



GENERALADVOKATEN

Forsvarsdepartementet
Postboks 8126 Dep.
0032 Oslo

TIDL. REF.:
2021/1622-1/FD II 5/ANWA

VÅR REF.:
0412-2/2021/GA/SRJ/00

DATO:
07.12.2021

FORSLAG OM GJENNOMFØRING AV TILLEGGSAVTALE OM FORSVARSSAMARBEID MELLOM NORGE OG USA I NORSK RETT

HØRINGSSVAR FRA GENERALADVOKATEN

1. Innledende merknader

Det vises til Forsvarsdepartementets høringsnotat av 8. september d.å. med forslag om inngåelse av tilleggsavtale om forsvarssamarbeid mellom Norge og USA av 16. april 2021 og forslag til de lovendringer som er nødvendige for å gjennomføre avtalen i norsk rett. Høringsfristen er satt til 8. desember 2021.

Høringsinstansene er bedt om å gi sitt syn på om Norge bør inngå tilleggsavtalen, som skal legges frem for Stortinget under henvisning til Grunnloven § 26 andre ledd, og på forslaget om lov om gjennomføring av avtalen og endringer i merverdiavgiftsloven.

Generaladvokaten anerkjenner det særlige behovet for en oppdatert og velfungerende avtale om forsvarssamarbeid med USA. I høringsnotatet er det poengtert at forhandlingene har vært langvarige, at amerikanerne fremforhandler lignende avtaler i andre stater og at enkelte spørsmål har vært særlig krevende å oppnå enighet om (s. 85). Blant disse er spørsmål knyttet til sikkerhetstiltak og straffejurisdiksjon, noe som er relevante spørsmål for vårt høringssvar. Departementet har lagt til grunn at tilfredsstillende og balanserte løsninger er oppnådd. Generaladvokatens innspill må derfor leses i lys av forutsetningen om at det for alle praktiske formål fremstår som urealistisk å reforhandle avtalen. I dette høringssvaret påpekes enkelte forhold som en antar vil kunne by på tolkningstvil, og uløste spørsmål som vil kunne skape praktiske utfordringer. Høringssvaret er avgrenset til å omfatte rettsspørsmål knyttet til myndighetsutøvelse og maktanvendelse (politimyndighet), strafferettslig jurisdiksjon og disiplin, i tillegg til enkelte grunnleggende spørsmål knyttet til reguleringen av omforente områder og respekten for norsk suverenitet.

2. Respekt for norsk suverenitet mv.

I artikkel I i tilleggsavtalen er det slått fast at alle aktiviteter skal utføres med «full respekt for norsk suverenitet, norske lover og folkerettslige forpliktelser [...]». Plikten til å respektere norsk rett er gjentatt i andre artikler, blant annet i artikkel III (omforente områder), artikkel IV (lagring av materiell) og artikkel XXVII (helse, miljø og sikkerhet). Plikten til å respektere norske lover fremgår også av NATO SOFA artikkel II, og rekkevidden av denne forpliktelsen har vært gjenstand for internasjonal diskusjon i perioden etter vedtakelsen av NATO SOFA (i 1951). Synspunktene i folkerettslig diskurs varierer i synet på om vertslandets rett kun skal respekteres i snever forstand, eller om plikten til respekt også innebærer en forpliktelse til å adlyde eller etterleve vertslandets rett. Under enhver omstendighet er det lagt til grunn i folkeretten at vertslandets rett ikke kommer til anvendelse i sin helhet overfor de besøkende styrker. I hvilken grad norsk rett kommer til anvendelse overfor amerikanske styrker, vil derfor måtte bero på en funksjonell tilnærming der det ses hen til oppdraget som skal utføres og hva som for øvrig er avtalt. Det påhviler både vertslandet og senderstaten å legge til rette for at henholdsvis oppdraget kan utføres og suverene rettigheter ikke krenkes.

Artikkel IV i tilleggsavtalen slår blant annet fast at lagring av våpentyper i strid med Norges folkerettslige forpliktelser (særlig praktisk for klaseammunisjon og antipersonellminer), er i strid med tilleggsavtalen. I andre situasjoner legger generaladvokaten til grunn at rekkevidden av forpliktelsen vil kunne by på tolkningstvil. Vil for eksempel amerikanske styrker være underlagt norsk smittevernlovgivning i henhold til artikkel XXVII, der det er slått fast at relevante lover om folkehelsen skal «respektere[s]»? Generaladvokaten antar at den selvstendige betydningen av plikten til å respektere norsk rett neppe bør overdrives når en blant annet skal vurdere rekkevidden av amerikansk adgang til myndighetsutøvelse på norsk territorium (omtalt i avsnitt 4 nedenfor).

3. Omforente områder (artikkel III)

Tilleggsavtalen gir USA ubetinget rett til tilgang og bruk av omforente områder på norsk territorium. Handlefriheten er vid og i høringsnotatet omtalt som en «nyvinning» sammenlignet med dagens avtaler (NATO SOFA og den bilaterale forsvarsavtalen fra 1950). I enkelte henseende fremstår deler av avtalen som inngripende i norsk jurisdiksjon. Dette inntrykket dempes imidlertid av at det i dag kun er inngått avtale om fire omforente områder, og at disse allerede i dag er militære områder. På side 85 i høringsnotatet fremhever departementet at USAs rett til tilgang og bruk av omforente områder må ses i lys av at amerikanerne skal ha full respekt for norsk suverenitet, norske lover og folkerettslige forpliktelser og på bakgrunn av konsultasjoner mellom partene.

Når det gjelder betydningen av at USA vil «respektere» norsk rett, vises det til merknadene i punkt 2 over. Generaladvokaten antar på denne bakgrunn at plikten til respekt for norsk rett i realiteten kan være vanskelig å kreve gjennomført dersom det skulle oppstå tvist eller tvil om etterlevelsen.

4. Sikkerhet og myndighetsutøvelse (artikkel VI)

Artikkel VI om sikkerhet er foreslått å gjelde som norsk lov i forslag til forsvarssamarbeidsloven § 4. Bestemmelsen innebærer en utvidelse i forhold til hva som følger av NATO SOFA artikkel VII nr. 10. Etter sistnevnte bestemmelse kan senderstaten føre politioppsyn (a) innenfor egen leir og tildelt område, og treffe nødvendige tiltak for å opprettholde orden og sikkerhet, og; (b) utenfor tildelt område etter avtale med mottakerstatens myndigheter og så langt det er nødvendig for å opprettholde disiplin og orden *blant styrkens medlemmer* (vår utheving). NATO SOFA artikkel VII nr. 10 er ikke gjennomført i norsk lov, men i forskrift om politimyndighet i Forsvaret punkt 10.

I artikkel VI nr. 3 er det gitt særlig adgang til å utøve «nødvendige rettigheter og myndighet» for «bruk, drift, forsvar av eller kontroll over» omforente områder. Dette formålet er videre enn i NATO SOFA artikkel VII nr. 10. Formålet er også videre enn formålet for den militære politimyndighet tillagt norsk militært personell på militært område til daglig, jf. lov om politimyndighet i forsvaret § 3. Hva som etter tilleggsavtalen omfattes av «nødvendige rettigheter og myndighet» og «egne og forholdsmessige tiltak [...] for å gjenopprette orden og beskytte amerikanske styrker [...]», er ikke presisert eller eksemplifisert. I nr. 4 er det gitt tilsvarende adgang for norske myndigheter i umiddelbar nærhet av omforent område og i «ekstraordinære tilfeller» for amerikanske styrker også utenfor umiddelbar nærhet for å beskytte gjennomføring av operasjoner.

Ved den helhetlige vurderingen av om artikkel VI innebærer en myndighetsutøvelse som er forenlig med Grunnloven, har departementet lagt avgjørende vekt på at de grunnleggende samfunnsmessige interessene som bestemmelsen er satt til å ivareta (her altså sikkerhets- og forsvarspolitiske interesser i form av allianseforsvar) og inngrepets omfang, samlet sett tilsier at inngrepet i norsk suverenitet er akseptabelt. Generaladvokaten er enig i vektleggingen av behovet for å tilrettelegge for amerikansk tilstedeværelse og at det reelle omfanget av myndighetsutøvelsen i det alt vesentlige ligger an til å bli smalt og geografisk avgrenset. Generaladvokatens merknader i det følgende knytter seg hovedsakelig til praktiseringen og gjennomføringen av avtalen i norsk rett, herunder om gjennomføringsbestemmelsen er tilstrekkelig klar.

Artikkel VI er vidtgående i flere henseende: formålet med myndighetsutøvelsen er vidtgående, arten av de tiltak som kan iverksettes er ikke spesifikt angitt, adgangen til å utøve myndighet (og makt) er tillagt ethvert styrkemedlem og myndighet kan utøves overfor enhver som kommer i befatning med det omforente området eller som – i ekstraordinære tilfeller – kommer i veien for en amerikansk operasjon. Sistnevnte kan tenkes i forbindelse med forflytning av styrker (se også merknad til artikkel XI) og øvelser, for eksempel på sjøen, hvor den alminnelige ferdsel raskt kan tilstøte militære operasjoner i indre farvann. Det kan altså benyttes makt av ethvert amerikansk styrkemedlem overfor norske sivile for å gjenopprette orden eller beskytte styrken. Sikkerhetsventilen mot overdreven eller vilkårlig maktbruk skal ligge i at amerikanske styrker etter artikkel VI nr. 2 skal *koordinere* sikkerhetsplaner med norske myndigheter.

Generaladvokaten antar at det kan oppstå ulike utfordringer ved praktisering av bestemmelsen. Den mest åpenbare ligger i oppfatningen av hva som utgjør en sikkerhetstrussel – på norsk territorium i fredstid – mot den amerikanske styrken eller operasjonen, fra norske borgere. Det er ikke gitt at den amerikanske forståelsen av en trussel – og dermed behovet for å bekjempe denne – er sammenfallende med den oppfatning som ville vært lagt til grunn av norsk politi eller norske militære styrker. Tvert om antar generaladvokaten at avvikende syn på sikkerhetsbehov vil være påregnelig. Bestemmelsen i artikkel VI nr. 2 er formentlig ment å bøte på denne utfordringen ved at sikkerhetsplaner skal koordineres med norske myndigheter. I flere tilfeller bør slik dialog kunne være egnet til å oppnå felles situasjonsforståelse, men neppe alle. Der en ulik tilnærming til trusselbildet – eller hva som utgjør forholdsmessige tiltak – eventuelt blir satt på spissen, har ikke norske myndigheter vetorett. Dersom for eksempel en amerikansk stående ordre foreskriver bruk av skarp ammunisjon og rettet ild mot nærmere definerte krenkelser av en sikkerhetssone rundt et amerikansk fartøy, vil dette kunne foranledige behov for å opplyse også den norske befolkningen om farene ved (angivelig) å være til hinder for amerikanske operasjoner og deres fartøy og å krenke de omforente områdene.

Et annet eksempel som nevnes i høringsnotatet, er adgangen til å fastsette fotoforbud for ulike typer av materiell eller skjernet personell, dernest at forbudet vil kunne håndheves for eksempel ved å «be om at bilder slettes eller ikke spres». Hvorvidt det kan tas beslag i kameraet (for eksempel telefonen), er ikke omtalt, men spørsmålet vil formentlig lett kunne oppstå i praksis dersom en anmodning om å slette bilder ikke etterkommes. Generaladvokaten legger til grunn at amerikanske styrker ikke vil ha annen adgang til å ta beslag i gjenstander ut over det som tilligger enhver etter straffeprosessloven § 206 første ledd andre punktum, der mistenkte treffes på fersk gjerning eller ferske spor. Et beslag skal i så fall straks meldes til påtalemyndigheten. Det fremstår ikke som klart fra høringsnotatet om det er lovens normalordning en ser for seg, eller hva som i motsatt fall skal være rettsgrunnlaget for å opprettholde et beslag og prosessreglene for den videre behandlingen av den beslaglagte gjenstanden.

Ved vurderingen av grunnlovsspørsmålet – altså om artikkel VI innebærer myndighetsoverføring i strid med Grunnloven § 3 – har departementet blant annet lagt vekt på koordineringsbestemmelsen i artikkel VI nr. 2. Det er vist til at denne i større grad sikrer «medbestemmelse og kontroll» (s. 28), og en ser for seg «vanlig operasjonell praksis» hvor planene utarbeides i samråd med relevante myndigheter. Uten å ta stilling til grunnlovsspørsmålet bemerker generaladvokaten at plikten til å koordinere hovedsakelig fremstår som en prosessregel og ikke som et materielt krav til innholdet i sikkerhetsplanene. Begge parter har utvilsomt de beste intensjoner ved praktiseringen av avtalen, men den reelle norske kontrollen med vilkårene for amerikansk maktbruk på norsk territorium fremstår ikke som fremtredende.

Den foreslåtte lovbestemmelsen er taus om *hvem* koordineringen skal skje med, annet enn at det er norske myndigheter. Det er heller ikke forespeilet forskriftsbestemmelser til å utfylle loven på dette punktet. Tidligere erfaringer tilsier at det kan oppstå ulike oppfatninger blant norske myndigheter

om hvem som er rette koordineringsmyndighet. I en rekke tilfeller er det naturligvis militære myndigheter som er rette vedkommende, men når det gjelder anvendelse av makt utenfor militært område (i «ekstraordinære tilfeller»), legger generaladvokaten til grunn at det først og fremst er politiet som er rette vedkommende. Enkelte prosessuelle spørsmål kan antagelig med fordel avklares i forskrifts form. Dette gjelder også ytterligere spørsmål knyttet til overgangen mellom håndhevelse av amerikanske styrker og håndhevelse av norsk militærpoliti og politi, for eksempel i situasjoner som nevnt i høringsnotatet på side 31, der en person anholdes eller pågripes under et forsøk på å ta seg inn på et amerikansk omforent område, og i situasjoner som omtalt over, der det oppstår behov for å benytte andre straffeprosessuelle tvangsmidler som beslag.

5. Inn- og utreise (artikkel VII)

I artikkel VII nr. 1 har Norge fraskrevet seg retten til medunderskrift (kontrasignatur) på amerikanske styrkers reiseordrer. Medunderskrift har, etter hva generaladvokaten er kjent med, heller ikke vært praktisert etter NATO SOFA, og det er i seg selv ikke problematisk. Det er likevel grunn til å bemerke at fraskrivelse av medunderskrift innebærer at senderstaten (USA) ensidig kan definere oppdraget som skal utføres i Norge, herunder om det skal bæres våpen under oppdraget. I ytterste konsekvens vil formentlig behovet for sikkerhetstiltak etter artikkel VI i noen grad speile definisjonen av oppdraget som ensidig bestemt (av USA) med hjemmel i artikkel VII. Norsk adgang til medbestemmelse vil som en konsekvens bli naturlig avkortet, uten av effektene av akkurat dette punktet heller bør overdrives.

6. Forflytning av luftfartøy, fartøy og kjøretøy (artikkel XI)

I artikkel XI nr. 3 er det avtalt at det ikke skal gjennomføres ombordstigning eller kontroll av noen typer fartøyer som brukes av eller for amerikanske styrker, uten etter samtykke fra USA. Bestemmelsen er knyttet til inn- og utreise fra norsk territorium, men omfatter også forflytning inne på norsk territorium. Bestemmelsen er utformet generelt og vil etter sin ordlyd også omfatte situasjoner der et amerikansk kjøretøy eller fartøy er involvert i en trafikkulykke eller et annet sammenstøt på en norsk vei, i sjøterritoriet eller i norsk luftrom. I situasjoner der norske nødetater blir tilkalt til et ulykkessted, antar generaladvokaten at bestemmelsen i artikkel XI nr. 3 vil kunne lede til utfordringer for tilgang for politi, brannvesen eller helsehjelp.

7. Jurisdiksjon i straffesaker (artikkel XII)

Artikkel XII i tilleggsavtalen tar utgangspunkt i NATO SOFA artikkel VII og utvider USAs rett til ensidig å bestemme hva som er en «tjenestehandling» og til å utøve førsterett til jurisdiksjon i alle straffesaker. Artikkelen er ikke foreslått gjennomført ved noen særskilt lovbestemmelse, kun ved de generelle bestemmelsene i straffeloven § 2 og straffeprosessloven § 4 og ved endringer i påtaleinstruksen, som er bebudet på et senere tidspunkt.

NATO SOFA artikkel VII er en bestemmelse tuftet på et folkerettslig kompromiss mellom prinsippet om territorialjurisdiksjon (for vertslandet) og prinsippet om flaggstatsjurisdiksjon (for senderstaten). Traktaten inneholder latente utfordringer knyttet til anvendelse nettopp fordi løsningen til enhver tid skal balansere hensynet til både vertslandets og senderstatens folkerettslige

rett til å utøve jurisdiksjon. Løsningen i gjeldende rett er verken turisme eller diplomati. Tilleggsavtalen med USA går et skritt videre i retning av flaggstatsjurisdiksjon for senderstaten.

Med unntak av forholdet til andre folkerettslige forpliktelser (som etterforskningsplikten etter EMK artikkel 2) legger generaladvokaten til grunn at løsningen i sine hovedtrekk er (og bør være) et politisk valg. Merknadene i det følgende er derfor begrenset til å fremheve enkelte praktiske konsekvenser av den valgte løsning.

I tråd med artikkel XII nr. 2 andre punktum kan Norge på nærmere bestemte vilkår trekke frafallet av første retten i «særlige tilfeller» som omfatter «spesielle omstendigheter». I praksis vil dette innebære at en eventuell sak der fornærmede er norsk og vil kunne tenkes å ha sivile rettskrav mot en amerikansk gjerningsperson, må vurderes i lys av kravet om «særlige tilfeller». Selv om det forhåpentligvis ikke vil dreie seg om et stort antall saker, kan det ikke utelukkes at det vil støte mot den alminnelige rettsfølelse om forfølgningen av enkeltsaker av en slik karakter overlates til USA. Dette kan dreie seg om for eksempel saker som gjelder mindreårige, grove voldslovbrudd eller seksuallovbrudd, eventuelt slike lovbrudd i kombinasjon. Samtidig som det anerkjennes at praktiske spørsmål knyttet til etterforskningen i enkeltsaker bør kunne løses med hjemmel artikkel XII nr. 6 (gjensidig plikt til bistand), antar generaladvokaten at det vil kunne by på praktiske utfordringer både å fremme rettskrav for fornærmede som del av en amerikansk prosess og å overta en sak der gjerningspersonen er i amerikansk varetekt under hele forfølgningen. Når det gjelder sistnevnte, fremmes ytterligere merknader i tilknytning til artikkel XIII (varetekt) i det følgende.

8. Artikkel XIII (varetekt)

I artikkel XIII er amerikanske myndigheters tilgang til og kontroll med amerikansk personell som blir pågrepet i Norge, utvidet i forhold til hva som i dag følger av NATO SOFA. Generaladvokaten legger til grunn at det særlig er artikkel XIII nr. 2 som er av praktisk betydning, idet denne slår fast at et amerikansk styrkemedlem som utgangspunkt skal forbli under amerikanske myndigheters kontroll.

Det er ikke foreslått lovendringer for å gjennomføre bestemmelsen i norsk rett, men Justis- og beredskapsdepartementet har bebudet å komme tilbake til hvordan nødvendige forskriftsendringer skal utformes. Generaladvokaten antar at det vil kunne oppstå praktiske spørsmål som vil kunne ha behov for avklaring, ut over selve overleveringen og den eventuelle anmodningen om å beholde styrkemedlemmet i norsk varetekt.

Det fremstår ikke som klart hvordan varetektsinstituttet skal forvaltes i de (antagelig få) tilfellene en amerikansk person skal forbli under amerikansk kontroll samtidig som straffeforfølgningen er norsk. For det første er det ikke klart hvordan en norsk dommer skal anvende grunnvilkårene for fengsling eller ilegge restriksjoner i medhold av straffeprosessloven § 186 (brev- og besøkskontroll/-forbud) og § 186 a (isolasjon), herunder om det i det hele tatt kan ilegges restriksjoner og hvordan de i så fall skal følges opp. Fremstilling til førstegangs- og fortsatt

fengsling må også koordineres med amerikanske myndigheter dersom den pågrepne allerede er under amerikansk kontroll. Generaladvokaten antar at det fra norsk side eventuelt kan besluttet bruk av fengslingssurrogat med hjemmel i straffeprosessloven § 188, jf. § 181, men spørsmålet om kontroll med gjennomføringen fremstår fremdeles som uklart.

For det andre kan det reises spørsmål om rekkevidden av rettssikkerhetsgarantiene i EMK i situasjoner der en amerikansk borger sitter varetekstfengslet (eller på bestemt oppholdssted som fengslingssurrogat) med bakgrunn i en kjennelse eller beslutning fra en norsk domstol, men under amerikanske myndigheters fysiske kontroll. Spørsmålet er altså i hvilken grad, om noen, norske myndigheter bærer ansvar for at forholdene under fengslingen eller oppholdet tilfredsstiller kravene til rettferdig rettergang og forbudet mot tortur (særlig ved spørsmål om fullstendig isolasjon) i EMK. Særlig kan dette være et spørsmål dersom amerikanske styrker benytter fasiliteter tilhørende Forsvaret. I situasjoner hvor den siktede befinner seg i USA, legger generaladvokaten til grunn at ansvaret i sin helhet påhviler USA.

For det tredje fremstår det heller ikke som klart om amerikanske styrker står fritt til å ilegge frihetsberøvelse overfor eget personell i større grad enn hva som følger av de norske reglene om varetekstfengsling, og om slik frihetsberøvelse skal komme fullt ut til fradrag ved idømmelse og soning av en eventuell fengselsstraff etter artikkel XIII nr. 3.

Endelig oppstår spørsmål om den siktede/tiltalte amerikanske personens rett til forsvarer etter eget valg bekostet av norske myndigheter. Skal forsvareren i så fall få opphevet bostedsforbeholdet og få innvilget reiser til USA for å forberede hovedforhandling i Norge?

Generaladvokaten mener at flere av disse spørsmålene (og antagelig ytterligere prosessuelle spørsmål) bør adresseres i forbindelse med utforming av forskriftsbestemmelser.

9. Disiplinærmyndighet (disiplin og politimyndighet) (artikkel XIV)

Artikkel XIV er i norsk oversettelse gitt overskriften «disiplinærmyndighet». Den engelske teksten bruker ordet «discipline», som etter generaladvokatens syn er mer dekkende for bestemmelsens innhold. I norsk sammenheng er «disiplinærmyndighet» myndigheten til å ilegge refselsler (enkeltvedtak etter særlovgivning), ikke tvangsmyndighet. Bestemmelsen i artikkel XIV regulerer imidlertid tvangsmyndighet; den myndigheten som i NATO SOFA omtales som «to police». Den norske oversettelsen kan på denne bakgrunn med fordel endres til «disiplin».

Bestemmelsen springer ut av NATO SOFA artikkel VII nr. 10 bokstav a og b. Bestemmelsen er ikke gjennomført i norsk lov, men i forskrift om politimyndighet i Forsvaret punkt 10. I høringsnotatet det ikke foreslått verken lov- eller forskriftsendringer som følge av vedtakelsen av bestemmelsen. Generaladvokaten mener at innholdet er av en slik art at det bør gjennomføres i norsk lov. Det vises i denne sammenheng til den redegjørelsen som er gjort i utredningen fra

arbeidsgruppen som har vurdert disiplinærloven, lov om politimyndighet i forsvaret og den påtalemessige behandlingen av militære straffesaker, i avsnitt 7.4.12.

Når det gjelder praktiseringen av artikkel XIV nr. 3, har generaladvokaten samme merknad som til artikkel VI over, nemlig at det med fordel kan gjøres klart hvilke norske myndigheter den amerikanske myndighetsutøvelsen skal koordineres med. Som for situasjonen omtalt over, legger generaladvokaten til grunn at det også her, når det gjelder hendelser utenfor militært område, er politiet som er rette vedkommende.

Med hilsen



Sigrid Redse Johansen
generaladvokat