlagsstridiga därför att det idag är tekniskt omöjligt att begränsa sabotageprogram till att enbart avläsa utredningsrelevant data.¹⁶³ Att BKA endast måste radera personuppgifter *såvida den inte*

¹⁵⁹ BVerfG, *Urteil des Ersten Senats* vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09 - Rn. (1-29)

¹⁶⁰ BVerfG, *Pressemitteilung* Nr. 19/2016 vom 20. April 2016, *Urteil* vom 20. April 2016 1BvR 966/09, 1BvR 1140/09

¹⁶¹ BVerfG, *Urteil des Ersten Senats* vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09 - Rn. (1 29)

¹⁶² BvR 966/09 und BvR 1140/09, 2016, s. 27

¹⁶³ BvR 966/09 und BvR 1140/09, 2016, s. 28

är *relevant* kan inte heller ses som tillräckligt skydd för att det vid det laget är för sent för den övervakade.¹⁶⁴ De nuvarande bestämmelserna är utformade så att avlyssning generellt är tillåtet såvida inte *enbart* privat data kommer avläsas. I och med att det är omöjligt att veta i förhand resulterar regleringen i att hemlig övervakning i praktiken alltid är tillåtet.

Enligt regeringen borde anmälan till författningsdomstolen avvisas. BKA-lagen skyddar värdefulla grundlagsskyddade rättsintressen vilket rättfärdigar djupa intrång i människors privatliv och nedprioriteringen av andra rättsintressen. Förebyggande av *internationell terrorism* förebygger enligt regeringen *ett konkret hot*, därför lever lagen upp till ändamålsbegränsningen.¹⁶⁵ Regeringen menar vidare att ökade befogenheter enbart ges vid hot mot *föremål* som är avgörande för statens eller samhällets existens och bara om inga andra åtgärder är tillgängliga. Rasterspaning anser de vara rättfärdigat därför att det behövs för en effektiv bevisning i farliga lägen. Kritiken att övervakning av kontaktpersoner strider mot grundlagen anses inte vara befogad eftersom bara personer som har haft *relevant*, det vill säga regelbunden, kontakt med målpersonen får avlyssnas. Rent författningsrättsligt menar regeringen att det inte krävs ett oberoende organ som kontrollerar BKA:s verksamhet, då alla intrång sker för att förebygga av allvarliga brott och därför är befogade.¹⁶⁶

BVerfG anser att anmälan är rättfärdigad men poängterar att *preventiva* tvångsåtgärder *generellt* är tillåtna.¹⁶⁷ Detta är en kursändring jämfört med domarna från 2006 och 2008.¹⁶⁸ BVerfG erkänner att de anmälda övervaknings- och utredningsbefogenheterna innebär allvarliga ingrepp i grundlagsskyddade rättigheter och ska därför enskilt prövas mot principer om proportionalitet, transparens och ändamålsenlighet.¹⁶⁹ I och med att ingreppen används i terrorbrottsbekämpning är de generellt legitima - mer precisa och mindre grundlagsinskränkande verktyg är i nuläget inte tillgängliga, menar BVerfG.¹⁷⁰

Det är lagstiftarnas uppgift att skapa en balans mellan skyddet av den enskildas rättigheter och statens plikt att skydda grundlagen. Lagstiftarna ska ta hänsyn till graden av intrång i relation till ändamålet, måste se till att människovärdet tillmäts särskild betydelse och att de behandlas som ett mål i sig. I denna avvägning måste det även beaktas att samma bestämmelser möjliggör djupare ingrepp

¹⁶⁴ BvR 966/09 und BvR 1140/09, 2016, s. 29

¹⁶⁵ BvR 966/09 und BvR 1140/09, 2016, s. 32

¹⁶⁶ BvR 966/09 och BvR 1140/09, 2016 s. 37

¹⁶⁷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23.05.1949 (BGBl.) zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.07.2017 (BGBl. I S. 2347) m.W.v. 20.07.2017, Artikel 73 Abs. 1 Nr 9a

¹⁶⁸ Där *preventiv rasterspaning* ogiltigförklarades, likaså *preventiv hemlig dataavläsning*. Se: BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Absatz- Nr. 221; BVerfG, Beschluss des Ersten Senates vom 04. April 2006 – 1 BvR 518/02 –Rn. (1-184);

¹⁶⁹ Närmare en kränkning av grundlagsstadgade rätten till skyddet av bostaden enligt grundlagens art.13, kommunikationssekretessen enligt art. 10 och av rätten till rätt till informationssäkerhet enligt art. 1 och 2;

¹⁷⁰ BvR 966/09 och BvR 1140/09, (2016) s. 42

än tidigare och att regleringen därför måste anpassas i takt med teknikutvecklingen. Samtidigt måste lagstiftarna också ta hänsyn till att konstitutionen och samhället som helhet skyddas. BVerfG fastslår att skyddet av den personliga integriteten och skyddet av den konstitutionella ordningen är *likvärdiga* i en sådan avvägning. Till skillnad från intrång i individens integritet drabbar en terrorattack hela befolkningen. Det är även rimligt att nationella brottsutredande myndigheter samarbetar med utländska myndigheter i kampen mot terrorism, menar BVerfG.¹⁷¹ Avvägningen sker således inte mellan medborgarnas frihet och statens säkerhet, utan mellan säkerhet (skydd) *från* terrorism och säkerhet *genom* staten samt mellan frihet från terrorism och frihet från statliga intrång.

BVerfG fortsätter med att övervakningsbefogenheterna inte får automatiseras utan måste godkännas på nytt i varje enskilt fall. För att få använda hemlig övervakning i brottsutredningar, det vill säga som repressiv åtgärd, krävs att ett *särskilt tungt brott* har begåtts.¹⁷² För att få hemligt övervaka preventivt krävs att ett *särskilt viktigt rättsobjekt* är hotat. Till dessa hör hot mot liv, hälsa och frihet samt förbundsrepublikens eller ett förbundslands säkerhet. *Skydd av föremål*, som nämns i BKA-lagen, anser BVerfG inte vara tillräckligt viktigt. Hotet måste dessutom vara *konkret* och brottet antas begås snart.¹⁷³ Trots att domstolen till skillnad från domarna år 2006 och 2008 tillåter preventivt agerande betyder det att ett *latent* hot över längre tid *inte* räcker som anledning.

BVerfG konstaterar vidare att terrorhot som ofta utförs av enskilda, tidigare ostraffade gärningsmän, kan rättfärdiga ingripanden om personens beteende ger skäl att anta att ett terrorbrott troligen kommer begås, även utan att ett konkret hot föreligger.¹⁷⁴ I ett sådant fall får åtgärderna dock enbart riktas mot målpersonen. Övervakningen av en utomståendes bostad tillåts bara om *vissa* omständigheter pekar på att målpersonen befinner sig i den. Samma sak gäller utomståendes datorer och IT-system. Privat kommunikation åtnjuter i vanliga fall *absolut skydd* från statliga intrång men det får göras undantag om brottet planeras under samtalet, så BVerfG. Det enda som är absolut uteslutet är att göra människors privatliv till ändamålet även om det finns misstankar om bevis som bidrar till utredningen.¹⁷⁵ Formuleringen om att preventiv avlyssning och övervakning kan vara tillåtet i fall brottet planeras under samtalet raserar löftet om ett absolut skydd. För att veta om brott planeras under ett samtal måste dataintrånget redan ägt rum.

Vad som gör just hemlig övervakning till ett särskilt stort intrång är att många idag anförtror digitala enheter privata bilder, dagboksinlägg, anteckningar, bankuppgifter och andra personliga uppgifter. Därför kan det vara vilseledande att tolka äldre BVerfG-domar ordagrant. Hemlig

¹⁷¹ BvR 966/09 och BvR 1140/09, (2016) s. 43

¹⁷² BvR 966/09 och BvR 1140/09, (2016) s. 69

¹⁷³ BvR 966/09 och BvR 1140/09, (2016) s. 44

¹⁷⁴ BvR 966/09 och BvR 1140/09, (2016) s. 45-46

¹⁷⁵ BvR 966/09 och BvR 1140/09, (2016) s. 62

dataavläsning bör i dagsläget likställas med husrannsakan och för att få genomföra en sådan bör krävas, precis som för en husrannsakan, *konkreta* misstankar om ett hot mot ett särskilt viktigt rättsobjekt. Enligt BVerfG krävs åtminstone att misstankarna riktar sig mot en konkret person även om de inte behöver vara konkreta hot och domen avslutas med att BKA-reformen i sin helhet är konturfattig och strider mot precisionsprincipen.¹⁷⁶

Trots domstolens kritik inleds några månader senare arbetet på en stor reform av processrätten, där alla säkerhetsmyndigheternas befogenheter åter utvidgas. Vid stora lagreformer presenterar även experter, representanter för myndigheter och parlamentsutskott sina remissvar i parlamentet. Tyska domarföreningen (Deutscher Richterbund DR) är positiva till ändringarna. Att kunna avläsa och avlyssna all data – inte bara metadata – leder till att viktigt bevismaterial inte längre går förlorat. Det kommer enligt DR leda till ökad rättssäkerhet och förtroende för rättsstaten. Juristen Ulf Buermeyer, som arbetar för en dataskyddsorganisation, är mer kritisk. Han påpekar att statliga sabotageprogram som används för dataavläsning innebär intrång som går långt utöver rumsavlyssning och menar i motsats till DR att de föreslagna åtgärderna är problematiska ur ett rättssäkerhetsperspektiv.¹⁷⁷

Konsumenträttsutskottet menar att hemlig övervakning är ett verktyg som borde utnyttjas.¹⁷⁸ De traditionella övervakningsmedlen har förlorat betydelse när människor flyttat mycket av sina sociala kontakter till onlinetjänster. För att brottsutredningar ska vara effektiva måste de reagera på tekniska framsteg i samhället.¹⁷⁹ Utskottet hänvisar vidare till BVerfG-domen från 2008 som konstaterar att ju djupare intrånget i privatlivet är desto viktigare måste skälen vara, men menar sedan att de nya reglerna håller sig inom den ramen.¹⁸⁰ Utskottet konstaterar att transparens och individuellt rättskydd enbart säkerställs provisoriskt under tiden någon övervakas, i och med att det ligger i övervakningens natur att den är mest givande när den övervakade uttrycker sig fritt. Däremot kan detta enligt utskottet lösas genom att transparens och rättsligt skydd åtminstone garanteras efteråt.

Representanten för säkerhetspolisen påpekar att de idag inte har en rättslig grund för att avläsa data från kommunikationstjänster som många kriminella använder för att bygga sina nätverk vilket skulle krävas för att effektivt skydda samhället.¹⁸¹ Medborgarnas privatliv är enligt honom tillräckligt skyddat genom att det inte intresserar polisen och att överdrivet dataskydd inte skyddar

¹⁷⁶ BvR 966/09 och BvR 1140/09, (2016) s. 72

¹⁷⁷ Deutscher Bundestag, *Ausschuss fuer Recht und Verbraucherschutz, Wortprotokoll Nr s.18/152*, Vorsitz: Renate Künast, MdB, Öffentliche Anhörung, Berlin, 31.05.2017.

¹⁷⁸ Deutscher Bundestag, *Wortprotokoll Nr s.18/152*, 2017, s. 35

¹⁷⁹ Deutscher Bundestag, *Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, 20.06.2017, Drucksache 18/12785, s.46

¹⁸⁰ Deutscher Bundestag, *Drucksache 18/12785*, s.47

¹⁸¹ Deutscher Bundestag, *Wortprotokoll Nr s.18/152*, 2017, s.16

medborgarna utan gärningsmännen. Hemlig dataavläsning är enligt honom ett adekvat brottsutredningsverktyg som motsvarar kommunikationsteknologins snabba utveckling. Sett till rättspraxis är telekommunikationsövervakning ofta det enda bevismaterialet som finns och med teknikens utveckling riskerar denna bevismetod helt falla bort. För säkerhetstjänsterna handlar det om att återställa nivån på bevisföring där den låg för några år sedan och enligt honom finns det en risk att hemlig dataavläsning och kommunikationsövervakning kommer genomföras utan lagstöd om det inte skapas en rättslig grund för detta nu.¹⁸²

TKÜ-reformen: effektiviseringen av processrätten

Den mest kontroversiella delen av reformen 2017 gäller de utvidgade övervakningsbefogenheterna för alla säkerhets- och polismyndigheter. Till skillnad från propositionerna till BKA-reformen 2009 förekommer inte begreppet *hemlig övervakning* i regeringens lagutkast utan dyker först upp i den slutgiltiga propositionen som blir lag.¹⁸³ Endast genom att läsa transkriberingen av parlamentssammanträdena där propositionerna diskuteras framkommer det att fler ändringar har föreslagits som inte syns i de första två offentliga propositionerna. Lagreformen har enligt regeringen förhandlats fram under fyra års tid men först en månad innan lagen ska träda i kraft infogas bestämmelserna gällande hemlig dataavläsning och kommunikationsövervakning.¹⁸⁴

CDU motiverar befogenheterna med att 85% av dagens kommunikation sker i krypterad form och att det brottsförebyggande och utredande arbetet måste anpassas till det. Partiet påpekar att det främst handlar om bekämpning av tunga brott som barnpornografi och trafficking medan Miljöpartiet kritiserar att lagen inte alls är rättsligt avgränsad till sådana brott utan även gäller brott som häleri och pengatvätt.¹⁸⁵ Till skillnad från TBG- och BKA-reformerna nämns inte den internationella terrorismen längre som skäl för skärpningarna. Allmänt diskuteras grundlagsingreppen i mindre omfattning i parlamentet och den kritiken som yttras handlar om betänkanen ur ett dataskyddsperspektiv och de negativa följder de nya reglerna kan få för tysk infrastruktur.¹⁸⁶ Vänsterpartiet undrar vid ett tillfälle

¹⁸² Deutscher Bundestag, Wortprotokoll Nr s.18/152, 2017 s. 29

¹⁸³ Deutscher Bundesrat, *Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, Drucksache 796/16, 30.12.2016; Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, Drucksache 18/11277, 22.02.2017

¹⁸⁴ Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, Drucksache 18/11277, 22.02.2017

¹⁸⁵ *Deutscher Bundestag*, Stenografischer Bericht, 240. Sitzung, Plenarprotokoll 18240, 22. juni 2017, s.128

¹⁸⁶ *Deutscher Bundestag*, Kleine Anfrage der Abgeordneten Notz, Ströbele, Beck, Keul, Kuenast, Lazar und der Fraktion Die Grünen, 21.08.2017, Drucksache 18/13413; *Stellungnahme* Dr. Matthias Krauss, Bundesanwalt b. BGH, Karlsruhe, 30. 05.2017, Drucksache 18/112727, s.91

varför befolkningen inte reagerar på lagen och konstaterar sedan att det antagligen beror på att de inte har kännedom om den.¹⁸⁷

Mot skyddet av individuella fri- och rättigheter står statens skyldighet att så effektivt som möjligt motarbeta brottslighet. Övervakning ska nu möjliggöras för alla brottsutredande och förebyggande myndigheter och inte längre begränsas till terrorbrott. Därmed går lagen i många hänseenden mot de principer som BVerfG betonat som viktiga trots att den har implementerat många av BVerfG:s formuleringar rakt av.¹⁸⁸ Enligt BVerfG är hemlig dataavläsning problematisk just därför att den sker hemligt, ger tillgång till alla befintliga uppgifter på systemet och pågår över en längre tid vilket möjliggör långtgående slutsatser om personlighetsdrag som innebär djupa ingrepp i den personliga integriteten.¹⁸⁹

Enligt propositionen får åtgärderna generellt inte riktas mot icke-misstänkta men även här finns undantag därför att övervakning av tredje person är tillåten *om det kan antas* att målpersonen använder sig av deras enheter.¹⁹⁰ De nya bestämmelserna om hemlig dataavläsning och kommunikationsövervakning är mer omfattande än de traditionella övervakningsmetoderna. Hemlig dataavläsning ger tillgång till allt material som sparas på hårddisken – inte enbart den pågående kommunikationen. Säkerhets- och polismyndigheterna gör detta genom att utnyttja säkerhetsbrister i datasystemet och har därför ett intresse i att dessa brister består vilket kan komma att utnyttjas av samma cyberbrottslingarna som bland annat ska bekämpas med denna reform. Argumentet att det handlar om en effektivisering av brottsbekämpningen håller därför inte i en sammantagen bedömning.

¹⁸⁷ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/12785 (2017)

¹⁸⁸ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/12785, (2017) s.53

¹⁸⁹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23.05.1949 (BGBl.) zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.07.2017 (BGBl. I S. 2347) m.W.v. 20.07.2017, Artikel 1 och 2.

¹⁹⁰ Drucksache 18/12785, (2017) s. 59

Delslutsats 3

Lagstiftarna vet sannolikt att övervakning är ett kontroversiellt ämne och håller sig därför precis inom ramen för författningsdomstolens riktlinjer. I och med att tekniken ständigt utvecklas skulle även det rättsliga grundlagsskyddet behöva utvecklas men istället har de regler som finns i allt större utsträckning utvecklats utan någon offentlig debatt och drivits genom i hög hastighet. Skyddet författningsdomstolen erbjuder är inte särskilt starkt därför att lagstiftarna ofta väljer att kringgå riktlinjerna och permanent utnyttjar undantagsklausulerna. Skyddet är också svagt därför att de myndigheter som är delaktiga i lagstiftningsprocesserna själva har ett legitimt intresse i ökad kontroll över samhället då det innebär mer makt och resurser för dem.¹⁹¹ Samma tendens syns i förarbetena där de större partierna som sitter vid makten röstar för – och de små partier i oppositionen röstar mot. Det visar tydligt att besluten styrs av viljan att ha makt och kontroll. Ju mindre makt ett parti hade, desto mer kritik yttrades mot lagskärpningar. Partierna som vill minska statlig kontroll är också de som inte har kontroll vid tillfället för omröstningen.

Experter har påpekat att övervakning av metadata är tillräckligt: hemlig dataavläsning och kommunikationsövervakning har hittills inte gett de önskade resultaten, då den växande administrativa börda det innebär leder till ineffektivitet på andra områden. Trots dessa expertuttalanden ska hemlig dataavläsning införas som befogenhet för militären, polisen, säkerhetspolisen, underrättelsetjänsten, migrationsverket, författningsskyddet och gränsskyddet. Den ända förklaringen är att intresset av makt och kontroll genom övervakning är så stark att det inte längre görs en avvägning mellan effektivitet och rättssäkerhet utan snarare mellan effektivitet och makt.

Ur såväl ett säkerhets- som integritetsperspektiv är den utveckling som har skett sedan 2001 påtaglig. Internationell terrorism uppges inte längre som skäl för extensiva exekutiva befogenheter som inskränker individuella fri- och rättigheter. Paradoxalt nog fortsätter ändå befogenheterna att öka samtidigt som den interna kritiken på den aspekten har minskat.¹⁹² Trots att BVerfG 2016 bedömde hemlig dataavläsning som delvis grundlagsstridig och kritiserat centraliseringen av exekutiv makt centraliseras den ännu mer i TKÜ-reformen.¹⁹³ BVerfG kritiserade dessutom avsaknaden av

¹⁹¹ Weber, Max, *Politics as Vocation*, s. 181; i: Waters, Tony. & Waters, Dagmar. (red.) (2015). *Weber's rationalism and modern society ; new translations on politics, bureaucracy, and social stratification*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, s. 139

¹⁹² Jämför: Deutscher Bundestag, *Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll*, 2001, diskussion av antiterror-lagförslag, 14/7792, 12.12.2001 s.59 med: Deutscher Bundestag, *Ausschuss fuer Recht und Verbraucherschutz, Wortprotokoll Nr. 18/139*, Vorsitz: Renate Künast, MdB, Öffentliche Anhörung, Berlin, 29.03.2017

¹⁹³ *Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, (BGBl 2017) Teil 1, Nr. 58, Herausgegeben zu Bonn, 23.08.2017 i kombination med: Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist, § 152.

tillräckliga garantier för rättssäkerhet gällande övervakningsbefogenheterna i BKA-reformen. Ändå legaliseras ännu fler övervakningsbefogenheter ett år senare. Domen böjs och tänjs till och med för att rättfärdiga de nya lagskärpningar.

Enligt BVerfG strider både TBG- och BKA-reformen mot principerna om normtydlighet, precision, rättssäkerhet, transparens och proportionalitet. Samma principer åberopas dock i propositioner och förarbeten till såväl TBG-, BKA- och TKÜ-reformen för att rättfärdiga de preventiva åtgärderna. Om grundläggande normer kan användas för att motivera inskränkningar på sig själva undergrävs hela legalitetsprincipen. Koskenniemi skriver att existensen av gemensamma normer, trots att de används för att legitimera politiska intressen, tvingar politiska aktörer att rättfärdiga sina intressen offentligt och i relation till andra staters intressen, vilket möjliggör ansvarsutkrävande.¹⁹⁴ Skillnaden är att Koskenniemi pratar om mellanstatliga och inte nationella normer. På det nationella planet gäller andra regler. I föreliggande fall leder normerna inte till att ansvarsutkrävandet underlättas utan istället till att ansvarslöshet förankras i rättsliga principer och därigenom framstår som oantastbara.

Genom BKA-reformen har säkerhets- och polismyndigheter fått långtgående *preventiva befogenheter* i kampen mot den internationella terrorismen. TKÜ-reformen går ett steg längre och legaliserar preventiva åtgärder för alla brottsbekämpande myndigheter i samband med sjuttio andra brott, inte bara i kampen mot terrorismen.¹⁹⁵ I BVerfG-domen från 2016 fastslås att säkerhetspolisen får agera preventivt om det föreligger hot mot synnerligen viktiga rättsintressen, med förtydligandet att latent hot inte rättfärdigar preventiva ingrepp.¹⁹⁶ I TKÜ-reformen har denna inskränkning åsidosatts. Bestämmelserna är utformade så att preventiva tvångsåtgärder alltid är tillåtna så fort myndigheten i fråga anser att viktiga föremål hotas – trots att BVerfG senast ett år innan fastslagit att ”viktiga föremål” aldrig räcker för att rättfärdiga preventiva ingrepp.¹⁹⁷

Preventiva statliga tvångsåtgärder innebär att statlig våld utövas innan något brott har begåtts och är därför problematiskt ur ett rättssäkerhetsperspektiv. I BKA-reformen rättfärdigas detta med att det krävs som ett verktyg för att förebygga terroristbrott. Det är en reform som legaliserar preventivt självförsvar, som särskilt efter terrorattackerna den 11 september blivit föremål för fundamentala oenigheter stater emellan.¹⁹⁸ Ett av terrorbrottens särdrag är att de är asymmetriska och inte utförs

¹⁹⁴ Koskenniemi, Martti, *The Politics of International Law: the Place of Law in collective security*, Oxford, 2001, Hart Publishing, s.111

¹⁹⁵ *Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, ikraft sedan 24.08.2017, Bundesregierung der 18. Wahlperiode, Archivsignatur XVIII/535, §100b, artikel 1-16

¹⁹⁶ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09 - Rn. (1 29)

¹⁹⁷ *Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, ikraft sedan 24.08.2017, Bundesregierung der 18. Wahlperiode, Archivsignatur XVIII/535; BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09 - Rn. (1 29)

¹⁹⁸ Gray, Christine, *International Law and the Use of Force*, 3:e ed., Oxford University Press (2008), s. 114

stater emellan utan av enskilda, icke-statliga aktörer. Terrorbrott föregås inte heller av en mellanstatlig dispyt där tiden för angreppet kan kalkyleras utan sker ofta ur oväntade bakhåll. Vid mellanstatliga väpnade angrepp reagerar en stats militära försvar och går till attack mot angriparen. När terrorbrott begås finns det ingen stat att rikta sitt försvar emot därför att angriparna finns bland civilbefolkningen.

Att använda försvarsmakten inom landets gränser är idag förbjudet i Tyskland förutom i vissa former av nationella undantagstillstånd.¹⁹⁹ I BKA- och TKÜ-reformerna har lagstiftarna kringgått det genom att ge säkerhetsmyndigheter med generell befogenhet att agera på det nationella planet liknande- till och med större befogenheter än försvarsmaktens. Skillnaden är att säkerhetsmyndigheterna även får använda befogenheterna i förebyggande syfte innan ett väpnat angrepp har skett och utan att det behöver föreligga någon konkret fara.²⁰⁰ I TKÜ-reformen har dessa befogenheter ytterligare utvidgats till att omfatta brott som pengatvätt och häleri.

Ur ett folkrättsligt perspektiv är det en omstridd fråga huruvida det finns en rätt till förebyggande självförsvar.²⁰¹ Enligt internationell sedvanerätt kan det finnas legitimt preventivt självförsvar men ingreppströskeln är hög i sådana fall. Definitionen lutar sig mot en ofta citerad bestämmelse som inom internationell rätt är känd som *Caroline Case*. Kriterierna stadgar att det måste ”föreligga en överväldigande nödvändighet att försvara sig som inte lämnar några alternativ eller förhandlingsutrymme” för att få agera preventivt. Dessutom får medlen inte vara oproportionerliga till hotet.²⁰² I stark kontrast till denna formulering står BKA-reformen som tillåter att statliga tvångsåtgärder riktas mot civilbefolkningen om ”vissa skäl rättfärdigar antagandet (misstankar) om att det finns ett hot mot synnerligen viktiga rättsintressen”, eller i TKÜ-reformen där ”vissa skäl föranleder misstanken om att någon skulle kunna ha begått eller försökt att begå ett brott” räcker för att aktivera alla säkerhets- och polismyndigheternas preventiva befogenheter.²⁰³

Tyskland gör således inrikespolitik på de folkrättsliga bestämmelserna om självförsvar som i vanliga fall åberopas vid mellanstatliga konflikter men som nu riktas mot den egna civilbefolkningen istället för attackerande stater. Polisen och säkerhetsmyndigheterna får senast efter BKA- och TKÜ-reformerna agera till och med innan något angrepp har skett eller det ens föreligger något konkret hot om angrepp. Det undergräver flera fundamentala rättigheter som Tyskland på andra håll är måna om

¹⁹⁹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23.05.1949 (BGBl.) zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.07.2017 (BGBl. I S. 2347) m.W.v. 20.07.2017, Artikel 87 GG. Notstandsgesetz.

²⁰⁰ *Charter of the United Nations* (1945), 557 U.N.T.S. 143, Chapter 7, artikel 51

²⁰¹ Schwebel, *Agression, Intervention and Self-Defense in Modern International Law*, 136 RCADI (1972-II), s.463

²⁰² Rouillard, Louis-Phillippe, *The Caroline Case – Anticipatory Self-Defence in Contemporary International Law*, Volume 1 (2004), No. 2 pp. 104-120, s.118

²⁰³ *Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt*, 25.12. 2008, BGBl, Teil 1 , Nr.66, 31.12.2008.; *Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, ikraft sedan 24.08.2017, Bundesregierung der 18. Wahlperiode, Archivsignatur XVIII/535, §100b.

att skydda, som oskyldighetspresumtionen, integritetsskyddet och grundlagens artikel 1 om värnandet av människovärdet.²⁰⁴

Genom att många av intrången görs i hemlighet och kanske framförallt för att de genomförs inom Tysklands gränser, är det nästintill omöjligt att som individ rikta rättighetskrav mot någon. När den egna staten, som annars fungerar som främsta rättighetsgarant utför rättighetskränkningarna är mellanstatliga organ den enda instansen att vända sig till. Genom suveränitetsprincipen har övriga stater och mellanstatliga organ dock lite eller inget inflytande på vad som sker inom landsgränserna – vilket gör ingreppen som möjliggörs genom BKA- och TKÜ-reformerna särskilt allvarliga.

Sammanfattning

Säkerhetsriktlinjerna i Tyskland har sedan 2001 kontinuerligt expanderats och skärpts. Från att de motiverades med att Tyskland måste leva upp till säkerhetsresolutionen 1373, visa solidaritet och delta i den internationella kampen mot terrorism, till att den nationella polisen involverades i underrättelsearbetet, och vidare till att det inte längre handlade om terrorism utan om olika former av brottslighet och befogenheter som tilldelades samtliga brottsbekämpande och myndigheter. Genom att utvecklingen skedde i små steg har en offentlig debatt undvikits, och inga försök att upplysa allmänheten om ändringarnas innebörd har förekommit. Utvecklingen kan verka marginell om förarbetena och lagarna läses var för sig, men i en samlad bedömning från 2001 till idag är skillnaden påtaglig.

Hemlig dataavläsning har utvecklats från ett ändamålsbegränsat verktyg för vissa myndigheter i endast vissa undantagsfall till en standardbefogenhet för alla rättsvårdande myndigheter. De officiella skälen som används för att rättfärdiga statliga intrång i medborgarnas privatliv har utvecklats från att vara ändamålsinriktade mot *bekämpning av internationell terrorism* (2001) till *förebyggande av terrorism och organiserad brottslighet* (2009) och slutligen till generella befogenheter för *förebyggande och bekämpning av sammanlagt 30 brottskategorier* (2017).²⁰⁵ Terrorismen har fungerat som en retorisk nyckel för att porträttera intrång i individuella fri och rättigheter som det ända rimliga alternativet för att upprätthålla samhällets säkerhet. Denna retorik har fungerat så väl att den inte ens behövde användas längre i sista reformen. Befolkningen var beredda

²⁰⁴ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23.05.1949 (BGBl.) zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.07.2017 (BGBl. I S. 2347) m.W.v. 20.07.2017.

²⁰⁵ Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, ikraft sedan 24.08.2017, Bundesregierung der 18. Wahlperiode, Archivsignatur XVIII/535, artikel 4

att offra delar av sin frihet med en naivitet och likgiltighet utan att politikerna ens behövde anstränga sig för att motivera inskränkningarna.

Konstitutionella fri- och rättigheter, särskilt de stadgade i artikel 3, 10 och 13 har senast med TKÜ-reformen inskränkts permanent. Författningsdomstolen har vid flera tillfällen ogiltigförklarat vissa delar av reformerna men aldrig en hel lag och har i sina omdömen från 2006 till 2016 avvikit från grundlagen. Hade det inte handlat om hemlig övervakning, som är ett av de mest effektiva och lönsamma verktygen att kontrollera befolkningen på, hade BVerfG eventuellt dömt mer författningsenligt. Men inte bara lagstiftarna utan även författningsdomstolen är del av etablissemang. Att försvaga staten innebär också ett försvagande av statliga institutioner – som BVerfG – vilket innebär att även domstolen har ett existentiellt intresse i att upprätthålla den befintliga ordningen. Utvecklingen i de undersökta reformerna visar att det är strategiska- och politiska intressen som påverkar och förskjuter tolkningarna av grundlagen, och därigenom förändrar konstitutionella normer på sikt.

Jämfört med domen från 2008 avvek BVerfG 2016 snarare från sitt eget prejudikat och närmade sig lagstiftarnas linje genom att tolka grundlagen åt ett säkerhetsorienterat håll. Utvecklingen visar att staten trots konstitutionen, de parlamentariska kontrollmekanismerna och principerna om maktindelning dras till, eller styr mot, ökad kontroll över samhället. Reformerna genomfördes i hög hastighet och lagstiftningsprocesserna gestaltades på ett komplicerat vis. Kontroversiella beslut behövde således inte ens tas i hemlighet därför att transparensen och allmänhetens deltagande i processen obstruerades till en grad som gjorde insyn och påverkan nästintill omöjligt.

Slutdiskussion

*Whoever makes a pact with the means of violence for whichever purpose – and every politician does so – is completely and utterly at the mercy of violence's consequences.*²⁰⁶

I takt med en allmänt ökad hotnivå har frekvensen och vidden av säkerhetslagskärpningarna ökat. Första reformen 2001 satte en sten i rullning som har visat sig vara svår att stoppa, och som fortsätter accelerera. Omedelbart efter 2001 fanns det fortfarande en generell återhållsamhet gällande grundlagsinskränkningar bland alla aktörer och en starkare opposition i parlamentet. TKÜ-reformen är ett belägg för att inskränkningarna 18 år senare har normaliserats till den grad att de kan motiveras och genomföras helt utan att det behöver föreligga något hot, trots dess långtgående implikationer för de konstitutionella fri- och rättigheterna.

TBG-lagen legaliserar rasterspaning och kommunikationsövervakning om ”*faktiska omständigheter* visar att ett terrorbrott riktas mot förbundsrepublikens inre eller yttre säkerhet.” Genom BKA-reformen utvidgas profileringsbefogenheterna och såväl dataavläsning som kommunikationsövervakning får sedan dess genomföras hemligt om ”*vissa omständigheter* föranleder misstanken om ett terrorhot mot liv, hälsa, personlig frihet eller statens existens.” TKÜ-reformen avser flera mindre allvarliga brott och får åberopas av alla tyska rättsvårdande myndigheter redan när ”*vissa omständigheter* föranleder *misstanken* om att en person är gärningsman eller medgärningsman till ett av brotten eller *försök* till brotten som omfattas av lagen.”

Samtliga lagskärpningar motiveras med att de är nödvändiga för att skydda staten och samhället. I början porträtterades terrorismen som ett yttre hot mot den tyska staten, vilket främst är militärens och den militära underrättelsetjänstens uppgift att försvara. Efter allt fler attacker inom Europa har terrorismen transformerats från en internationell till en nationell fråga där fienden förmodas finnas mitt bland civilbefolkningen, med följderna att försvarets befogenheter utvidgats till de nationella och regionala säkerhetspolismyndigheterna.²⁰⁷ I teorin har försvarsmakten och säkerhetspolisen inget samarbete men i praktiken har säkerhetspolisen de senaste åren successivt militariserats. De exekutiva myndigheterna har inte enbart getts större befogenheter, de får numera även agera i *förebyggande* syfte. I TKÜ-reformen utvidgas de *preventiva* befogenheter till alla tyska rättsvårdande myndigheter. Reformen stadgar även att hot mot staten inte längre krävs utan även misstankar om mindre allvarliga

²⁰⁶ Weber, Max (2009). *From Max Weber: essays in sociology*. London: Routledge s. 189

²⁰⁷ Ipek, Demirsu, *Talking security and Rights- the framing of counter-terrorism legislation in the UK*, Journal of Language and Politics, 2017, Vol. 16, Issue 5, p658-682. 25p. s.2

brott rättfärdigar användandet av *preventiva* tvångsmedel.²⁰⁸ Detta har konsekvenser för brottsbekämpningsmetoderna och i förlängningen för skyddet av de konstitutionella fri- och rättigheterna. Att utsätta grupper av individer för statligt tvång, för att de anses utgöra ett omedelbart hot mot staten, påminner om den folkrättsligt erkända rätten till *självförsvar* som i ett flertal säkerhetsresolutioner återropas i kampen mot terrorismen.²⁰⁹

Staters rätt till *självförsvar* regleras i FN-stadgans sjunde kapitel men det är omstritt huruvida rätten även kan återropas i förebyggande syfte.²¹⁰ Inom folkrätten är självförsvar tillåtet men endast i undantagsfall, om det är proportionerligt och nödvändigt – kriterier som även BVerfG hänvisar till i domen från 2008.²¹¹ Principen om proportionalitet och nödvändighet härleds från den så kallade Caroline-incidenten år 1837.²¹² Där stadgas ordagrant att statlig våldsanvändning i preventiva syften i vissa fall kan vara legitimt om omständigheterna föranleder ”*a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means and moment of deliberation*”.²¹³ Fram till idag har det dock inte funnits något fall som anses uppfylla kriterierna för ett legitimt preventivt självförsvar – ändå används det i de undersökta förarbetena som argument för åtgärder mot den egna befolkningen.²¹⁴

De undersökta reformerna gäller nationell rätt och täcks därför inte av folkrätten. Med reformerna skapas dock rättslig grund för att staten ska kunna försvara sig förebyggande mot framtida hot utgående från individer på det egna territoriet. Stater innehar, enligt Weber, det legitima monopolet över fysiskt våld inom ett visst territorium. De analyserade reformerna har lett till att staten nu kan utöva denna fysiska våld nu i högre utsträckning än tidigare.²¹⁵ Ju färre rättsliga hinder som måste passeras innan konstitutionella rättigheter kan åsidosättas, desto mindre kan statens våldsutövning kontrolleras vilket – som särskilt TKÜ-reformen visar – leder till slut till självskadebeteende.

Jämförelsen med folkrätten är intressant därför att den reglerar staters externa relationer medan straffrätten – som TKÜ-reformen är del av – reglerar relationen staten och medborgarna emellan. Om preventivt självförsvar är så kontroversiellt inom folkrätten är det än mer kontroversiellt att återropa det på det egna territoriet mot den egna civilbefolkningen. Ur ett folkrättsligt perspektiv legaliserar reformerna ett internt preventivt självförsvar. Det behöver inte ens föreligga en

²⁰⁸ *Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, ikraft sedan 24.08.2017, Bundesregierung der 18. Wahlperiode, Archivsignatur XVIII/535 100§, s.3205-3206

²⁰⁹ S/RES/1373; och: Gray, Christine, *International Law and the Use of Force*, Oxford, (2008), s. 151

²¹⁰ *Charter of the United Nations* (1945), 557 U.N.T.S. 143, Chapter 7, artikel 51

²¹¹ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Absatz- Nr. 221

²¹² Byers, Michael, *Präventivkrieg und Selbstverteidigung im Völkerrecht – der Irak und der Fall Caroline*, le monde diplomatique, Ausgabe 6852, 13.09.2001, s.9

²¹³ Jennings Robert Y, *The Caroline and McLeod Cases*, 32 AJIL (1938), s.86

²¹⁴ Rouillard, Phillippe, *The Caroline Case – Anticipatory Self-Defence in Contemporary International Law*, Volume 1 (2004), No. 2, pp. 104-120, s.118

²¹⁵ Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*. Besorgt von Johannes Winkelmann. Studienausgabe, Tübingen 1980, S. 821-825., s.821

överväldigande nödvändighet för att myndigheterna ska få använda tvångsmedel i preventivt syfte. Enligt BKA- och TKÜ-reformerna räcker det att *vissa omständigheter föranleder misstanken om brott*.²¹⁶ Det leder till ett *internaliserat* självförsvar där gränsen mellan de som ska skyddas och de som anses utgöra hotet stegvis suddas ut.

TKÜ-reformen är den första reformen i Tysklands efterkrigshistoria som utvidgar straffrätten till att gälla i förebyggande syfte och för det finns ett tyskt begrepp som myntades av den konservativa statsvetaren Carl Schmitt: *Feindstrafrecht*. *Feindstrafrecht* beskriver en auktoritär form av preventiv straffrätt där individer som anses utgöra ett hot mot samhället betraktas som fiende och inte längre som individ med tillhörande rättigheter. Schmitt menar att all politisk handling genomsyras av dikotomin mellan allierade och fientliga aktörer som måste identifieras och hållas isär genom att upprätta personlistor och register.²¹⁷

De lagar som har undersökts, främst den senaste straffrättsreformen (TKÜ-reformen) uppvisar överraskande många likheter med *Feindstrafrecht*, särskilt vad gäller upprättande av registreringssystem (ATD, RED) och de utvidgade preventiva befogenheter för brottsbekämpande myndigheter. Djupet av de preventiva intrången förstärks idag genom att de flesta individer numera frivilligt registrerar sig för olika onlinetjänster och på så sätt upprättar listorna själva. Dessutom utvidgar TKÜ-reformen den preventiva straffrätten över ett flertal brott som inte har direkt koppling till terrorism. För att uttrycka det i *Feindstrafrechts*-terminologi har kretsen av de som räknas till ”individer med rättigheter” som ska försvaras mot ”fienden utan rättigheter” blivit mindre sedan 2001, lagskärpningar och grundlagsinskränkningar drabbar med andra ord en allt större skara. Sett till den rättsliga utvecklingen sedan 2001 har spänningsförhållandet *säkerhet för oss till bekostnad av andra* förvandlats till *kontroll för vissa till bekostnad av alla*.

Trots att Tyskland historiskt sett nyss har varit med om olika former av statligt maktmissbruk har varningsklockorna inte börjat ringa. Dels verkar det hänga ihop med att de flesta som sitter vid makten idag inte de facto drabbades av de negativa konsekvenserna och dels med att majoritetssamhället ännu inte har känt av konsekvenserna. Avsaknaden av vissa fri- och rättigheter märks framförallt av de som aktivt behöver göra anspråk på dem - och det är inte majoriteten i Tyskland idag. Säkerhetsskärpningar och grundlagsinskränkningar kommer först att upphöra när följderna börjar kännas för alla, det vill säga när säkerhetsmaskineriet angriper sig självt. Analysen av TKÜ-reformen

²¹⁶ Jennings Robert Y, McLeod, Alexander, *The Caroline and McLeod Cases*, American Journal of International Law, Vol. 32, no. 1, s.86 och: *Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, ikraft sedan 24.08.2017, Bundesregierung der 18. Wahlperiode, Archivsignatur XVIII/535 100§, s.3205-3206; *Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt*, 25.12. 2008, BGBl, Teil 1 , Nr.66, 31.12.2008

²¹⁷ Walker, Clive, *The Impact of Contemporary Security Agendas on the Substantive Criminal Law*, pp. 121-152, I: Masferrer, Aniceto, *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency*, Springer s.163

visar att det redan nu finns potential för att det ska kunna hända. Systemet har utformats till ett dubbeleggat svärd som potentiellt kan användas när som helst mot vem som helst.

På sikt tjänar bara eliten som för tillfället sitter vid makten på grundlagsinskränkningar. Att inskränkningarna ändå genomförs visar att kärnfrågan inte är det så omdebatterade spänningsförhållandet mellan frihet eller säkerhet, som lagstiftarna påstås befinner sig i, utan om makt och kontroll kontra konstitutionella fri- och rättigheter. Avvägning sker inte mellan samhällsskydd och respekt för individen utan mellan statlig kontroll och rättssäkerhet för enskilda. Det främsta misstaget en politiker kan begå är enligt Weber att förlora sig i strävan efter makt som yttrar sig i brist på objektivitet och ansvarstagande.²¹⁸ Genom att lagstiftarna i Tyskland driver på grundlagsinskränkningar utan någon reflekterad diskussion, utan att vare sig lyssna till oppositionen eller hitta en kompromiss mellan oinskränkt frihet och absolut skydd, begås båda misstagen. Allra senast vid den sista reformen är det bortom tvivel att det inte längre handlar om terrorbrottsbekämpning men de konstitutionella fri- och rättigheterna fortsätter att försvagas. Weber menar också att politiker aldrig får förlora syftet med sin politik, vilken i så fall blir meningslös.²¹⁹ I TKÜ-reformen är syftet långt från tydligt.

Analysen av reformerna visar att lagar står i ständig växelverkan med politiken där politiska händelser som terrorattackerna den 11 september kan sätta en sten i rullning som leder till lagändringar vilka i sin tur har en effekt på det politiska landskapet. I undersökningen framkommer det att polariseringen mellan partierna i frågan om inskränkningen av konstitutionella fri- och rättigheter har minskat med varje reform. Även grundlagen formas och ändras utifrån politiska aktörers intressen, där det i samtliga reformer återkommande är samma aktörer och samma intressen som styr. Det visar förarbetena där de större partierna konsekvent röstar för lagändringar som ökar statens befogenheter – och de små partierna i oppositionen mot. Det är strävan efter makt och kontroll som egentligen styr besluten: ju mindre beslutsfattande makt partierna har, desto mer kritik mot lagskärpningar och grundlagsinskränkningar yttras. De aktörer som i förarbetena påstår att inte de vill öka kontrollen över samhället råkar vid alla tre tillfällena också vara de som de facto inte har någon makt vid tillfället för omröstningen.

Rättighetsinskränkningarna har skruvats åt ytterligare med varje ny lagreform. Vad som i början introducerades som temporära lagar har lett till permanenta ändringar i grundlagen och inskränkningar av konstitutionella fri- och rättigheter. Författningsdomstolens beslut från 2006, 2008

²¹⁸ Weber, Max, *Politics as Vocation*, i: Waters, Tony. & Waters, Dagmar. (red.) (2015). *Weber's rationalism and modern society ; new translations on politics, bureaucracy, and social stratification*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, s. 181

²¹⁹ Weber, Max, *Politics as Vocation*, (red. 2015), s. 184

och 2016 visar även BVerfG, vars ursprungliga funktion är att vakta över konstitutionen och att grundlagarna följs, orienterar sig kring de styrande politikernas intressen. Undersökningen visar att rättsskyddet som BVerfG erbjuder inte ger ett starkt skydd. BVerfG är en statlig institution och har därför också ett legitimt egenintresse i att den befintliga ordningen upprätthålls och den ordningen gynnas av mer övervakning, mer kontroll, mer makt.

Sedan TKÜ-reformens introduktion har förskjutningen av militära befogenheter från försvars- till polisverksamheten fortsatt att öka. Men nu börjar civilsamhället reagera, kanske för att åtgärderna inte längre endast drabbar en specifik grupp utan börjar kännas för allmänheten. Den 10 maj 2018 samlades över 40 000 människor i München för att protestera mot en reform av förbundslandet Bayerns polislag.²²⁰ Flera förbundsländer tar även tillfället i akt att utvidga polisens befogenheter i samband med anpassningen till EU:s nya dataskyddsriktlinjer.²²¹ Trots protesterna planerar förbundslandsregeringen i Bayern enligt aktuella uppgifter att låta lagen träda i kraft. Inte ens majoritetssamhället har i det här fallet kunnat påverka utvecklingen.

Grundlagens syfte är att den åtminstone formellt tryggar fri- och rättigheter som är *grundläggande* och inte under några omständigheter ska åsidosättas. Om konstitutionen enbart är skyddad när det tjänar den styrande elitens intressen är grundlagen ingen *grundlag* utan skör och föränderlig som vilken annan lag som helst. Av det följer att även skyddet av de konstitutionella fri- och rättigheterna är skört och föränderligt. Undersökningen har visat att en händelse, i det här fallet den 11 september, räcker för att starta en process av rättighetsinskränkningar som inte handlar om en nödvändig avvägning mellan säkerhet och konstitutionella fri- och rättigheter utan om en irrationell strävan efter makt som först slutar när makthavarna själva missgynnas av det.

²²⁰ Lill, Tobias, *Demonstration in Bayern: Warum zehntausend gegen ein Polizeigesetz protestieren*, 11.05.2018, Der Spiegel;

²²¹ Drucksache 17/20425, Bayerischer Landtag, *Gesetzentwurf der Staatsregierung, fuer ein Gesetz der Neuordnung des bayerischen Polizeirechts* (PAG-Neuordnungsgesetz), 30.01.2018

Referenser

Parlamentsdokument

Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 144. Sitzung. Plenarprotokoll 14207, 12.12.2001, s. 17-68;
<http://dipbt.bundestag.de/doc/btp/18/18144.pdf>

Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 14. Wahlperiode, 186. Sitzung. Berlin, Mittwoch, den 12. September 2001

Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 14. Wahlperiode, 187. Sitzung. Berlin, Mittwoch, den 19. September 2001 (18302)

Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf, *Terrorismusbekämpfungsgesetz*, Drucksache 14/7727, 04.12.2001, 04.12.2001

Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf, *Urheber*: Bundesregierung, Bundesministerium des Innern (federführend), Drucksache 14/7727, 04.12.2001; <https://dejure.org/2002.46833>

Deutscher Bundestag, *Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll*, 2001, diskussion av antiterror-lagförslag, 14/7792, 12.12.2001

Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 144. Sitzung. Plenarprotokoll 14207, 12.12.2001

Deutscher Bundestag, *Beschlussempfehlungen und Bericht des Innenausschusses* (4. Ausschuss), 16. Wahlperiode, Drucksache 16/10822, 10.11.2008

Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt*, 16. Wahlperiode, 13.08.2008, Drucksache 16/10121

Deutscher Bundestag, *Ausschuss fuer Recht und Verbraucherschutz, Wortprotokoll Nr. 18/139*, Vorsitz: Renate Künast, MdB, Öffentliche Anhörung, Berlin, 29.03.2017

Deutscher Bundestag, *Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, 20.06.2017, Drucksache 18/12785

Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, Drucksache 18/11277, 22.02.2017

Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 240. Sitzung, Plenarprotokoll 18240, 22. juni 2017

Deutscher Bundestag, Kleine Anfrage der Abgeordneten Notz, Ströbele, Beck, Keul, Kuenast, Lazar und der Fraktion Die Gruenen, 21.08.2017, Drucksache 18/13413

Deutscher Bundestag, *Stellungnahme* Dr. Matthias Krauss, Bundesanwalt b. BGH, Karlsruhe, 30. 05.2017, Drucksache 18/112727

Bundesrat, *Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 853*, Berlin den 19. December 2008, uttalande: Geert Mackenroth

Bundesministerium des Inneren, Bundesministerium der Justiz, *Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland*, vom 28-08-2013

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestag, *Ausarbeitung, Maßnahmen des Bundes zur Terrorismusbekämpfung seit 2001*, Gesetzgebung und Evaluierung, (2015)

Deutscher Bundesrat, Gesetzentwurf der Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt*, Drucksache, 404/08, 05.06.08;
<http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2008/0404-08.pdf>

Deutscher Bundesrat, Entwurf eines *Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, Drucksache 796/16, 30.12.2016, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0796-16.pdf>

Deutsche Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Verlängerung der Befristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen*, Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/5924, 07.09.2015, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/059/1805924.pdf>

Deutsche Bundesregierung, *Gesetzesentwurf zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/11277, 22.02.2017, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/112/1811277.pdf>

Bundesrat, *Stenographischer Bericht, Plenarprotokoll 771*, Berlin, den 20. December 2001, pp.744-746 (angående terroristbrottsbekämpningslagen)

Bundesrat, *Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 829*, Berlin, den 15. December 2006, pp. 400-442 (angående förlängning av terroristbrottsbekämpningslagen)

Bundesrat, *Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 853*, Berlin, den 19. December 2008, uttalande: Geert Mackenroth

Bundesrat, *Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 890*, Berlin, den 25.11.2011, TOP 11, p.531

Bundesrat, *Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 939*, Berlin, den 27.11. 2015 TOP 6, pp. 456- 474 (angående förlängning av terroristbrottsbekämpningslagen III)

Bundesrat, *Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 959*, Berlin den 07.07.2017, TOP 97, pp. 354-356

Bundestag, *Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 18/240*, Berlin den 22.07.2017, TOP 7, pp. 2458-2458, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/18/18240.pdf>

Deutscher Bundestag, *Stenografischer Bericht*, 144. Sitzung. Plenarprotokoll 14207, 12.12.2001, s. 17-68; <http://dipbt.bundestag.de/doc/btp/18/18144.pdf>

Deutscher Bundestag, *Dokumente, Parlamentsarchiv des Deutschen Bundestags – Akten, Drucksachen, Protokolle*; bundestag.de/archiv, senast hämtad: 25-05-2018

Mißbrauch des Gastrechts durch einzelne Gruppen von Ausländern in der BRD, Drucksache Nr. 05/2046, 27.07.1967, Typ: Antwort, Urheber: Bundesministerium des inneren, <http://pdok.bundestag.de/index.php?qsafe=%23change%23&aload=off&q=Terrorismus&x=0&y=0&df=07.09.1949&dt=27.05.2018>

Zur zweiten Beratung a) des von der Fraktion der CDU/CSU eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung von Terrorismus und Gewaltkriminalität sowie zum Schutz des inneren Friedens, Drucksache Nr. 08/1888 vom 07.06.1078, Typ: Änderungsantrag, Urheber: Fraktion der CDU/CSU, <http://pdok.bundestag.de/index.php?qsafe=%23change%23&aload=off&q=terrorismus&x=0&y=0&df=07.09.1949&dt=27.05.2018>

Staatsterrorismus und Terrorismus, Drucksache Nr. 11/4992, 25.07.1989, Typ: Antwort, Urheber: Bundesregierung, <http://pdok.bundestag.de/index.php?qsafe=%23change%23&aload=off&q=terrorismus&x=0&y=0&df=07.09.1949&dt=27.05.2018>

Achter Bericht der Bundesregierung über ihre Menschenrechtspolitik in den auswärtigen Beziehungen und in anderen Politikbereichen, Drucksache Nr. 16/10037, 16.07.2008, Typ: Unterrichtung, Urheber: Bundesregierung, <http://pdok.bundestag.de/index.php?qsafe=%23change%23&aload=off&q=terrorismus&x=0&y=0&df=07.09.1949&dt=27.05.2018>

Rättsdokument

Ausländergesetz - AusIG vom 09.01.2002, BGBl. I

BND-Gesetz vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954, 2979), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. Juni 2001 (BGBl. I S. 1254);

Bundesgrenzschutzgesetz vom 19. oktober 1994 (BGBl. I S. 2978, 2979) zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 18. Mai 2001 (BGBl. I S. 904)

Bundesverfassungsschutzgesetz vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954, 2970), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) geändert worden ist

Das Vereinsgesetz vom 5.08.1964 (BGBl. I s. 593) zuletzt geändert durch das Gesetz vom 4.12. 2001 (BGBl. I S. 3319)

Drucksache 17/20425, Bayerischer Landtag, *Gesetzentwurf der Staatsregierung, fuer ein Gesetz der Neuordnung des bayerischen Polizeirechts* (PAG-Neuordnungsgesetz), 30.01.2018

Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, cdu.de, 2018

Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt, 25.12. 2008, BGBl, Teil 1 , Nr.66, 31.12.2008, <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP16/144/14447.html>

Gesetz zur Bekämpfung des Internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz), G-SIG: 140119814), BGBl. I 2002, S.361, Bundesregierung, ikraft sedan 01.01.2002 <http://pdok.bundestag.de/extrakt/ba/WP14/567/56794.html>

Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, ikraft sedan 24.08.2017, Bundesregierung der 18. Wahlperiode, Archivsignatur XVIII/535, <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/788/78842.html> (lag)

Gesetz zur Ergänzung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes (Terrorismusbekämpfungsgesetz), 05.01.2007, BGBBl. I, Bundestag, [Gesetz vom 05.01.2007 - Bundesgesetzblatt Teil I 2007 Nr. 1 10.01.2007 S. 2](#) (förlängning av terroristbrottsbekämpningslagen I)

Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes, ikraft sedan 07.12.2011, Bundesregierung der 17. Wahlperiode, Archivsignatur XVII/219, <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/378/37856.html> (förlängning av terroristbrottsbekämpningslagen II)

Gesetzentwurf der Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes*, Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/6925, 06.09.2011, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/069/1706925.pdf> (förslag om förlängning av terroristbrottsbekämpningslagen II)

Gesetzes zur Verlängerung der Befristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen, ikraft sedan 09.12.2015, Archivnummer XVIII/196, <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/685/68560.html> (förlängning av terroristbrottsbekämpningslagen III)

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23.05.1949 (BGBl.) zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.07.2017 (BGBl. I S. 2347) m.W.v. 20.07.2017

Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, *Ein neuer Aufbruch für Europa, eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land* (2018)

Passgesetz vom 19. April 1986 (BGBl. I S. 537), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 1. Mai 2000 (BGBl. I S. 626)

Richtlinie 1/76, Zur Entwicklung und Bearbeitung Operativer Vorgänge (OV), BStU, MfS, BdL-Dok. 3234, Ministerrat der Deutschen Demokratischen Republik, Ministerium für Staatssicherheit, Der Minister – Geheime Verschlusssache GVS MfS 000 100/76 – 1161. Ausf., 30 Bl. – [Auf S. 59, nach Text:] Mielke, Generaloberst.

Strafgesetzbuch (StGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist”

Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt, 25.12. 2008, BGBl, Teil 1 , Nr.66, 31.12.2008, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2008/0404-08.pdf>

Författningsdomstolen

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04. April 2006- 1 BvR 518/02 - Rn. (1-184), http://www.bverfg.de/e/rs20060404_1bvr051802.html

BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07 - Rn. (1-333), http://www.bverfg.de/e/rs20080227_1bvr037007.html

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Juli 2012 - 1 BvL 2/10 - Rn. (1-61)

BVerfG, *Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016* - 1 BvR 966/09 - Rn. (1-29), http://www.bverfg.de/e/rs20160420_1bvr096609.html , (dom, författningsdomstolen)

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017 - 1 BvR 2019/16 - Rn. (1-69)

BVerfG, Urteil v. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, Link: <http://tlmd.in/u/88>

Internationella rättsdokument

NATO, Treaty (1949) 34 UNTS 234

Charter of the United Nations (1945), 557 U.N.T.S. 143, Chapter 7, artikel 51

United Nations. S/RES/1373 (2001). Security Council. Distr. General. 28 September 2001

Council of the European Union, Interinstitutional file: 2015/0281 (COD), *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating terrorism* and replacing Council Framework decision 2002/475/JHA on combating terrorism, Brussels, 17 November 2016

Statistik och rapporter

Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland, 28.08.2013, Bäcker, Giesler, Harms, Hirsch, Kaller& Wolff für das Bundesministerium des Inneren und Bundesministerium der Justiz

Bericht gemäß §26 Abs. 2. Bundesdatenschutzgesetz über Maßnahmen der Quellen-Telekommunikationsüberwachung bei den Sicherheitsbehörden des Bundes, Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, 31.01.2012

Bundesministerium des Inneren, Bundesministerium der Justiz, *Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland*, vom 28-08-2013

Datenbestand und Nutzung der Antiterrordatei (ATD) und der Rechtsextremismus-Datei (RED) in den Jahren 2014-2017, BKA, Bericht an den deutschen Bundestag, 01.08.2017

In the Name of Security – Counterterrorism Laws Worldwide since September 11, Human Rights Watch (2012), printed in the United States of America

Maßnahmen des Bundes zur Terrorismusbekämpfung seit 2001 – Gesetzgebung und Evaluierung, Ausarbeitung WD 3-3000-044/15, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags (2015)

Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung seit dem 11. September 2001, Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Nr. 63/07 (16. Januar 2009)-aktualisierte Fassung vom 19. Januar 2009

Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) fuer das Jahr 2016, Die Kriminalität in der BRD, Bundesministerium des Inneren, April 2017

Terrorismus: Definitionen, Rechtsgrundlagen und Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung, Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung WD 3- 417/09, 2009

Tätigkeitsbericht zum Datenschutz 2015-2016, Die Bundesbeauftragte fuer den Datenschutz und die Informationsfreiheit, 30.05.2017

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestag, Ausarbeitung, Maßnahmen des Bundes zur Terrorismusbekämpfung seit 2001, Gesetzgebung und Evaluierung, (2015)

Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht 2006, Deutsche Langfassung, BKA Gesamtausgabe, 01.10.2006

Litteratur

- Bahn, Christoph, *Gewalt und Gegengewalt im "Deutschen Herbst" 1977- Eine Untersuchung der Staatlichen Reaktionen auf den Terrorismus in der BRD*, Freie Universität Berlin, Institut für Politikwissenschaft (2003)
- Collings, Justin, *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001*, Oxford Scholarship, 2015
- Corbin, Juliet M. & Strauss, Anselm L. (2008). *Basics of qualitative research: techniques and procedures for developing grounded theory*. 3. ed. Thousand Oaks: SAGE
- Frauenrath, Ralf, *Deutsche Anti-Terror-Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit,- Entwicklungen seit dem Inkrafttreten des Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz 2007*, Diplomarbeit, Schule für Verfassungsschutz, Heimerzheim, März 2013
- Gray, Christine, *International Law and the Use of Force*, 3:e ed., Oxford University Press, (2008)
- Gröpl, Christoph : *Staatsrecht I: Staatsgrundlagen, Staatsorganisation, Verfassungsprozess*. 9. Auflage, 2017, C. H. Beck, München
- Hermann Vinke, Gabriele Witt, *Die Anti-Terror-Debatten im Parlament, Protokolle 1974-1978*. Reinbek bei Hamburg, Rowohlt Verlag (1978)
- Hornig, Jens Christian, *Sicherheit statt Freiheit?*, Iaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Geschichts- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät der Katholischen Universität Eichstatt-Ingolstadt (2009)
- Jenkins, David, Jacobsen, Amanda & Henriksen, Anders (red.), *The long decade: how 9/11 changed the law*. New York: Oxford University Press, 2014
- Karsten Duemmel und Melanie Piepenschneider (Hrsg.): *Was war die Stasi? Einblicke in das Ministerium für Staatssicherheit der DDR*, Konrad-Adenauer-Stiftung (2014)
- Koskeniemi, Martti, *The Place of Law in Collective Security in: The Politics of International Law*. Oxford: Hart, 2011
- Lyon, David, *Surveillance Studies: an Overview*, Cambridge Polity Press (2007 viii)
- Martin Rieger, *Konstituierung staatlicher Telekommunikationsüberwachung. Rechtshistorie in der BRD und Analyse von Bundestagsdebatten zur Vorratsdatenspeicherung*, 2016, Konstanz: Xio Books
- Marx, Gary T, *Undercover: Police Surveillance in America*, University of California Press, 1988, London, England
- Masferrer, Aniceto, *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency: Security and Human Rights in Countering Terrorism*. Dordrecht, 2012, Springer Netherlands
- Meinhof, Ulrike, *Die Würde des Menschen ist antastbar, Aufsätze und Polemiken*, 1980, Wagenbachs Taschenbücherei 62
- Pierson, Christopher, *The modern state*. 3rd ed. Abingdon, 2011, Oxon: Routledge
- Posner, Eric A. & Vermeule, Adrian, *Terror in the balance: security, liberty, and the courts*. Oxford, 2007, Oxford University Press
- Posner, Eric A. & Vermeule, Adrian, *The executive unbound : after the Madisonian republic*. New York, 2010, Oxford University Press
- Schechter, Darrow, *The critique of instrumental reason from Weber to Habermas*. New York: Continuum, 2010

Shapiro L., Andrew (1999), *The Control Revolution: How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World we Know*, Perseus Books Cambridge, USA

Walker Clive, *Protect against Terrorism: In Service of the State, the Corporation or the Citizen? Part Four: Risk Prevention in The Long Decade*. David Jenkins, Amanda Jacobsen and Anders Henriksen., Oxford University Press (2014). Published 2014 by Oxford University Press

Waters, Tony. & Waters, Dagmar. (red.), *Weber's rationalism and modern society; new translations on politics, bureaucracy, and social stratification*, 2015, Basingstoke: Palgrave Macmillan

Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*. Studienausgabe, 5. Auflage, 1980, Tübingen

Weber, Max, *Gesamtausgabe. Abt. 1, Schriften und Reden, Bd 17, Politik als Beruf : 1919*. 1992, Tübingen: Mohr

Weber, Max, *From Max Weber: essays in sociology*. London, 2009, Routledge

Weber, Max, *Gesamtausgabe. Abt. 1, Schriften und Reden, Bd 17, Politik als Beruf : 1919*. Tübingen

Wendt, Claus (ed.) Lepsius, M. Rainer, *Max Weber and Institutional Theory*, 2013, Routledge

Williams, Paul (red.), *Security studies: an introduction*. Third edition, 2018. New York: Routledge

Artiklar

Bajc, Vida, *Sociological Relections on Security Through Surveillance*, Sociological Forum, Vol. 28, No. 3, September 2013

Bigo, Didier & Tsoukala, Anastassia (red.) (2008). *Terror, insecurity and liberty: illiberal practices of liberal regimes after 9/11*. London: Routledge

Byers, Michael, *Präventivkrieg und Selbstverteidigung im Völkerrecht – der Irak und der Fall Caroline*, le monde diplomatique, Ausgabe 6852, 13.09.2001

Frohman, Larry, Datenschutz, *The Defense of Law, and the Debate on Precautionary Surveillance: The Reform of Police Law and the Changing Parameters of State Action in West Germany*, German Studies Review, Volume 38, Number 2, May 2015, pp. 307-327

Gavison, Ruth (1980), *Privacy and the Limits of Law*, The Yale Law Journal, Vol. 89, No. 3, pp.421-471

Hsieh, Hsiu-Fang, Shannon, Sarah E., *Three Approaches to Qualitative Content Analysis*, Qualitative Health Research, Vol. 15, No. 9, November 2005

Ipek, Demirsu, *Talking security and Rights- the framing of counter-terrorism legislation in the UK*, Journal of Language and Politics, 2017, Vol. 16, Issue 5, p658-682. 25p

Jennings Robert Y, McLeod, Alexander, *The Caroline and McLeod Cases*, American Journal of International Law, Vol. 32, no. 1

Koskeniemi, Martti, *What is Critical Research in International Criminal Law? Celebrating Structuralism*, foundation of the Leiden Journal of International Law 29, 2016

Laas-Mikko, Katrin, Sutrop, Margit (2012), *How Do Violations Of Privacy and Moral Autonomy Threaten the Basis of our Democracy?* Trames: A Journal of the humanities and social sciences

Lubell, Noam, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford Universitz Press 2010.

- Lyon, David, *Facing the Future: Seeking ethics for everyday surveillance*, *Ethics and Information Technology*, No. 3, 2001, pp. 171-181 och: Raab, Charles (1998) *The Distribution of Privacy Risks: Who Needs Protection?*
- Lyon, David, *Globalizing Surveillance – Comparative and Sociological Perspectives*, *International Sociology*, Vol. 19, 2004 No. 2: pp. 135-149
- Lyon, David, *Surveillance Studies: an Overview*, Cambridge Polity Press (2007 viii);
- Posner, Eric; Vermeule, Adrian. *Accommodation Emergencies*, *Stanford Law Review*, No. 56 2003-2004
- Raab, Charles, *The Distribution of Privacy Risks: Who Needs Protection?* *The Information Society*, 1998, 14:4, P. 263-274
- Rouillard, Phillippe, *The Caroline Case – Anticipatory Self-Defence in Contemporary International Law*, Volume 1 (2004), No. 2, pp. 104-120
- Saul, Ben, “*The Legal Response of the League of Nations to Terrorism*,” *Journal of International Criminal Justice* 4, 2006
- Schwebel, *Agression, Intervention and Self-Defense in Modern International Law*, 136 RCADI (1972-II)
- Sperling, Stefan (2011), *The Politics of Transparency and Surveillance in Post-Reunification Germany*, *Surveillance and Society*, 8(4), pp. 296-412
- Sturm, Roland, *Föderalismus in Deutschland – Demokratie als Leitgedanke des deutschen Föderalismus*, *Informationen zur politischen Bildung* Nr. 318/2013; senast hämtad: 25.05.2018
- Tsoukala, Anastassia, *Democracy in the Light of Security: British and French Political Discourses on Domestic Counter-Terrorism Policies*, *Political Studies* (2006), Vol. 54
- Voßkuhle in FS für Thomas Würtenberger, 2013, 1101 ff. unter Hinweis auf Grimm, *Die Freiheit sichern! Ohne starke Bürgerrechte bleibt Sicherheit wertlos*, in: Zypries (Hrsg.), *Die Renaissance der Rechtspolitik*, 2008
- Walby, Kevin, Hier, Sean P. *Risk Technologies and the Securitization of Post-9/11 Citizenship: The Case of National ID Cards in Canada*
- Waxman, Matthew C., *National Security Federalism in the Age of Terror*, *Stanford Law Review*, 2012, Vol. 64:289

Övriga källor

”*Collective self-defence – article 5*”, https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_110496.htm?, 22.05.2017, senast hämtad: 25.05.2018

”*Übersicht deutscher Sicherheits- und Überwachungsgesetze*”, <http://www.datenspeicherung.de/index.php/ueberwachungsgesetze/>, senast hämtad 25-05-2018

”*Übersicht deutscher Sicherheits- und Überwachungsgesetze*”, <http://www.datenspeicherung.de/index.php/ueberwachungsgesetze/>, senast hämtad 25-05-2018

Anarchisten, mit dem Terror Leben, 10.03.1975, *Der Spiegel*, Heft 11/75, senast hämtad: 24-05-2018

Ausbruch in Berlin: Das ist eine Riesensache, *Der Spiegel*, 12.07.1976, senast hämtad: 24-05-2018

Der Spiegel, Nachrichtenarchiv, Titelbilder und Heftarchive, z.B. 29/1975; 18/1975;11/1975; <http://www.spiegel.de/spiegel/print/index-1975>. Senast hämtad: 25-05-2018

Hanrahan, Mark, Wang, Jessica, *Number of fatal terror attacks in western Europe*, *World News* 12 July 2017, <https://www.rte.ie/news/world/2017/0817/898178-europe-terror-attack-timeline/>

Human Rights Watch Report *In the Name of Security: Counterterrorism Laws Worldwide* (2012), s.5;
<https://www.hrw.org/report/2012/06/29/name-security/counterterrorism-laws-worldwide-september-11> , senast besökt
25-05-2018

Lill, Tobias, *Demonstration in Bayern: Warum zehntausend gegen ein Polizeigesetz protestieren*, 11.05.2018, Der
Spiegel; <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bayern-was-bedeutet-das-polizeiaufgabengesetz-a-1207370.html>

Luther, Carsten, *Auch Sicherheit ist ein Menschenrecht*, 10.06.2013, Die Zeit, zuletzt besucht: 05.05.2018

Mühlenmeier, Lennart, *Sicherheitsgesetze in Deutschen – Chronik des Überwachungsstaates*, 20.09.2017,
netzpolitik.org, senast besökt 21-05-2018

Parlamentsbegriffe: Exekutive, senast besökt: 20-05-2018,
<https://www.bundestag.de/service/glossar/glossar/E/exekutive/245414>

Rath, Christian, *Chronik der Sicherheitsgesetze: Der Weg zum Überwachungsstaat*, TAZ, 20-04-2010

Sicherheitsmaßnahmen in Deutschland: Im Namen der Sicherheit, 11.08.2016, Tagesschau.de/Inland, senast hämtad 21-
05-2018

Verfassungsschutz – Wo steht der Feind?, Der Spiegel 15.11.1993, senast hämtad: 24-05-2018

Wen Suchen Wir Eigentlich? , Der Spiegel, 46/1977, 07.11.1977, senast hämtad: 24-05-2018