

Den retlige ramme for brug af aflytning ved infiltration i fængsler

Kandidatspeciale

Af Astrid Halgaard Davey, Emma Fischer Christensen
& Maria Bom Voergaard Mikkelsen

Vejleder: Fenella Billing

16. maj 2024





Juridisk Institut
Aalborg Universitet

Specialets titel:

Den retlige ramme for brug af aflytning ved infiltration i fængsler

Specialets titel på engelsk:

The legal framework for the use of listening devices with infiltration in prisons

Periode:

Forårssemesteret 2024

Omfang:

Anslag i alt: 191.982 (inkl. mellemrumsanslag)

Sideantal (uden bilag): 88 sider

Forfattere:

Astrid Halgaard Davey

Studienummer: 20193184

Emma Fischer Christensen

Studienummer: 20195045

Maria Bom Voergaard Mikkelsen

Studienummer: 20196106

Vejleder:

Fenella Billing

Afleveringsdato:

16. maj 2024

Abstract

The authority to initiate and carry out the investigation of a criminal matter belongs to the police. At times the police must develop and test new investigative methods when the investigation of a criminal matter is abortive, and the usual means of investigation have been exhausted. An illustrative example of this is the police investigation in the criminal case pending at the time of writing about the murder of a woman in Elverparken on the 4th of November 2016. This led to charges being brought, after which the Danish Courts ruled on the investigative method, and whether the evidence obtained thereby could be used in the criminal case.

The police placed a PET agent, Frank, as an infiltrator in the prison where the accused, who had previously been questioned by the police, was serving time. Frank was equipped with listening devices, and the defendant's cell was bugged. This investigative method is not expressly regulated in The Administration of Justice Act (AJA). The purpose of the thesis is to examine the legal framework for the use of listening devices with infiltration in prisons as an investigative method as well as the use of the audio recordings obtained thereby as evidence.

The investigative method consists of a combination of other means of investigation, each of which is separately regulated: use of listening devices, infiltration and questioning. Thus, the legal framework for the investigative method is the basic principles of the criminal process, the general provisions of the AJA on investigation, the rules on use of listening devices, infiltration and questioning in the AJA and the ECHR as well as case law from the Danish courts and ECtHR. The use of listening devices is expressly regulated in chapter 71 of the AJA, while neither the use of personal listening devices nor infiltration has express legal authority and therefore must be assumed to be authorized in AJA section 742(2) and governed by in particular the principle of proportionality. Due to the lack of regulation, the Danish courts and the ECtHR have found the use of listening devices violated the right to privacy, cf. ECHR Art. 8, while the admission of evidence obtained thereby, however, did not violate the right to fair trial, cf. ECHR Art. 6. According to the Danish courts and the ECtHR infiltration does not in itself violate Art. 6, but infiltration is only acceptable if a clear and foreseeable procedure for authorising, implementing and supervising infiltration is in place. The ECtHR does not in existing case law appear to consider infiltration to interfere with ECHR Art. 8. However, considering later case law from the ECtHR on the right to self-determination, it is unclear whether the ECtHR still holds this view.

What is determinative for the legality of the investigation method is seen to be whether the conversations between the defendant and Frank can be characterized as interrogations, which require observance of the right to remain silent and the privilege against self-incrimination, cf. AJA section 752(1) and ECHR Art. 6(1). The AJA does not contain a definition of interrogation, but only of rules for the conduct of interrogations.

In the case of the murder in Elverparken the Danish courts, in accordance with case law from the ECtHR, carried out a comprehensive assessment of whether the conversations between T and Frank was equivalent to interrogations and thus violated Art. 6.

The courts ruled that the accused may not be made to talk about the crime in defiance of the will of the accused. The District Court found that individual conversations could be characterized as interrogations and found based on a comprehensive assessment in accordance with Art. 6 that these conversations could not be included as evidence in the case. However, the High Court and the Supreme Court found that only a few elements of these conversations could be characterized as interrogations. Despite this, the evidence in its entirety could be included in the case. It follows from the ECtHR's practice that the use of illegally obtained evidence does not in principle violate Art. 6, but the use of explanations obtained in violation of the right not to speak and the privilege against self-incrimination in principle will constitute a violation of Art. 6, however, it depends on a concrete assessment.

Based on the Supreme Court's ruling, the police appear to have a certain degree of freedom for using such an investigative method. Given that there appears to be some discrepancy between the case law of the Danish courts and the ECtHR, which must however be seen in the light of the fact that in every case a comprehensive assessment must be made of whether the process as a whole has been fair, the current state of law in this area seems somewhat unclear.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1. Introduktion til specialet.....	6
1.1. Indledning	6
1.2. Problemformulering og specialets struktur.....	7
1.3. Afgrænsning.....	8
1.4. Metode	10
1.5. Politiets efterforskningsmetode i sagen om drabet i Elverparken	12
Kapitel 2. Den retlige ramme for politiets efterforskning.....	14
2.1. Straffeprocessens bærende hensyn og grundprincipper.....	14
2.2. Politiets efterforskning.....	16
2.3. Aflytning	20
2.3.1. Rumaflytning.....	21
2.3.2. Personbårne aflytninger	23
2.3.3. Aflytning i forhold til EMRK	24
2.4. Infiltration	26
2.4.1. Infiltration i forhold til EMRK.....	29
2.5. Afhøring.....	33
2.5.1. Almindelige regler for politiets afhøring	34
2.5.2. Afhøring af sigtede.....	34
2.5.3. Afhøring i forhold til EMRK	40
2.6. Sammenfatning	44
Kapitel 3. Den retlige ramme for brug af ulovligt tilvejebragte beviser i straffesager	45
Kapitel 4. Retspraksis om efterforskningsmetoden og brug af lydoptagelser tilvejebragt herved som bevis	51
4.1. Retspraksis fra EMD.....	51
4.1.1. Allan mod Storbritannien.....	51
4.1.2. Bykov mod Rusland.....	54
4.2. De danske domstoles kendelser i sagen om drabet i Elverparken	55
4.2.1. Rumaflytning.....	56
4.2.2. Personbåret aflytning	58
4.2.3. Infiltration	59
4.2.4. Sigtede?.....	63
4.2.5. Samtale eller afhøring, herunder retten til tavshed og selvinkrimineringsforbuddet.....	65
4.2.6. Ulovligt tilvejebragte beviser.....	73
Kapitel 5. Konklusion	79
Litteraturliste	85

Kapitel 1. Introduktion til specialet

1.1. Indledning

Retsplejeloven¹ udgør den overordnede retlige ramme for politiets efterforskning og tvangsindgreb. Kompetencen til at iværksætte og udføre efterforskning af et strafbart forhold tilkommer politiet, og som led i efterforskningen har politiet en lang række efterforskningsmidler til rådighed. Politiet må dog undertiden se sig nødsaget til at udvikle og afprøve nye efterforskningsmetoder, når efterforskningen af et strafbart forhold viser sig resultatløs, og de sædvanlige efterforskningsmidler er udtømt. Et illustrativt eksempel herpå er politiets efterforskning i den i skrivende stund verserende straffesag om knivdrabet på den 32-årige højgravide Louise Borglit i Elverparken den 4. november 2016, hvor politiet har benyttet en højst usædvanlig og i dansk retshistorie hidtil uset efterforskningsmetode.²

Efter at en større og længerevarende efterforskning havde vist sig resultatløs, indsatte politiet en infiltrator, PET-agent 'Frank' (herefter Frank), i Enner Mark Fængsel og Nørre Snede Fængsel, hvor en mistænkt i sagen (herefter T) afsonede en fængselsdom. Retten godkendte ved kendelse rumaflytning af T's celle, Franks celle og fængslets besøgsrum. Politiet besluttede endvidere, at Frank skulle anvende personbåret aflytningsudstyr til brug for aflytninger af samtaler mellem T og Frank. Ved anklageskrift af 8. november 2022 rejste anklagemyndigheden tiltale mod T for manddrab efter straffelovens³ § 237.⁴

Retsplejeloven indeholder dog ingen udtrykkelige bestemmelser om en sådan efterforskningsmetode, hvilket kan give lovgiver anledning til at indføre regulering heraf. Når politiets nye efterforskningsmetode viser sig i en konkret sag, inden lovgiver har taget stilling hertil, må domstolene dog vurdere dels lovligheden af den givne efterforskningsmetode ved at sammenholde metoden med den eksisterende regulering, dels hvorvidt de ved efterforskningsmetoden tilvejebragte beviser kan indgå i sagen.

¹ LBK nr. 1655 af 25.12.2022 (Bekendtgørelse af lov om rettens pleje)

² Carl-Emil Søb, "Politiets beslutning i Louise Borglit-sagen er 'helt usædvanlig', siger tidligere drabschef", TV2 Danmark, 6. maj 2022,

<https://nyheder.tv2.dk/krimi/2022-05-06-politiets-beslutning-i-louise-borglit-sagen-er-helt-usaedvanlig-siger-tidligere-drabschef> citeret den 3. marts 2024 og Louise Bolvig Hansen og Astrid Søndberg, "Hemmelig politiagent om samtaler med drabstiltalt mand: - Det boblede i ham. Det boblede over", TV2 Danmark, 16. maj 2023,

<https://nyheder.tv2.dk/krimi/2023-05-16-hemmelig-politiagent-om-samtaler-med-drabstiltalt-mand-det-boblede-i-ham-det-boblede-over> citeret den 3. marts 2024 og Alberte Bay Sandager og Mathias Jensen, "Tidligere undercoveragent fortæller om metoder brugt i Borglit-sagen", TV2 Danmark, 2. maj 2023, <https://nyheder.tv2.dk/samfund/2023-05-02-tidligere-undercover-agent-fortaeller-om-metoder-brugt-i-borglit-sagen>, citeret den 3. marts 2024

³ LBK nr. 1360 af 28.09.2022 (Bekendtgørelse af straffeloven)

⁴ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 1-3 og U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5403

Under hovedforhandlingen i straffesagen om drabet i Elverparken har domstolene foretaget en vurdering af politiets brug af aflytning ved infiltration i et fængsel som led i efterforskningen af drabet og i forlængelse heraf, hvorvidt beviserne i form af navnlig lydoptagelser tilvejebragt herved kunne indgå i straffesagen mod T. Byretten afsagde den 30. juni 2023 kendelse⁵ om, at anklagemyndigheden i vidt omfang måtte bruge beviserne tilvejebragt ved efterforskningsmetoden, hvorefter landsretten den 25. september 2023 afsagde kendelse⁶ om, at samtlige beviser måtte indgå i sagen. Denne kendelse har Højesteret den 14. maj 2024 stadfæstet.⁷

Sagen udgør på flere måder et nyt kapitel i dansk retshistorie, idet det som anført af professor Jørn Vestergaard tillige er ”[...] første gang, at domstolene har taget stilling til, om det er lovligt at anvende infiltration i en straffesag og om de oplysninger, som man skaffer på den måde, kan bruges som bevis i retten [...]”⁸

Når politiet anvender nye efterforskningsmetoder, som ikke er udtrykkeligt reguleret, aktualiseres en række retlige og retssikkerhedsmæssige problemstillinger. Politiets opsigtsvækkende efterforskningsmetode i sagen om drabet i Elverparken giver således anledning til at undersøge den retlige ramme for henholdsvis politiets brug af aflytning ved infiltration i fængsler som efterforskningsmetode samt brug af lydoptagelser tilvejebragt herved som bevis i retten, herunder hvilken efterforskningsmetode der reelt er tale om, hvorledes efterforskningsmetoden reguleres, og hvorvidt efterforskningsmetoden er i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter EMRK)⁹.

1.2. Problemformulering og specialets struktur

Med afsæt i ovenstående undersøges i nærværende speciale følgende problemformulering:

⁵ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 19

⁶ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5406

⁷ Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling)

⁸ Sofie Myhre, ”Strid om agentoptagelser fortsætter: Kan ende med nyt resultat i landsretten, vurderer professor”, TV2 Kosmopol, 20. august 2023, <https://www.tv2kosmopol.dk/herlev/strid-om-agentoptagelser-fortsætter-kan-ende-med-nyt-resultat-i-landsretten-vurderer-professor> citeret den 3. marts 2024. Se også Louise Bolvig Hansen, ”Højesteret giver grønt lys til samtlige skjulte lydoptagelser i Borglit-sag”, TV2 Danmark, 14. maj 2024, <https://nyheder.tv2.dk/krimi/2024-05-13-hoejesteret-giver-grønt-lys-til-samtlige-skjulte-lydoptagelser-i-borglit-sag> citeret den 15. maj 2024

⁹ Europarådets konvention af 4. november 1950 til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder. Inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 285 af 29. april 1992 om den Europæiske Menneskerettighedskonvention, jf. lovbekendtgørelse nr. 750 af 19. oktober 1998.

Hvad er den retlige ramme for brug af rumaflytning og personbåret aflytning ved infiltration i fængsler som efterforskningsmetode samt brug af lydoptagelserne tilvejebragt herved som bevis i en straffesag?

Formålet med dette speciale er således at klarlægge gældende ret for brug af rumaflytning og personbåret aflytning ved infiltration i fængsler som led i efterforskningen af et strafbart forhold og den efterfølgende brug af lydoptagelserne tilvejebragt herved som bevis i en straffesag samt belyse de retlige problematikker, som den nugældende regulering af efterforskningsmetoden rejser.

Specialet falder i 5 dele. I nærværende kapitel 1 introduceres og afgrænses specialets problemfelt, ligesom specialets metode og struktur præsenteres og beskrives. Desuden præsenteres politiets efterforskningsmetode i sagen om drabet i Elverparken. I kapitel 2 beskrives og analyseres den retlige ramme for politiets efterforskning generelt, aflytning, infiltration og afhøring, som disse følger af retsplejeloven og retspraksis fra danske domstole såvel som EMRK og praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter EMD). Indledningsvist i kapitlet beskrives de for specialet relevante straffeprocessuelle grundprincipper, som udgør fundamentet for de straffeprocessuelle regler for politiets efterforskning. I kapitel 3 beskrives og analyseres den retlige ramme for ulovligt tilvejebragte beviser, som denne følger af retsplejeloven og EMRK samt retspraksis fra danske domstole og EMD. Dette fordi det søges fastlagt, i hvilket omfang beviser tilvejebragt ved efterforskningsmetoden kan indgå som bevis i en straffesag, dersom domstolene måtte vurdere, at der er tale om et ulovligt efterforskningsskridt. I mangel af udtrykkelig lovregulering om efterforskningsmetoden er retspraksis herom særligt relevant for fastlæggelsen af den retlige ramme herfor, hvorfor EMD's praksis om efterforskningsmetoden samt de danske domstoles kendelser i sagen om drabet i Elverparken analyseres og fortolkes i kapitel 4. Endeligt konkluderes i kapitel 5 på specialets problemformulering.

1.3. Afgrænsning

Selvom specialet har til formål at belyse den retlige ramme for såvel efterforskningsmetoden aflytning ved infiltration i fængsler som anvendelsen af beviser tilvejebragt herved i en straffesag, vil hovedvægten være på den retlige ramme for efterforskningsmetoden, idet dette er afgørende for, hvorvidt der er tale om et ulovligt tilvejebragt bevis, og dermed i hvilket omfang beviserne kan indgå i straffesagen, som i øvrigt i høj grad beror på domstolenes konkrete vurdering.

Specialet har et straffeprocessuelt perspektiv, hvorfor alene retsplejeloven vil indgå i specialet, idet øvrig lovgivning såsom politiloven ikke vil indgå, ligesom forvaltningsretten alene vil indgå i det begrænsede omfang, det er relevant for specialets problemfelt.

Det er ikke formålet at give en fuldstændig fremstilling af samtlige straffeprocessuelle grundprincipper, politiets efterforskning, efterforskningsmidlerne aflytning, infiltration og afhøring samt reglerne om ulovligt tilvejebragte beviser. Dette behandles i det omfang, det findes relevant af hensyn til specialets problemfelt.

Specialet er med udgangspunkt i politiets efterforskningsmetode i sagen om drabet i Elverparken afgrænset til efterforskningsmidlerne aflytning, infiltration og afhøring samt beviser i form af lydoptagelser. Observation ved hjælp af tv-kamera, jf. RPL § 791 a, stk. 3, såvel som beviser i form af videooptagelser og vidneforklaringer vil derfor ikke være en del af dette speciale, selvom disse var en del af henholdsvis efterforskningsmetoden og bevismaterialet. Afgrænsningen herfra er begrundet i, dels at disse ikke udgør de centrale dele af politiets efterforskningsmetode i sagen og beviserne fremlagt i straffesagen mod T, dels at en afgrænsning herfra er fundet nødvendig for at sikre en dybdegående behandling af de helt centrale dele af politiets efterforskningsmetode og de herved tilvejebragte beviser i sagen.

For så vidt angår behandlingen af den retlige ramme for politiets brug af aflytning ved infiltration i fængsler i relation til EMRK er navnlig art. 6 om retten til retfærdig rettergang og art. 8 om retten til respekt for privatliv relevant, hvorfor specialet afgrænses til en behandling af disse.

Højesteret har afsagt kendelse den 14. maj 2024 og dermed op til specialets afleveringsfrist, hvorfor det ikke har været muligt at foretage en dybdegående analyse af kendelsen. Det bemærkes dog, at Højesteret har stadfæstet landsrettens kendelse.

1.4. Metode

Specialets problemformulering vil blive besvaret ved brug af den retsdogmatiske metode, som har til formål at fastlægge gældende ret på et givent retsområde ved at beskrive, analysere, fortolke og systematisere relevante retskilder.¹⁰ Metodens sigte er at undersøge retstilstanden på et retsområde og beskrive en eventuel retlig tvivl snarere end at løse konkrete retlige problemstillinger.¹¹ Specialet tilstræber ved anvendelse af den retsdogmatiske metode at klarlægge gældende ret for brug af rumaflytning og personbåret aflytning ved infiltration i fængsler som led i efterforskningen af et strafbart forhold og brug af lydoptagelserne tilvejebragt herved som bevis i en straffesag.

I specialet er traditionelle retskilder i form af loven og retspraksis anvendt.¹² Loven er øverst i retskildehierarkiet og har forrang for andre retskilder.¹³ Problemformuleringen vil derfor først og fremmest blive besvaret ved inddragelse af retsplejeloven, idet de straffeprocessuelle regler er samlet heri. Til fortolkning af retsplejelovens regler er forarbejderne hertil samt retspraksis anvendt. Forarbejder er ikke selvstændige retskilder, men kan indgå som fortolkningsbidrag til loven, idet lovgivers hensigt med loven kan udledes heraf.¹⁴ Da infiltration ikke er udtrykkeligt reguleret i dansk ret, er Strafferetsplejeudvalgets betænkning 1984 nr. 1023 om politiets indgreb i meddelelshemmeligheden og anvendelse af agenter, hvori infiltration beskrives, blevet tillagt stor vægt i den retsdogmatiske analyse heraf, ligesom betænkningen er inddraget i den retsdogmatiske analyse af rumaflytning og personbåret aflytning.

Domstolenes virksomhed er retsskabende og lovfortolkende.¹⁵ Ved inddragelse af retspraksis kan det dermed klarlægges, hvorledes retsreglerne anvendes og fortolkes af domstolene i konkrete straffesager. Retspraksis er således en væsentlig retskilde til fortolkningen af gældende ret. Da efterforskningsmetoden aflytning ved infiltration i fængsler ikke er udtrykkeligt reguleret i dansk ret, og da retspraksis

¹⁰ Carsten Munk-Hansen, *"Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning"*, 2021, s. 14 og 91, og Carsten Munk-Hansen, *"Retsvidenskabsteori"*, 2022, s. 70 ff. og 211 ff.

¹¹ Carsten Munk-Hansen, *"Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning"*, 2021, s. 14 og Carsten Munk-Hansen, *"Retsvidenskabsteori"*, 2022, s. 211 f.

¹² Carsten Munk-Hansen, *"Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning"*, 2021, s. 9

¹³ Carsten Munk-Hansen, *"Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning"*, 2021, s. 17 og 23 og Carsten Munk-Hansen, *"Retsvidenskabsteori"*, 2022, s. 264

¹⁴ Carsten Munk-Hansen, *"Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning"*, 2021, s. 54 og Carsten Munk-Hansen, *"Retsvidenskabsteori"*, 2022, s. 269

¹⁵ Carsten Munk-Hansen, *"Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning"*, 2021, s. 65 og Carsten Munk-Hansen, *"Retsvidenskabsteori"*, 2022, s. 332 f.

kan bidrage til at fastlægge retstilstanden på et retsområde, har retspraksis en fremtrædende rolle i specialet.¹⁶ Med henblik på at fastlægge den retlige ramme for efterforskningsmetoden og for brug af beviser tilvejebragt herved i en straffesag vil kendelserne afsagt af henholdsvis Retten i Glostrup¹⁷ og Østre Landsret¹⁸, hvor domstolene for første gang har taget stilling til lovligheden af efterforskningsmetoden og muligheden for at anvende beviser tilvejebragt herved i en straffesag, blive analyseret. Højesterets kendelse fastlægger gældende ret, men vil ikke være genstand for en dybdegående analyse, idet det dog bemærkes, at Højesteret har stadfæstet landsrettens kendelse. Kendelserne er udvalgt, da de ses at være eneste retspraksis fra de danske domstole, hvor denne konkrete efterforskningsmetode er blevet vurderet.

EMRK blev inkorporeret i dansk ret i 1992, hvorved EMRK blev en del af dansk ret i den aktuelle fortolkning, som lægges til grund af EMD.¹⁹ Den retlige ramme for brug af aflytning ved infiltration i fængsler og for anvendelse af ulovligt tilvejebragte beviser må således vurderes og fastlægges i lyset af EMRK. I den retsdogmatiske analyse heraf er EMRK art. 6 om retten til retfærdig rettergang og EMRK art. 8 om retten til respekt for privatliv samt EMD's retspraksis herom derfor inddraget. Særligt for specialets problemformulering er EMD's dom i Allan mod Storbritannien²⁰ relevant, idet EMD heri har vurderet efterforskningsmetoden aflytning ved infiltration i fængsler og brug af beviser tilvejebragt herved i forhold til EMRK. Det bemærkes i øvrigt, at når der i specialet henvises til 'national dansk ret', forstås herved ikke EMRK og praksis fra EMD, idet begrebet således anvendes for at tydeliggøre, når der alene henvises til national vedtaget lovgivning og retspraksis.

I specialet inddrages desuden relevant, anerkendt retslitteratur, men med øje for at retslitteratur ikke udgør en retskilde, da forfatteren savner demokratisk legitimitet til at fastlægge ret.²¹ Retslitteratur kan

¹⁶ Carsten Munk-Hansen, *"Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning"*, 2021, s. 66

¹⁷ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen

¹⁸ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023

¹⁹ Europarådets konvention af 4. november 1950 til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder. Inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 285 af 29. april 1992 om den Europæiske Menneskerettighedskonvention, jf. lovbekendtgørelse nr. 750 af 19. oktober 1998 og Carsten Munk-Hansen, *"Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning"*, 2021, s. 49

²⁰ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002

²¹ Carsten Munk-Hansen, *"Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning"*, 2021, s. 80, og Carsten Munk-Hansen, *"Retsvidenskabsteori"*, 2022, s. 397 f.

dog indgå i den retlige argumentation.²² I tilfælde af at der i den anvendte retslitteratur har været uenighed mellem forfatterne, er dette blevet påpeget. Udover retslitteratur er der anvendt journalistiske artikler til at belyse, at politiets efterforskningsmetode er en nyskabelse i dansk straffeprocess, men det må holdes for øje, at værdien heraf er en anden end retslitteraturen, hvilket afspejler sig i den yderst begrænsede anvendelse heraf.

Endelig bemærkes, at der vil forekomme retspolitiske betragtninger, de lege ferenda-betragtninger, af den nugældende regulering, idet der vil indgå kritiske og vurderende elementer, som i øvrigt er indeholdt i den retsdogmatiske metode.²³

1.5. Politiets efterforskningsmetode i sagen om drabet i Elverparken

Den 4. november 2016 blev en ung kvinde knivdræbt i Elverparken i Herlev. Anklagemyndigheden rejste den 8. november 2022 tiltale mod T for manddrab efter straffelovens § 237. Under efterforskningen besluttede politiet at indsætte infiltrator Frank i Enner Mark Fængsel, hvor T afsonede en fængselsdom for blandt andet drabsforsøg. Retten godkendte ved kendelse af 9. oktober 2020, at politiet fra den 27. oktober 2020, hvor Frank blev indsat, til den 24. november 2020 måtte foretage rumaflytning af to celler i Enner Mark Fængsel, jf. RPL § 781, stk. 1 og 5, jf. § 780, stk. 1, nr. 2. I den ene celle var T indsat, og i den anden blev infiltrator Frank indsat. Rumaflytningen blev afsluttet den 23. november 2020, hvor Frank blev trukket ud af fængslet. Politiet havde desuden besluttet, at Frank under infiltrationen skulle anvende personbåret aflytningsudstyr, således samtalerne mellem T og Frank under fællesskab i Enner Mark Fængsel kunne aflyttes. I forbindelse med politiets senere infiltration af T i Nørre Snede Fængsel godkendte retten ved kendelse den 25. juni 2021, at politiet fra den 9. august 2021 og fire uger frem kunne foretage rumaflytning af T's celle samt af fængslets besøgsrum i forbindelse med Franks besøg hos T, jf. RPL § 781, stk. 1 og 5, jf. § 780, stk. 1, nr. 2. Dette blev ved kendelser forlænget med fire uger ad gangen med udløb senest den 11. april 2022. Det blev ved kendelserne bestemt, at T og dennes forsvarer ikke skulle have underretning om indgrebene, jf. RPL §§ 729 a og b. Der blev således i ovennævnte perioder foretaget aflytning af T's samtaler med sig selv alene i sin celle samt af samtaler mellem T og Frank.²⁴

²² Carsten Munk-Hansen, *"Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning"*, 2021, s. 80, og Carsten Munk-Hansen, *"Retsvidenskabsteori"*, 2022, s. 398 f.

²³ Sten Schaumburg-Müller, *"Fem retsfilosofiske teser"*, 2009, s. 411

²⁴ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 1-3 og U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5403

Kombinationen af disse efterforskningsmidler må anses for at være én samlet efterforskningsmetode, som i nærværende speciale benævnes aflytning ved infiltration i et fængsel. Denne efterforskningsmetode er dog ikke udtrykkeligt reguleret i retsplejeloven. Dette rejser spørgsmålet om, hvilken efterforskningsmetode der reelt er tale om, og hvad den retlige ramme er for denne efterforskningsmetode, samt hvorvidt beviser tilvejebragt herved kan indgå som bevis i retten.

Kapitel 2. Den retlige ramme for politiets efterforskning

Ved en umiddelbar betragtning indeholder politiets efterforskningsmetode aflytning ved infiltration i et fængsel elementer af to konkrete efterforskningsmidler: aflytning og infiltration. Byretten anfører dog i sin kendelse af den 30. juni 2023, at “[d]et er et centralt tema i sagen, om de afspillede lydoptagelser af samtaler mellem tiltalte og infiltratoren Frank er samtaler eller afhøringer.”²⁵ Der kan således identificeres tre konkrete efterforskningsmidler, som kan anses for at være en del af den retlige ramme, som efterforskningsmetoden skal holdes inden for: afhøring, aflytning og infiltration. Disse tre efterforskningsmidler, som hver for sig er reguleret, må dermed udgøre den retlige ramme for efterforskningsmetoden, som således må være reguleret af reglerne om aflytning, infiltration og afhøring i retsplejeloven og EMRK samt retspraksis fra de danske domstole og EMD herom. Derudover må efterforskningsmetoden være reguleret af dels straffeprocessens grundprincipper, dels retsplejelovens almindelige bestemmelser om politiets efterforskning, idet disse udgør den grundlæggende retlige ramme for politiets efterforskning.

2.1. Straffeprocessens bærende hensyn og grundprincipper

Straffeprocessen omhandler straffesagers behandling og er en forudsætning for, at de strafferetlige regler kan håndhæves.²⁶ Straffeprocessen har til formål at regulere efterforskning og strafforfølgning af strafbare forhold og omfatter således de regler i retsplejeloven og EMRK samt de principper og den retspraksis, som samlet udgør det juridiske grundlag for blandt andet efterforskning og domstolsbehandling.²⁷ De straffeprocessuelle regler beror på en afvejning af to modsatrettede bærende hensyn i straffeprocessen: hensynet til effektiv kriminalitetsbekæmpelse over for hensynet til det enkelte individs retsbeskyttelse, navnlig frihedsrettighederne i Grundloven²⁸ og menneskerettighederne i EMRK.²⁹ For at sikre en rimelig balance mellem disse to modsatrettede hensyn bygger straffeprocessen på en række grundlæggende principper.³⁰ De straffeprocessuelle regler må således forstås i lyset af de grundlæggende principper i straffeprocessen, idet disse har betydning for reglernes udformning.³¹

²⁵ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 6

²⁶ Michael Kistrup m.fl., “Straffeprocessen”, 2023, s. 25 og Jørn Vestergaard, “Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”, 2018, s. 1 f.

²⁷ Michael Kistrup m.fl., “Straffeprocessen”, 2023, s. 25 og Jørn Vestergaard, “Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”, 2018, s. 1 f.

²⁸ LOV nr. 169 af 05/06/1953 (Danmarks Riges Grundlov (Grundloven))

²⁹ Michael Kistrup m.fl., “Straffeprocessen”, 2023, s. 25 f. og Jørn Vestergaard, “Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”, 2018, s. 2

³⁰ Jørn Vestergaard, “Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”, 2018, s. 2

³¹ Michael Kistrup m.fl., “Straffeprocessen”, 2023, s. 29

Et helt grundlæggende princip i dansk straffeprocess er den materielle sandheds princip, hvorefter domstolen er pålagt at finde frem til sandheden i straffesagen. I straffesager er sagens parter den tiltalte borger³² og staten repræsenteret ved anklagemyndigheden, som varetager samfundets interesser, og sagens genstand er spørgsmålet om, hvorvidt en borger skal påtvinges en straf af staten. Domstolen indtager derfor i straffesager en aktiv rolle, idet domstolen har til opgave at finde frem til sandheden i sagen. Den materielle sandheds princip sikrer et værn mod, at uskyldige dømmes, men skal samtidig sikre, at skyldige bliver dømt. Princippet sikrer dermed, at såvel hensynet til effektiv kriminalitetsbekæmpelse som hensynet til individets retsbeskyttelse tilgodeses.³³

Den materielle sandheds princip har til formål at sikre, at det alene er skyldige, der dømmes, hvilket tilstræbes gennem en række forskellige regler i retsplejeloven. Af princippet følger således objektivitetsprincippet, hvorefter anklagemyndigheden ikke blot skal påse, at strafskyldige drages til ansvar, men også at forfølgning af uskyldige ikke finder sted, jf. RPL § 96, stk. 2.^{34,35} Bestemmelsen antages tillige klart at gælde for politiets efterforskning.³⁶ Såvel anklagemyndigheden som politiet skal således varetage sine opgaver sagligt og objektivt under behandlingen af hele straffesagen.³⁷ Objektivitetsprincippet indebærer dermed, at politiet skal undersøge forhold, som taler for både mistænktens skyld og uskyld, ligesom anklagemyndigheden i den materielle sandheds interesse har ansvar for at fremdrage alle relevante oplysninger og beviser under straffesagen.³⁸

Der gælder en grundlæggende uskyldsformodning i dansk ret, jf. også EMRK art. 6, stk. 2, hvorefter enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses for uskyldig, indtil hans skyld er bevist i overensstemmelse med loven.³⁹ Bevisbyrden påhviler anklagemyndigheden. En af de vigtigste retssikkerhedsgarantier i straffeprocessen i den forbindelse er det ulovfæstede princip *in dubio pro reo*, som betyder, at enhver rimelig tvivl skal komme tiltalte til gode.⁴⁰ Det er alene en rimelig eller berettiget

³² Det bemærkes, at der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar, jf. straffelovens § 306.

³³ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 28 f., Jørn Vestergaard, *“Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 23 og Gorm Toftegaard Nielsen ved Nicolaj Sivan Holst, *“Straffesagens gang”*, 2020, s. 15

³⁴ I RPL § 96, stk. 2 lovfæstes ligeledes tempomaksimen.

³⁵ Af den materielle sandheds princip følger også reglerne om tilståelsessager, jf. RPL § 831, stk. 1, nr. 1 og 3, ligesom princippet også kommer til udtryk i dommerens rolle under straffesagen, jf. bl.a. RPL §§ 867 og 874, stk. 3, 1. pkt.

³⁶ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 29 og 440

³⁷ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 29 og 129 og Jørn Vestergaard, *“Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 22 og 54

³⁸ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 440 og Jørn Vestergaard, *“Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 22 og 54

³⁹ Jørn Vestergaard, *“Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 23

⁴⁰ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 35 og 678 og Jørn Vestergaard, *“Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 23

tvivl, som skal komme tiltalte til gode, og ikke enhver tvivl.⁴¹ Domstolen skal således frifinde, såfremt en rimelig tvivl om tiltaltes skyld står tilbage, jf. også den materielle sandheds princip.⁴²

Endelig gælder et generelt og til dels udtrykkeligt lovfæstet proportionalitetsprincip for politiet og anklagemyndigheden. Princippet fastslår, at der skal være et rimeligt forhold mellem mål og midler, således der ikke foretages foranstaltninger, der er mere vidtgående og indgribende over for borgeren end nødvendigt for at opnå foranstaltningens formål. Derfor skal det mindst indgribende middel, der er tilstrækkeligt til at opnå formålet, vælges, ligesom midlet i enhver henseende skal være egnet, nødvendigt og forholdsmæssigt. Proportionalitetsprincippet varetages ved en afvejning mellem på den ene side behovet for opklaring og strafforfølgning af lovovertrædelser og på den anden side beskyttelsen af borgerens rettigheder mod vilkårlige eller for vidtgående indgreb fra staten. Vurderingen af, om midlet er proportionalt, må ske ud fra en helhedsvurdering, hvor der lægges vægt på blandt andet kriminalitetens art og grovhed, behovet for at tage bestemte efterforskningsmidler i brug, muligheden for at anvende andre efterforskningsmidler samt forventningen om, at efterforskningsskridtet kan bringe efterforskningen videre. Proportionalitetsprincippet gælder ved ethvert efterforskningsskridt, men det er udtrykkeligt lovfæstet ved de straffeprocessuelle tvangsindgreb, jf. f.eks. RPL § 782, stk. 1 om indgreb i meddelelshemmeligheden. Desuden er proportionalitetsprincippet en af betingelserne for at legitimere statens indgreb i borgerens ikke-absolutte menneskerettigheder efter EMRK.⁴³

2.2. Politiets efterforskning

Den overordnede retlige ramme for efterforskning fastlægges i retsplejelovens kapitel 67-75 b. Retsplejelovens kapitel 67 indeholder en række almindelige bestemmelser om efterforskning, mens kapitel 68 indeholder bestemmelser om afhøringer og særlige efterforskningsskridt. Herefter følger i kapitel 69-75 b en detaljeret regulering af straffeprocessuelle tvangsindgreb.

For så vidt angår de almindelige bestemmelser om efterforskning følger det først og fremmest af retsplejelovens § 743, at efterforskningen har til formål at klarlægge, om betingelserne for at pålægge strafansvar eller anden strafferetlig retsfølge er til stede, og at tilvejebringe oplysninger til brug for sagens afgørelse samt forberede sagens behandling ved retten. Efterforskningen iværksættes af politiet, når der er en rimelig formodning om, at et strafbart forhold, som forfølges af det offentlige, er begået,

⁴¹ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 35

⁴² Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 35 og Gorm Toftegaard Nielsen ved Nicolaj Sivan Holst, *“Straffesagens gang”*, 2020, s. 15

⁴³ Jørn Vestergaard, *“Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 26 ff.

jf. RPL § 742, stk. 2. Kompetencen til at iværksætte, tilrettelægge og udføre efterforskning af et strafbart forhold tilkommer dermed politiet.⁴⁴ Domstolene bliver kun inddraget i efterforskningen, hvis der er tvistigheder om lovligheden af politiets efterforskningsskridt samt om sigtedes og forsvarerens beføjelser, jf. RPL § 746, eller rettens medvirken er påkrævet til indenretlig sikring af bevis eller til afsigelse af kendelse, som er forudsat for politiets iværksættelse af visse efterforskningsskridt, jf. RPL § 747. Af retsplejelovens § 744 følger politiets notatpligt, hvorefter politiet snarest skal udfærdige rapport om de afhøringer, der foretages, og om andre efterforskningsskridt, medmindre oplysning herom foreligger på anden måde. Foruden disse almindelige bestemmelser om efterforskningen skal politiets efterforskning tilrettelægges og udføres i overensstemmelse med straffeprocessens grundprincipper, herunder objektivitetsprincippet og proportionalitetsprincippet.⁴⁵

Som led i efterforskningen af en strafbar handling har politiet en lang række efterforskningsmidler til rådighed, som i retsplejeloven overordnet inddeles i tre kategorier, hvorunder de tre efterforskningsmidler i politiets efterforskningsmetode også hører: 1) “almindelig” efterforskning, 2) afhøringer og særlige efterforskningsskridt og 3) straffeprocessuelle tvangsindgreb.⁴⁶

Politiets virksomhed er omfattet af legalitetsprincippet, som er toledet: 1) det formelle lovs princip, hvorefter politiets virksomhed ikke må være i strid med loven, og 2) det almindelige hjemmelskrav, hvorefter politiets virksomhed skal have hjemmel i loven.⁴⁷ Politiet er dermed underlagt et almindeligt hjemmelskrav. Dette indebærer, at politiet alene kan handle på grundlag af en bemyndigelse i lovgivningen, og at politiets handlinger derfor skal have positiv hjemmel i loven.⁴⁸ I retsplejelovens § 742, stk. 2 findes således politiets hjemmel til at foretage almindelig efterforskning såsom gerningsstedsundersøgelser, tekniske undersøgelser og opslag i offentlige registre.⁴⁹ Som anført af Hans Gammeltoft-Hansen kan “[s]ådanne almindelige efterforskningsskridt [...] som udgangspunkt frit foretages; et særligt hjemmelsmæssigt grundlag fordres ikke.”⁵⁰ Ved manglende udtrykkelig regulering af et efterforskningsmiddel må hjemlen hertil således findes i retsplejelovens § 742, stk. 2.

⁴⁴ Michael Kistrup m.fl., “Straffeprocessen”, 2023, s. 426

⁴⁵ Michael Kistrup m.fl., “Straffeprocessen”, 2023, s. 440

⁴⁶ Jørn Vestergaard, “Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje”, 2018, s. 5

⁴⁷ Sten Bønsing, “Almindelig forvaltningsret”, 2023, s. 22 f og 309 ff

⁴⁸ Sten Bønsing, “Almindelig forvaltningsret”, 2023, s. 22 f og 309 ff

⁴⁹ Jørn Vestergaard, “Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje”, 2018, s. 5 og Michael Kistrup m.fl., “Straffeprocessen”, 2023, s. 443 ff. og Lene Wachter Lentz, “Politiets infiltration på digitale platforme – set i et menneskeretligt perspektiv”, 2019, s. 131

⁵⁰ Hans Gammeltoft-Hansen, “Straffeprocessuelle tvangsindgreb”, 1981, s. 25

Spørgsmålet er herefter, hvilke af politiets efterforskningsskridt, som kræver klar lovhjemmel og dermed skal reguleres udtrykkeligt i retsplejeloven. Gammeltoft-Hansen har opstillet en definition af et straffeprocessuelt tvangsindgreb: *“En foranstaltning, der efter sit almindelige formål udføres som led i en strafforfølgning, og hvorved der realiseres en strafbar gerningsbeskrivelse rettet mod legeme, frihed, fred, ære eller privat ejendomsret.”*⁵¹ Ifølge Gammeltoft-Hansen kræver sådanne straffeprocessuelle tvangsindgreb et klart hjemmelsgrundlag for politiet, idet der ville være tale om en ulovlig handling, såfremt straffeprocessens regler ikke indeholdte et hjemmelsgrundlag.⁵² Denne definition er i det væsentligste blevet fulgt af Strafferetsplejeudvalget, ligesom Folketinget lægger definitionen til grund.^{53, 54} Definitionen⁵⁵ danner således grundlag for retsplejelovens nuværende regulering af de straffeprocessuelle tvangsindgreb, som omfatter bl.a. indgreb i meddelelseshemmeligheden, jf. RPL kapitel 71.⁵⁶

Reguleringen af de straffeprocessuelle tvangsindgreb er særdeles udførlig, og afvejningen mellem hensynet til effektiv kriminalitetsbekæmpelse over for hensynet til den enkeltes retssikkerhed træder tydeligt frem heri.⁵⁷ Anvendelsen af et straffeprocessuelt tvangsindgreb skal være nødvendigt af hensyn til kriminalitetsbekæmpelsen, og i reguleringen af de straffeprocessuelle tvangsindgreb er der derfor fastsat en række materielle og formelle betingelser.⁵⁸ I retsplejeloven opstilles for hvert straffeprocessuelt tvangsindgreb tre materielle betingelser for at anse tvangsindgrebet for lovligt: et kriminalitetskrav, et mistankekrav og et indikationskrav. Disse tre materielle betingelser gradueres alt efter indgrebets art og intensitet. Kriminalitetskravet definerer, hvornår kriminaliteten er så alvorlig, at indgrebet må anvendes i efterforskningen. Mistankekravet vedrører, hvor stærk mistanken skal være mod en konkret person, eller hvor sikker politiet skal være på, at en forbrydelse er ved at blive begået, førend et tvangsindgreb kan anvendes. Endelig vedrører indikationskravet det konkrete behov og formål med indgrebet, idet tvangsindgrebet alene kan anvendes, såfremt indgrebet anses for nødvendigt for den aktuelle efterforskning.

⁵¹ Hans Gammeltoft-Hansen, *“Straffeprocessuelle tvangsindgreb”*, 1981, s. 44 f.

⁵² Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 467

⁵³ Definitionen ses også accepteret i retspraksis, jf. bl.a. U 1996.1496 V og U 2000.2476 H

⁵⁴ KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 12 og Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 420 f.

⁵⁵ Definitionen er dog blevet kritiseret i retslitteraturen af blandt andre Gorm Toftegaard Nielsen og Birgitte Brøbech, som i stedet argumenterer med udgangspunkt i forvaltningsretten. Se bl.a. Gorm Toftegaard Nielsen: *“Hvad er et tvangsindgreb? Om straffeprocess og forvaltningsret”*, 2005(5), s. 153-160, og Birgitte Brøbech, *“Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”*, 2003, s. 384-395.

⁵⁶ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 420

⁵⁷ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 421

⁵⁸ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 471

Hertil kommer en række formelle betingelser. Dette vedrører først og fremmest regler om kompetence, hvor udgangspunktet er, at retten har kompetencen til at bestemme, at et tvangsindgreb kan iværksættes.⁵⁹ Udover kompetencereglerne findes en række øvrige formelle betingelser, som opstiller begrænsninger for og fastsætter regler for fremgangsmåden ved udførelsen af straffeprocessuelle tvangsindgreb. Dette gælder blandt andet i forhold til indgrebets varighed, jf. f.eks. RPL § 783, stk. 3, og regler om, at der efter afslutningen af visse tvangsindgreb skal gives underretning om indgrebet til den berørte, jf. f.eks. RPL § 788. Endvidere findes regler om advokatbeskikkelse. Når eksempelvis indgreb i meddelelseshemmeligheden skal forelægges for retten, skal der - som følge af at indgrebet er hemmeligt - beskikkes en indgrebsadvokat for den, som indgrebet vedrører, og advokaten skal have lejlighed til at udtale sig, jf. RPL § 784.⁶⁰

De materielle og formelle betingelser suppleres af et proportionalitetsprincip, hvorefter samtlige straffeprocessuelle tvangsindgreb ikke må være mere indgribende, end formålet tilsiger. Proportionalitetsprincippet finder ikke alene anvendelse ved beslutningen om, hvorvidt indgrebet skal anvendes, men også ved omfanget og varigheden af indgrebet samt ved indgrebets konkrete gennemførelse.⁶¹ Proportionalitetsprincippet fremgår udtrykkeligt i reguleringen af visse tvangsindgreb, jf. f.eks. RPL § 782, stk. 1. Desuden kommer proportionalitetsprincippet til udtryk i bestemmelser om indgrebets varighed.

Visse af politiets efterforskningsmidler er i takt med samfundsudviklingen blevet undergivet lovregulering, selvom de ikke ifølge Gammeltoft-Hansens definition udgør et straffeprocessuelt tvangsindgreb.⁶² Formålet med lovregulering af sådanne efterforskningsmidler er ikke at skabe hjemmel for at muliggøre anvendelsen heraf men derimod at begrænse deres ellers frie anvendelse.⁶³ Disse efterforskningsmidler er reguleret i retsplejelovens kapitel 68, hvor politiets afhøring er reguleret i §§ 750-754, mens det særlige efterforskningsskridt agentvirksomhed er reguleret i §§ 754 a-e. Af andre særlige efterforskningsskridt findes navnlig infiltration, anvendelse af lokkeduer og meddelere, som dog ikke er udtrykkeligt reguleret i retsplejeloven og derfor må anses for at henhøre under den retlige ramme for almindelig efterforskning, jf. ovenfor.⁶⁴ Undertiden betegnes disse særlige efterforskningsskridt samlet som 'aktiv efterforskning'.⁶⁵

⁵⁹ Michael Kistrup m.fl., "*Straffeprocessen*", 2023, s. 474

⁶⁰ Jørn Vestergaard, "*Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje*", 2018, s. 110. Se også RPL § 799, stk. 2, jf. § 784 om hemmelig ransagning.

⁶¹ Lene Wachter Lentz, "*Politiets hemmelige efterforskning på internettet*", 2019, s. 21

⁶² Michael Kistrup m.fl., "*Straffeprocessen*", 2023, s. 420

⁶³ Hans Gammeltoft-Hansen, "*Straffeprocessuelle tvangsindgreb*", 1981, s. 94 f.

⁶⁴ Michael Kistrup m.fl., "*Straffeprocessen*", 2023, s. 449

⁶⁵ KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 125 ff.

Ovenstående udgør den overordnede retlige ramme for politiets efterforskning, herunder politiets mulighed for at anvende straffeprocessuelle tvangsindgreb. I det følgende klarlægges den retlige ramme for de konkrete efterforskningsmidler, som udgør den retlige ramme for efterforskningsmetoden. Indledningsvist klarlægges den retlige ramme for aflytning, dernæst infiltration og endelig afhøring. For hvert efterforskningsmiddel afdækkes først retsplejelovens regler, herefter dansk retspraksis og slutte- ligt EMRK og EMD's praksis.

2.3. Aflytning

Som omtalt i afsnit 2.2. har politiet som led i efterforskningen af et strafbart forhold mulighed for at foretage en række straffeprocessuelle tvangsindgreb, herunder indgreb i meddelelshemmeligheden. Ved et sådant indgreb krænkes individets personlige fred, som er en af individets grundlæggende rettigheder, jf. Grundlovens § 72 og EMRK art. 8, som beskytter individets ret til respekt for privatliv. Indgreb i meddelelshemmeligheden kan efter EMRK art. 8 alene ske med hjemmel i national lov, og efter Grundlovens § 72 forudsætter indgrebet retskendelse, medmindre andet har hjemmel i lov. En sådan lovhjemmel findes i retsplejelovens kapitel 71, som i det væsentligste bygger på Strafferetsplejeudvalgets betænkning 1984 nr. 1023. I kapitlet fastlægges en række materielle og formelle betingelser for indgrebenes lovlighed, og i § 780, stk. 1, nr. 1-6 opregnes seks forskellige former for indgreb: telefonaflytning, anden aflytning (rumaflytning), teleoplysning, udvidet teleoplysning, brevåbning og brevstandsning. Indgrebene oplistet i § 780, stk. 1, nr. 1-6 er af meget forskellig intensitet, men betingelserne for indgrebene er i vidt omfang identiske. Imidlertid afhænger proportionalitetsvurderingen i retsplejelovens § 782, stk. 1 af indgrebets karakter, ligesom der ved eksempelvis rumaflytning er fastsat et skærpet kriminalitetskrav, da dette anses for et særligt alvorligt indgreb.⁶⁶ Indgreb i meddelelshemmeligheden er i sagens natur kun meningsfulde, såfremt de foretages hemmeligt, hvorfor individet ikke som ved de øvrige tvangsindgreb har mulighed for at gøre indsigelser forinden eller umiddelbart efter indgrebets iværksættelse. De formelle regler må derfor tage højde herfor, hvorfor de er udformet således, at individets retssikkerhed varetages og sikres på anden vis.

Efterforskningsmetoden aflytning ved infiltration i et fængsel involverer såvel rumaflytning som personbårne aflytninger. I det følgende behandles derfor betingelserne for politiets foretagelse af rumaflytning som led i efterforskningen, hvorefter politiets adgang til at benytte personbårne aflytninger vil være genstand for nærmere behandling. Endelig behandles aflytning i forhold til EMRK.

⁶⁶ FT 1984/85, tillæg B, sp. 2227

2.3.1. Rumafllytning

Retsplejelovens § 780, stk. 1, nr. 2 giver politiet mulighed for at aflytte andre samtaler eller udtalelser ved hjælp af et apparat. Politiet kan således som led i efterforskningen af et strafbart forhold under visse nærmere materielle og formelle betingelser foretage såkaldt anden aflytning, undertiden også kaldet rumaflytning. Strafferetsplejeudvalget har defineret rumaflytning som de tilfælde, hvor “[...] politiet hemmeligt ved hjælp af et apparat aflytter samtaler, der ikke er telefonsamtaler [...] eller radiokommunikation, eller aflytter udtalelser, der ikke er led i samtaler, og som eventuelt fremsættes i enrum.”⁶⁷

Idet retsplejelovens regulering af straffeprocessuelle tvangsindgreb i vidt omfang tager udgangspunkt i Gammeltoft-Hansens definition af straffeprocessuelle tvangsindgreb, hvorefter en foranstaltning kræver udtrykkelig regulering, såfremt der herved realiseres en strafbar gerningsbeskrivelse, er retsplejelovens regler om rumaflytning udformet som en afspejling af straffelovens § 263, stk. 2, nr. 2. Som følge heraf falder det uden for retsplejelovens regler om rumaflytning, når en mødedeltager efter aftale med politiet optager samtalen, eller når en polititjenestemand deltager i og optager samtalen. Dette udgør dermed ikke et indgreb i meddelelseshemmeligheden. En modifikation hertil findes imidlertid i retsplejelovens § 751, stk. 3, som indeholder et forbud mod fonetisk optagelse af sigtedes forklaringer afgivet til politirapport under politiets afhøring af sigtede, uden at sigtede er blevet gjort bekendt hermed. Uden for retsplejelovens regler om rumaflytning falder ligeledes de tilfælde, hvor politiet aflytter samtaler uden brug af et apparat.⁶⁸

I retsplejelovens § 781 findes de materielle betingelser for at foretage rumaflytning. I § 781, stk. 1, nr. 1 er mistankekravet angivet som, at rumaflytning alene må foretages, såfremt der er bestemte grunde til at antage, at der på den pågældende måde gives meddelelser eller foretages forsendelser til eller fra en mistænkt. Mistankekravet er dermed formuleret som et tredelt krav: 1) der skal være en mistænkt, 2) der skal være bestemte grunde til at antage, at der foretages kommunikation til eller fra den mistænkte, og 3) der skal være bestemte grunde til at antage, at kommunikationen sker på en måde, som indgrebet omfatter.⁶⁹ Kravene skal specificeres og begrundes konkret. I TfK 2021.403/2 V fandt landsretten, at en generel formodning fra politiet om, at en arrestant efter længere tids varetægtsfængsling vil betro sig til sin nye cellekammerat om den kriminalitet, som han var mistænkt for at have begået, ikke i sig selv medfører, at der er bestemte grunde til at antage, at der vil blive givet meddelelser om

⁶⁷ KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 59 f.

⁶⁸ KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 60

⁶⁹ Henning Fuglsang Sørensen, “Straffeprocessuel oversigt”, 2024, s. 97

den påsigtede kriminalitet til eller fra arrestanten. Da det ikke var konkret begrundet, var mistankekravet således ikke opfyldt, hvorfor politiet blev nægtet at etablere rumaflytning i den varetægtsfængslede celle. Indikationskravet er angivet i § 781, stk. 1, nr. 2, hvorefter rumaflytning alene må foretages, såfremt indgrebet må antages at være af afgørende betydning for efterforskningen. Uanset at indikationskravet er højt, må rumaflytning gerne benyttes, selvom der er andre mulige efterforskningsmidler, hvis disse er uforholdsmæssigt ressourcekrævende.⁷⁰ Endelig angives i § 781, stk. 1, nr. 3 kriminalitetskravet, hvorefter indgrebet alene må foretages, såfremt efterforskningen angår en lovovertrædelse, som efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover, eller en overtrædelse af visse nærmere opregnede bestemmelser. Der gælder dog et skærpet kriminalitetskrav for rumaflytning i § 781, stk. 5, hvorefter rumaflytning endvidere kun kan foretages, når mistanken vedrører en forbrydelse, som har medført, eller som kan medføre fare for menneskers liv eller velfærd eller for betydelige samfundsværdier.

Hertil kommer en række formelle betingelser for rumaflytning. Efter retsplejelovens § 783 sker rumaflytning efter rettens kendelse⁷¹, som skal begrundes og overholde en række specifikationskrav. Kompetencen tilkommer dermed retten. I kendelsen skal fastsættes det tidsrum, inden for hvilket rumaflytningen kan foretages. Tidsrummet skal være så kort som muligt og må ikke overstige 4 uger, men kan ved kendelse forlænges, dog med højst 4 uger ad gangen, jf. RPL § 783, stk. 3. Retskendelse til rumaflytning indebærer i øvrigt, at politiet i fornødent omfang kan skaffe sig adgang til lokalet med henblik på at anbringe aflytningsudstyr.⁷²

Idet rumaflytning udgør et hemmeligt indgreb, og individet derfor ikke som ved de øvrige tvangsindgreb har mulighed for at gøre indsigelser eller kære afgørelsen, er der fastsat nærmere regler om beskikkelse af en indgrebsadvokat for den, som indgrebet vedrører, og advokaten skal have lejlighed til at udtale sig, inden afgørelsen træffes, jf. RPL § 784, stk. 1.⁷³ Beskikkelse skal ske, selvom der allerede er beskikket en forsvarer for den, som rumaflytningen vedrører, idet advokaten også skal varetage interesserne for andre personer, som fremgår på aflytningen.⁷⁴ Forsvareren skal, ligesom indgrebsadvokaten, underrettes om og er berettiget til at deltage i retsmødet om rumaflytningen, jf. RPL § 748, stk. 2, jf. dog stk. 2, 3. pkt. Efter afslutningen af et indgreb i meddelelshemmeligheden skal der gives underretning om indgrebet, jf. RPL § 788, stk. 1, jf. dog stk. 3 og 4. Underretning om rumaflytning

⁷⁰ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 484

⁷¹ Jf. dog RPL § 783, stk. 4, som fastsætter nærmere regler om politiets kompetence i periculum in mora-situationer.

⁷² KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 60

⁷³ Se også RPL § 785 om blandt andet advokatens nærmere beføjelser.

⁷⁴ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 489

skal gives til den, der har rådighed over det sted eller det lokale, hvor samtalen er afholdt eller udtalelsen fremsat, jf. RPL § 788, stk. 2, nr. 2. I U 2001.2526 H skulle der derfor alene gives underretning til fængslet om aflytning af en samtale i fængslets besøgsrum.

Foruden disse materielle og formelle betingelser skal rumaflytningen ligeledes være proportional. I retsplejelovens § 782, stk. 1 er proportionalitetsprincippet lovfæstet, hvorefter rumaflytning ikke må foretages, såfremt det efter indgrebets formål, sagens betydning og den krænkelse og ulempe, som indgrebet må antages at forvolde den eller de personer, som det rammer, ville være et uforholdsmæssigt indgreb. Der findes i øvrigt særlige regler om vidneudelukkelse i § 782, stk. 2, om tilfældighedsfund i § 789 og om tilintetgørelse i § 791, som dog ikke vil være genstand for nærmere behandling.

2.3.2. Personbårne aflytninger

Politiets brug af efterforskningsmidlet personbårne aflytninger er ikke udtrykkeligt reguleret i retsplejeloven. Dette har baggrund i Gammeltoft-Hansens definition af et straffeprocessuelt tvangsindgreb, der som omtalt i afsnit 2.2. danner grundlag for den nuværende regulering af de straffeprocessuelle tvangsindgreb. Ifølge definitionen skal politiets foranstaltning realisere en strafbar gerningsbeskrivelse rettet mod legeme, frihed, fred, ære eller privat ejendomsret for, at udtrykkelig lovregulering af foranstaltningen er påkrævet. Eftersom det ikke er strafbart for private at optage samtaler, som den pågældende selv deltager i, jf. straffelovens § 263, stk. 2, nr. 2 modsætningsvist, realiseres der ikke en strafbar gerningsbeskrivelse ved politiets personbårne aflytninger, som dermed ifølge Gammeltoft-Hansens definition ikke kan anses for et straffeprocessuelt tvangsindgreb og derfor ifølge lovgiver ikke kræver udtrykkelig regulering. Det bemærkes i øvrigt, at politiets personbårne aflytninger af samme grund ikke er omfattet af retsplejelovens regler om rumaflytning, idet disse tilfælde som nævnt falder uden for retsplejelovens § 780, stk. 1, nr. 2. Politiets brug af personbårne aflytninger må således have hjemmel i retsplejelovens § 742, stk. 2, hvorfor personbårne aflytninger skal iværksættes og gennemføres i overensstemmelse med de almindelige regler om politiets efterforskning, herunder proportionalitetsprincippet, objektivitetsprincippet, samt reglerne om politiets afhøring, jf. afsnit 2.5., såfremt politiet under de personbårne aflytninger foretager en afhøring.

2.3.3. Aflytning i forhold til EMRK

Politiets aflytning udgør et indgreb i retten til respekt for privatliv, jf. EMRK art. 8, stk. 1.⁷⁵ Retten til respekt for privatliv tilkommer enhver og beskytter mod statens indgreb, men rettigheden er ikke absolut, da staten kan foretage indgreb i retten til privatliv, såfremt visse betingelser er opfyldt, jf. art. 8, stk. 2. Et indgreb kan således være legitimt, hvis indgrebet 1) er foreskrevet ved lov (legalitetskravet), 2) varetager et eller flere legitime formål og 3) er nødvendigt i et demokratisk samfund for at opnå formålet (proportionalitetskravet). I det følgende fokuseres navnlig på legalitetskravet, da dette er af afgørende betydning for en senere vurdering af, om den retlige ramme for aflytning i national dansk ret er i overensstemmelse med EMRK, mens kravet om et legitimt formål og proportionalitetsprincippet er relevant ved vurderingen af politiets konkrete aflytninger.

Legalitetskravet er toledet, idet indgrebet for det første skal have hjemmel i national lovgivning, og for det andet stilles visse kvalitative krav til hjemmelsgrundlaget. Ad kravet om hjemmel i national lovgivning følger et krav om, dels at der skal foreligge nationale materielle og formelle regler, som giver staten ret til at foretage indgrebet, dels at staten ved iværksættelsen og gennemførelsen af indgrebet skal overholde disse regler. Der er tale om et indholdsmæssigt snarere end et formelt krav, hvilket indebærer, at indgrebet kan være reguleret i enhver retskilde i den retlige trinfølge, hvorfor både uskreven og skreven ret kan udgøre et hjemmelsgrundlag. Ved vurderingen af, om denne del af legalitetskravet er opfyldt, foretager EMD en begrænset prøvelse, og de nationale domstoles vurdering heraf tilsidesættes som udgangspunkt ikke. Såfremt indgrebet ikke har hjemmel i national lovgivning, er indgrebet ikke foreskrevet ved lov, jf. EMRK art. 8, stk. 2, og vil derfor udgøre en krænkelse af art. 8.⁷⁶

Ad de kvalitative krav til hjemmelsgrundlaget følger, at de nationale regler skal være tilgængelige, og retstilstanden skal være forudsigelig. Kravet om tilgængelighed indebærer, at de berørte borgere skal have tilstrækkelig adgang til de nationale regler, hvilket kan være problematisk ved eksempelvis administrativ praksis, tjenestebefalinger eller andre interne instrukser. Kravet om forudsigelighed indebærer et krav om præcision af hjemmelsgrundlaget, hvorefter de nationale regler skal formuleres tilstrækkeligt klart og præcist, således det er muligt for borgeren at indrette sig efter dem.⁷⁷

⁷⁵ Lysyuk v. Ukraine, 14.10.2021, præmis 51

⁷⁶ Jon Fridrik Kjølbro, *“Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere”*, 2023, s. 837 ff.

⁷⁷ Jon Fridrik Kjølbro, *“Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere”*, 2023, s. 840 ff.

For så vidt angår kravet om forudsigelighed i relation til straffeprocessuelle tvangsindgreb følger det af EMD's praksis, at det afgørende er, om de givne regler indeholder tilstrækkelige garantier mod statens misbrug og vilkårlighed samt angiver betingelser for, hvornår indgrebet må foretages.⁷⁸ Reglerne skal være formuleret så tilstrækkeligt præcist, at borgeren får en rimelig indikation af, i hvilke tilfælde og under hvilke betingelser staten kan foretage indgrebet.⁷⁹ Det følger af EMD's praksis, at legalitetskravets indhold afhænger af blandt andet indgrebets karakter og intensitet, hvorfor de kvalitative krav til hjemmelsgrundlaget skærpes ved hemmelige indgreb, idet der her er større risiko for vilkårlighed og misbrug fra staten.⁸⁰ I EMD's praksis er der opstillet en række minimumsgarantier for de nationale regler om indgreb i meddelelshemmeligheden, hvorefter reglerne som minimum skal indeholde en angivelse af 1) de personer, der risikerer at blive udsat for aflytning, 2) den kriminalitet, som kan begrunde aflytningen, 3) den tidsmæssige udstrækning af indgrebet, herunder forlængelse, og 4) brug, opbevaring, videregivelse og tilintetgørelse af de ved aflytningen tilvejebragte data.⁸¹ Det afgørende er, om der i national lovgivning eksisterer klare og detaljerede regler om omfanget og anvendelsen af aflytningen, ligesom tilstedeværelse af retssikkerhedsgarantier skal sikres.⁸² Endvidere kan manglende adgang til en reel domstolsprøvelse af indgrebets berettigelse bevirke, at indgrebet ikke anses for at opfylde legalitetskravet.⁸³ Særligt for så vidt angår hemmelige indgreb bemærkes det i denne forbindelse, at det er væsentligt at sikre nationale regler om efterfølgende underretning om indgrebet, da dette er en forudsætning for, at den berørte kan få prøvet indgrebets berettigelse.⁸⁴ Såfremt de kvalitative krav til hjemmelsgrundlaget ikke er opfyldt, er indgrebet ikke foreskrevet ved lov, jf. art. 8, stk. 2, og vil derfor udgøre en krænkelse af art. 8. I Bykov mod Rusland⁸⁵ fandt EMD således, at politiets hemmelige aflytning og optagelse af en samtale mellem den anklagede og en af politiet instrueret tredjemand ved hjælp af en skjult radiosender ikke var foreskrevet ved lov, jf. art. 8, stk. 2, og derfor udgjorde en krænkelse af art. 8.⁸⁶

Hvis et indgreb i retten til respekt for privatliv i form af aflytning ikke er foreskrevet ved lov, vil indgrebet allerede derfor udgøre en krænkelse af EMRK art. 8, og EMD vil herefter som udgangspunkt ikke foretage en vurdering af de øvrige betingelser i art. 8, stk. 2.⁸⁷ Hvis legalitetskravet derimod er

⁷⁸ Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 846

⁷⁹ Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 840 og 847 f.

⁸⁰ Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 847 f.

⁸¹ Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 846, 982 f. og 990

⁸³ Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 984 f.

⁸⁴ Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 986

⁸⁵ Bykov v. Russia, 10.03.2009, præmis 69-83

⁸⁶ En lignende situation forelå i Khan v. United Kingdom, 12.05.2000. Se nærmere herom i afsnit 4.1.

⁸⁷ Se hertil eksempelvis Khan v. United Kingdom, 12.05.2000, præmis 28 og Bykov v. Russia, 10.03.2009, præmis 82

opfyldt, vil indgrebet alene være legitimt, såfremt indgrebet konkret er foretaget i overensstemmelse med de nationale regler, og de to øvrige betingelser i art. 8, stk. 2 er opfyldt. For så vidt angår kravet om, at indgrebet skal varetage et eller flere legitime formål, indebærer dette, at et indgreb i retten til respekt for privatliv, der ikke er begrundet i et eller flere af de i stk. 2 opregnede legitime formål, herunder forebyggelse af forbrydelse, allerede af den grund vil udgøre en krænkelse af art. 8. For så vidt angår proportionalitetskravet indebærer dette, at indgrebet skal være proportionalt i forhold til det legitime formål, som forfølges med indgrebet, og at indgrebet dermed er rimeligt og egnet til at opnå det legitime formål, ligesom at andre og mindre indgribende efterforskningsmidler ikke er vurderet egnede til at opnå det legitime formål.⁸⁸

2.4. Infiltration

Visse af politiets efterforskningsmidler betegnes som nævnt undertiden som aktiv efterforskning, som ikke er egentligt defineret, men som omfatter en række forskellige efterforskningsmidler, hvor politiet “er med i marken”, og hvor efterforskningen er mere udadrettet og involverer en højere grad af aktivitet fra politiet end anden efterforskning.⁸⁹

Infiltration, lokkeduevirksomhed og agentvirksomhed er eksempler på sådan aktiv efterforskning. Disse har tilfælles, at de dækker situationer, hvor politiet udgiver sig for at være almindelige borgere og interagerer med borgere for at kunne skaffe beviser og dermed afsløre og strafforfølge kriminelle.⁹⁰ I Strafferetsplejeudvalgets betænkning 1984 nr. 1023 blev disse tre efterforskningsmidler beskrevet og fastlagt. Udvalgets overvejelser tog udgangspunkt i Gammeltoft-Hansens definition af straffeprocessuelle tvangsindgreb, hvorefter foranstaltningen skal realisere en strafbar gerningsbeskrivelse rettet mod borgerens legeme, frihed, fred, ære eller privat ejendomsret. Dette opfylder infiltration, lokkeduevirksomhed og agentvirksomhed ikke, idet politiet ved agentvirksomhed realiserer en strafbar gerningsbeskrivelse, men der foretages ikke et indgreb i borgerens frihedsrettigheder, mens politiet ved lokkeduevirksomhed og som udgangspunkt også infiltration ikke realiserer en strafbar handling. Strafferetsplejeudvalget fandt dog, at der - i kraft af at politiet ved agentvirksomhed medvirker til at begå et strafbart forhold - var sådanne betænkeligheder herved, at dette efterforskningsmiddel skulle underlægges regulering.⁹¹ På baggrund af disse overvejelser resulterede betænkningen alene i regulering af

⁸⁸ Jon Fridrik Kjølbro, “*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*”, 2023, s. 853 f.

⁸⁹ KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 126

⁹⁰ Lene Wachter Lentz, “*Politiets infiltration på digitale platforme - set i et menneskeretligt perspektiv*”, 2019, s. 128 og Lene Wachter Lentz, “*Politiets hemmelige efterforskning på internettet*”, 2019, s. 30 f.

⁹¹ KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 152

agentvirksomhed i retsplejelovens §§ 754 a-e⁹², hvori er fastlagt materielle og formelle betingelser samt et provokationsforbud, som fastlægger den øvre grænse for tilladelig agentvirksomhed, hvorefter politiet ikke må tilskynde til en forbrydelse, som ikke ellers ville blive begået.⁹³ Betænkighederne fandtes ikke at foreligge ved infiltration, som således ikke er udtrykkeligt reguleret.

Der findes ikke en egentlig definition af infiltration. I betænkningen beskriver Strafferetsplejeudvalget blot, at “[b]egrebet infiltration dækker over et bredt spektrum af politivirksomhed, jfr. Gammeltoft-Hansen, U.1979 B.15. Det kan strække sig lige fra den politimand, der jævnligt frekventerer et bestemt værtshus for at lytte til gæsternes samtale, til en organiseret infiltration af kriminelle eller potentielt kriminelle miljøer og organisationer [...]”.⁹⁴ Da agentvirksomhed er reguleret og dermed defineret i retsplejeloven, må infiltration først og fremmest forstås i forhold hertil, idet agentvirksomhed må anses for at udgøre den øvre grænse for infiltration, hvilket også er indikeret i forarbejderne, hvor der fastlægges en nedre grænse mellem tilladelig agentvirksomhed og almindelige efterforskningsskridt herunder infiltration. I forarbejderne anføres således, at “[u]den for agentbegrebet falder tillige de tilfælde af infiltration, hvor en person efter aftale med politiet søger kontakt i et kriminelt miljø for at kunne give politiet oplysninger.”⁹⁵ Definitionen af agentvirksomhed udspringer af det strafferetlige medvirkensbegreb i straffelovens § 23. Det afgørende for, hvorvidt politiets foranstaltning overskrider den øvre grænse for infiltration må således være, om politiets handling objektivt set, og dermed uden hensyntagen til om der forelå forsæt, falder ind under det strafferetlige medvirkensbegreb. Der er dog alene tale om agentvirksomhed, hvis der er udvist en særlig aktivitet fra politiet ved, at politiet enten tager initiativ til at foranledige, at der tilbydes bistand til at udføre eller fortsætte en lovovertrædelse, eller at politiet ved et tilrettelagt arrangement - og dermed ikke i en tilfældigt opstået situation - træffer foranstaltninger med henblik på at tilskynde nogen til at udføre eller fortsætte lovovertrædelsen, hvad enten initiativet udgår fra politiet eller den mistænkte, jf. RPL § 754 a, stk. 1.⁹⁶

Det bemærkes i den forbindelse, at infiltratoren dog kan medvirke til mindre kriminalitet for at gøre sig troværdig i miljøet, men det er et krav, at der ikke er identitet mellem den lovovertrædelse, som efterforskningen retter sig imod, og den lovovertrædelse, som infiltratoren medvirker til at begå.⁹⁷ Hvis dette ikke er tilfældet og såfremt lovovertrædelsen, som infiltratoren medvirker til, er mindre end den

⁹² Jf. L 1986-06-04 nr. 319

⁹³ Michael Kistrup m.fl., “*Straffeprocessen*”, 2023, s. 450

⁹⁴ KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 127

⁹⁵ KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 160. Se også LFF nr. 218 af 23. april 2003, alm. bem., afsnit 2.1.3.

⁹⁶ KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 155 ff. og LFF nr. 218 af 23. april 2003, alm. bem., afsnit 2.1.3.

⁹⁷ KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 160

lovovertrædelse, som efterforskes, er politiets foranstaltninger ikke omfattet af retsplejelovens regler om agentvirksomhed, men karakteriseres i stedet som infiltration.⁹⁸ Hvis der derimod foreligger identitet, vil der være tale om agentvirksomhed, og politiet vil da skulle iagttage reglerne herom i retsplejelovens §§ 754 a-e. Hvis politiet opstiller en fristelse for den mistænkte, vil dette karakteriseres som lokkedue-virksomhed, som ifølge Strafferetsplejeudvalgets betænkning vedrører de situationer, “[...] hvor politiet foranlediger, at nogen eller noget bliver genstand (»offer«) for en lovovertrædelse”.⁹⁹

På baggrund af ovenstående må infiltration således forstås som en efterforskningsmetode, hvor politiet uden at give sig til kende blander sig med og interagerer med almindelige borgere ved eksempelvis jævnligt at besøge et værtshus eller ved at trænge ind i et kriminelt miljø for derved at indhente oplysninger og skaffe beviser med henblik på at afdække kriminaliteten og dermed afsløre og strafforfølge kriminelle, uden at politiet herved medvirker til et strafbart forhold på den i retsplejelovens § 754 a-e beskrevne måde, og uden at politiet opstiller en fristelse for borgeren, idet nogen eller noget bliver offer for en lovovertrædelse, hvorved der vil være tale om lokkedue-virksomhed. Det bemærkes i øvrigt, at civile personer tillige kan anvendes til infiltration.¹⁰⁰

Infiltration er som nævnt ikke udtrykkeligt lovreguleret i dansk ret. Idet alene agentvirksomhed er blevet lovreguleret, må lovgiver anses for herved at have tilkendegivet, at politiets infiltration må betragtes som almindelig efterforskning og således have hjemmel i retsplejelovens § 742, stk. 2, hvorefter politiet kan anvende infiltration, når der er en rimelig formodning om, at et strafbart forhold er begået. Foruden denne betingelse må den retlige ramme for politiets infiltration være de almindelige regler for politiets efterforskning, hvorefter infiltration skal iværksættes og gennemføres i overensstemmelse med navnlig proportionalitetsprincippet, objektivitetsprincippet og politiets notatpligt, jf. RPL § 744. Lovregulering af infiltration har ikke siden Strafferetsplejeudvalgets betænkning fra 1984 været genstand for genovervejelse.¹⁰¹

Der ses ikke at foreligge anden trykt retspraksis fra de danske domstole om politiets brug af infiltration end domstolenes nyligt afsagte kendelser, som analyseres nedenfor i kapitel 4, hvor tillige retspraksis fra EMD om politiets infiltration i fængsler analyseres.

⁹⁸ KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 160

⁹⁹ KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, s. 160 og Lene Wachter Lentz, “Politiets infiltration på digitale platforme - set i et menneskeretligt perspektiv”, 2019, s. 128

¹⁰⁰ Michael Kistrup m.fl., “Straffeprocessen”, 2023, s. 462

¹⁰¹ Lovregulering af infiltration er dog blevet diskuteret i den juridiske litteratur. Se hertil bl.a. Lene Wachter Lentz, “Politiets infiltration på digitale platforme - set i et menneskeretligt perspektiv”, 2019, s. 131 og 137

2.4.1. Infiltration i forhold til EMRK

EMD har i flere domme forholdt sig til politiets brug af undercover-aktioner, navnlig i relation til EMRK art. 6, stk. 1 om retten til retfærdig rettergang, men undertiden også i relation til EMRK art. 8 om retten til privatliv. I det følgende behandles infiltration først i forhold til art. 6, stk. 1 og dernæst i forhold til art. 8.

Retten til retfærdig rettergang, jf. EMRK art. 6, stk. 1

EMD har forholdt sig til politiets brug af undercover-aktioner ved prøvelsen af retten til retfærdig rettergang efter EMRK art. 6, stk. 1, hvilket er aktuelt, når beviser tilvejebragt ved en undercover-aktion anvendes eller ønskes anvendt mod tiltalte i en straffesag. EMD skeler ikke til medvirkensbegrebet og sonder dermed ikke mellem, om politiet agerer offer eller er medgerningsmand. EMD anvender i stedet samlebetegnelsen ‘undercover-aktioner’, ‘undercover-politiaktioner’ eller ‘undercover-agenter’ og sonder således ikke, som i national dansk ret, mellem infiltration, lokkedue-virksomhed og agentvirksomhed, idet EMD’s brede begreb omfatter alle disse.¹⁰²

EMD har udtalt, at EMD’s praksis og dermed EMRK ikke er til hinder for undercover-aktioner, ligesom EMRK ikke er til hinder for brug af beviser tilvejebragt herved.¹⁰³ Brugen af undercover-aktioner udgør dermed ikke i sig selv en krænkelse af art. 6, men må holdes inden for klare grænser.¹⁰⁴

Helt centralt for EMD’s prøvelse af politiets brug af undercover-aktioner i relation til art. 6 er begrebet ‘police incitement’, idet EMD således har fastslået, at “[...] *the police may act undercover but not incite.*”¹⁰⁵ EMD har udtalt, at ‘police incitement’ foreligger,

*“[...] where the officers involved – whether members of the security forces or persons acting on their instructions – do not confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner, but exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution.”*¹⁰⁶

¹⁰² Lene Wachter Lentz, “Politiets infiltration på digitale platforme - set i et menneskeretligt perspektiv”, 2019, s. 137 f.

¹⁰³ Ramanauskas v. Lithuania, 05.02.2008, præmis 49 og 53 og Khudobin v. Russia, 26.10.2006, præmis 128

¹⁰⁴ Ramanauskas v. Lithuania, 05.02.2008, præmis 51

¹⁰⁵ Khudobin v. Russia, 26.10.2006, præmis 128

¹⁰⁶ Ramanauskas v. Lithuania, 05.02.2008, præmis 55

Der gælder således et 'provokationsforbud', hvorefter politiet ikke må tilskynde den anklagede til at begå en forbrydelse, som vedkommende ikke ellers ville have begået, idet den anklagede herved vil risikere at blive frarøvet en retfærdig rettergang allerede fra begyndelsen.¹⁰⁷ Provokationsforbuddet gælder enhver undercover-aktion, herunder infiltration. Ifølge EMD's praksis må det afgørende dermed være at adskille de legitime tilfælde af undercover-aktioner, hvor politiagenten skjuler sin identitet for at tilvejebringe oplysninger og beviser om et strafbart forhold uden aktivt at tilskynde den anklagede til at begå det strafbare forhold, fra de tilfælde hvor politiagenten har tilskyndet vedkommende til at begå et strafbart forhold, idet politiets foranstaltning her vil udgøre en krænkelse af art. 6, stk. 1.¹⁰⁸

Såfremt politiet benytter undercover-aktioner, efter at det strafbare forhold er begået, er provokationsforbuddet ikke aktuelt, idet politiet i sagens natur ikke kan tilskynde til forbrydelsen. I disse situationer må undercover-aktionen, herunder infiltrationen, reguleres af EMD's øvrige praksis. EMD har således yderligere fastslået, at undercover-aktioner alene accepteres, såfremt efterforskningsmetoden er underlagt klare restriktioner samt passende og tilstrækkelige retssikkerhedsgarantier mod statens misbrug, herunder navnlig en klar og forudsigelig procedure for bemyndigelse og gennemførelse af samt kontrol med sådanne efterforskningsmetoder, jf. nærmere afsnit 4.2.3. om Khudobin mod Storbritannien.¹⁰⁹

Som ved enhver anden vurdering af retten til retfærdig rettergang, skal der foretages en helhedsvurdering af hele processen. Selvom politiets infiltration ikke involverer tilskyndelse, og selvom der er fastsat klare og forudsigelige procedurer for bemyndigelse og gennemførelse af samt kontrol med infiltrationen, kan infiltrationen alligevel være problematisk i forhold til art. 6, stk. 1, idet de i art. 6 udtrykkelige og udledte retsgarantier, herunder retten til tavshed og selvinkrimineringsforbuddet, tillige må indgå i vurderingen af infiltrationen i forhold til art. 6. Det må dermed vurderes, hvorvidt politiets infiltration involverer en sådan længerevarende interaktion og relation med borgeren, at der skabes en fortrolighed mellem infiltratoren og borgeren, således vedkommende bliver tilbøjelig til at afgive selvinkriminerende oplysninger, som denne ikke ellers ville have afgivet. Herved må det vurderes, om infiltrationen får karakter af en afhøring uden de sædvanlige retssikkerhedsgarantier i form af vejledning om retten til bistand af forsvarer, retten til ikke at udtale sig og retten til ikke at inkriminere sig selv, jf. afsnit 2.5 nedenfor.¹¹⁰ En situation som denne forelå i Allan mod Storbritannien, som behandles

¹⁰⁷ Ramanauskas v. Lithuania, 05.02.2008, præmis 54

¹⁰⁸ Khudobin v. Russia, 26.10.2006, præmis 129, Teixeira De Castro v. Portugal, 09.06.1998, præmis 39 og Furcht v. Germany, 23.10.2014, præmis 52

¹⁰⁹ Ramanauskas v. Lithuania, 05.02.2008, præmis 53-54 og Khudobin v. Russia, 26.10.2006, præmis 135

¹¹⁰ Se også herom Lene Wachter Lentz, "Politiets infiltration på digitale platforme - set i et menneskeretligt perspektiv", 2019, s. 146

nærmere i afsnit 4.1.1. En sådan længerevarende relation mellem infiltratoren og borgeren kan i øvrigt være problematisk i forhold til art. 8, hvilket omtales straks nedenfor.

Retten til respekt for privatliv, jf. EMRK art. 8

Spørgsmålet er, om politiets infiltration udgør et indgreb i borgerens ret til respekt for privatliv efter EMRK art. 8, stk. 1. Der er sparsom praksis fra EMD om det, som i national dansk ret betegnes infiltration, idet EMD's udtrykkelige stillingtagen hertil i forhold til art. 8 alene ses i *Lüdi mod Schweiz*¹¹¹.¹¹² I sagen var Lüdi mistænkt for handel med kokain, og den nationale domstol tillod i den forbindelse, at politiet aflyttede Lüdis telefon, og at politiet iværksatte en undercover-aktion mod Lüdi, hvor en politiagent skulle fungere som køber af kokain.¹¹³ Lüdi klagede til EMD, idet han fandt, at art. 8 var krænket ved politiets telefonaflytning kombineret med politiets undercover-agents brug af personlig kontakt etableret ved falske foregivender for at skabe information og påvirke hans adfærd.¹¹⁴ EMD fandt, at politiets brug af en undercover-agent i den konkrete sag hverken i sig selv eller i kombination med telefonaflytningerne var et indgreb i retten til privatliv og således faldt uden for artiklens anvendelsesområde.¹¹⁵ EMD anførte videre, at fordi Lüdi var involveret i en kriminell handling i form af narkotikahandel, måtte han have været bevidst om, at der var risiko for, at han stødte på en undercover-agent, hvorfor der ikke forelå en krænkelse af art. 8.¹¹⁶ På baggrund af EMD's formulering 'i den konkrete sag' og bemærkning om, at Lüdi havde involveret sig i narkotikahandel, fremgår det således ikke udtrykkeligt og som en generel betragtning, om politiets undercover-aktion i sig selv ville have udgjort et indgreb i retten til privatliv, havde det ikke været for den konkrete sags omstændigheder og det faktum, at Lüdi var henholdsvis blevet tiltalt og fundet skyldig i et strafbart forhold.

EMD har dog senere under henvisning til Lüdi-sagen afvist at realitetsbehandle klager over politiets undercover-aktioner i forhold til art. 8, idet politiets undercover-aktion i de konkrete afviste sager – som dog også alle omhandler narkotikakriminalitet - ikke fandtes at udgøre et indgreb i retten til privatliv.¹¹⁷ Endvidere har EMD i senere sager om undercover-aktioner henvist til Lüdi-sagen i relation til art. 6, for derved at kunne skelne den problematiske undercover-aktion med tilskyndelse fra den tilladelige undercover-aktion uden tilskyndelse, som forelå i Lüdi-sagen. Dermed må den undercover-

¹¹¹ *Lüdi v. Switzerland*, 15.06.1992

¹¹² Lene Wachter Lentz, "*Politiets infiltration på digitale platforme - set i et menneskeretligt perspektiv*", 2019, s. 138

¹¹³ *Lüdi v. Switzerland*, 15.06.1992, præmis 7-15

¹¹⁴ *Lüdi v. Switzerland*, 15.06.1992, præmis 28 og 35

¹¹⁵ *Lüdi v. Switzerland*, 15.06.1992, præmis 36 og 40 og Lene Wachter Lentz, "*Politiets infiltration på digitale platforme - set i et menneskeretligt perspektiv*", 2019, s. 139

¹¹⁶ *Lüdi v. Switzerland*, 15.06.1992, præmis 40 og 41

¹¹⁷ *Rajcoomar v. Switzerland*, 14.12.2004, *S.E. v. Schweiz*, 04.03.1998 og *Müller v. Austria*, 28.06.1995

aktion, som forelå i Lüdi-sagen, være det, som i national dansk ret forstås ved infiltration. Dette sammenholdt med, at EMD i Lüdi-sagen ikke finder, at undercover-aktionen udgjorde et indgreb i retten til privatliv efter art. 8, og at dette følges i senere praksis fra EMD, må det på baggrund heraf konkluderes, at infiltration ikke udgør et indgreb i retten til privatliv.¹¹⁸ Det er dog uklart, hvorvidt dette gælder i sager, som ikke har sammenlignelige faktiske omstændigheder med Lüdi-sagen. Uanset disse uklarheder må infiltration ud fra den foreliggende praksis fra EMD ikke anses for at udgøre et indgreb i art. 8, stk. 1, hvorfor der ikke er anledning til at undersøge, om politiets brug af infiltration opfylder betingelserne i art. 8, stk. 2.

Lüdi-dommen blev afsagt for mere end 30 år siden, og i denne periode har EMD's praksis på andre områder i forhold til art. 8 udviklet sig, hvorfor dommens præjudikatværdi må ses i lyset heraf. Spørgsmålet er dermed, om Lüdi-dommen er retvisende for politiets brug af infiltration i en nutidig kontekst. EMD har fastslået, at det grundlæggende formål med art. 8 er at beskytte individet mod statens vilkårlige handlinger.¹¹⁹ Endvidere har EMD udtalt, at begrebet privatliv skal forstås bredt og ikke kan gøres til genstand for en udtømmende definition.¹²⁰ I *Pretty mod Storbritannien* fra 2002 fastslog EMD, at

“Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees.”¹²¹

EMD har således fastslået, at individets ret til selvbestemmelse er en del af retten til privatliv og dermed beskyttet af art. 8. Retten til selvbestemmelse rummer blandt andet ret til personlig udvikling uden udefrakommende indblanding samt ret til at etablere og udvikle relationer til andre mennesker og omverdenen, og personlig autonomi tillægges væsentlig betydning i relation til fortolkningen af disse retsgarantier indeholdt i art. 8.¹²² Lene Wachter Lentz påpeger i denne henseende, at når en polititjenestemand under dække indleder et bekendtskab med en borger med henblik på at skaffe informationer, er det muligt, at borgeren ikke ønskede denne kontakt, og dette påtvungne bekendtskab må siges at

¹¹⁸ Se også Jon Fridrik Kjølbro, *“Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere”*, 2023, s. 874

¹¹⁹ *Kroon v. Netherlands*, 27.10.1994, præmis 31

¹²⁰ *Pretty v. United Kingdom*, 29.04.2002, præmis 61

¹²¹ *Pretty v. United Kingdom*, 29.04.2002, præmis 61

¹²² *Fernández Martínez v. Spain*, 12.06.2014, præmis 126

angå borgerens privatliv og ret til selvbestemmelse i forhold til, hvem borgeren ønsker at indgå relationer med.¹²³ Af særlig relevans for politiets brug af infiltration i forhold til art. 8 er dermed retten til selvbestemmelse. Holdes samtidig formålet med art. 8 for øje, må bestemmelsen anses for at indeholde en beskyttelse af borgeren mod, at denne mod sin vilje og på urigtige forudsætninger etablerer og udvikler en relation til en politibetjent, som i medfør af en herved skabt fortrolighed kan tilvejebringe oplysninger fra borgeren, som denne ikke ville have afgivet, hvis borgeren var klar over, at personen var politibetjent. Politiets infiltration må dermed kunne udgøre et indgreb i retten til selvbestemmelse. Henset til at EMD anlægger en dynamisk fortolkningsstil, er spørgsmålet derfor, hvorledes EMD vil anskue infiltration i relation til art. 8 i en nutidig kontekst og navnlig i lyset af den af EMD udviklede praksis om retten til selvbestemmelse, og om politiets brug af infiltration således i dag i sig selv vil anses for at udgøre et indgreb i retten til privatliv, jf. EMRK art. 8, stk. 1.

Såfremt EMD senere måtte vurdere, at politiets infiltration udgør et indgreb i retten til respekt for privatliv, vil politiets infiltration som led i efterforskningen af et strafbart forhold udgøre en krænkelse af art. 8, medmindre betingelserne for at legitimere politiets infiltration i art. 8, stk. 2 er opfyldt.¹²⁴

Såfremt det vurderes, at politiets infiltration udgør et indgreb i retten til respekt for privatliv efter EMRK art. 8, stk. 1, og der i en konkret sag om politiets infiltration statueres en krænkelse af art. 8, må EMD herefter vurdere, om brugen af de ved infiltrationen tilvejebragte beviser i en straffesag mod vedkommende indebærer en krænkelse af retten til retfærdig rettergang efter EMRK art. 6, stk. 1, ligesom det i øvrigt må vurderes, om infiltrationen i sig selv udgør en krænkelse af art. 6.

2.5. Afhøring

I retsplejelovens kapitel 68 findes regler for politiets afhøring. Foruden almindelige regler for afhøring i §§ 750-751, som gælder for såvel sigtede som ikke-sigtede, findes særlige regler for afhøring af sigtede i §§ 752 og 754.¹²⁵ Hertil kommer visse andre regler for politiets afhøring, herunder RPL §§ 744 og 745 c. I det følgende gennemgås først de almindelige regler for afhøring, hvorefter reglerne for afhøring af sigtede vil være genstand for nærmere behandling. Endelig behandles afhøring i forhold til EMRK.

¹²³ Lene Wachter Lentz, *“Politiets infiltration på digitale platforme - set i et menneskeretligt perspektiv”*, 2019, s. 143

¹²⁴ Se hertil afsnit 4.2.4, hvor det vurderes, om dansk rets regulering må anses for at leve op til legalitetskravet i EMRK artikel 8, stk. 2.

¹²⁵ Hertil kommer regler for afhøring af ikke-sigtede, herunder forurettede og vidner i RPL § 753, samt særlige regler for politiets afhøring af børn og unge, jf. blandt andet RPL § 745 e, og mentalt afvigende.

2.5.1. Almindelige regler for politiets afhøring

Retsplejeloven definerer ikke, hvad der forstås ved afhøring. I U 2016.922 V anførte landsretten dog, at samtalen efter det oplyste i hvert fald delvist drejede sig om sagen, og at samtalen derfor i realiteten havde haft karakter af en afhøring. Retsplejeloven fastlægger en række regler for, hvorledes afhøringer må foretages, således de sker på en saglig og rimelig måde.¹²⁶ Politiet kan foretage afhøringer, men kan ikke pålægge nogen at afgive forklaring, og ingen tvang må anvendes for at få nogen til at udtale sig, jf. RPL § 750, 1. pkt. Det er dermed ikke strafbart at lyve eller nægte at udtale sig til politiet.¹²⁷ Enhver er dog pligtig på forlangende at opgive navn, adresse og fødselsdato til politiet, jf. RPL § 750, 2. pkt.

Det følger af retsplejelovens § 751, stk. 1, at det væsentlige indhold af de afgivne forklaringer skal tilføres politirapport, og særlig vigtige dele af forklaringerne gengives så vidt muligt med den afhørtes egne ord.¹²⁸ Den afhørte skal have mulighed for at komme med eventuelle rettelser og gøre sig bekendt med gengivelsen af forklaringen, og den afhørte skal gøres bekendt med, at han ikke har pligt til at underskrive rapporten, jf. RPL § 751, stk. 2. Fonetisk optagelse af forklaringer må kun finde sted, når den afhørte er gjort bekendt hermed, jf. RPL § 751, stk. 3.

2.5.2. Afhøring af sigtede

Der sondres mellem afhøring af sigtede og afhøring af ikke-sigtede, idet retsplejelovens regler for afhøring af sigtede i §§ 752 og 754 og afhøring af ikke-sigtede i § 753 er forskellige. På den ene side indebærer en sigtelse en krænkelse i den forstand, at den sigtede må affinde sig med dels at blive anklaget for at have gjort sig skyldig i en lovovertrædelse, dels at blive udsat for de forpligtelser, efterforskningsskridt og straffeprocessuelle tvangsindgreb, som sigtelsen måtte give anledning til.¹²⁹ På den anden side tildeles sigtede en række beføjelser og rettigheder. Det er derfor afgørende at få fastlagt, hvorvidt en person kan anses som sigtet eller blot som mistænkt.

¹²⁶ Jørn Vestergaard, *“Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 55

¹²⁷ Jørn Vestergaard, *“Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 54

¹²⁸ Se også om politiets notatpligt ved ethvert efterforskningsskridt i RPL § 744

¹²⁹ Jørn Vestergaard, *“Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 81 og Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 178 og 182

2.5.2.1. Begrebet sigtelse

Retsplejeloven definerer ikke, som det er tilfældet med tiltalte¹³⁰, hvornår en person er eller kan anses som sigtet.¹³¹ Svaret herpå må derfor findes ved fortolkning af relevante bestemmelser og i den udviklede praksis herom.¹³² Grænsen mellem, hvornår en person anses som mistænkt, og hvornår en person er eller kan anses som sigtet, er flydende.¹³³ Jørn Vestergaard og Jakob Lund Poulsen inddeler spørgsmålet om, hvornår en person kan anses som sigtet i to tilfælde.¹³⁴ For det første de klare tilfælde, hvor det er oplagt, at en person er eller kan anses som sigtet, hvilket eksempelvis er tilfældet i de situationer, hvor sigtelsen formelt er blevet tilkendegivet over for en person, og i de situationer hvor visse tvangsindgreb, som forudsætter, at der foreligger en sigtelse¹³⁵, er iværksat over for en person.¹³⁶ Det er ikke en forudsætning for at kunne anses som sigtet, at vedkommende formelt er blevet oplyst herom af politiet.¹³⁷ Uden for de klare tilfælde er de øvrige tilfælde, hvor det afgørende er styrken af mistanken mod den pågældende såvel som det objektive grundlag, som mistanken hviler på.¹³⁸

Generelt kan det anføres, at en sigtelse kræver en særlig grund, da anklagemyndigheden i medfør af objektivitetsprincippet har pligt til at påse, at der alene sker retsforfølgning af strafskyldige, jf. RPL § 96, stk. 2. Der må dermed være en nedre grænse for, hvornår en person er eller kan anses for sigtet, hvilket tillige belyses ved det i retsplejeloven fastlagte laveste mistankekrav 'med rimelig grund mistænkes', som er udtryk for, at en sigtelse må have baggrund i en mistanke, som hviler på et objektive grundlag og ikke blot løse fornemmelser.¹³⁹ Som også anført af Gammeltoft-Hansen forudsætter en sigtelse "[...] omstændigheder, spor m.v., som på objektive grundlag og med rimelighed kan tale for hans mulige skyld"¹⁴⁰. Såfremt der foreligger tvivl om, hvilken person blandt flere mulige, der er gerningspersonen, kan politiet dermed ikke sigte samtlige mistænkte for alle tilfældes skyld, hvilket tillige ikke ville være proportionalt, hvorfor personkredsen må indskrænkes til at omfatte få personer.¹⁴¹ Eva

¹³⁰ Jf. RPL § 834, stk. 1, hvorefter en person er tiltalt, når anklagemyndigheden har udfærdiget et anklageskrift

¹³¹ Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 178

¹³² Jørn Vestergaard, "Straffepoces - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 81

¹³³ Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 178 og Gorm Toftegaard Nielsen ved Nicolaj Sivan Holst, "Straffesagens gang", 2020, s. 44

¹³⁴ Jørn Vestergaard, "Straffepoces - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 81 f. og Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 179

¹³⁵ For eksempel RPL § 755 om anholdelse og RPL § 762 om varetægtsfængsling

¹³⁶ Jørn Vestergaard, "Straffepoces - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 81 f. og Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 179

¹³⁷ Jørn Vestergaard, "Straffepoces - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 82 og Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 299

¹³⁸ Jørn Vestergaard, "Straffepoces - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 82 og Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 179

¹³⁹ Jørn Vestergaard, "Straffepoces - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 83

¹⁴⁰ Hans Gammeltoft-Hansen, "Strafferetspleje, bind II", 1989, s. 13

¹⁴¹ Jørn Vestergaard, "Straffepoces - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 83 og Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 180

Smith har beskrevet dette således, at “[...] når mistanken samler sig om én bestemt person, og efterforskningen direkte retter sig imod ham og ikke imod en bredere kreds, skal han anses som sigtet.”¹⁴²

Begrebet sigtelse er dermed ikke klart defineret og kan derfor ikke sættes på en formel, hvor bestemte objektive kriterier skal være opfyldt, førend en person er eller kan anses som sigtet. Dette må i hvert enkelt tilfælde bero på en konkret vurdering af mistankens styrke og sagens objektive omstændigheder. Dette forekommer uhensigtsmæssigt, idet status som sigtet som nævnt dels indebærer en beskyttelse af den mistænkte, dels i sig selv indebærer en krænkelse, hvorfor det undertiden i tvivlstilfælde kan være vanskeligt at vurdere, hvorvidt den mistænkte stilles bedst ved at blive sigtet eller ej.¹⁴³ I praksis har forskellige mellemformer udviklet sig i disse tvivlstilfælde, således, at en person afhøres “med en sigtets retsstilling”, “med en sigtets rettigheder” eller lignende i stedet for, at politiet formelt sigter vedkommende. Herved sikres navnlig, at der ikke sker en tilsidesættelse af retssikkerhedsgarantien i retsplejelovens § 752, jf. nærmere nedenfor i afsnit 2.5.2.2., hvilket i øvrigt potentielt kan medføre, at udtalelser fremkommet under en afhøring afskæres som bevis i retten, jf. nærmere kapitel 3. Imidlertid er der ikke i retslitteraturen og retspraksis konsensus om, hvorvidt den mistænkte ved en afhøring med en sigtets retsstilling får samtlige de rettigheder, som en sigtet tillægges, herunder adgang til forsvarerbeskikkelse. Lovgiver har på nuværende tidspunkt ikke vedtaget klare regler for denne mellemform.¹⁴⁴ Vestergaard og Lund Poulsen finder dog, at det har formodningen for sig, at den mistænkte i tvivlstilfælde bør anses som sigtet, hvilket Vestergaard begrundet med, at “[...] hensynet til, at den pågældende får mulighed for at tilrettelægge et effektivt forsvar, normalt må formodes at veje tungere end de ulemper, der knytter sig til en sigtelse.”¹⁴⁵

Vestergaard bemærker i øvrigt, at såfremt en afhøring foretages på baggrund af politiets forventning om, at den afhørte vil afgive en tilståelse, eller hvis politiet under en afhøring af en ikke-sigtet får rimelig grund til at mistænke den pågældende på baggrund af vedkommendes udtalelser, skal den afhørte anses som sigtet og dermed gives en sigtets rettigheder.¹⁴⁶

¹⁴² Eva Smith, “Straffepoces: Grundlæggende regler og principper”, 2013, s. 37

¹⁴³ Michael Kistrup m.fl., “Straffeprocessen”, 2023, s. 180

¹⁴⁴ Michael Kistrup m.fl., “Straffeprocessen”, 2023, s. 180 ff., Jørn Vestergaard, “Straffepoces - grundtræk af dansk strafferetspleje”, 2018, s. 89 ff. og Gorm Toftegaard Nielsen ved Nicolaj Sivan Holst, “Straffesagens gang”, 2020, s. 44 f.

¹⁴⁵ Michael Kistrup m.fl., “Straffeprocessen”, 2023, s. 180 og Jørn Vestergaard, “Straffepoces - grundtræk af dansk strafferetspleje”, 2018, s. 82

¹⁴⁶ Jørn Vestergaard, “Straffepoces - grundtræk af dansk strafferetspleje”, 2018, s. 82

2.5.2.2. Sigtedes rettigheder i forbindelse med politiets afhøring

Såfremt en person er eller kan anses som sigtet, tillægges vedkommende en række særlige forpligtelser og rettigheder. Blandt sigtedes væsentligste rettigheder er dog retten til forsvarer samt retten til at blive gjort bekendt med sigtelsen og med, at sigtede ikke har pligt til at udtale sig, som indebærer en ret til tavshed og et forbud mod selvinkriminering.

Retten til forsvarer

Enhver, der er sigtet, har ret til at vælge en forsvarer til at stå ham bi, jf. RPL § 729 a, stk. 1, 1. pkt., jf. § 730. Denne forsvarer benævnes valgt forsvarer og er den principale ordning, men retten beskikker i praksis almindeligvis en offentlig forsvarer for sigtede.¹⁴⁷ Retsplejeloven sonderer mellem obligatorisk forsvarerbeskikkelse, som indebærer, at retten er forpligtet til at sikre sigtede forsvarerbistand, og fakultativ forsvarerbeskikkelse, som indebærer, at forsvarerbistand til sigtede beror på rettens skøn.¹⁴⁸ Den obligatoriske forsvarerbeskikkelse er reguleret i retsplejelovens § 731, hvorefter offentlig forsvarer skal beskikkes i en række nærmere opregnede situationer, jf. bestemmelsens litra a-j. Også i andre tilfælde kan der, såvel før som efter at tiltale er rejst, beskikkes offentlig forsvarer, når retten efter sagens beskaffenhed, sigtedes person eller omstændighederne i øvrigt anser det for ønskeligt, og sigtede ikke selv har skaffet sig bistand af en forsvarer, jf. RPL § 732 om den fakultative forsvarerbeskikkelse.¹⁴⁹

Det følger af bekendtgørelse om vejledning af sigtede om adgangen til at begære en forsvarer beskikket § 1, stk. 1, at politiet skal vejlede sigtede om adgangen til at begære en offentlig forsvarer beskikket, når sigtelsen vedrører en lovovertrædelse, som efter loven kan medføre højere straf end bøde.¹⁵⁰ Denne vejledningspligt gælder, når sigtede ikke selv har valgt en forsvarer efter retsplejelovens § 730, og når obligatorisk forsvarerbeskikkelse ikke skal ske efter retsplejelovens § 731. Vejledningen skal gives inden afhøring af sigtede og dermed samtidig med, at sigtede gøres bekendt med, at vedkommende ikke er forpligtet til at udtale sig efter retsplejelovens § 752, stk. 1, jf. bekendtgørelsens § 2, stk. 1, 1. pkt. Det skal af politirapporten fremgå, at sigtede har modtaget behørig vejledning, jf. RPL § 732, stk. 2, 3. pkt. og bekendtgørelsens § 2, stk. 1, 2. pkt. Sigtedes begæring om forsvarerbeskikkelse er ikke til

¹⁴⁷ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 245 og Jørn Vestergaard, *“Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 91

¹⁴⁸ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 243

¹⁴⁹ I CIRK 2022-08-30 nr. 10136, Rigsadvokatmeddelelsen, afsnittet: Psykisk afvigende kriminelle er der fastsat regler om afhøring og forsvarerbeskikkelse for mentalt afvigende. Politiet bør her tage initiativ til at fremsætte begæring om forsvarerbeskikkelse forud for afhøring, ligesom afhøring ikke må ske uden forsvarerens tilstedeværelse, når beskikkelse er sket.

¹⁵⁰ Bekendtgørelse nr. 467 af 26. september 1978 om vejledning af sigtede om adgangen til at begære en forsvarer beskikket. Se dog bekendtgørelsens § 1, stk. 2.

hinder for, at afhøringen påbegyndes eller fortsættes uden forsvarerens tilstedeværelse, hvis sigtede fortsat er villig til at udtale sig og således ikke forbeholder sig sin ret til tavshed efter retsplejelovens § 752, jf. bekendtgørelsens § 3.

En sigtets forsvarer har en række forpligtelser og beføjelser, herunder adgang til at overvære politiets afhøringer af sigtede og ret til at stille yderligere spørgsmål, ligesom forsvareren efter begæring skal underrettes om tidspunktet for afhøringerne, jf. RPL § 745 c.¹⁵¹ Retten til at vælge en forsvarer, retten til at få en forsvarer beskikket og retten til at blive vejledt om adgangen til at begære en offentlig forsvarer beskikket, tilkommer alene en sigtet, jf. §§ 730, stk. 1, 731, stk. 1 og 732, stk. 1 og 2 modsætningsvist, ligesom en forsvarers beføjelser alene tilkommer en advokat, hvis klient er sigtet. Det er derfor af afgørende betydning at fastslå, hvorvidt en person er sigtet, jf. afsnit 2.5.2.1. ovenfor.

Retten til at blive gjort bekendt med sigtelsen

Det følger af retsplejelovens § 752, stk. 1, 1. pkt., at politiet inden afhøring af en sigtet skal gøre vedkommende udtrykkeligt bekendt med sigtelsen. Det skal af rapporten fremgå, at denne regel er iagttaget, jf. RPL § 752, stk. 1, 2. pkt.¹⁵²

Retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering

Efter retsplejelovens § 752, stk. 1, 1. pkt. skal politiet inden afhøring af en sigtet tillige gøre sigtede udtrykkeligt bekendt med, at vedkommende ikke er forpligtet til at udtale sig. Det skal af rapporten fremgå, at denne regel er iagttaget, jf. RPL § 752, stk. 1, 2. pkt.¹⁵³ Ingen, der afhøres af politiet, er forpligtet til at udtale sig, jf. RPL § 750, men politiet har alene pligt til at gøre sigtede bekendt hermed, jf. RPL § 752, stk. 1. At den sigtede ikke er forpligtet til at udtale sig indebærer en ret til tavshed og et forbud mod selvinkriminering, som supplerer og til dels overlapper hinanden.¹⁵⁴ Retten til tavshed indebærer en ret til ikke at udtale sig overhovedet, mens forbuddet mod selvinkriminering indebærer en ret til ikke at inkriminere sig selv.¹⁵⁵ Mens retten til tavshed angår enhver udtalelse, er forbuddet mod selvinkriminering snævrere, idet dette alene angår inkriminerende udtalelser. Forbuddet mod selvinkriminering er dog i en anden henseende bredere, idet selvinkrimineringsforbuddet ligeledes omfatter

¹⁵¹ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 310 ff. og Jørn Vestergaard, *“Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 94 ff.

¹⁵² Denne bestemmelse finder tilsvarende anvendelse ved afhøring af sigtede i retten, jf. RPL § 754

¹⁵³ Denne bestemmelse finder tilsvarende anvendelse ved afhøring af sigtede i retten, jf. RPL § 754

¹⁵⁴ Fenella M.W. Billing, *“The Right to Silence in Transnational Criminal Proceedings”*, 2018, s. 8 f. og s. 105

¹⁵⁵ Fenella M.W. Billing, *“The Right to Silence in Transnational Criminal Proceedings”*, 2018, s. 8

andre former for selvinkriminerende oplysninger end udtalelser, hvorfor en anklaget ikke er forpligtet til at udlevere hverken inkriminerende dokumenter eller andre beviser.¹⁵⁶

Bevisbyrden påhviler anklagemyndigheden, og den sigtede har derfor ikke pligt til at udtale sig eller i øvrigt bidrage til opklaringen af sagen ved at fremkomme med oplysninger, som vil kunne anvendes mod vedkommende i en straffesag.¹⁵⁷ Forbuddet mod selvinkriminering indebærer således en ret til ikke at inkriminere sig selv og et forbud mod tvang til selvinkriminering.¹⁵⁸ Formålet med selvinkrimineringsforbuddet er dog ikke at sikre, at en sigtet ikke bidrager til at få sig selv dømt for en forbrydelse, men derimod at den sigtede ikke bliver tvunget eller narret hertil.¹⁵⁹ Det centrale er dermed at den afhørte beskyttes mod at blive tvunget til at inkriminere sig selv, men det er ikke en beskyttelse mod alle former for tvang, idet selvinkrimineringsforbuddet ikke omfatter beviser, som kan tilvejebringes uafhængigt af den anklagedes vilje såsom beviser tilvejebragt ved aflytning.¹⁶⁰ Udgangspunktet om anklagemyndighedens bevisbyrde modificeres i de situationer, som tydeligt kalder på en forklaring fra den anklagede, eksempelvis hvor vedkommende træffes på gerningsstedet med kniven i hånden.¹⁶¹ I disse situationer påhviler bevisbyrden i et vist omfang den anklagede, og retten til tavshed er ikke herved krænket, selvom den anklagedes tavshed tillægges bevisværdi.¹⁶²

2.5.2.3. Afhøringens gennemførelse

I retsplejelovens § 752, stk. 3-5 findes særlige regler for gennemførelsen af politiets afhøring af en sigtet.¹⁶³ Politiet må ikke stille spørgsmål således, at noget, der er benægtet eller ikke erkendt, forudsættes tilstået, jf. RPL § 752, stk. 3, 1. pkt. Endvidere må løfter, urigtige foregivender eller trusler ikke anvendes under politiets afhøring af den sigtede, jf. RPL § 752, stk. 3, 2. pkt. Dette indebærer blandt andet, at politiet ikke må stille den sigtede noget i udsigt, som er urealistisk, eller som politiet ikke har rådighed over såsom strafudmålingen.¹⁶⁴ Afhøringen af den sigtede må ikke forlænges alene for at opnå en tilståelse, og ved afhøringer, der ikke er ganske kortvarige, anføres i rapporten tidspunkterne for afhøringens begyndelse og afslutning, jf. RPL § 752, stk. 4. I øvrigt finder retsplejelovens § 751

¹⁵⁶ Fenella M.W. Billing, "The Right to Silence in Transnational Criminal Proceedings", 2018, s. 8

¹⁵⁷ Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 196 og 199

¹⁵⁸ Jørn Vestergaard, "Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 55

¹⁵⁹ Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 197

¹⁶⁰ Jørn Vestergaard, "Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 55 f.

¹⁶¹ Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 198 og 680 f. og Jørn Vestergaard, "Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 86

¹⁶² Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 198 og 680 f. og Jørn Vestergaard, "Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 86

¹⁶³ Reglerne finder tilsvarende anvendelse ved afhøring af sigtede i retten, jf. RPL § 754.

¹⁶⁴ Jørn Vestergaard, "Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 57 og Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 728

om politiets notatpligt og fonetisk optagelse af forklaringer anvendelse på politiets afhøring af den sigtede.

Forsvareren har adgang til at overvære politiets afhøringer af sigtede og ret til at stille yderligere spørgsmål, jf. RPL § 745 c. Sigtede må dog ikke rådføre sig med sin forsvarer eller andre angående den umiddelbare besvarelse af et stillet spørgsmål, jf. RPL § 752, stk. 5, ligesom forsvareren ikke må blande sig i selve politiets afhøring af sigtede. Dette hindrer dog ikke forsvareren i at vejlede sigtede om dennes ret til at nægte at besvare stillede spørgsmål og om, hvorvidt afhøringen skal fortsætte eller afbrydes. Såfremt afhøringen ikke foretages i overensstemmelse med reglerne i retsplejelovens § 752, stk. 3 og 4, har forsvareren ret til at gribe ind.¹⁶⁵

2.5.3. Afhøring i forhold til EMRK

Ved afhøring er særligt EMRK art. 6 om retten til retfærdig rettergang relevant, idet den afhørte tildeles en række rettigheder efter art. 6 ved politiets afhøring, såfremt art. 6 finder anvendelse på tidspunktet for afhøringen.

I straffesager gælder en ret til retfærdig rettergang, jf. art. 6.¹⁶⁶ Det følger således af art. 6, stk. 1, 1. pkt., at enhver, når der skal træffes afgørelse angående en mod ham rettet anklage for en forbrydelse, skal være berettiget til en retfærdig rettergang. Foruden denne generelle ret til en retfærdig rettergang i art. 6, stk. 1, gælder for straffesager specifikke rettigheder i stk. 2 og 3.¹⁶⁷

Den strafferetlige del af art. 6 finder anvendelse, når der skal træffes afgørelse angående en ‘anklage for en forbrydelse’. Dette indebærer, at der skal være tale om en straffesag i konventionens forstand.¹⁶⁸ EMD lægger ved vurderingen heraf vægt på den retlige klassificering efter national ret af de overtrådte regler, overtrædelsens karakter samt karakteren og intensiteten af sanktionen, idet der dog ikke er tale om kumulative betingelser.¹⁶⁹ Såfremt de overtrådte regler efter national ret hører til strafferetten, vil sagen allerede herfor anses for en straffesag i konventionens forstand.¹⁷⁰ Derudover må det vurderes, hvorvidt der foreligger en ‘anklage’ for en forbrydelse, og dermed fra hvilket tidspunkt art. 6 finder anvendelse, hvorefter den anklagede kan påberåbe sig rettighederne, som direkte følger af eller i øvrigt

¹⁶⁵ Michael Kistrup m.fl., “*Straffeprocessen*”, 2023, s. 358

¹⁶⁶ Et sådant krav om en retfærdig rettergang gælder også i civile sager, jf. EMRK artikel 6 i sin helhed.

¹⁶⁷ Jon Fridrik Kjølbro, “*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*”, 2023, s. 658

¹⁶⁸ Jon Fridrik Kjølbro, “*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*”, 2023, s. 539

¹⁶⁹ Jon Fridrik Kjølbro, “*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*”, 2023, s. 530

¹⁷⁰ Jon Fridrik Kjølbro, “*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*”, 2023, s. 531

er indeholdt i art. 6.¹⁷¹ Dette kan blandt andet være relevant ved politiets afhøringer, idet den afhørte har krav på en række retsgarantier i forbindelse med afhøringen, såfremt vedkommende på dette tidspunkt anses for anklaget for en forbrydelse.¹⁷² EMD har fastlagt, at begrebet ‘anklage’ har en materiel snarere end en formel betydning og skal fortolkes autonomt, idet der er tale om et selvstændigt konventionsbegreb, som må fastlægges ud fra EMD’s praksis.¹⁷³ EMD har defineret begrebet ‘anklage’ som “*the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence*”¹⁷⁴, men “[...] *it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect [...]*”¹⁷⁵ En person kan dermed anses for anklaget, hvis den mistænkte situation er blevet væsentligt påvirket af den strafferetlige efterforskning, selvom der ikke foreligger en formel tilkendegivelse herom. Hvorvidt en person kan anses for væsentligt påvirket, forudsætter en konkret vurdering af sagens omstændigheder. EMD har i en konkret sag fundet, at en mistænkt, som blev afhørt om sin involvering i strafbare handlinger, kunne anses for væsentligt påvirket og dermed anklaget for en forbrydelse.¹⁷⁶ Når der foreligger en anklage for en forbrydelse og dermed en straffesag i konventionens forstand, finder art. 6 i sin helhed anvendelse på hele straffesagen; fra anklagen foreligger og indtil endelig afgørelse.¹⁷⁷ Dette indebærer, at art. 6 også finder anvendelse på efterforskningsstadiet, idet en tilsidesættelse af art. 6 på dette stadie kan have direkte indvirkning på retfærdigheden af den efterfølgende retssag og dermed gøre retten til retfærdig rettergang illusorisk.¹⁷⁸

Der skal foretages en helhedsvurdering af, om kravet om en retfærdig rettergang er opfyldt.¹⁷⁹ Dette indebærer på den ene side, at en flerhed af momenter tilsammen kan udgøre en krænkelse af retten til retfærdig rettergang, uanset om momenterne hver for sig ville udgøre en krænkelse, og på den anden side at processen som helhed kan anses som retfærdig, uagtet at enkelte dele af processen ikke kan.¹⁸⁰ Retten til retfærdig rettergang er dermed i denne forstand ikke absolut, idet EMD har accepteret, at retsgarantier, som ifølge ordlyden af art. 6 er absolutte, må modificeres i et vist omfang ud fra en

¹⁷¹ Jon Fridrik Kjølbro, “*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*”, 2023, s. 539

¹⁷² Jon Fridrik Kjølbro, “*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*”, 2023, s. 539 f.

¹⁷³ Deweer v. Belgium, 27.02.1980, præmis 44 og Jon Fridrik Kjølbro, “*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*”, 2023, s. 530 og 539

¹⁷⁴ Foti and others v. Italy, 10.12.1982, præmis 52. Se også Deweer v. Belgium, 27.02.1980, præmis 46

¹⁷⁵ Foti and others v. Italy, 10.12.1982, præmis 52. Se også Deweer v. Belgium, 27.02.1980, præmis 46

¹⁷⁶ Yankov and others v. Bulgaria, 23.09.2010, præmis 20-23 og Aleksandr Zaichenko v. Russia, 18.02.2010, præmis 41-43

¹⁷⁷ Jon Fridrik Kjølbro, “*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*”, 2023, s. 539, 541 og 658

¹⁷⁸ Jon Fridrik Kjølbro, “*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*”, 2023, s. 540 og Michael Kistrup m.fl., “*Straffeprocessen*”, 2023, s. 183 og 200

¹⁷⁹ Jon Fridrik Kjølbro, “*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*”, 2023, s. 658

¹⁸⁰ Jon Fridrik Kjølbro, “*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*”, 2023, s. 658 og Jens Elo Rytter, “*Individets grundlæggende rettigheder*”, 2024, s. 471 f.

proportionalitetsvurdering, hvor hensynet til individets retssikkerhed må afvejes over for andre tungtvejende hensyn, herunder hensynet til samfundets interesse i strafforfølgning af forbrydelser.¹⁸¹ En enkelt del af processen kan dog undertiden være så afgørende, at manglende overholdelse af kravet om retfærdig rettergang på dette ene punkt i sig selv kan statuere en krænkelse af EMRK art. 6.¹⁸²

EMD har udtalt¹⁸³, at der i forhold til vurderingen af, hvilken indvirkning fejl på efterforskningsstadiet har på straffesagens overordnede retfærdighed, blandt andet bør tages følgende ikke-udtømmende momenter i betragtning i helhedsvurderingen, hvor det er relevant: 1) om den anklagede var særligt sårbar; 2) om forsvarets rettigheder har været respekteret, herunder om den anklagede har haft mulighed for at anfægte bevisets pålidelighed og modsætte sig dets brug; 3) bevisets værdi, herunder om omstændighederne ved bevisets tilvejebringelse sår tvivl om dets pålidelighed, hvor blandt andet graden og karakteren af anvendt tvang må inddrages; 4) karakteren af ulovligheden og en eventuel konventionskrænkelse, hvis beviset er ulovligt tilvejebragt; 5) bevisets betydning for sagen, herunder om det er eneste eller afgørende bevis i sagen; 6) vægten af det offentliges interesse i efterforskning og retsforfølgning af den givne lovovertrædelse.

Som nævnt gælder for straffesager specifikke rettigheder i art. 6, stk. 2 og 3. I art. 6, stk. 2 fastslås uskyldsformodningen. Efter art. 6, stk. 3, litra a har enhver, der anklages for en forbrydelse, ret til ufortøvet at modtage underretning om arten af og årsagen til den anklage, der er rejst mod ham. Denne bestemmelse medfører en ret til at blive gjort bekendt med anklagen. Desuden giver art. 6, stk. 3, litra c den anklagede ret til at forsvare sig personligt eller ved juridisk bistand, som han selv har valgt. En anklaget har dermed ret til bistand af forsvarer, herunder på tidspunktet for politiets afhøring.

Foruden de rettigheder, som er udtrykkeligt nævnt i art. 6, medfører bestemmelsen en række øvrige centrale rettigheder, som er fastlagt ved EMD's praksis. EMD har således fastslået, at retten til ikke at udtale sig under politiets afhøring og forbuddet mod selvinkriminering er "*generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6.*"¹⁸⁴ Enhver, der er anklaget for en forbrydelse, har dermed ret til ikke at udtale sig og til ikke at blive tvunget til at inkriminere sig selv.¹⁸⁵ Retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering hører til kernen i retten til en retfærdig rettergang, og en tilsidesættelse heraf vil udgøre en krænkelse af art. 6. For så vidt angår

¹⁸¹ Jens Elo Rytter, "Individets grundlæggende rettigheder", 2024, s. 471 f.

¹⁸² Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 658

¹⁸³ Ibrahim and others v. United Kingdom, 13.09.2016, præmis 274

¹⁸⁴ Saunders v. United Kingdom, 17.12.1996, præmis 68. Se også Funke v. France, 25.02.1993, præmis 44

¹⁸⁵ Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 708

retten til tavshed har EMD bemærket, at denne rettighed er respekteret, selvom retten tillægger tiltaltes tavshed bevisværdi i situationer, hvor et forhold åbenlyst kalder på en forklaring fra den tiltalte.¹⁸⁶

Definitionen og afgrænsningen af selvinkrimineringsforbuddet er navnlig fastlagt i EMD's praksis. EMD har præciseret, at "[t]he right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent."¹⁸⁷ Respekt for den anklagedes vilje er dermed det centrale i selvinkrimineringsforbuddet. EMD har endvidere udtalt, at retten til tavshed og retten til ikke at inkriminere sig selv beskytter en person, der er anklaget for en forbrydelse, mod utilbørlig tvang fra myndighederne og bidrager derved til at sikre formålet med art. 6.¹⁸⁸ Selvinkrimineringsforbuddet forudsætter dermed, at anklagemyndigheden skal bevise den anklagedes skyld uden brug af beviser, som er tilvejebragt ved forskellige former for tvang i strid med den anklagedes vilje.¹⁸⁹ Dette beskytter den anklagede mod at blive tvunget til at bidrage til sagens opklaring ved at afgive forklaring eller andre inkriminerende oplysninger.¹⁹⁰ Det altovervejende udgangspunkt er således, at myndighederne ikke må anvende tvang over for en anklaget person for at opklare forbrydelsen. Forbuddet er dog ikke absolut, idet selvinkrimineringsforbuddet ikke omfatter beviser, som kan tilvejebringes fra den anklagede ved brug af straffeprocessuelle tvangsindgreb, men som eksisterer uafhængigt af den anklagedes vilje såsom dokumenter fremkommet ved ransagning.¹⁹¹ Forbuddet mod selvinkriminering indebærer desuden, at politiet ikke må søge at lokke en tilståelse eller i øvrigt selvinkriminerende oplysninger ud af en anklaget.¹⁹² I Allan mod Storbritannien havde klager tidligere nægtet at udtale sig, hvorefter politiet anbragte en instrueret meddeler i samme celle som klager med det formål at fremskaffe oplysninger fra klager om forbrydelsen.¹⁹³ EMD fandt, at det udgjorde en krænkelse af selvinkrimineringsforbuddet og dermed art. 6, at de samtaler, som klageren havde haft med meddeleren, blev anvendt som bevis under straffesagen mod ham, idet beviserne var tilvejebragt i strid med hans vilje.¹⁹⁴ Denne dom behandles dybdegående i afsnit 4.1.1. Endvidere har EMD bemærket, at der i vurderingen af, hvorvidt forbuddet mod selvinkriminering er blevet krænket, skal lægges vægt på karakteren og

¹⁸⁶ John Murray v. United Kingdom, 08.02.1996, præmis 47

¹⁸⁷ Saunders v. United Kingdom, 17.12.1996, præmis 69

¹⁸⁸ Saunders v. United Kingdom, 17.12.1996, præmis 68

¹⁸⁹ Saunders v. United Kingdom, 17.12.1996, præmis 68 og Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 708

¹⁹⁰ Funke v. France, 25.02.1993, præmis 44 og Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 713

¹⁹¹ O'Halloran and Francis v. United Kingdom, 29.06.2007, præmis 53, Saunders v. United Kingdom, 17.12.1996, præmis 69 og Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 712

¹⁹² Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 717

¹⁹³ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 8-15

¹⁹⁴ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 52-53. Se dog også Bykov v. Russia, 10.03.2009, hvor brug af hemmelig optagelse af samtaler mellem klager og en af politiet instrueret tredjemand som bevis ikke fandtes at udgøre en krænkelse af EMRK artikel 6.

graden af tvangen, tilstedeværelsen af retssikkerhedsgarantier i processen, samt hvordan de tilvejebragte beviser anvendes.¹⁹⁵

EMD har desuden udtalt¹⁹⁶, at formålet med EMRK er at sikre praktiske og effektive rettigheder, som ikke blot er teoretiske eller illusoriske. Den beskyttelse, som en anklaget får gennem retten til bistand af en forsvarer, retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering, er alene praktisk og effektiv, såfremt den pågældende bliver gjort bekendt med rettighederne. En anklaget skal derfor vejledes om retten til ikke at udtale sig og retten til bistand af forsvarer. Hvis politiet ved afhøring af en anklaget ikke har vejledt vedkommende om disse rettigheder, og hvis inkriminerende forklaringer afgivet under afhøringen indgår som bevis i en efterfølgende straffesag, vil dette som udgangspunkt udgøre en krænkelse af art. 6, men der skal dog i alle tilfælde foretages en helhedsvurdering af processen.

2.6. Sammenfatning

I efterforskningen af drabet i Elverparken benyttede politiet sig af en efterforskningsmetode, som involverede rumaflytning og personbårne aflytninger ved infiltration i det fængsel, hvor den mistænkte afsonede. Der kan som nævnt identificeres tre konkrete efterforskningsmidler i den retlige ramme for denne efterforskningsmetode; aflytning, infiltration og afhøring. Disse tre traditionelle efterforskningsmidler, som hver for sig er reguleret, aktualiseres på en ny måde, idet de kombineres. Herved fås en ny efterforskningsmetode, som ikke er udtrykkeligt reguleret i dansk ret, men som i stedet må sammenholdes med den eksisterende regulering fastlagt i nærværende kapitel. Aflytning ved infiltration i fængsler skal dermed iværksættes og udføres i overensstemmelse med dels straffeprocessens grundprincipper, idet efterforskningsmetoden ikke må stride mod straffeprocessens bærende hensyn, den materielle sandheds princip, proportionalitetsprincippet og objektivitetsprincippet, dels den retlige ramme for henholdsvis politiets efterforskning generelt, aflytning, infiltration og afhøring som fastlagt i afsnit 2.1.-2.5. Da efterforskningsmetoden ikke passer direkte ind i den eksisterende regulering, aktualiserer dette spørgsmålet om, hvorledes domstolene vil vurdere lovligheden af denne efterforskningsmetode, hvilket behandles i kapitel 4.

¹⁹⁵ O'Halloran and Francis v. United Kingdom, 29.06.2007, præmis 55

¹⁹⁶ Ibrahim and others v. United Kingdom, 13.09.2016, præmis 270-273 og Aleksandr Zaichenko v. Russia, 18.02.2010, præmis 52-60. Se også Jon Fridrik Kjølbro, "*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*", 2023, s. 709, 711, 716 og 747

Kapitel 3. Den retlige ramme for brug af ulovligt tilvejebragte beviser i straffesager

Såfremt politiets efterforskning fører til, at anklagemyndigheden rejser tiltale mod den formodede gerningsperson, kan der i forbindelse med bevisførelsen under hovedforhandlingen opstå spørgsmål om, hvorvidt et bevis tilvejebragt ved aflytning ved infiltration i et fængsel udgør et ulovligt tilvejebragt bevis, og i forlængelse heraf hvorvidt beviset kan tillades ført i straffesagen.

I dansk ret findes ikke en legaldefinition på, hvad et ulovligt tilvejebragt bevis er, og hvornår et bevis anses for ulovligt tilvejebragt.¹⁹⁷ Dette indebærer, at der ikke i lovgivningen findes en positiv definition af ulovligt tilvejebragte beviser, men en negativ definition må anses for at eksistere i form af de regler, som regulerer bevistilvejebringelsen. Ved et ulovligt tilvejebragt bevis må herved i almindelighed forstås beviser, der er fremskaffet i strid med nationale danske regler eller i strid med regler i EMRK, eksempelvis beviser tilvejebragt ved tilsidesættelse af reglerne om afhøring.¹⁹⁸

Der findes ikke i dansk ret regler, som direkte regulerer ulovligt tilvejebragte beviser, men alene regler, som regulerer visse forhold relateret hertil. Dette gælder navnlig regler om hvem, der har kompetencen til dels at afgøre, hvorvidt et bevis er ulovligt tilvejebragt eller ej, jf. RPL § 746, dels at afgøre, om sådanne ulovligt tilvejebragte beviser kan anvendes i en straffesag, jf. RPL § 841. Det følger af retsplejelovens § 746, stk. 1, at retten afgør tvistigheder mellem anklagemyndigheden og forsvareren om lovligheden af politiets efterforskningsskridt, hvorfor retten har kompetencen til at afgøre, om et efterforskningsskridt har været lovligt.¹⁹⁹ Hvis retten afgør, at politiets efterforskningsskridt har været ulovligt, må de herved tilvejebragte beviser uundgåeligt være ulovlige. Som påpeget af Brøbech må dette indirekte betyde, at retten også har kompetence til at afgøre, om et bevis er ulovligt tilvejebragt, jf. forudsætningsvis RPL § 746, stk. 1.²⁰⁰ Det følger af retsplejelovens § 841, at hvis en af parterne vil modsætte sig modpartens bevisførelse, skal parten uden ophold forelægge sagen for retten til afgørelse, hvorfor det er retten, der har kompetencen til at afgøre, om et ulovligt tilvejebragt bevis skal ekskluderes, jf. RPL § 841.²⁰¹

¹⁹⁷ Birgitte Brøbech, "*Ulovligt tilvejebragte beviser*", 2003, s. 45

¹⁹⁸ Michael Kistrup m.fl., "*Straffeprocessen*", 2023, s. 722

¹⁹⁹ Retten har også efter RPL § 746 adgang til at efterprøve lovligheden af politiets efterforskningsskridt efter, at efterforskningen er afsluttet, jf. U 1986.383 V.

²⁰⁰ Birgitte Brøbech, "*Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*", 2003, s. 47

²⁰¹ Se i øvrigt Birgitte Brøbech, "*Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*", 2003, s. 49 og 54-59, som diskuterer, om rettens kompetence efter hhv. RPL § 746 og § 841 (tidligere § 837) er betinget af parternes anmodning, eller om retten kan afgøre spørgsmålet ex officio.

Hvis domstolene uden videre tillod ethvert ulovligt tilvejebragt bevis ført, ville reguleringen af politiets efterforskning være illusorisk, idet politiet ikke ville have incitament til at iagttage reglerne.²⁰² Anvendelsen af ulovligt tilvejebragte beviser i straffesager er imidlertid i vidt omfang ulovreguleret i dansk ret²⁰³ og reguleres derfor først og fremmest i retspraksis, idet domstolene i hvert tilfælde må foretage et skøn.²⁰⁴ I praksis foretager domstolene en konkret vurdering og afvejning, hvori indgår bevisets pålidelighed, væsentlighed og betydning for sagens udfald, retsbruddets og kriminalitetens grovhed samt den krænkede beskyttelsesinteresse.²⁰⁵ Det vil også indgå i vurderingen, om beviset er til gunst for tiltalte, da beviset i så fald som udgangspunkt skal tillades.²⁰⁶

Domstolens vurdering af, om ulovligt tilvejebragte beviser kan indgå i en straffesag, beror på en afvejning af hensynet til, at formelle regler overholdes og således hensynet til den tiltaltes retssikkerhed over for hensynet til, at der opnås et materielt rigtigt resultat.²⁰⁷ Domstolene anlægger i dansk ret en pragmatisk tilgang hertil, hvor den materielle sandheds princip og princippet om fri bevisbedømmelse, jf. nedenfor, er det centrale i domstolenes vurdering.²⁰⁸ De formelle regler spiller dermed en mindre rolle, hvorfor domstolene som hovedregel admitterer beviser, selvom de er ulovligt tilvejebragt, og denne tendens kommer især til udtryk i særligt alvorlige sager, hvor den materielle sandheds princip får afgørende betydning.²⁰⁹ Dette står i modsætning til visse udenlandske retssystemer såsom USA, hvor spørgsmålet reguleres af 'exclusionary rules', som indebærer, at formelle regler tillægges betydelig vægt, og at ulovligt tilvejebragte beviser derfor fuldstændigt udelukkes.²¹⁰ Fordelen herved er, at det sikres, at de formelle regler for politiets efterforskning overholdes, således borgerens retssikkerhed iagttages, mens ulempen er, at det risikeres at skyldige frifindes alene på grund af en mindre teknisk fejl.²¹¹ I dansk ret søges politiets overholdelse af de formelle regler sikret ved, at domstolene – på trods af tendensen til at admittere ulovligt tilvejebragte beviser – reelt foretager en konkret vurdering af, om beviserne på trods af tilsidesættelsen af de formelle regler, kan anvendes, ligesom tilgangen i dansk ret

²⁰² Jørn Vestergaard, "*Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje*", 2018, s. 209 f.

²⁰³ Se dog RPL §§ 791, stk. 3 og 792 f, stk. 3 om tilintetgørelse af materiale

²⁰⁴ Michael Kistrup m.fl., "*Straffeprocessen*", 2023, s. 725

²⁰⁵ Birgitte Brøbech, "*Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*", 2003, s. 255-307, Jørn Vestergaard, "*Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje*", 2018, s. 211 og Michael Kistrup m.fl., "*Straffeprocessen*", 2023, s. 31

²⁰⁶ Birgitte Brøbech, "*Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*", 2003, s. 302 ff. og Jørn Vestergaard, "*Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje*", 2018, s. 211

²⁰⁷ Michael Kistrup m.fl., "*Straffeprocessen*", 2023, s. 724 f.

²⁰⁸ Jørn Vestergaard, "*Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje*", 2018, s. 211

²⁰⁹ Jørn Vestergaard, "*Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje*", 2018, s. 210 og Michael Kistrup m.fl., "*Straffeprocessen*", 2023, s. 31 f. og 721

²¹⁰ Jørn Vestergaard, "*Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje*", 2018, s. 210 og Michael Kistrup m.fl., "*Straffeprocessen*", 2023, s. 31 f. og 721

²¹¹ Jørn Vestergaard, "*Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje*", 2018, s. 210 og Michael Kistrup m.fl., "*Straffeprocessen*", 2023, s. 721

i vidt omfang beror på en generel formodning for, at dansk politi ikke har til hensigt at udøve magtmisbrug.²¹² Endvidere bygger den danske tilgang i høj grad på princippet om den materielle sandhed, hvor formålet er at undgå, at skyldige frifindes alene på grund af en teknisk fejl. Admission af ulovligt tilvejebragte beviser indebærer imidlertid en vis risiko for materielt urigtige domfældelser, hvilket dog imødegås af princippet om fri bevisbedømmelse og en høj grad af tiltro til, at domstolen ved bevisbedømmelsen udviser fornøden dømmekraft.²¹³

Som blandt andet påpeget af Brøbech er de danske domstoles pragmatiske tilgang til ulovligt tilvejebragte beviser dog i de senere år blevet gradvist lempet, idet domstolene tillægger de formelle regler større vægt end tidligere og dermed i højere grad ekskluderer ulovligt tilvejebragte beviser, således *“[...] den almindelige opfattelse i teorien om, at ulovligt tilvejebragte beviser som hovedregel admitteres i Danmark, ikke længere er dækkende, eller i hvert fald er mindre dækkende for den aktuelle retstilstand.”*²¹⁴ Brøbech har på baggrund af praksis opstillet følgende fem vejledende sætninger²¹⁵ for, hvornår danske domstole ekskluderer ulovligt tilvejebragte beviser, hvor særligt bevisets pålidelighed tillægges stor vægt:

1) *”Beviset skal afvises, hvis reglernes tilsidesættelse har forringet bevisets pålidelighed i et ikke ubetydeligt omfang.”*²¹⁶ 2) *”Hvis omvendt fejlen har en formel karakter i den forstand, at det ikke har påvirket bevisets pålidelighed, vil retten som udgangspunkt tillade, at beviset bruges. Især hvis beviset er afgørende for sagens udfald, kunne være tilvejebragt på lovlig måde, og/eller den påsigtede kriminalitet er grov.”*²¹⁷ Som påpeget af landsretspræsident Jens Røn er denne sætning netop udtryk for de danske domstoles fortsatte pragmatiske holdning til ulovligt tilvejebragte beviser.²¹⁸ 3) *”Selv om fejlen ikke har forringet bevisets pålidelighed i nævneværdig grad, tilsidesættes beviset, såfremt politiet forsætligt har spekuleret i ikke at overholde reglerne for tilvejebringelse af beviser, som ikke kunne være tilvejebragt ad ulovlig vej.”*²¹⁹ 4) *”Hvis den ulovlige tilvejebringelse har indebåret krænkelse af en*

²¹² Jørn Vestergaard, *“Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 211 og Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 31

²¹³ Birgitte Brøbech, *“Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”*, 2003, s. 20 og Jørn Vestergaard, *“Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje”*, 2018, s. 210 f.

²¹⁴ Birgitte Brøbech, *“Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”*, 2003, s. 10. Se også Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 724 f.

²¹⁵ Birgitte Brøbech, *“Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”*, 2003, s. 306 f.

²¹⁶ Birgitte Brøbech, *“Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”*, 2003, s. 306

²¹⁷ Birgitte Brøbech, *“Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”*, 2003, s. 306

²¹⁸ Michael Kistrup m.fl., *“Straffeprocessen”*, 2023, s. 724

²¹⁹ Birgitte Brøbech, *“Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”*, 2003, s. 306

*meget vigtig beskyttelsesinteresse, afvises de derved indhentede beviser. Også selvom bevisernes pålidelighed er intakt. Forbuddet mod at blive tvunget til at inkriminere sig selv er en sådan vigtig beskyttelsesinteresse.*²²⁰ Dette gælder som udgangspunkt også overtrædelser af retsplejelovens § 752, stk. 1, men eksklusionsreglen for denne beskyttelsesinteresses vedkommende gælder ikke undtagelsesfrit, idet domstolene dog formentlig vil admittere beviset, hvis dette er afgørende for domfældelse, og kriminaliteten er grov.²²¹ 5) *”Er det ulovligt tilvejebragte bevis til gunst for sigtede, skal beviset som udgangspunkt admitteres.*²²²

Disse fem vejledende sætninger vidner om, at domstolene i dag udviser større tilbøjelighed til at ekskludere upålidelige ulovligt tilvejebragte beviser, ligesom at selv pålidelige ulovligt tilvejebragte beviser i højere grad vil blive ekskluderet, hvis der er sket store formelle fejl, eller en vigtig beskyttelsesinteresse er blevet krænket, herunder selvinkrimineringsforbuddet.

Såfremt politiet ikke overholder reglerne for afhøring af sigtede, herunder retsplejelovens § 752, stk. 1, reglerne om vejledning af sigtede om adgang til at begære en offentlig forsvarer beskikket samt retsplejelovens § 752, stk. 3 og 4 om afhøringens gennemførelse²²³, kan det medføre, at sigtedes forklaring til politirapport ikke senere kan dokumenteres, jf. RPL § 871, stk. 4.²²⁴ Helt centralt på dette område er U 1997.336 V²²⁵, hvor tiltalte tidligere var blevet afhørt af politiet to gange. Under den første afhøring var tiltalte ikke formelt blevet sigtet, og landsretten lagde til grund, at begge afhøringer var sket under tilsidesættelse af retsplejelovens § 752, stk. 1. I sin begrundelse anførte landsretten, at “[k]onsekvensen af en tilsidesættelse af denne bestemmelse, der må anses som en væsentlig retssikkerhedsgaranti, [...] som hovedregel [må] være, at de herved fremkomne oplysninger ikke kan bruges af anklagemyndigheden til skade for tiltalte.” Landsretten anførte, at der ikke forelå sådanne særlige omstændigheder i sagen, som kunne føre til fravigelse af hovedreglen, hvorfor der måtte træffes afgørelse på baggrund af sagens øvrige oplysninger.

²²⁰ Birgitte Brøbech, “Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”, 2003, s. 306

²²¹ Birgitte Brøbech, “Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”, 2003, s. 306

²²² Birgitte Brøbech, “Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”, 2003, s. 307

²²³ Se også U 2016.922 V om tilsidesættelse af RPL § 751, hvor landsretten ikke tillod anklagemyndigheden at stille spørgsmål til politiassistenter om, hvad den sigtede havde fortalt dem under en samtale, da det ikke var tilført politirapport.

²²⁴ Jørn Vestergaard, “Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje”, 2018, s. 222, Jørgen Jochimsen og Henning Fuglsang Sørensen, “Straffeprocessuel oversigt”, 2024, s. 29 og 32 og Michael Kistrup m.fl., “Straffeprocessen”, 2023, s. 198

²²⁵ Se tilsvarende U 1970.901 V.

Den øgede tendens hos de danske domstole til i højere grad end tidligere at ekskludere ulovligt tilvejebragte beviser skal, som påpeget af Brøbech, særligt ses i lyset af påvirkningen fra EMRK og domstolenes ønske om ikke at blive underkendt af EMD.²²⁶

Retten til retfærdig rettergang efter EMRK art. 6 udgør ikke generelt en hindring i forhold til anvendelse af beviser, der er tilvejebragt i strid med nationale regler eller EMRK.²²⁷ Anvendelse af ulovligt tilvejebragte beviser i en straffesag udgør dermed ikke i sig selv en krænkelse af art. 6, særligt ikke hvis beviset anvendes til gunst for den anklagede, idet dette ikke rejser spørgsmål om, hvorvidt retten til retfærdig rettergang er krænket.²²⁸ Vurderingen af, om et ulovligt tilvejebragt bevis skal tillades ført, er først og fremmest overladt til nærmere regulering i national ret, ligesom EMD i denne forbindelse i praksis overlader et betydeligt skøn til de nationale domstole.²²⁹ EMD har ikke til opgave at vurdere, om ulovligt tilvejebragte beviser kan admitteres, men alene at foretage en helhedsvurdering af, om processen som helhed har været retfærdig.²³⁰ Ved denne helhedsvurdering lægger EMD vægt på tre momenter: 1) om forsvarrets rettigheder er respekteret, herunder om forsvaret har haft mulighed for at anfægte og imødegå anvendelsen og pålideligheden af beviset; 2) bevisets værdi, herunder karakteren af ulovligheden ved bevisets tilvejebringelse, om der kan sås tvivl om bevisets pålidelighed, og om der er tale om frivillige udtalelser; 3) bevisets betydning for afgørelsen, herunder om det pågældende bevis er det eneste eller afgørende bevis.²³¹ Når beviset er meget stærkt og pålideligt er behovet for understøttende beviser tilsvarende mindre.²³² Endvidere foretages en hensynsafvejning mellem på den ene side samfundets interesse i efterforskning og strafforfølgning af forbrydelser og på den anden side hensynet til tiltaltes interesse i, at beviser ikke tilvejebringes på ulovlig vis.²³³ Slutteligt skal hensynet til karakteren af konventionskrænkelsen indgå i vurderingen, herunder om der er tale om en mindre eller større krænkelse.²³⁴ En mindre krænkelse kan være manglende legalitet, mens en krænkelse af

²²⁶ Birgitte Brøbech, "Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen", 2003, s. 403

²²⁷ Michael Kistrup m.fl., "Straffeprocessen", 2023, s. 722 og Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 669

²²⁸ Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 670

²²⁹ Jørn Vestergaard, "Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 210, Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 660 og Jørn Vestergaard, "Straffeprocessen - grundtræk af dansk strafferetspleje", 2018, s. 210

²³⁰ Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 669

²³¹ Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 669 og Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 42-43

²³² Jf. Khan mod Storbritannien, 12.05.2000, præmis 37, hvor EMD fandt, at en lydoptagelse, hvoraf selvinkriminerende udtalelser fra den anklagede fremgik, var et meget stærkt bevis, og at der ikke var risiko for, at det var upålideligt. Se også Bykov mod Rusland, 10.03.2009, præmis 90 og Allan mod Storbritannien, 05.11.2002, præmis 43.

²³³ Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 669

²³⁴ Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere", 2023, s. 669

forbuddet mod selvinkriminering anses for at være en alvorlig krænkelse.²³⁵ Såfremt forsvarets rettigheder er respekteret, og beviset er pålideligt, vil anvendelsen af det ulovligt tilvejebragte bevis som udgangspunkt ikke udgøre en krænkelse af art. 6, stk. 1, især hvis beviset ikke er eneste eller afgørende bevis, og konventionskrænkelsen ikke er alvorlig.²³⁶ EMD har afsagt en række domme, hvor anvendelse af beviser tilvejebragt i strid med EMRK ikke fandtes at udgøre en krænkelse af art. 6, stk. 1.²³⁷

Det følger af EMD's praksis, at såfremt en anklaget er blevet afhørt af politiet under anvendelse af forskellige former for tvang eller uden vejledning om retten til ikke at udtale sig, vil anvendelsen af de herved fremkomne selvinkriminerende forklaringer som bevis under en efterfølgende straffesag mod den anklagede som udgangspunkt udgøre en krænkelse af EMRK art. 6, stk. 1.²³⁸ Dette må skyldes, at forbuddet mod selvinkriminering er en meget vigtig beskyttelsesinteresse, hvorfor det vil være en alvorlig konventionskrænkelse. Retspraksis fra EMD om anvendelse af ulovligt tilvejebragte beviser fremskaffet i strid hermed i relation til specialets problemfelt behandles nedenfor i afsnit 4.1.

Såfremt retten i en straffesag admitterer ulovligt tilvejebragte beviser, finder de straffeprocessuelle principper og regler om bevisførelse anvendelse herpå. Beviserne skal føres mundtligt og umiddelbart for retten, men der gælder visse undtagelser til bevisumiddelbarhedsprincippet, jf. bl.a. RPL § 871, stk. 4, hvorefter retten undtagelsesvis kan tillade dokumentation af tiltaltes tidligere forklaring til politirapport. Rettens bevisbedømmelse er i dansk ret fri, jf. RPL § 880, 2. pkt. Det er derfor op til domstolen at afgøre, hvilken bevisværdi domstolen vil tillægge et givent bevis, hvorfor domstolen skal foretage en konkret vurdering, som skal være objektivt funderet og begrundet.²³⁹

²³⁵ Jon Fridrik Kjølbro, "*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*", 2023, s. 669

²³⁶ Jon Fridrik Kjølbro, "*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*", 2023, s. 670

²³⁷ Se hertil *Bykov v. Russia*, 10.03.2009, præmis 91, *Allan v. United Kingdom*, 05.11.2002, præmis 36 og *Khan v. United Kingdom*, 12.05.2000, præmis 34-40, hvor anvendelse af beviser tilvejebragt ved personbåret aflytning, som var i strid med EMRK artikel 8, fordi legalitetskravet ikke var opfyldt, ikke udgjorde en krænkelse af EMRK artikel 6.

²³⁸ Jon Fridrik Kjølbro, "*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*", 2023, s. 715 f.

²³⁹ Michael Kistrup m.fl., "*Straffeprocessen*", 2023, s. 768 ff.

Kapitel 4. Retspraksis om efterforskningsmetoden og brug af lydoptagelser tilvejebragt herved som bevis

Da efterforskningsmetoden aflytning ved infiltration i et fængsel ikke er udtrykkeligt reguleret i dansk ret, får retspraksis en fremtrædende betydning for fastlæggelsen af den retlige ramme for efterforskningsmetoden. Under hovedforhandlingen i straffesagen om drabet i Elverparken har domstolene for første gang taget stilling til lovligheden af denne efterforskningsmetode, og hvorvidt beviser tilvejebragt herved kunne indgå som bevis i en straffesag. De danske domstoles kendelser skal være i overensstemmelse med EMRK og praksis fra EMD. I det følgende analyseres derfor først praksis fra EMD i sager, hvor politiets efterforskningsmetode har været sammenlignelig med politiets efterforskningsmetode i sagen om drabet i Elverparken. Herefter analyseres byrettens og landsrettens kendelser afsagt henholdsvis den 30. juni 2023 og den 25. september 2023 i straffesagen om drabet i Elverparken, hvor det løbende vurderes og diskuteres, hvorvidt politiets efterforskningsmetode er i overensstemmelse med dansk ret samt EMRK og EMD's praksis. Højesterets bemærkninger påpeges løbende.

4.1. Retspraksis fra EMD

4.1.1. Allan mod Storbritannien

EMD afsagde den 5. november 2002 dom i Allan mod Storbritannien, som omhandlede drabet på en butiksbestyrer. Klageren Allan blev på baggrund af et anonymt tip anholdt, sigtet og varetægtsfængslet for drabet, ligesom han blev afhørt af politiet, hvor han – efter politiets vejledning herom – påberåbte sig retten til ikke at udtale sig. Politiet besluttede at anbringe H, som havde været meddeler, i samme celle som Allan for at fremskaffe beviser. Denne efterforskningsmetode vil i dansk ret anses for infiltration. H blev instrueret i at forsøge at lokke en tilståelse ud af Allan, idet han skulle “push him for what you can”. Allan blev afhørt igen, hvor han fortsat forbeholdt sig retten til ikke at udtale sig, hvorefter politiet udstyrede H med personbåret aflytningsudstyr. H påstod i en lang vidneforklaring, at Allan havde indrømmet, at han var til stede på gerningsstedet, hvilket ikke fremgik af lydoptagelserne og blev bestridt af Allan, hvorfor alene H's vidneudsagn inkriminerede Allan. Optagelserne og H's vidneudsagn blev anvendt som bevis i sagen, hvilket førte til, at Allan blev dømt for drabet, hvorefter han klagede til EMD.²⁴⁰

Allan nedlagde påstand om krænkelse af EMRK art. 8 angående politiets brug af skjult aflytningsudstyr i Allans celle samt skjult personbåret aflytningsudstyr placeret på H.²⁴¹ EMD henviste til Khan mod

²⁴⁰ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 3 og 8-22

²⁴¹ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 34

Storbritannien, hvor aflytning af Khans private samtale med venen B – som ikke var instrueret af politiet – på B's bopæl fandtes at udgøre en krænkelse af art. 8, da indgrebet ikke var foreskrevet ved lov.²⁴² EMD lagde i Khan-sagen vægt på, at der alene forelå retningslinjer fra det britiske indenrigsministerium, som hverken var juridisk bindende eller offentligt tilgængelige, og at der dermed ikke i national ret eksisterede retsregler, som regulerede politiets brug af aflytningsudstyr.²⁴³ Dette var også tilfældet i Allan-sagen, hvorfor EMD statuerede krænkelse af art. 8.²⁴⁴

Allan nedlagde tillige påstand om krænkelse af EMRK art. 6, stk. 1 angående anvendelsen af beviserne tilvejebragt ved brug af henholdsvis skjult aflytningsudstyr og infiltrator H i straffesagen.²⁴⁵ EMD bemærkede indledningsvist, at optagelserne af Allans samtaler med H samt vidneudsagnet fra H var blandt de væsentligste beviser i straffesagen, og at politiets anvendelse af H til at tilvejebringe beviser rejste komplekse problemstillinger.²⁴⁶ EMD udtalte herefter²⁴⁷, at retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering er udformet for at beskytte den anklagede mod utilbørlig tvang fra myndighederne og mod tilvejebringelse af beviser ved brug af tvang eller undertrykkelse af den anklagedes vilje. EMD fandt, at anvendelsesområdet ikke er begrænset til sager, hvor den anklagedes vilje er blevet direkte underkuet, og at det centrale i retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering er at beskytte den anklagedes frihed til at vælge, om vedkommende vil udtale sig under politiets afhøring. I forlængelse heraf fastslog EMD, at en anklages frihed bliver effektivt undermineret i situationer, hvor vedkommende tidligere har valgt at påberåbe sig retten til ikke at udtale sig, hvorefter myndighederne ved falske foregivender lokker tilståelser eller i øvrigt inkriminerende udtalelser ud af den anklagede, som ikke kunne opnås ved en almindelig afhøring for derefter at anvende dem som bevis.

EMD anførte, at det afhænger af den konkrete sags omstændigheder, om retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering er undermineret i en sådan grad, at der foreligger en krænkelse af art. 6.²⁴⁸ EMD må herefter anses for at have fastslået, at der i denne vurdering skal foretages en toleddet test. EMD bemærkede med henvisning til retspraksis fra Canadas Højesteret²⁴⁹, at hvor infiltratoren ikke åbenlyst fremstod som en politiagent, må der foretages en vurdering af såvel forholdet mellem infilt-

²⁴² Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 36 og Khan mod Storbritannien, 12.05.2000, præmis 9, 10 og 28

²⁴³ Khan mod Storbritannien, 12.05.2000, præmis 27

²⁴⁴ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 36

²⁴⁵ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 37

²⁴⁶ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 45 og 49

²⁴⁷ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 50

²⁴⁸ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 51

²⁴⁹ Herved understreges i øvrigt, at retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering er generelt anerkendte internationale standarder.

ratoren og staten som forholdet mellem infiltratoren og den anklagede, idet retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering alene er krænket, såfremt infiltratoren både agerede politiagent på tidspunktet, hvor den anklagede afgav selvinkriminerende udtalelser, jf. også Khan-sagen modsætningsvist, og var årsagen til, at den anklagede afgav udtalelserne. EMD uddybede, at hvorvidt infiltratoren skal anses som politiagent afhænger af, om samtalen ville have fundet sted uden myndighedernes indblanding, og at hvorvidt de selvinkriminerende udtalelser kan anses for fremkaldt af infiltratoren afhænger af, dels om samtalen må anses for i praksis at kunne sidestilles med og tjene samme formål som en afhøring, dels karakteren af relationen mellem infiltratoren og den anklagede.

Derefter anførte EMD, at Allan konsekvent havde forbeholdt sig retten til ikke at udtale sig, at H var blevet placeret i Allans celle for at lokke inkriminerende informationer ud af ham, og at H var instrueret i at presse Allan for alt, hvad han kunne.²⁵⁰ Herefter henviste EMD til Khan-sagen, hvor Khan, som var mistænkt for at have indført narkotika, tilstod over for sin ven B under et besøg hos B, hvor politiet på grund af mistanke mod B havde installeret aflytningsudstyr.²⁵¹ Modsat H i Allan-sagen handlede B ikke efter politiets instrukser, hvorfor EMD fandt, at Khans tilståelser var fremsat frivilligt, uden at Khan var blevet lokket eller tilskyndet til at fremsætte tilståelserne, hvorfor retten til tavshed og selvinkrimineringsforbuddet ikke var krænket.²⁵² Det må derfor anses for et væsentligt moment i vurderingen, om personen, som den anklagede har samtaler med, handler på politiets instruktioner. EMD udtalte²⁵³, at Allan-sagen adskilte sig fra Khan-sagen, idet Allans angivelige tilståelser over for H, som udgjorde det eneste eller afgørende bevis, ikke havde været frivillige, spontane og uprovokerede udtalelser. Allans udtalelser havde været fremkaldt af H's vedholdende spørgsmål, idet H på foranledning af politiet førte samtalerne ind på drabet under omstændigheder, som reelt kunne sidestilles med en afhøring, men uden iagttagelse af de retssikkerhedsgarantier, som ellers ville være til stede ved en afhøring.

EMD bemærkede herefter, at selvom der ikke var noget særligt forhold mellem Allan og H, og der ikke forelå direkte tvang, måtte Allan have været udsat for et psykologisk pres, som påvirkede frivilligheden af hans angiveligt afgivne tilståelser. EMD lagde vægt på, at Allan var mistænkt for drab, frihedsberøvet, under direkte pres fra politiet under afhøringerne og derfor kunne forventes at være tilbøjelig til at blive fortrolig med og betro sig til sin cellekammerat. EMD fandt på baggrund heraf, at beviserne

²⁵⁰ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 52

²⁵¹ Khan mod Storbritannien, 12.05.2000, præmis 9 og 10

²⁵² Khan mod Storbritannien, 12.05.2000, præmis 36

²⁵³ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 52

tilvejebragt ved brug af H kunne anses for opnået i strid med Allans vilje, og at anvendelsen heraf under straffesagen krænkede Allans ret til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering, hvorfor der var sket en krænkelse af EMRK art. 6, stk. 1.²⁵⁴

4.1.2. Bykov mod Rusland

EMD afsagde den 10. marts 2009 dom i Bykov mod Rusland, som handlede om, at klageren Bykov angiveligt havde beordret V til at dræbe Bykovs tidligere forretningspartner S, men V politianmeldte i stedet Bykov. Politiet iscenesatte en opdagelse af to døde mænd på S's bopæl og meddelte offentligt, at den ene var S. Herefter besøgte V efter politiets instrukser og iført skjult aflytningsudstyr Bykov på dennes bopæl. Efter politiets instruktioner indledte infiltrator V samtalen med Bykov ved at fortælle, at han havde udført drabet på de to mænd. Bykov blev efterfølgende anholdt og for første gang afhørt som mistænkt. På baggrund af lydoptagelsen, hvor Bykov kom med selvinkriminerende udtalelser, blev Bykov fundet skyldig i sammensværgelse til mord, hvorefter han klagede til EMD.²⁵⁵

Både Allan-sagen og Bykov-sagen vedrørte politiets brug af skjult aflytning af den anklagedes samtaler med en instrueret tredjemand, som set i lyset af Khan-sagen må have væsentlig indflydelse på, om udtalelserne kan anses for frivillige, men mens infiltrationen i Allan-sagen foregik i et fængsel, foregik infiltrationen i Bykov-sagen på den anklagedes bopæl. Ligesom i Allan-sagen fandt EMD, at skjult aflytning af Bykovs samtale med V udgjorde en krænkelse af EMRK art. 8, fordi legalitetskravet ikke var opfyldt, da der ikke var klare og detaljerede regler for denne form for aflytning, men at brugen af lydoptagelserne som bevis i sagen ikke i sig selv udgjorde en krænkelse af EMRK art. 6, stk. 1.²⁵⁶

I modsætning til Allan-sagen fandt EMD i Bykov-sagen, at brugen af infiltratoren ikke krænkede Bykovs ret til ikke udtale sig og til ikke at inkriminere sig selv, og at anvendelsen af beviserne herfra i straffesagen dermed ikke krænkede EMRK art. 6, stk. 1.²⁵⁷ Det centrale i EMD's forskellige vurderinger af, om den anklagedes selvinkriminerende udtalelser har været frivillige eller i strid med den anklagedes vilje, og dermed om den anklagedes ret til tavshed og til ikke at inkriminere sig selv er undermineret i en sådan grad, at det udgør en krænkelse af art. 6, stk. 1, må være, 1) at beviserne tilvejebragt ved infiltrationen og aflytningen var de væsentligste beviser i Allan-sagen, modsat i Bykov-sagen

²⁵⁴ Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 52 og 53

²⁵⁵ Bykov v. Russia, 10.03.2009, præmis 10-15

²⁵⁶ Bykov v. Russia, 10.03.2009, præmis 69-83 og 91

²⁵⁷ Bykov v. Russia, 10.03.2009, præmis 102 og 105

hvor det ikke var eneste eller afgørende bevis²⁵⁸, 2) at Allan, modsat Bykov, forinden infiltrationen var blevet sigtet, afhørt og havde påberåbt sig retten til ikke at udtale sig²⁵⁹, og 3) at Allan var frihedsberøvet modsat Bykov, som frivilligt mødtes og talte med V på sin egen bopæl og dermed ikke var under pres, idet han frit valgte, om han ville tale med V, hvorfor Bykovs selvinkriminerende udtalelser ikke var præget af et sådant element af tvang som i Allan-sagen.²⁶⁰ Det ses således, at infiltration i et fængsel rejser grundlæggende retssikkerhedsmæssige problematikker i forhold til den anklagedes ret til retfærdig rettergang.

4.2. De danske domstoles kendelser i sagen om drabet i Elverparken

Retten i Glostrups, Vestre Landsrets og Højesterets kendelser i sagen om drabet i Elverparken er første gang, at de danske domstole har taget stilling til politiets efterforskningsmetode aflytning ved infiltration i et fængsel, dels i forhold til lovligheden af efterforskningsmetoden, dels i forhold til om beviser tilvejebragt herved kan indgå som bevis i en straffesag.

Under hovedforhandlingen i sagen om drabet i Elverparken nedlagde Anklagemyndigheden påstand om, at samtlige beviser skulle indgå som bevis i sagen, og til støtte herfor gjordes gældende, *“at lydoptagelserne udgør lovligt tilvejebragte beviser, at samtalerne mellem tiltalte og infiltrator ikke har karakter af afhøringer, at forbuddet mod selvinkriminering ikke er overtrådt, og at lydoptagelserne har bevismæssig betydning for sagen.”* Forsvareren nedlagde påstand om, at lydoptagelserne af samtaler mellem tiltalte og infiltratoren Frank og optagelser af rumaflytninger fra tiltaltes celle skulle udgå af sagen.”²⁶¹ Til støtte herfor gjorde forsvareren gældende, at

*“[...] optagelserne er ulovligt tilvejebragte beviser, idet disse har karakter af afhøringer, uden at tiltalte var blevet gjort bekendt med retten til ikke at udtale sig, ligesom tiltalte ikke var gjort bekendt med en sigtelse, jf. retsplejelovens § 750 og § 752. Anvendelse af optagelserne som bevis vil være i strid med retten til en retfærdig rettergang, jf. [EMRK], artikel 6, stk. 1.”*²⁶²

²⁵⁸ Bykov v. Russia, 10.03.2009, præmis 103

²⁵⁹ Bykov v. Russia, 10.03.2009, præmis 10-15, 100 og 101

²⁶⁰ Bykov v. Russia, 10.03.2009, præmis 102

²⁶¹ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 1

²⁶² Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 1

Det centrale tema var således, hvorvidt samtalerne mellem T og Frank havde karakter af afhøringer og dermed indebar en krænkelse af retten til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering.

I det følgende analyseres byrettens, landsrettens og Højesterets kendelser, idet de retlige problematikker vil blive behandlet og løbende sammenholdt med den i kapitel 2 og 3 fastlagte retlige ramme for henholdsvis brug af aflytning ved infiltration i et fængsel og brug af beviser i form af lydoptagelserne tilvejebragt herved i en efterfølgende straffesag.

4.2.1. Rumafllytning

Rumafllytning er udtrykkeligt og udførligt reguleret i retsplejeloven, og Retten i Glostrup har ved tidligere kendelser givet tilladelse til rumaflytning af Franks og T's celler i Enner Mark Fængsel og af T's celle og besøgsrummet i Nørre Snede Fængsel.²⁶³ Det fremgår ikke, at politiet skulle have iværksat og udført rumaflytningerne i strid med kendelserne eller retsplejelovens regler, hvorfor rumaflytningerne må anses for at have været et lovligt efterforskningsskridt. Rumafllytningerne har ej heller været omtvistet under hovedforhandlingen.

Henset til tidligere praksis fra de danske domstole, kan det undre, at Retten i Glostrup har givet tilladelse til at foretage rumaflytningerne. Som anført i afsnit 2.3.1. fandt landsretten i TfK 2021.403/2 V, at en generel formodning om, at arrestanten efter længere tids varetægtsfængsling ville betro sig til sin nye cellekammerat, ikke var nok til at opfylde mistankekravet for rumaflytning, hvorfor politiet blev nægtet at etablere rumaflytning. Det kan derfor undre, at Retten i Glostrup har fundet, at der var bestemte grunde til at antage, at T ville give meddelelser til Frank om drabet, idet det af TfK 2021.403/2 V fremgår, at en generel formodning om, at T ville betro sig til sin nye fællesskabsmakker, ikke er tilstrækkeligt til at opfylde mistankekravet. Dette særligt taget i betragtning af, at T og Frank ikke havde en forudbestemt relation, da de alene havde celle ved siden af og samvær med hinanden, hvilket må antages yderligere at mindske sandsynligheden for, at T ville betro sig til Frank. I TfK 2021.403/2 V var der dog tale om en cellekammerat, som var uden indflydelse fra politiet, hvorimod politiet i sagen mod T indsatte Frank med det formål at få T til at tale om drabet, hvilket må formodes at have haft afgørende betydning for byrettens anderledes vurdering af mistankekravet i sagen mod T. Desuden må byretten have lagt vægt på, at T og Frank opholdt sig i et lukket fængsel på særlig sikret afdeling, hvor kontakt med andre i vidt omfang var afskåret, og hvor fængselspersonalet bestemte, hvem der

²⁶³ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 1 f. og 11

havde fællesskab med hvem. Byretten må på baggrund heraf have fundet, at der var bestemte grunde til at antage, at T ville betro sig til Frank om drabet, og at mistankekravet derfor var opfyldt. Omstændighederne i sagen i form af, at T opholdt sig i et lukket fængsel på særlig sikret afdeling, og at Frank blev indsat med det formål at få T til at tale om drabet, rejser dog andre problemstillinger, jf. nærmere nedenfor.

Eftersom rumaflytningen må anses for at være iværksat og udført i overensstemmelse med retsplejeloven, er spørgsmålet herefter, hvorvidt rumaflytningerne har udgjort en krænkelse af EMRK art. 8. Dette er tilfældet, såfremt retsplejelovens regler om rumaflytning ikke opfylder legalitetskravet, og/eller såfremt rumaflytningerne ikke er iværksat og udført i overensstemmelse med kravet om et legitimt formål og proportionalitetsprincippet, jf. art. 8, stk. 2. Såvel byretten som landsretten anfører i relation til legalitetskravet, at byretten ved tidligere kendelser har givet tilladelse til rumaflytning, mens landsretten videre anfører, at der *“[...] således ikke [er] spørgsmål om tilsidesættelse af legalitetskravet efter EMRK artikel 8, stk. 2, i forhold til disse bevismidler.”*²⁶⁴ Byretten og landsretten finder dermed, at rumaflytningen er sket i overensstemmelse med EMRK. Når henses til dels EMD's praksis om legalitetskravet i relation til aflytning og de herved fastlagte kvalitative krav til nationale regler herfor, jf. afsnit 2.3.3., sammenholdt med retsplejelovens udførlige regler om rumaflytning, jf. afsnit 2.3.1., dels at der ikke ses at foreligge praksis fra EMD, hvor de danske retsregler om rumaflytning ikke findes at leve op til legalitetskravet, er der heller ikke anledning til tvivl om, hvorvidt retsplejelovens regler om rumaflytning lever op til legalitetskravet i EMRK art. 8, stk. 2.

Hverken byretten eller landsretten har behandlet de to øvrige betingelser i EMRK art. 8, stk. 2 om et legitimt formål og proportionalitet. Da rumaflytningerne som nævnt ikke har været omtvistet i sagen, er der da heller ikke anledning til at tro, at disse betingelser ikke har været opfyldt. Rumaflytningerne må derfor ikke anses for at have udgjort en krænkelse af art. 8 og må dermed have været et lovligt efterforskningsskridt, hvormed lydoptagelserne tilvejebragt herved som udgangspunkt kan indgå som bevis i sagen, jf. dog afsnit 4.2.5. og 4.2.6.

²⁶⁴ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404 og Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 11

4.2.2. Personbåret aflytning

Politiet udstyrede Frank med skjult personbåret aflytningsudstyr. Såvel byretten som landsretten anfører, at en polititjenestemands anvendelse af personbåret skjult aflytningsudstyr ikke er reguleret i retsplejeloven.²⁶⁵ Dette anfører Højesteret ligeledes.²⁶⁶ Domstolene må herved have anset politiets brug af personbårne aflytninger for at være hjemlet i politiets hjemmel til almindelig efterforskning i retsplejelovens § 742, stk. 2, idet dette dog ikke anføres udtrykkeligt i kendelserne. Dette understøttes dog af byrettens og landsrettens efterfølgende bemærkning om, at iværksættelsen af de personbårne aflytninger var sket på baggrund af politiets og anklagemyndighedens juridiske vurdering om, at det var et nødvendigt efterforskningsmiddel i den konkrete sag, idet de herved må anses for at have vurderet, at personbårne aflytninger alene reguleres af proportionalitetsprincippet.²⁶⁷ Dette er i overensstemmelse med den i afsnit 2.3.2. fastlagte retlige ramme for personbårne aflytninger. Domstolene har dermed fundet, at de personbårne aflytninger er foretaget i overensstemmelse med national dansk ret.

Byretten og landsretten anfører dog videre, at aflytninger foretaget af en polititjenestemand ved brug af skjult personbåret aflytningsudstyr i et lukket fængsel udgør et myndighedsindgreb i retten til privatliv efter EMRK art. 8, stk. 1.²⁶⁸ Højesteret anfører ligeledes, at aflytning til brug for en efterforskning udgør et indgreb i retten til privatliv.²⁶⁹ Indgrebet skal derfor for at være i overensstemmelse med EMRK kunne legitimeres efter art. 8, stk. 2, herunder have hjemmel i national ret. Byretten bemærker, at en sådan hjemmel kan findes i eksempelvis en cirkulæreskrivelse eller instruks.²⁷⁰ Som anført har byretten og landsretten bemærket, at personbårne aflytninger ikke er reguleret i dansk ret, og i forlængelse heraf bemærker byretten, at der efter det oplyste ikke forelå retningslinjer om en polititjenestemands anvendelse af skjult personbåret aflytningsudstyr.²⁷¹ På baggrund heraf lægger byretten til grund, at legalitetskravet i art. 8, stk. 2 ikke kan anses for opfyldt, og at lydoptagelserne tilvejebragt ved brug af personbåret aflytningsudstyr således er i strid med art. 8.²⁷² Dette tiltrædes af landsretten såvel som Højesteret.²⁷³ Dette er i overensstemmelse med praksis fra EMD, som flere gange har fundet,

²⁶⁵ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404 og Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 11

²⁶⁶ Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 60

²⁶⁷ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404 og Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 11

²⁶⁸ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404 og Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 11

²⁶⁹ Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 60

²⁷⁰ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 11

²⁷¹ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 11

²⁷² Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 11

²⁷³ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404 og Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 61

at manglende nationale retsregler om politiets brug af personbårne aflytninger er i strid med legalitetskravet i art. 8, stk. 2.²⁷⁴

For landsretten har anklagemyndigheden supplerende fremlagt kladde vedrørende “juridisk ramme” for infiltrationen udarbejdet af Københavns Vestegns Politi.²⁷⁵ Landsretten bemærker, at den skriftlige instruks til den konkrete infiltration ikke kan føre til en anden vurdering af legalitetskravet i relation til brugen af personbårne aflytninger.²⁷⁶ Det er uklart, om det havde været tilstrækkeligt til at opfylde legalitetskravet, såfremt der i den skriftlige instruks til politiets konkrete infiltration havde været angivet retningslinjer om politiets brug af personbåret aflytning. Denne fremlagte kladde eller skriftlige instruks må anses for hverken at være juridisk bindende eller offentlig tilgængelig. I Khan mod Storbritannien fandtes brugen af et skjult aflytningsapparat at udgøre en krænkelse af art. 8, fordi der på aflytningstidspunktet alene forelå generelle retningslinjer fra det britiske indenrigsministerium, som hverken var juridisk bindende eller offentligt tilgængelige, hvorfor der ikke eksisterede regulering af skjult aflytning i national ret, og indgrebet var derfor ikke foreskrevet ved lov, jf. art. 8.²⁷⁷ Såfremt landsretten havde fundet, at sådanne retningslinjer i en konkret skriftlig instruks havde været tilstrækkelige, må dette anses for at være i strid med EMD’s praksis om legalitetskravet og de heri indeholdte kvalitative krav til hjemmelsgrundlaget i form af tilgængelighed og forudsigelighed. Dette må så meget desto mere gælde, idet retningslinjerne ville have været konkret udformet og ikke generelle som i Khan-sagen.

Byretten, landsretten og Højesteret har således fundet, at de personbårne aflytninger udgjorde en krænkelse af EMRK art. 8 og var et ulovligt efterforskningsskridt, hvorfor lydoptagelserne udgjorde ulovligt tilvejebragte beviser. Spørgsmålet var herefter, om brug af lydoptagelserne som bevis ville udgøre en krænkelse af T’s ret til retfærdig rettergang efter EMRK art. 6, stk. 1, jf. afsnit 4.2.6.

4.2.3. Infiltration

Byretten har karakteriseret politiets indsættelse af Frank i fængslet, hvor T afsonede, som infiltration.²⁷⁸ Politiets indsættelse af Frank var bagudrettet efterforskning, idet drabet i Elverparken allerede var begået, og byretten konkluderede derfor, at retsplejelovens regler om agentvirksomhed ikke regulerede

²⁷⁴ Jf. Khan v. United Kingdom, 12.05.2000, præmis 22-28, Allan v. United Kingdom, 05.11.2002, præmis 34-36 og Bykov v. Russia, 10.03.2009, præmis 69-83

²⁷⁵ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5403

²⁷⁶ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404

²⁷⁷ Khan v. United Kingdom, 12.05.2000, præmis 27-28

²⁷⁸ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 3

infiltrationen. Byretten bemærkede herefter, at infiltration ikke er nærmere reguleret i retsplejeloven, bekendtgørelser eller cirkulærer, og at politiets brug af Frank ikke har været forelagt retten.²⁷⁹ Dette tiltrådte landsretten og Højesteret.²⁸⁰

Beslutningen om at lade Frank infiltrere T skulle ifølge byretten vurderes i forhold til proportionalitetsprincippet, hvorefter indgrebet konkret ud fra en helhedsvurdering skal være proportionalt og ikke stå i misforhold til sagens betydning og indgrebets nødvendighed.²⁸¹ Dette er i overensstemmelse med den retlige ramme fastlagt i afsnit 2.4., hvor det antages, at infiltration har hjemmel i retsplejelovens § 742, stk. 2 om politiets almindelige efterforskning, hvilket dog ikke udtrykkeligt anføres af byretten. Højesteret anfører imidlertid udtrykkeligt, at infiltrationen kan iværksættes som følge af politiets almindelige efterforskningskompetence og dermed er underlagt et almindeligt proportionalitetskrav.²⁸² Ifølge byretten må der ved proportionalitetsvurderingen lægges vægt på kriminalitetens alvorlige karakter, graden af mistanken mod T, og om andre efterforskningsmetoder var mulige.²⁸³ På baggrund af, at der var tale om særdeles alvorlig kriminalitet, det oplyste om mistanken mod T, og at andre efterforskningsmetoder efter en længerevarende og resultatløs efterforskning var udtømte, fandt byretten, at der som udgangspunkt ikke var grundlag for at tilsidesætte politiets skøn om at bruge infiltration, hvorfor infiltrationen var et proportionalt efterforskningsmiddel.²⁸⁴ Landsretten tiltrådte byrettens vurdering.²⁸⁵ Højesteret tiltrådte ligeledes, idet de dog også i vurderingen lagde vægt på infiltrationens intensive form, da T var indsat i et fængsel, og da infiltrationen angik en allerede begået forbrydelse samt på infiltrationens formål, som var via kammeratskab at få potentielt inkriminerende oplysninger fra T.²⁸⁶ Der ses ikke at være anledning til at anfægte domstolenes vurdering af lovligheden af politiets infiltration i forhold til dansk ret, idet vurderingen er foretaget i overensstemmelse med den retlige ramme fastlagt i afsnit 2.4.

Byretten bemærkede dog at brug af infiltration i forhold til en indsat i et fængsel rejser principielle retssikkerhedsmæssige spørgsmål i forhold til EMRK art. 6, stk. 1, men under helt særlige omstændigheder vil det kunne anerkendes efter EMRK.²⁸⁷ I overensstemmelse med den fastlagte retlige ramme i forhold til EMRK i afsnit 2.4.1. anførte byretten, at brug af infiltration som led i efterforskningen,

²⁷⁹ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 3 f.

²⁸⁰ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404 og Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 59

²⁸¹ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 4

²⁸² Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 59

²⁸³ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 4

²⁸⁴ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 4

²⁸⁵ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404

²⁸⁶ Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 59 f.

²⁸⁷ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 5

herunder ved brug af civilklædte betjente for at få den mistænkte til at tale om den efterforskede kriminalitet, ifølge praksis fra EMD ikke i sig selv er i strid med art. 6, men at der bør være klare og forudsigelige procedurer for bemyndigelse og kontrol.²⁸⁸ Dette tiltrådte landsretten og Højesteret.²⁸⁹ For byretten fremlagde anklagemyndigheden en rapport fra PET dateret den 20. april 2022 angående juridisk vurdering for anvendelse af politiagent i efterforskningen.²⁹⁰ Af rapporten fremgik det, at der blev opsat betingelser for samværet mellem T og Frank, idet samværet således skulle være frivilligt for T, ligesom det skulle respekteres, såfremt T ikke ville tale om drabet, men at dette ikke hindrede, at emnet senere kunne tages op igen.²⁹¹ Desuden fremgik det, at politiet benyttede en politiagent til infiltration af T for at afklare, om T var gerningsmand til drabet i Elverparken.²⁹² Det blev for byretten i øvrigt oplyst, at Københavns Vestegns Politi før infiltrationen havde foretaget en juridisk vurdering, som opstillede tilsvarende betingelser.²⁹³

Byretten vurderede herefter, om dette opfyldte kravet om klare og forudsigelige procedurer for bemyndigelse af og kontrol med infiltrationen. Byretten anførte, at samværet mellem T og Frank efter det oplyste foregik efter gældende regler og uden påvirkning fra politiet og med samtykke fra T, idet Frank havde fulgt rapportens retningslinjer, og da der dagligt havde været kontakt mellem Frank og styringsofficeren.²⁹⁴ Derfor lagde byretten til grund, at der havde været daglig kontrol med Frank samt klare og forudsigelige procedurer for kontrollen, og at det af PET-rapporten fremgik præcist, hvad formålet var.²⁹⁵ Byretten bemærkede dog, at den juridiske vurdering fra Københavns Vestegns Politi burde have foreligget i skriftlig form før infiltrationen.²⁹⁶ For landsretten fremlagde anklagemyndigheden dog som nævnt en kladde udarbejdet af Københavns Vestegns Politi den 19. oktober 2020 vedrørende "juridisk ramme" for infiltrationen, hvoraf fremgik tilsvarende som i rapporten fra PET.²⁹⁷ Landsretten tiltrådte byrettens vurdering, men bemærkede, at det efter denne supplerende sagsfremstilling måtte lægges til grund, at der forelå en skriftlig ramme for infiltrationen før indsættelsen af Frank.²⁹⁸ Ifølge byretten og landsretten var infiltrationen således i overensstemmelse med art. 6, stk. 1, da der var en juridisk ramme for infiltrationen i skriftlig form, Frank havde handlet i overensstemmelse med rammen, og der havde

²⁸⁸ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 5

²⁸⁹ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404 og Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 59 f.

²⁹⁰ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 2

²⁹¹ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 2

²⁹² Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 6

²⁹³ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 2

²⁹⁴ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 5

²⁹⁵ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 6

²⁹⁶ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 6

²⁹⁷ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5403

²⁹⁸ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5403

været kontrol hermed. Højesteret tiltrådte dette, idet de fandt, at der havde været ført tilstrækkelig kontrol med infiltrationen.²⁹⁹

Hvorvidt de foreliggende retningslinjer for infiltrationen reelt opfylder kravet om klare og forudsigelige procedurer for bemyndigelse af og kontrol med infiltrationen, er ikke klart og entydigt, idet der er sparsom praksis fra EMD om vejledende momenter i vurderingen heraf. EMD behandler ikke spørgsmålet i Allan-sagen, som ellers ville have været et oplagt sammenligningsgrundlag og kunne have udgjort en rettesnor for, hvorvidt politiets opstillede retningslinjer for infiltrationen reelt er i overensstemmelse med art. 6. I Khudobin mod Rusland, hvor EMD fandt, at processen ikke havde været retfærdig, ses EMD dog at lægge vægt på, 1) at politioperationen var blevet autoriseret ved en simpel administrativ beslutning fra det organ, der senere gennemførte politioperationen, 2) at afgørelsen indeholdte få oplysninger om årsagerne til og formålet med politioperationen, og 3) at politioperationen ikke var underkastet domstolskontrol eller anden uafhængig kontrol.³⁰⁰ Dette er ligeledes tilfældet ved politiets infiltration af T, idet byretten dog har lagt til grund, at formålet fremgik af PET-rapporten, men det fremgår ikke entydigt af landsrettens kendelse, om formålet også fremgik af Københavns Vestegns Politis skriftlige juridiske ramme. Det kan ikke klart afvises, at EMD vil finde, at Københavns Vestegns Politis skriftlige juridiske ramme ikke kan anses for at opfylde kravet om klare og forudsigelige procedurer for bemyndigelse af og kontrol med infiltrationen efter art. 6, stk. 1. I Khudobin-sagen bemærkede EMD videre, at den efterfølgende domstolskontrol blev afgørende i mangel af et kontrolsystem i forbindelse med politioperationen, hvorefter EMD bemærkede, at hverken den anklagede eller de betjente, som var involveret i politioperationen, var blevet afhørt under hovedforhandlingen.³⁰¹ Dette har derimod været tilfældet i straffesagen mod T, hvor både Frank og T er blevet afhørt, hvilket således kan tale for, at EMD vil finde, at kravet om klare og forudsigelige procedurer for bemyndigelse af og kontrol med infiltrationen kan anses for opfyldt i straffesagen mod T, og at T's ret til retfærdig rettergang dermed ikke i denne henseende er blevet krænket.

Byretten, landsretten og Højesteret vurderer ikke, om politiets infiltration udgør en krænkelse af EMRK art. 8. Infiltration anses som anført i afsnit 2.4.1. ud fra den foreliggende praksis fra EMD heller ikke for at udgøre et indgreb i retten til privatliv, jf. Lüdi-sagen. EMD har heller ikke i Allan-sagen behandlet, hvorvidt politiets infiltration udgjorde et indgreb i Allans ret til respekt for privatliv. Såfremt T måtte klage til EMD over en krænkelse af art. 8 i relation til politiets infiltration, er det dog uvist, om EMD vil afvise at realitetsbehandle klagen set i lyset af udviklingen af EMD's praksis om retten

²⁹⁹ Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 59 f.

³⁰⁰ Khudobin v. Russia, 26.10.2006, præmis 135

³⁰¹ Khudobin v. Russia, 26.10.2006, præmis 135 og 136

til privatliv, herunder navnlig om retten til selvbestemmelse, jf. afsnit 2.4.1. Såfremt EMD på baggrund af denne udvikling vil anse infiltrationen for at udgøre et indgreb i T's ret til privatliv, vil EMD formentlig finde, at legalitetskravet i art. 8, stk. 2 ikke er opfyldt, og at infiltrationen derfor vil udgøre en krænkelse af art. 8. Dels fordi infiltration ikke er udtrykkeligt reguleret og alene har hjemmel i retsplejelovens § 742, stk. 2, hvilket ikke vil opfylde forudsigelighedskravet. Dels fordi den skriftlige juridiske ramme for den konkrete infiltration hverken var juridisk bindende eller offentlig tilgængelig, jf. Khan-sagen, Allan-sagen og Bykov-sagen. Dersom EMD måtte finde, at infiltrationen udgør en krænkelse af art. 8, vil der således – selvom infiltrationen henholdsvis brug af beviser tilvejebragt herved ikke i sig selv udgør en krænkelse af EMRK art. 6, stk. 1 – være visse retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved, at politiet derved benytter sig af et ulovligt efterforskningskridt.

Det afgørende er, om processen som helhed har været retfærdig, jf. art. 6. Infiltrationen kan dermed, som anført i afsnit 2.4.1., være problematisk, selvom der har været klare og forudsigelige procedurer for bemyndigelse og gennemførelse af samt kontrol med infiltrationen, idet de i art. 6 udtrykkelige og udledte retsgarantier, herunder retten til tavshed og selvinkrimineringsforbuddet, tillige må indgå i vurderingen. Det må derfor vurderes, hvorvidt infiltrationen konkret er udført på en måde, hvorved T bringes til at inkriminere sig selv i strid med retsplejelovens regler og EMRK art. 6. Selvom politiets indsættelse af Frank i fængslet med henblik på – under dække af at være indsat – at afklare, om T var gerningsmand til drabet, utvivlsomt på papiret må anses for at være infiltration, som infiltration er fastlagt i afsnit 2.4., og som også lagt til grund af politiet, anklagemyndigheden og domstolene, må det afgørende ikke være betegnelsen af efterforskningskridtet, men derimod hvad det de facto er. Spørgsmålet er, om politiets indsættelse af Frank i fængslet reelt udgør infiltration, eller om infiltrationen som følge af dens konkrete udførelse undervejs har fået karakter af en afhøring uden de for sigtede sædvanlige retssikkerhedsgarantier i form af vejledning om retten til bistand af forsvarer, til ikke at udtale sig og til ikke at inkriminere sig selv, hvorved der er tale om et ulovligt efterforskningskridt og dermed ulovligt tilvejebragte beviser. Det er derfor centralt, om T ved politiets infiltration kan anses som sigtet, og om T's og Franks samtaler har karakter af afhøringer.

4.2.4. Sigtet?

Både byretten og landsretten forholder sig til spørgsmålet om T's status som mistænkt eller sigtet under infiltrationen, idet dette er af afgørende betydning for T's retsstilling, da en sigtet inden afhøring skal gøres bekendt med sigtelsen og vejledes om retten til ikke at udtale sig, jf. RPL § 752, stk. 1, samt om retten til at begære en offentlig forsvarer beskikket, jf. RPL § 732.

Byretten anførte, at politiet før beslutningen om infiltrationen angiveligt havde vurderet, at mistanken mod T ikke var af en sådan styrke, at der var grundlag for at sigte T, men at mistanken dog var af en sådan styrke, at T fik beskikket en forsvarer.³⁰² Byretten anførte herefter, at T inden infiltrationen var mistænkt og var blevet afhørt af politiet tre gange uden sigtelse, men med en sigtets rettigheder, idet han inden afhøringerne var gjort bekendt med, at han ikke havde pligt til at udtale sig.³⁰³ Under afhøringerne inden infiltrationen havde T dermed status som mistænkt med en sigtets rettigheder. Byretten anfører ikke, om T's status fortsatte uændret ved infiltrationens iværksættelse, men de anfører dog, at det må vurderes, om samtalerne må sidestilles med afhøringer, hvorefter retsplejelovens § 752, stk. 1 og EMRK art. 6, stk. 1 skal iagttages.³⁰⁴ Byretten må anses for at have fastslået, at T som minimum fortsat havde status som mistænkt med en sigtets rettigheder. Som påpeget i afsnit 2.5.2.1. er mellemformen dog en usikker retsstilling, idet det er omdiskuteret, hvilke af sigtedes rettigheder T reelt får foruden retten til at blive vejledt om ikke at være forpligtet til at udtale sig. Der er ikke konsensus om, hvorvidt T også får adgang til eksempelvis forsvarerbeskikkelse, men da T har fået beskikket en forsvarer, forekommer T's retsstilling ikke forringet ved den manglende formelle sigtelse.

Det kan overvejes, om T fra tidspunktet for infiltrationens iværksættelse reelt skulle anses som sigtet. Byretten anfører, at grænsen mellem, hvornår en person blot er mistænkt, og hvornår en person i stedet bør sigtes, er flydende og afhænger af styrken af mistanken rettet mod den pågældende, og om der er flere mistænkte, jf. også afsnit 2.5.2.1.³⁰⁵ En person må skulle anses som sigtet, når mistanken samler sig om denne bestemte person, og efterforskningen direkte retter sig mod vedkommende og ikke imod en bredere kreds. Det fremgår ikke, om politiet ved infiltrationens iværksættelse har fortsat efterforskningen mod øvrige mistænkte, men set i lyset af omfanget af politiets efterforskningsmetode målrettet mod T, må mistanken anses for at have samlet sig om T, ligesom efterforskningen må anses for direkte at have rettet sig mod T. Det kan således diskuteres, om T reelt skulle have været anset som sigtet, hvilket henset til omstændighederne ville kunne anses for proportionalt. Såfremt samtalerne mellem T og Frank har karakter af afhøring, må det endvidere holdes for øje, at en afhørt vil skulle anses som sigtet, såfremt politiet foretager afhøringen på baggrund af en forventning om, at den afhørte vil tilstå eller afgive selvinkriminerende udtalelser, jf. afsnit 2.5.2.1. Det kan desuden overvejes, om T burde anses for sigtet på det tidspunkt, hvor han fremkommer med udtalelser, som kunne give politiet rimelig grund til at mistænke T. Uagtet om T burde have været sigtet, har byretten fastslået, at T havde status

³⁰² Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 6

³⁰³ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 6

³⁰⁴ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 7

³⁰⁵ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 6

som mistænkt med en sigtets rettigheder og allerede derfor havde T krav på at blive gjort bekendt med retten til ikke udtale sig, dersom samtalerne kan anses for at have karakter af afhøringer.

Byretten henviser videre til EMRK art. 6, stk. 1.³⁰⁶ Retten til ikke at udtale sig og til ikke at inkriminere sig selv efter art. 6, stk. 1 gælder, fra den pågældende er anklaget for en forbrydelse. Uanset om T efter dansk ret anses som mistænkt, mistænkt med en sigtets rettigheder eller sigtet, vil T have krav på beskyttelsen efter art. 6, hvis han anses for anklaget for en forbrydelse i konventionens forstand. Byretten angiver dette til at være det tidspunkt, hvor den pågældende er sigtet for en strafferetlig overtrædelse eller reelt er genstand for en strafferetlig efterforskning.³⁰⁷ Byretten anfører, at T var genstand for strafferetlig efterforskning og derfor beskyttet af selvinkrimineringsforbuddet efter art. 6 fra tidspunktet for infiltrationens iværksættelse.³⁰⁸ I Allan mod Storbritannien vurderede EMD ikke, om Allan kunne anses for anklaget for en forbrydelse, idet EMD blot anvendte art. 6, hvorved Allan var anklaget i konventionens forstand og således havde krav på beskyttelsen efter art. 6. Når politiet målretter sin efterforskning ved at indsætte en infiltrator i et fængsel og samtidig foretager aflytning må vedkommende således ifølge EMD's praksis anses for anklaget i konventionens forstand. Dette var tilfældet i sagen mod T, så T må anses for at være anklaget fra infiltrationens iværksættelse og dermed have krav på beskyttelsen mod selvinkriminering og retten til forsvarerbistand samt vejledning herom efter art. 6, stk. 1. Byretten lægger som nævnt til grund, at T var beskyttet af forbuddet mod selvinkriminering efter EMRK art. 6, stk. 1 fra tidspunktet for infiltrationens iværksættelse. Landsretten tiltrådte byrettens vurdering, idet T var genstand for en strafferetlig efterforskning, hvorfor T var beskyttet af retten til ikke at udtale sig efter retsplejeloven og af selvinkrimineringsforbuddet i EMRK art. 6, stk. 1.³⁰⁹

4.2.5. Samtale eller afhøring, herunder retten til tavshed og selvinkrimineringsforbuddet

Som fastslået af byretten er det et centralt tema i sagen, om samtalerne mellem Frank og T reelt må sidestilles med afhøringer, som kræver en iagttagelse af retten til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering, jf. RPL § 752, stk. 1 og EMRK art. 6, stk. 1.³¹⁰ Politiet skal inden afhøring af en sigtet henholdsvis en anklaget vejlede om, at vedkommende ikke har pligt til at udtale sig, hvilket indebærer en ret til tavshed og et forbud mod selvinkriminering, jf. afsnit 2.5.2.2. Byretten bemærkede, at politiet efter retsplejelovens § 750, 1. pkt. kan foretage afhøringer, men ikke pålægge nogen at afgive

³⁰⁶ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 7

³⁰⁷ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 7

³⁰⁸ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 7

³⁰⁹ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404 f.

³¹⁰ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 6

forklaring, og at ingen tvang må anvendes for at få nogen til at udtale sig, men at retsplejeloven ikke definerer, hvad der forstås ved en afhøring. Grænsen mellem afhøringer og samtaler, og dermed hvornår infiltrationen får karakter af en afhøring, er derfor uklar. Byretten fastslog dog, at “[en] afhøring må findes at være karakteriseret ved en fast og konkret struktur, hvor afhøreren styrer samtalen og stiller spørgsmål med det formål at få informationer om et bestemt tema, og hvor den afhørte bliver spurgt til konkrete omstændigheder vedrørende den kriminalitet, der efterforskes.”³¹¹ Byretten bemærkede, at en samtale mellem en polititjenestemand og en mistænkt ikke i sig selv udgør en afhøring.³¹² Ifølge byrettens definition må en afhøring være karakteriseret ved, at en polititjenestemand ved at styre samtalen og stille spørgsmål søger at få den afhørte til at tale om den efterforskede kriminalitet. Det er derfor centralt, at den mistænkte inden afhøringen bliver vejledt om retten til ikke at udtale sig, således vedkommende er bekendt med, at denne i situationen har muligheden for at vælge.

Byretten fastslog, at det ifølge EMRK ikke i sig selv er i strid med selvinkrimineringsforbuddet at få den mistænkte til at tale om kriminaliteten.³¹³ Dette må da også anses for at være formålet med afhøringer. Byretten anførte videre, at det centrale i forbuddet mod selvinkriminering er den anklagedes ønske om ikke at udtale sig og dermed respekt for den anklagedes vilje, jf. afsnit 2.5.2.2. Ifølge byretten må det afgørende være, *hvordan* T bringes til at tale om den efterforskede kriminalitet, idet der gælder et provokationsforbud, hvorefter T ikke må lokkes, presses eller på lignende utilbørlig måde bringes til at inkriminere sig selv.³¹⁴ Frank må derfor gerne få T til at tale om drabet, forudsat at det ikke er sket på en utilbørlig måde. Det er ifølge byretten op til en konkret vurdering, om samtalerne må side-stilles med afhøringer, hvor det afgørende er, om T bringes til at tale om drabet på en måde, som ligger inden for rammerne af retsplejeloven og EMRK art. 6, eller om T’s forklaringer er opnået i strid med hans vilje.³¹⁵ Landsretten tiltrådte og anførte, at det afgørende er, om samtalerne måtte side-stilles med afhøringer af T og dermed indebare en krænkelse af T’s ret til ikke at udtale sig og af selvinkrimineringsforbuddet.³¹⁶ Det centrale i domstolens vurdering er således, om T’s udtalelser i relation til drabet har været frivillige eller er blevet fremkaldt af Frank og derved opnået i strid med T’s vilje. Dette er i overensstemmelse med EMD’s udtalelse i Allan-sagen, hvorefter retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering alene er krænkede, hvis infiltratoren både agerede politiagent på tidspunktet, hvor den

³¹¹ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 6

³¹² Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 7

³¹³ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 8

³¹⁴ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 8

³¹⁵ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 12

³¹⁶ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5401

anklagede afgav selvinkriminerende udtalelser, hvilket Frank utvivlsomt gjorde, og var årsagen til, at den anklagede afgav de selvinkriminerende udtalelser.

Byretten bemærkede, at retten til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering i retsplejelovens § 752, stk. 1 skal fortolkes i overensstemmelse med art. 6.³¹⁷ Byretten anførte, at brug af infiltration af en afsoner og anvendelse af lydoptagelser fra samvær og samtaler med infiltratoren rejser grundlæggende retssikkerhedsmæssige spørgsmål i forhold til afsonerens krav om en retfærdig rettergang, herunder navnlig i forhold til T's ret til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering, jf. også Allan-sagen.³¹⁸ Det beror ifølge byretten på en helhedsvurdering af processen, om rettergangen har været retfærdig, og at vurderingen af, om de enkelte samtaler mellem T og Frank måtte sidestilles med afhøringer ifølge EMD i Allan-sagen beror på en konkret og samlet vurdering af omstændighederne.³¹⁹ Byretten anførte, at der i vurderingen skal lægges vægt på, om T som afsoner har befundet sig i en særlig sårbar situation, om infiltrationen er foregået i betryggende rammer, om kontakten mellem T og Frank var frivillig, om der i øvrigt var momenter af tvang, om T har været under et psykologisk pres, og om der har været et afhængighedsforhold mellem T og Frank, ligesom der skal lægges vægt på styrkeforholdet mellem T og Frank, herunder om de har været ligeværdige i samtalerne, eller om en af dem var styrende eller dominerende.³²⁰ Endvidere skal der lægges vægt på, hvem der styrede samtalerne, om T af egen drift eller gennem styring fra Frank talte om drabet, og om der fra Franks side var et provokationselement i samtalerne.³²¹ Byretten foretog på baggrund heraf en helhedsvurdering af samtalerne, idet de vurderede, om henholdsvis de generelle omstændigheder omkring samtalerne og indholdet af de enkelte samtaler har påvirket frivilligheden af T's udtalelser. Landsretten tiltrådte, at der skulle foretages en helhedsvurdering, hvilket er i overensstemmelse med den retlige ramme fastlagt i afsnit 2.5.3., hvorefter der ved vurderingen af om kravet om en retfærdig rettergang er opfyldt, skal foretages en helhedsvurdering, hvorved de enkelte elementer i processen også må vurderes hver for sig.³²²

For så vidt angår de generelle omstændigheder ved samtalerne vurderede byretten for det første, om T som indsat i et fængsel må anses for at være i en særlig sårbar situation, og om et fængsel kan anses for at være en tryk ramme for infiltration.³²³ Byretten bemærkede, at en indsat som udgangspunkt må

³¹⁷ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 7

³¹⁸ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 7

³¹⁹ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 8

³²⁰ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 7

³²¹ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 7

³²² U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404

³²³ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s.10

anses for at være særlig sårbar, ligesom et fængsel ikke udgør en tryk ramme, men at det beror på en konkret vurdering.³²⁴ Byretten fandt herefter, at T ikke kunne anses for at have befundet sig i en særlig sårbar situation ved at være indsat i et fængsel, ligesom infiltrationen, som fandt sted på særlig sikret afdeling i et fængsel med fællesskabskontakt én til én, foregik i betryggende rammer.³²⁵ Byretten lagde vægt på, at samværet fandt sted, mens de var alene, men den egentlige betydning heraf uddybes ikke nærmere. Byretten lagde derudover vægt på T's tidligere kriminalitet og fængselsophold sammenholdt med de øvrige oplysninger om T, som ikke uddybes nærmere, og byretten lagde herefter til grund, at T, i modsætning til Franks rolle, ikke var uvant med at opholde sig i et lukket fængsel.³²⁶ Landsretten og Højesteret tiltrådte byrettens vurdering af T's situation i fængslet.³²⁷ Det er uklart, om dette er i overensstemmelse med EMD's praksis, idet EMD tillægger den anklagedes frihedsberøvelse væsentlig betydning i vurderingen af de selvinkriminerende udtalelsers frivillighed, jf. Allan-sagen sammenholdt med Bykov-sagen. EMD fandt i Allan-sagen, at Allan som drabsmistænkt og frihedsberøvet var under et psykologisk pres, som påvirkede frivilligheden af hans selvinkriminerende udtalelser, hvorved formentligt må forstås, at Allan var sårbar. Byrettens anderledes vurdering kan undre set i lyset af, at T opholdt sig på særlig sikret afdeling i et lukket fængsel, hvilket ikke var tilfældet for Allan. Byretten lagde endelig vægt på, at T var afsoner af en fængselsdom og ikke varetægtsarrestant som Allan.³²⁸ Byretten uddyber ikke betydningen af denne faktiske forskel for vurderingen af, om en afsoner anses for særligt sårbar, men byretten kan anses for at have fundet, at en varetægtsarrestant er mere sårbar end en afsoner. En varetægtsarrestant må dog formodes at være bevidst om politiets efterforskning, mens en afsoner ikke må forvente, at politiet efterforsker vedkommende, idet det forventes, at efterforskningen er afsluttet.

Byretten vurderede for det andet frivilligheden af samværet mellem Frank og T, idet T opholdt sig på særlig sikret afdeling, hvor fængselspersonalet bestemte, hvem der havde fællesskab, og T fik bragt Frank i forslag som fællesskabsmakker, hvilket T accepterede.³²⁹ Byretten fandt, at samværet måtte anses som frivilligt, selvom T havde begrænsede valgmuligheder, hvilket landsretten og Højesteret tiltrådte.³³⁰ Byretten og landsretten begrundet ikke vurderingen, og det kan diskuteres, om samværet

³²⁴ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 10

³²⁵ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 10 og 12

³²⁶ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 10

³²⁷ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404 og Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 62

³²⁸ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 10

³²⁹ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 10

³³⁰ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 10, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404 og Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 62

reelt er frivilligt, når henses til det af byretten fremhævede om T's afsoningsforhold, og det faktum at EMD i sin praksis tillægger frihedsberøvelsen i sig selv betydning for frivilligheden af de selvinkriminerende udtalelser. Det er vanskeligt at forestille sig, hvilke andre omstændigheder end ophold på særlig sikret afdeling i et lukket fængsel og det forhold, at fængselspersonalet afgør, hvem der har samvær med hvem og hvornår, der kan få retten til at finde, at samvær med en infiltrator i et fængsel ikke er frivilligt. For det tredje vurderede byretten, at T i styrkeforhold til Frank fremstod som overlegen i kraft af sin fængsels erfaring og sin fysiske og psykiske fremtoning, hvilket landsretten tiltrådte.³³¹

Endelig forholdt byretten sig til, om Franks dækhistorier om henholdsvis at have begået knivvold mod en kvinde i Grønland, som Frank oplyste at være varetægtsfængslet for, og om at have begået et uopklaret drab på en kvinde i Portugal isoleret set og i forhold til de enkelte samtaler havde indebåret et provokationselement.³³² Byretten bemærkede, at karakteren af dækhistorierne skyldes, at T var mistænkt for et drab på en kvinde, og at dækhistorierne skulle give T anledning til at tale om drabet.³³³ Umiddelbart forekommer denne bemærkning problematisk i forhold til selvinkrimineringsforbuddet, idet formålet med dækhistorierne dermed er at få T til at tale om drabet. Byretten ses at finde, at det konkret må vurderes, om dækhistorierne har udgjort et utilbørligt provokationselement.³³⁴ Henset til at T afsonede en dom for forsøg på manddrab mod en kvinde, og at det var fire år siden, at drabet i Elverparken blev begået, fandt byretten, at Franks overordnet set matchende dækhistorie om grov vold mod en kvinde i Grønland ikke i sig selv var problematisk.³³⁵ I forhold til Franks konkrete præsentation af dækhistorien, fandt byretten, at dette ikke udgjorde et utilbørligt provokationselement, hvorfor T's ret til tavshed og selvinkrimineringsforbuddet ikke var krænket.³³⁶ Landsretten tiltrådte byrettens vurdering.³³⁷ Byretten fandt, at det må bero på en konkret vurdering i forhold til den konkrete samtale, om Franks dækhistorie om et uopklaret drab på en kvinde i Portugal havde indebåret et utilbørligt provokationselement, og at der måtte lægges vægt på indholdet af samtalerne, hvornår dækhistorien blev præsenteret, og om dækhistorien måtte antages at have lokket eller på anden utilbørlig måde fået T til at tale om drabet i Elverparken.³³⁸ Byretten fandt, at dækhistorien ikke lokkede eller på anden utilbørlig måde fik T til at tale om drabet, idet denne blandt andet først blev præsenteret efter, at T selv tidligere

³³¹ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 10 og U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404

³³² Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 10 f.

³³³ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 11

³³⁴ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 10 f.

³³⁵ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 11

³³⁶ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 13

³³⁷ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404

³³⁸ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 11

havde fortalt om drabet.³³⁹ Det kan virke betænkeligt, at byretten herved må anses for at lægge til grund, at det ikke i den enkelte samtale indebærer et provokationselement, at Frank bringer drabet op, når blot T selv flere dage forinden har gjort det.

Som anført af byretten er en afhøring blandt andet karakteriseret ved, at en polititjenestemand styrer samtalen for at få den afhørte til at tale om den efterforskede kriminalitet. Domstolene vurderer ikke om, Frank igennem dækhistorierne kan have styret samtalerne indirekte ved at sætte en ramme herfor i form af et fælles udgangspunkt, idet de begge havde været involveret i knivdrab og -vold på kvinder. Det må bemærkes, at T efter præsentationen af dækhistorien om drabet i Portugal udtalte sig selvinkriminerende, og at byretten ikke inddrager den omstændighed, at Frank, uanset at T tidligere af egen drift har fortalt om drabet, i den konkrete situation ved brug af dækhistorien kan anses for at søge at styre samtalen ind på drabet. Byretten har bemærket, at lydoptagelserne giver indtryk af, at Frank søgte at opbygge en kammeratlig relation og et tillidsforhold samt skabe fællesskabsfølelse mellem dem.³⁴⁰ Højesteret har i øvrigt også bemærket, at infiltrationens formål var via en form for kammeratskab at få potentielt selvinkriminerende oplysninger fra T.³⁴¹ Set i lyset af at EMD i Allan-dommen i vurderingen af frivilligheden af Allans udtalelser lægger vægt på, at Allan kunne forventes at være tilbøjelig til at blive fortrolig med og betro sig til infiltratoren, er det bemærkelsesværdigt, at domstolene ikke forholder sig yderligere hertil. Domstolene ses dermed ikke at forholde sig til, om Franks dækhistorier, de indledende samtaler og samtaleforløbet i øvrigt påvirkede relationen mellem Frank og T på en utilbørlig måde, derved at disse kunne skabe en fællesskabsfølelse og grobund for en fortrolighed, hvorefter T ville betro sig og fremsætte selvinkriminerende udtalelser, som T ikke ville have afgivet med viden om, at Frank var politiagent. Domstolene ses i denne forbindelse heller ikke at forholde sig til, om infiltrationen og det herved påtvungne bekendtskab med en polititjenestemand har udgjort en krænkelse af T's ret til selvbestemmelse efter art. 8.

Byretten vurderede herefter, om de enkelte samtaler som følge af Franks konkrete udtalelser kunne sidestilles med afhøringer og således indebar en krænkelse af T's ret til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering. Frank henviste blandt andet til en filmscene, hvor en person fik skåret næsen af, ligesom det var tilfældet ved drabet i Elverparken, og Frank nævnte også et tv-program og en artikel om drabet. Byretten anførte, at Franks henvisninger til filmscenen, tv-programmet og artiklen ikke i sig selv kunne føre til, at samtalerne skulle sidestilles med afhøringer eller fik T til at tale om drabet

³³⁹ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 11 og 14 f.

³⁴⁰ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 13

³⁴¹ Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 59 f.

på en utilbørlig måde, som krænkede T's ret til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering. Dette kan undre set i lyset af byrettens definition af afhøringer, idet Frank indirekte herved kan anses for at styre samtalerne ind på drabet ved selv at tale herom, hvorved samtalen kan anses for en skjult afhøring.³⁴²

Byretten fandt således ikke, at disse konkrete udtalelser fra Frank kunne føre til, at samtalerne havde karakter af en afhøring, ligesom størstedelen af de øvrige samtaler ikke havde karakter af afhøringer. Byretten lagde vægt på, at T var styrende og dominerende, og at T i flere af samtalerne spontant og af egen drift havde bragt drabet op, mens Frank var lyttende og alene fremkom med fåmælte, kortfattede tilkendegivelser og naturlige konversationsspørgsmål, hvorfor Frank ikke kan anses for at have lokket eller på anden utilbørlig måde fået T til at tale om drabet. Landsretten tiltrådte byrettens vurdering af disse samtaler og bemærkede, at Frank havde haft en meget tilbageholdende rolle.³⁴³ Højesteret lægger vægt på samme momenter i vurderingen af samtalerne.³⁴⁴ Domstolene præciserer ikke, hvad der forstås ved 'naturlige konversationsspørgsmål', hvorfor der er en uklar gråzone mellem sådanne spørgsmål og afhøringsspørgsmål. Spørgsmålet er, hvor stort spillerum en polititjenestemand har til at stille spørgsmål relateret til forbrydelsen uden, at samtalen får karakter af en afhøring, navnlig henset til tidligere retspraksis, hvor to politiassistenter samtale med en sigtet ifølge landsretten i realiteten havde karakter af en afhøring, idet samtalen i hvert fald delvist drejede sig om sagen, jf. U 2016.922 V.

Byretten fandt dog, at samtalerne fra den 18. og 21. november 2020 måtte sidestilles med afhøringer og derved udgjorde en krænkelse af retten til ikke at udtale sig og selvinkrimineringsforbuddet.³⁴⁵ Byretten lagde vægt på, at Frank her indtog en aktiv rolle og udfordrede T på dennes tilkendegivelser om drabet, ligesom Frank direkte spurgte T, om han havde fået kniven væk, og gav udtryk for, at T's udsagn ikke passede ind i det samlede billede. Frank fremstod her ifølge byretten konfronterende, vedholdende, gentagende og direkte i sine spørgsmål. Lydoptagelserne af disse samtaler udgjorde dermed ulovligt tilvejebragte beviser. Dette er i overensstemmelse med praksis fra EMD, som fandt, at Allans udtalelser ikke havde været frivillige, spontane og uprovokerede udtalelser, men derimod fremkaldt af infiltratorens vedholdende spørgsmål. Landsretten tiltrådte, at momenterne skulle indgå i vurderingen, men fandt dog, at alene enkelte elementer i disse samtaler fra den 18. og 21. november 2020 isoleret

³⁴² Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 14 f.

³⁴³ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5404

³⁴⁴ Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 62

³⁴⁵ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 15 f.

set antog karakter af en afhøring, og at T's udtalelser alene på disse enkeltstående punkter var fremkommet i strid med retten til tavshed og selvinkrimineringsforbuddet og dermed var ulovligt tilvejebragte beviser.³⁴⁶ Højesteret tiltræder landsrettens vurdering.³⁴⁷

Domstolene forholder sig ikke til, at T, foruden den manglende vejledning om retten til tavshed, ikke har fået mulighed for at have sin forsvarer til stede. Domstolene forholder sig heller ikke til, at aflytningerne reelt har fungeret som fonetiske optagelser, som den afhørte skal gøres bekendt med, jf. RPL § 751, stk. 3. Dette kunne have haft indvirkning på domstolenes vurdering af, om de ulovligt tilvejebragte lydoptagelser kunne indgå som bevis.

Byretten har modsat EMD i Allan mod Storbritannien ikke forholdt sig til baggrunden for og formålet med politiets infiltration. I Allan-sagen udtalte EMD, at det centrale i retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering er at beskytte den anklagedes frihed til at vælge, om vedkommende vil udtale sig under politiets afhøring, og at denne frihed bliver effektivt undermineret, når vedkommende tidligere har valgt at påberåbe sig retten til ikke at udtale sig, hvorefter myndighederne ved falske foregivender lokker inkriminerende udtalelser ud af den anklagede, som politiet ikke kunne opnå ved en almindelig afhøring, for at anvende disse som bevis i en straffesag mod vedkommende. En sådan situation har foreligget i sagen mod T, da politiet tidligere havde afhørt T tre gange, hvor T blev oplyst om retten til ikke at udtale sig, hvorefter Frank blev indsat i fængslet med henblik på at afklare, om T var gerningsmand til drabet i Elverparken. Dette må politiet dermed have vurderet ikke kunne afklares under en almindelig afhøring. At T's frihed til at vælge, om han vil at udtale sig, er blevet effektivt undermineret, udgør dog ifølge EMD ikke i sig selv en krænkelse af T's ret til retfærdig rettergang, da det er en konkret vurdering af sagens omstændigheder, om retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering er undermineret i en sådan grad, at der foreligger en krænkelse af art. 6, stk. 1, jf. Allan-sagen. Det beror dermed i sidste ende på en konkret og samlet vurdering af de foreliggende omstændigheder, om de enkelte samtaler mellem Frank og T har krænket retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering sådan, at det udgør en krænkelse af EMRK art. 6, hvilket formentlig må være årsagen til, at byretten ikke har forholdt sig nærmere til formålet med infiltrationen af T, men i stedet er gået direkte til denne samlede vurdering.

³⁴⁶ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5405

³⁴⁷ Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 62

En sådan efterforskningsmetode, som medfører en underminering af T's frihed til at vælge, om han vil udtale sig, giver anledning til at overveje, om infiltrationen reelt kan anses for en forsætlig omgåelse af afhøringsreglerne og de heri indeholdte retssikkerhedsgarantier, og om infiltrationen derfor reelt er én samlet skjult afhøring. Spørgsmålet er, hvorfor politiet ikke i stedet har afhørt T. Politiet havde tidligere afhørt T og må derfor have forventet, at T ville sige noget mere eller andet ved en samtale med en infiltrator uden vejledning om sin ret til tavshed. Hvis forventningen var, at T af sig selv ville sige noget i enrum eller til en anden indsat, burde rumaflytning uden infiltration have været tilstrækkeligt. Der er derfor anledning til at tro, at formålet med infiltrationen netop har været at styre samtalen i én bestemt retning: drabet i Elverparken. Uanset at hovedparten af samtalerne mellem Frank og T ikke findes at krænke selvinkrimineringsforbuddet, må der være visse retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved, at politiet ved efterforskningsmetoden underminerer en anklagets frihed til at vælge, om vedkommende vil udtale sig.

4.2.6. Ulovligt tilvejebragte beviser

Byretten, landsretten og Højesteret har dermed vurderet, at visse af lydoptagelserne af samtalerne mellem T og Frank udgjorde ulovligt tilvejebragte beviser. Byretten anførte, at det beror på en konkret helhedsvurdering, om de ulovligt tilvejebragte beviser helt eller delvist kan indgå som bevis, og at der efter EMD's praksis om art. 6 ved vurderingen skal lægges vægt på 1) bevisets værdi, 2) om forsvarrets rettigheder er respekteret, herunder om T har haft mulighed for at anfægte og imødegå bevisets værdi, 3) bevisets betydning for afgørelsen, herunder om beviset er eneste eller afgørende, 4) kriminalitetens grovhed og 5) karakteren af konventionskrænkelsen, og at der endvidere skal foretages en afvejning mellem samfundets interesse i efterforskning og strafforfølgning af forbrydelser og anklagedes interesse i, at beviser tilvejebringes på en lovlig måde.³⁴⁸ Landsretten og Højesteret tiltrådte, idet landsretten videre anførte, at de ulovligt tilvejebragte beviser som udgangspunkt ikke kunne indgå i bevisførelsen, men at de kan tillades ført efter en vurdering af det af byretten anførte.³⁴⁹ Dette er i overensstemmelse med den retlige ramme fastlagt i kapitel 3, hvorefter der med inddragelse af disse hensyn skal foretages en helhedsvurdering af, om processen på trods af anvendelsen af ulovligt tilvejebragte beviser som helhed har været retfærdig, jf. art. 6.

³⁴⁸ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 9, 12 og 16

³⁴⁹ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5405 og Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 61

For det første fandt domstolene, at beviserne i form af lydoptagelserne foretaget med personbåret aflytningsudstyr udgjorde ulovligt tilvejebragte beviser, idet legalitetskravet i art. 8, stk. 2 var krænket. Byretten bemærkede, at dette ikke er ensbetydende med, at lydoptagelserne skal afskæres, hvorefter de foretog en vurdering heraf på baggrund af ovennævnte momenter og hensyn.³⁵⁰ Byretten fandt, at den manglende overholdelse af legalitetskravet ikke havde haft betydning for bevisets værdi, idet lydoptagelserne var uredigerede, og at der ikke var tvivl om ægtheden, samt at forsvarrets rettigheder havde været respekteret, idet forsvarret havde haft mulighed for at anfægte og imødegå beviserne samt anmode om yderligere bevisførelse.³⁵¹ Endelig fandt byretten, at de personbårne lydoptagelser ikke var eneste eller afgørende bevis i sagen.³⁵² På baggrund af denne konkrete afvejning fandt byretten, at de personbårne lydoptagelser kunne indgå som bevis i sagen.³⁵³ Landsretten tiltrådte byrettens vurdering, men lagde tillige vægt på kriminalitetens grovhed.³⁵⁴ Byretten og landsretten må herved have vurderet, at anvendelse af lydoptagelserne fra personbåret aflytning i strid med art. 8, stk. 2 ikke i sig selv udgjorde en krænkelse af art. 6. Dette tiltrådte Højesteret.³⁵⁵ Det er ligeledes i overensstemmelse med kapitel 3 og retspraksis fra EMD, som flere gange har fastslået, at anvendelsen af personbårne lydoptagelser tilvejebragt i strid med art. 8, stk. 2, ikke udgjorde en krænkelse af art. 6, stk. 1, jf. Khan-sagen, Bykov-sagen og Allan-sagen. Der ses derfor ikke at være anledning til at anfægte byrettens og landsrettens vurdering af, om de personbårne lydoptagelser af denne grund kan indgå som bevis.

Anvendelsen af lydoptagelserne som bevis kan af andre årsager udgøre en krænkelse af art. 6, stk. 1, hvorefter lydoptagelserne ikke kan indgå. Byretten fandt, at lydoptagelserne af Franks og T's samtaler den 18. og 21. november 2020 udgjorde ulovligt tilvejebragte beviser, idet de måtte sidestilles med afhøringer og udgjorde en krænkelse af retten til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering, jf. RPL § 752, stk. 1 og EMRK art. 6, stk. 1. Dette tiltrådte landsretten og Højesteret, idet de dog fandt, at alene enkelte af udtalelserne under samtalerne udgjorde en krænkelse heraf. Byretten bemærkede indledningsvist, at retten til ikke at udtale sig i forbindelse med afhøring og forbuddet mod selvinkriminering er helt centrale elementer i forhold til mistænkte og sigtede såvel processuelle stilling i medfør af retsplejelovens §§ 750 og 752 som ret til en retfærdig rettergang, jf. EMRK art. 6, stk. 1. Byretten fandt efter en samlet og konkret vurdering, at de personbårne lydoptagelser fra den 18. og 21.

³⁵⁰ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 11

³⁵¹ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 12 og 19

³⁵² Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 12 og 19

³⁵³ Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 12 og 19

³⁵⁴ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5405

³⁵⁵ Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 61

november 2020 ikke kunne indgå som bevis, idet der var tale om alvorlige krænkelse af T's procesuelle retsgarantier. Dette uagtet, at der ikke var tvivl om lydoptagelsernes ægthed, at forsvarets rettigheder var respekteret, og at de pågældende lydoptagelser ikke var eneste eller afgørende bevis i sagen. Byretten lagde afgørende vægt på, at der var tale om en grovere konventionskrænkelser. Rumaflytningerne fra T's celle den 21. og 22. november 2020 fandt byretten havde relation til og en sådan tidsmæssig tilknytning til samtalerne den 21. november 2020, at disse tillige skulle afskæres som bevis i sagen.³⁵⁶

Landsretten fandt derimod efter en samlet vurdering, at retsplejelovens regler og EMRK art. 6, stk. 1 ikke var til hinder for brug af disse lydoptagelser som bevis, hvorfor landsretten ændrede byrettens kendelse, således samtlige lydoptagelser i sin helhed kunne indgå.³⁵⁷ Landsretten lagde vægt på, at der ikke var tvivl om ægtheden af lydoptagelserne, at forsvarets rettigheder var respekteret, og at de ulovligt tilvejebragte udtalelser fra den 18. og 21. november 2020 ikke udgjorde det eneste eller afgørende bevis i sagen, ligesom landsretten lagde vægt på, at der var tale om en særdeles alvorlig forbrydelse.³⁵⁸ Modsat byretten fandt landsretten, at konventionskrænkelsen, uagtet at der var tale om tilsidesættelse af en grundlæggende rettighed i form af selvinkrimineringsforbuddet, ikke var af en sådan karakter, at de ulovligt tilvejebragte udtalelser skulle afskæres som bevis i sagen, idet overtrædelsen alene var sket på enkelte punkter ud af et længerevarende samtaleforløb, hvor T flere gange selv bragte drabet op og nægtede at have haft med drabet at gøre.³⁵⁹ Højesteret tiltrådte landsrettens vurdering om, at det ikke ville være i strid med art. 6 at admittere beviserne, hvorefter Højesteret stadfæstede landsrettens kendelse, således samtlige beviser kunne indgå i sagen.³⁶⁰

I domstolenes vurdering af, om de ulovligt tilvejebragte beviser kan indgå som bevis i sagen, er inddraget de hensyn, som ifølge EMD's praksis skal indgå i helhedsvurderingen af, om processen som helhed har været retfærdig, jf. EMRK art. 6, stk. 1, jf. kapitel 3. Spørgsmålet om admittering af ulovligt tilvejebragte beviser beror på domstolenes konkrete helhedsvurdering med inddragelse af ovennævnte hensyn, og idet EMD overlader medlemsstaterne en betydelig skønsmargin, er der ikke umiddelbart anledning til at anfægte domstolene afvejning af hensynene og afgørelse. Det bemærkes dog, at domstolene ikke i vurderingen af konventionskrænkelsens karakter inddrog, at de personbårne lydoptagelser tillige udgjorde en krænkelse af art. 8, hvilket eventuelt kunne have betydning for vurderingen af

³⁵⁶ Retten i Glostrup's kendelse den 30. juni 2023, rettens nr. CL-13311/2022, ekstraktudskrift af retsbogen, s. 16

³⁵⁷ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5405

³⁵⁸ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5405

³⁵⁹ U 2023.5394 Ø, Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, s. 5405

³⁶⁰ Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling), s. 62 f.

konventionskrænkelsens alvor. Dette må så meget desto mere gælde, hvis infiltrationen i sig selv på baggrund af EMD's nyere praksis om retten til selvbestemmelse må anses for at udgøre en krænkelse af art. 8.

Højesterets kendelse er et eksempel på den pragmatiske tilgang til ulovligt tilvejebragte beviser, hvor den materielle sandheds princip står i forgrunden ved vurderingen af, om beviserne kan admitteres, mens hensynet til overholdelse af formelle regler har mindre betydning. Kendelsen er udtryk for domstolenes generelle tendens til at admittere ulovligt tilvejebragte beviser, særligt i særdeles alvorlige sager. Brøbech har dog som nævnt i kapitel 3 påpeget, at det følger af retspraksis, at de danske domstole i højere grad end tidligere ekskluderer ulovligt tilvejebragte beviser. Højesterets kendelse forekommer ikke umiddelbart at være i overensstemmelse med Brøbechs udlægning af dansk retspraksis om ekskludering af ulovligt tilvejebragte beviser. Ifølge Brøbechs fjerde vejledende sætning ekskluderer de danske domstole beviser, hvis den ulovlige tilvejebringelse har indebåret en krænkelse af en meget vigtig beskyttelsesinteresse, herunder selvinkrimineringsforbuddet, og at dette som hovedregel også gælder ved tilsidesættelse af retsplejelovens § 752, stk. 1, jf. også U 1997.336 V. Eksklusionsspørgsmålet beror dog altid på en konkret helhedsvurdering af rettergangens retfærdighed, og som påpeget af landsretten i U 1997.336 V er der alene tale om en hovedregel, som under visse særlige omstændigheder kan føre til, at hovedreglen fraviges, og at beviserne derfor admitteres. Højesteret må i sagen om drabet i Elverparken have fundet, at der var tale om sådanne særlige omstændigheder, idet det var en særdeles alvorlig forbrydelse, hvor overtrædelsen alene var sket på enkelte punkter ud af et længerevarende samtaleforløb, hvor T flere gange selv bragte drabet op og nægtede at have haft med drabet at gøre.

Det følger dog af Brøbechs tredje vejledende sætning, at de danske domstole ekskluderer ulovligt tilvejebragte beviser, hvis politiet forsætligt har spekuleret i ikke at overholde reglerne for tilvejebringelse af beviser, som politiet ikke kunne have tilvejebragt på lovlig vis, uanset om fejlen ikke har forringet bevisets pålidelighed. Politiets infiltration af T kan virke som en omgåelse af afhøringsreglerne, idet politiet tilvejebragte inkriminerende udtalelser fra T, som ikke kunne opnås ved en almindelig afhøring, hvor T skulle vejledes om retten til ikke at udtale sig, selvom dette ikke nødvendigvis kan anses for at have forringet bevisernes pålidelighed, jf. også domstolenes bemærkning om, at der ikke var tvivl om bevisernes ægthed. Der er derfor anledning til at overveje, om politiets infiltration er en forsætlig spekulation i ikke at overholde reglerne for bevistilvejebringelse, hvilket ifølge Brøbechs udlægning af dansk retspraksis vil kunne begrunde eksklusion af beviserne.

Endelig bemærkes en diskrepans mellem Højesterets kendelse og EMD's dom i Allan mod Storbritannien, idet Højesteret admitterede samtlige beviser tilvejebragt ved infiltrationen, mens EMD fandt, at det udgjorde en krænkelse af art. 6, stk. 1 at lade samtlige beviser tilvejebragt ved infiltrationen indgå som bevis i straffesagen mod Allan. Såfremt T måtte klage til EMD, er det uklart, om EMD på baggrund af de forskellige omstændigheder i sagerne vil finde, at det udgør en krænkelse af art. 6, stk. 1 at lade beviserne indgå i straffesagen mod T. For det første var infiltrator Frank polititjenestemand, mens infiltrator H var civil. Det følger af Allan-sagen, at det som en del af den toleddede test skal vurderes, om infiltratoren agerede politiagent på tidspunktet for de selvinkriminerende udtalelser, hvor det afgørende er, om samtalen ville have fundet sted uden myndighedernes indblanding. Det udslagsgivende er ikke, om infiltratoren var polititjenestemand eller civil, men om infiltratoren handlede efter politiets instrukser, hvorfor det må være uden betydning for vurderingen af, om anvendelsen af beviserne i straffesagen mod T udgør en krænkelse af art. 6, at Frank modsat H var polititjenestemand. For det andet var T afsoner, mens Allan var varetægtsarrestant, men betydningen heraf er dog diskutabel. Endelig anførte EMD i Allan-sagen, at beviserne tilvejebragt ved brug af infiltratoren var blandt de væsentligste beviser, hvorimod Højesteret anførte, at de ulovligt tilvejebragte lydoptagelser af T's samtaler med Frank ikke var eneste eller afgørende bevis i sagen. Det er dog uklart, om EMD vil finde, at de øvrige beviser i form af lydoptagelserne af T's samtaler med Frank tillige har krænket T's ret til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering og dermed vil udgøre ulovligt tilvejebragte beviser, og hvilken indflydelse dette vil få på vurderingen af, om det vil være i strid med retten til retfærdig rettergang at admittere beviserne. I denne vurdering må det tillægges vægt, at behovet for supplerende beviser er mindre, når beviset er meget stærkt og pålideligt. Da hovedbeviset i Allan-sagen var infiltratorens vidneforklaring, mens beviserne i sagen mod T var lydoptagelser, som må anses for at være et stærkere bevis, er der anledning til at overveje, om denne forskel i bevistyperne kunne bevirke, at EMD måtte finde, at anvendelsen af beviserne tilvejebragt ved brug af infiltrator Frank, modsat Allan-sagen, ikke har udgjort en krænkelse af art. 6.

Da Højesteret har admitteret beviserne, er det efter princippet om fri bevisbedømmelse, jf. RPL § 880, 2. pkt., op til byretten under hovedforhandlingen at foretage en konkret, objektivt funderet og begrundet vurdering af bevisværdien. I denne vurdering indgår under hvilke omstændigheder, beviserne er blevet tilvejebragt. Det kan særligt være relevant at inddrage den omstændighed, at T's selvinkriminerende udtalelser er afgivet i et fængsel, som må anses for kendetegnet ved en machokultur.³⁶¹ T kunne

³⁶¹ Kirstine Szifris, "*Filosofiundervisning til indsatte kan forandre macho-kulturen i fængsler*", Videnskab.dk, 13. maj 2018, <https://videnskab.dk/kultur-samfund/filosofiundervisning-til-indsatte-kan-forandre-macho-kulturen-i-faengsler/> citeret den 2. maj 2024

derfor være motiveret til at skjule sig bag en machofacade ved at overdrive sine kriminelle bedrifter, og det kunne derfor eventuelt indgå i byrettens vurdering af bevisværdien af T's udtalelser, at udtalelserne potentielt kunne være en løgn for at matche Franks dækhistorie. En overvejelse, som domstolene også kunne have gjort sig ved vurderingen af bevisernes pålidelighed i forbindelse med vurderingen af, om de ulovligt tilvejebragte beviser kunne admitteres.

Kapitel 5. Konklusion

Undersøgelsen af den retlige ramme for brug af rumaflytning og personbåret aflytning ved infiltration i fængsler som efterforskningsmetode samt brug af lydoptagelserne tilvejebragt herved som bevis i en straffesag har belyst, at efterforskningsmetoden rejser grundlæggende retssikkerhedsmæssige spørgsmål i forhold til tiltaltes ret til retfærdig rettergang, jf. EMRK art. 6, stk. 1, herunder navnlig retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering.

Efterforskningsmetoden aflytning ved infiltration i fængsler er ikke udtrykkeligt reguleret i dansk ret, men består i stedet af en kombination af andre allerede regulerede efterforskningsmidler. Det står ved en umiddelbar betragtning klart, at efterforskningsmetoden indeholder elementer af aflytning og infiltration, men det følger derudover af retspraksis, at det skal vurderes, om samtalerne under infiltrationen har karakter af afhøring. Disse tre efterforskningsmidler, som hver for sig er reguleret, må dermed udgøre den retlige ramme for efterforskningsmetoden. Det kan på baggrund heraf konkluderes, at den overordnede retlige ramme for efterforskningsmetoden er straffeprocessens grundprincipper, retsplejelovens almindelige bestemmelser om politiets efterforskning samt reglerne om aflytning, infiltration og afhøring i retsplejeloven og EMRK samt retspraksis fra de danske domstole og EMD herom.

Efterforskningsmetoden involverer såvel rumaflytning som personbårne aflytninger. Rumafllytning reguleres af retsplejelovens kapitel 71 om indgreb i meddelelshemmeligheden, hvorefter følger de materielle betingelser i form af mistanke-, indikations- og kriminalitetskravet, jf. RPL § 781, stk. 1, nr. 1-3 og stk. 5, og de formelle betingelser, hvorefter rumaflytning forudsætter en retskendelse, jf. RPL § 783, ligesom der skal beskikkes en indgrebsadvokat, jf. RPL §§ 784 og 785, og gives efterfølgende underretning om indgrebet til fængslet, jf. RPL § 788. Endelig skal rumaflytningen være proportional, jf. RPL § 782, stk. 1. Det følger af retspraksis, at rumaflytning ikke er problematisk, hvis den udføres i overensstemmelse med de udførlige regler herfor i retsplejeloven. Politiets brug af personbårne aflytninger er derimod ikke udtrykkeligt reguleret i retsplejeloven og antages at have hjemmel i retsplejelovens § 742, stk. 2. Dette indebærer, at politiets brug af personbårne aflytninger skal iværksættes og gennemføres i overensstemmelse med de almindelige regler om politiets efterforskning, herunder proportionalitetsprincippet og objektivitetsprincippet. De danske domstole har i overensstemmelse med EMD's praksis fundet, at personbåret aflytning som følge af manglende udtrykkelig regulering herom udgør en krænkelse af art. 8, og dermed er et ulovligt efterforskningsmiddel. Lydoptagelser tilvejebragt herved er derfor ulovligt tilvejebragte beviser, men de danske domstole har i overensstemmelse med EMD's praksis fundet, at anvendelsen af disse beviser ikke i sig selv er i strid med art. 6, stk. 1.

Der findes ikke en egentlig definition af infiltration, som heller ikke er udtrykkeligt reguleret i dansk ret. Infiltration må forstås i forhold til agentvirksomhed, og på baggrund af retsplejelovens regler og forarbejderne hertil må infiltration defineres som de tilfælde, hvor politiet uden at give sig til kende blander sig med og interagerer med almindelige borgere for at skaffe beviser med henblik på at afdække kriminalitet uden at medvirke til et strafbart forhold på en måde, som er omfattet af retsplejelovens regler om agentvirksomhed i § 754 a-e. Politiets hjemmel til at foretage infiltration må være politiets almindelige hjemmel i retsplejelovens § 742, stk. 2, hvorefter politiet kan iværksætte efterforskning, som skal gennemføres under iagttagelse af proportionalitetsprincippet og objektivitetsprincippet. Det følger af retspraksis fra EMD og de danske domstole, at infiltration i sig selv ikke er i strid med art. 6, såfremt den er proportional, og der er klare og forudsigelige procedurer for bemyndigelse af og kontrol med infiltrationen. EMD har ikke ud fra foreliggende praksis fundet, at infiltration udgør et indgreb i retten til privatliv, jf. art. 8. I lyset af EMD's senere udviklede praksis om retten til selvbestemmelse er spørgsmålet dog, hvorledes EMD vil anskue infiltration i relation til art. 8 i en nutidig kontekst, og om politiets brug af infiltration således i dag i sig selv vil anses for at udgøre et indgreb i retten til privatliv, jf. art. 8.

Det afgørende for lovligheden af efterforskningsmetoden ses at være, om samtalerne mellem den anklagede og infiltratoren har karakter af afhøringer, som kræver en iagttagelse af retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering, jf. RPL § 752, stk. 1 og EMRK art. 6, stk. 1. Retsplejeloven indeholder ikke en definition af afhøring, men alene en række regler for, hvordan afhøringer må foretages, jf. RPL kapitel 68. Politiet kan foretage afhøringer, men kan ikke pålægge nogen at afgive forklaring, jf. RPL § 750. I forbindelse med afhøring af sigtede tildeles denne en række rettigheder. Sigtede har således ret til forsvarer, herunder ret til at blive vejledt om forsvarerbeskikkelse, jf. RPL §§ 730-732, og retten til at blive gjort bekendt med sigtelsen og til ikke at være forpligtet til at udtale sig, jf. RPL § 752, stk. 1. Afhøringen skal gennemføres, så spørgsmål ikke stilles, således at noget benægtet eller ikke erkendt forudsættes tilstået, ligesom løfter, urigtige foregivender eller trusler ikke må anvendes under politiets afhøring af den sigtede jf. RPL § 752, stk. 3. Forsvareren har i øvrigt ret til at overvære afhøringer, jf. RPL § 745 c. Idet den sigtede tildeles en række rettigheder i forbindelse med afhøringer, er det centralt at vurdere, om den afhørte skal anses som sigtet eller ej. Grænsen mellem hvornår en person kan anses som mistænkt eller sigtet er flydende, idet sigtelse ikke kræver en formel tilkendegivelse og ikke er defineret. En person må dog anses som sigtet, når mistanken har samlet sig og efterforskningen retter sig direkte mod denne person. Det kan af retspraksis udledes, at en person, mod hvem efterforskningsmetoden rettes, som minimum er mistænkt med en sigtets rettigheder og under alle omstændigheder er anklaget i art. 6's forstand.

EMD har i Allan-sagen fastslået, at en anklagets frihed til at vælge, om vedkommende vil udtale sig under en afhøring, bliver effektivt undermineret, når vedkommende tidligere har valgt at påberåbe sig retten til tavshed, hvorefter myndighederne ved falske foregivender lokker tilståelser eller i øvrigt inkriminerende udtalelser ud af den anklagede, som ikke kunne opnås ved en almindelig afhøring, for at anvende disse som bevis i en straffesag mod vedkommende. Det skal dog konkret vurderes, om retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering er undermineret i en sådan grad, at der foreligger en krænkelse af art. 6. EMD ses at fastlægge en toleddet test, hvor såvel forholdet mellem infiltratoren og staten som forholdet mellem infiltratoren og den anklagede må vurderes, idet retten til tavshed og selvinkrimineringsforbuddet alene er krænkede, hvis infiltratoren både agerede politiagent på tidspunktet, hvor den anklagede afgav selvinkriminerende udtalelser, og var årsagen hertil. Det centrale er respekt for den anklagedes vilje, og det må konkret vurderes, om de selvinkriminerende udtalelser er fremsat frivilligt eller fremkaldt af infiltratoren. EMD lægger særligt vægt på, om samtalen i praksis kan sidestilles med og tjener samme formål som en afhøring, karakteren af relationen mellem infiltratoren og den anklagede, om den anklagedes udtalelser er fremkommet spontant og af egen drift, eller om infiltratoren har ført samtalen ind på drabet, samt om den anklagede er under et sådant psykologisk pres, at det har påvirket udtalelsernes frivillighed blandt andet som følge af, at den anklagede er frihedsberøvet, under mistanke for drab og tilbøjelig til at betro sig til infiltratoren. EMD fandt på baggrund heraf i Allan-sagen, at udtalelserne var opnået i strid med Allans vilje, og at anvendelsen heraf i straffesagen krænkede Allans ret til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering, hvorfor der var sket en krænkelse af art. 6.

De danske domstole foretog i overensstemmelse med praksis fra EMD en helhedsvurdering af, om samtalerne i sagen mod T måtte sidestilles med afhøringer og dermed indebar en krænkelse af retten til tavshed og selvinkrimineringsforbuddet og herved kunne medføre en krænkelse af retten til retfærdig rettergang. Domstolene karakteriserede en afhøring ved, at afhøreren styrer samtalen, stiller spørgsmål og søger at få den afhørte til at tale om den efterforskede kriminalitet. Domstolene fastslog videre, at det ikke i sig selv er i strid med retten til tavshed og selvinkrimineringsforbuddet at få den anklagede til at tale om kriminaliteten, men at det afgørende er, hvordan vedkommende bringes til at tale herom. Den anklagede må ikke bringes til at tale om kriminaliteten på en utilbørlig måde, derved at udtalelserne opnås i strid med den anklagedes vilje, eksempelvis ved at vedkommende lokkes eller presses hertil. De danske domstole lægger vægt på, om generelle omstændigheder ved samtalerne har påvirket frivilligheden, herunder at den anklagede befandt sig i et fængsel, hvorved det skulle vurderes, om han var særligt sårbar og befandt sig i betryggende rammer, og om indholdet af samtalerne har påvirket

frivilligheden, derved at infiltratoren har indtaget en aktiv, styrende og konfronterende rolle med vedholdende og direkte spørgsmål snarere end en tilbageholdende rolle med kortfattede tilkendegivelser og naturlige konversationsspørgsmål. Domstolene fandt, at matchende dækhistorier samt benævnelse af en film, en artikel og et TV-program relateret til drabet ikke var styrende eller indebar et utilbørligt provokationselement. Byretten fandt imidlertid, at to samtaler på baggrund af infiltratorens styrende, udsørgende og konfronterende adfærd havde karakter af afhøringer og dermed indebar en krænkelse af retten til tavshed og selvinkrimineringsforbuddet, hvorfor lydoptagelserne af disse samtaler udgjorde ulovligt tilvejebragte beviser. Landsretten og Højesteret fandt, at alene enkelte elementer i disse to samtaler havde karakter af afhøringer og på disse enkeltstående punkter havde indebåret en krænkelse af retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering og derfor udgjorde ulovligt tilvejebragte beviser.

Anvendelsen af ulovligt tilvejebragte beviser er i dansk ret i vidt omfang ulovreguleret, men reguleres primært af retspraksis. De danske domstole anlægger en pragmatisk tilgang hertil, hvor den materielle sandheds princip og princippet om fri bevisbedømmelse er det centrale, hvorfor domstolene som hovedregel admitterer beviser, selvom de er ulovligt tilvejebragt. Anvendelse af ulovligt tilvejebragte beviser i en straffesag udgør ikke i sig selv en krænkelse af art. 6, idet der ifølge EMD skal foretages en helhedsvurdering af, om processen som helhed har været retfærdig, hvori indgår navnlig om forsvarrets rettigheder er respekteret, bevisets værdi, bevisets betydning for afgørelsen, herunder om beviset er eneste eller afgørende bevis, og karakteren af konventionskrænkelsen. Landsretten og Højesteret fandt efter en konkret helhedsvurdering på baggrund af disse momenter, at det ikke ville være i strid med retten til retfærdig rettergang at lade de ulovligt tilvejebragte beviser indgå i sagen, jf. art. 6, hvorfor samtlige beviser i sagen blev tilladt ført.

Der ses at være en diskrepans mellem retspraksis fra de danske domstole og EMD vedrørende aflytning ved infiltration i et fængsel. Dette er ikke ensbetydende med, at dansk retspraksis er i strid med EMD's praksis, da det konkret skal vurderes i hver sag, om samtalerne har karakter af afhøringer og dermed har indebåret en krænkelse af retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering, og om det vil være i strid med art. 6 at lade lydoptagelserne indgå som bevis. De danske domstole har netop i overensstemmelse med EMD's praksis foretaget en vurdering af, om processen som helhed har været retfærdig, jf. art. 6. Det er uklart, om EMD vil nå samme resultat, idet de danske domstole ikke tillægger frihedsberøvelsen samt relationen og den etablerede fortrolighed mellem infiltratoren og den anklagede samme vægt i vurderingen af frivilligheden af den anklagedes udtalelser som EMD, ligesom det er uklart, om infiltratoren ved sine konkrete udtalelser og dækhistorier reelt har ført samtalen ind på drabet

på en måde, som kan sidestilles med og tjene samme formål som en afhøring som anført af EMD i Allan-sagen. De danske domstole lægger dog vægt på flere af de samme momenter som EMD, herunder om samtalen tjente samme formål som en afhøring, og om den anklagede frivilligt er kommet med spontane udtalelser. Forskellene i de faktiske omstændigheder i Allan-sagen og sagen mod T, herunder at infiltratoren i Allan-sagen var blevet bedt om at presse Allan alt, hvad han kunne, kan begrunde, at de danske domstole kommer frem til et andet resultat.

Det er overladt til domstolene at foretage en konkret vurdering af, om de enkelte samtaler har fået karakter af afhøringer, og dermed om retten til tavshed og selvinkrimineringsforbuddet er blevet krænkelse ved efterforskningsmetoden. En opgave, som – set i lyset af at der forekommer at være en gråzone mellem afhøringer og samtaler – må anses for kompleks, hvilket også understreges af det faktum, at Højesteret har måtte taget stilling hertil. Desuden er visse elementer af efterforskningsmetoden ulovlige, idet de udgør eller potentielt udgør en krænkelse af EMRK. Det gælder således utvivlsomt personbåret aflytning, som udgør en krænkelse af art. 8, ligesom der er anledning til at tro, at EMD potentielt vil finde, at infiltrationen i sig selv udgør en krænkelse af art. 8. Uklarhederne såvel som indflydelsen fra EMD's praksis giver anledning til at genoverveje den danske tradition for regulering af straffeprocessuelle tvangsindgreb. Spørgsmålet er, om Gammeltoft-Hansens definition af straffeprocessuelle tvangsindgreb som udgangspunkt for reguleringen heraf er retssikkerhedsmæssigt tilstrækkelig i en nutidig kontekst. Der er anledning til at overveje udtrykkelig regulering af personbåret aflytning og infiltration, således grænsen mellem samtaler under infiltration og afhøring bliver klarere, ligesom retssikkerheden for den mistænkte i højere grad vil kunne sikres gennem regulering. Af hensyn til ikke uproportionalt at begrænse politiets efterforskningsmuligheder kunne det overvejes alene at regulere infiltration og personbåret aflytning i fængsler eller infiltration og personbåret aflytning, som målrettes én eller flere bestemte mistænkte.

Endelig kan det således konkluderes, at den retlige ramme for brug af aflytning ved infiltration i fængsler som efterforskningsmetode udgøres af de straffeprocessuelle grundprincipper, herunder navnlig proportionalitetsprincippet, og reguleringen af aflytning, infiltration og afhøring i retsplejeloven og EMRK samt retspraksis fra danske domstole og EMD. Den retlige ramme for brug af lydoptagelserne tilvejebragt herved som bevis i en straffesag reguleres primært af retspraksis fra danske domstole, EMRK art. 6 og EMD's praksis herom. På baggrund af Højesterets kendelse i sagen om drabet i Elverparken har politiet umiddelbart forholdsvist vide rammer for at anvende aflytning ved infiltration i fængsler som led i efterforskningen af et strafbart forhold, uden at dette vil udgøre en krænkelse af

retten til tavshed og forbuddet mod selvinkriminering, jf. RPL § 752, stk. 1 og EMRK art. 6, stk. 1. Henset til at der ses at være en vis diskrepans mellem retspraksis fra de danske domstole og EMD, som dog må ses i lyset af, at der skal foretages en konkret helhedsvurdering af, om processen som helhed har været retfærdig, forekommer den retlige ramme for efterforskningsmetoden for nuværende at være præget af en uklar retstilstand.

Litteraturliste

Lovgivning

- Lov nr. 169 af 05/06/1953 (Danmarks Riges Grundlov (Grundloven))
- Europarådets konvention af 4. november 1950 til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder
- LBK nr. 250 af 04/03/2024 (Bekendtgørelse af lov om rettens pleje) (Retsplejeloven)
- LBK nr. 1360 af 28.09.2022 (Bekendtgørelse af straffeloven) (Straffeloven)
- Lov nr. 319 af 4. juni 1986 om ændring af retsplejeloven (Politiets anvendelse af agenter som led i efterforskningen af lovovertrædelser)
- Bekendtgørelse nr. 467 af 26. september 1978 om vejledning af sigtede om adgangen til at begære en forsvarer beskikket
- LFF nr. 218 af 23. april 2003 om ændring af straffeloven og retsplejeloven (Bekæmpelse af rockerkriminalitet og anden organiseret kriminalitet)
- KBET 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelshemmeligheden og anvendelse af agenter
- FT 1984/85, tillæg B, tillægssbetænkning af 29. maj 1985 over LFF nr. 164 A af 1. februar 1985 (Forslag til lov om ændring af retsplejeloven (Telefonaflytning m.v.))
- CIRK 2022-08-30 nr. 10136, Rigsadvokatmeddelelsen, afsnittet: Psykisk afvigende kriminelle

Retspraksis

Danske domstole

- Højesterets kendelse den 14. maj 2024, sag 106/2023 (2. afdeling)
- U 2023.5394 Ø. Østre Landsrets kendelse den 25. september 2023, S-1893-23
- Retten i Glostrups kendelse den 30. juni 2023, CL-13311/2022
- TfK 2021.403/2 V
- U 2001.2526 H
- U 2000.2476 H
- U 1997.336 V
- U 1996.1496 V
- U 1986.383 V
- U 1970.901 V

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

- Lysyuk v. Ukraine (EMD 14.10.2021)
- Ibrahim and others v. United Kingdom (EMD 13.09.2016)

- Furcht v. Germany (EMD 23.10.2014)
- Fernández Martínez v. Spain (EMD 12.06.2014)
- Yankov and others v. Bulgaria (EMD 23.09.2010)
- Aleksandr Zaichenko v. Russia (EMD 18.02.2010)
- Bykov v. Russia (EMD 10.03.2009)
- Ramanauskas v. Lithuania (EMD 05.02.2008)
- O'Halloran and Francis v. United Kingdom (EMD 29.06.2007)
- Khudobin v. Russia (EMD 26.10.2006)
- Rajcoomar v. Switzerland (Kommissionens afgørelse 14.12.2004)
- Allan v. United Kingdom (EMD 05.11.2002)
- Pretty v. United Kingdom (EMD 29.04.2002)
- Khan v. United Kingdom (EMD 12.05.2000)
- Teixeira De Castro V. Portugal (EMD 09.06.1998)
- S.E. v. Schweiz (Kommissionens afgørelse af 04.03.1998)
- Saunders v. United Kingdom (EMD 17.12.1996)
- John Murray v. United Kingdom (EMD 08.02.1996)
- Müller v. Austria (Kommissionens afgørelse af 28.06.1995)
- Kroon v. Netherlands (EMD 27.10.1994)
- Funke v. France (EMD 25.02.1993)
- Lüdi v. Switzerland (EMD 15.06.1992)
- Foti and others v. Italy (EMD 10.12.1982)
- Deweer v. Belgium (EMD 27.02.1980)

Juridisk litteratur

- Billing, Fenella M.W. *The Right to Silence in Transnational Criminal Proceedings*. Springer. 2018.
- Brøbech, Birgitte. *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*. 1. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2003.
- Bønsing, Sten. *Almindelig forvaltningsret*. 5. udgave. Djøf Forlag. 2023.
- Gammeltoft-Hansen, Hans. *Strafferetspleje, bind II*. Jurist- og Økonomforbundet. 1989.
- Gammeltoft-Hansen, Hans. *Straffeprocessuelle tvangsindgreb*. Juristforbundets Forlag. 1981.
- Jens Elo Rytter. *Individets grundlæggende rettigheder*. 5. udgave. Karnov Group Denmark. 2024.

- Jochimsen, Jørgen og Sørensen, Henning Fuglsang. *Straffeprocessuel oversigt*. 3. udgave. Karnov Group Denmark. 2024.
- Kistrup, Michael, Jakob Lund Poulsen, Jens Røn og Thomas Rørdam. *Straffeprocessen*. 4. udgave. Karnov Group Denmark. 2023.
- Kjølbro, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – For praktikere*. 5. udgave. Djøf Forlag. 2023.
- Lentz, Lene Wachter. *Politiets hemmelige efterforskning på internettet*. Aalborg Universitetsforlag. Aalborg Universitet. Det Samfundsvidenskabelige Fakultet. Ph.D.-Serien. 2019.
- Lentz, Lene Wachter. *Politiets infiltration på digitale platforme – set i et menneskeretligt perspektiv*. Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, 106(2), 128-155. 2019.
- Munk-Hansen, Carsten. *Retsvidenskabsteori*. 3. udgave. Djøf Forlag. 2022.
- Munk-Hansen, Carsten. *Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning*. 2. udgave. Djøf Forlag. 2021.
- Nielsen, Gorm Toftegaard ved Holst, Nicolaj Sivan. *Straffesagens gang*. 7. udgave. Djøf Forlag. 2020.
- Nielsen, Gorm Toftegaard. *Hvad er et tvangsindgreb? Om straffeprocess og forvaltningsret*. Juristen. 2005(5). 153-160.
- Schaumburg-Müller, Sten. *Fem retsfilosofiske teser*. 1. udgave. Djøf Forlag. 2009.
- Smith, Eva. *Straffeprocess: Grundlæggende regler og principper*. 7. udgave. Karnov Group Denmark. 2013.
- Vestergaard, Jørn. *Straffeprocess - grundtræk af dansk strafferetspleje*. 2. udgave. Gjellerup. 2018.

Artikler

- Hansen, Louise Bolvig og Søndberg, Astrid. (2023). *Hemmelig politiagent om samtaler med drabstiltalt mand: - Det boblede i ham. Det boblede over*. Lokaliseret på: <https://nyheder.tv2.dk/krimi/2023-05-16-hemmelig-politiagent-om-samtaler-med-drabstiltalt-mand-det-boblede-i-ham-det-boblede-over> (besøgt den 3. marts 2024)
- Hansen, Louise Bolvig. (2024). *Højesteret giver grønt lys til samtlige skjulte lydoptagelser i Borglit-sag*. Lokaliseret på: <https://nyheder.tv2.dk/krimi/2024-05-13-hoejesteret-giver-groent-lys-til-samtliges-skjulte-lydoptagelser-i-borglit-sag> (besøgt den 15. maj 2024)

- Myhre, Sofie. (2023). *Strid om agentoptagelser fortsætter: Kan ende med nyt resultat i landsretten, vurderer professor*. Lokaliseret på: <https://www.tv2kosmopol.dk/herlev/strid-om-agentoptagelser-fortsætter-kan-ende-med-nyt-resultat-i-landsretten-vurderer-professor> (besøgt den 3. marts 2024)
- Sandager, Alberte Bay og Jensen, Mathias. (2023). *Tidligere undercoveragent fortæller om metoder brugt i Borglit-sagen*. Lokaliseret på: <https://nyheder.tv2.dk/samfund/2023-05-02-tidligere-undercover-agent-fortæller-om-metoder-brugt-i-borglit-sagen> (besøgt den 2. maj 2024)
- Szifris, Kirstine. (2018). *Filosofiundervisning til indsatte kan forandre macho-kulturen i fængsler*. Lokaliseret på: <https://videnskab.dk/kultur-samfund/filosofiundervisning-til-indsatte-kan-forandre-macho-kulturen-i-faengsler/> (besøgt den 2. maj 2022)
- Søe, Carl-Emil. (2022). *Politiets beslutning i Louise Borglit-sagen er "helt usædvanlig", siger tidligere drabschef*. Lokaliseret på: <https://nyheder.tv2.dk/krimi/2022-05-06-politiets-beslutning-i-louise-borglit-sagen-er-helt-usaedvanlig-siger-tidligere-drabschef> (besøgt den 3. marts 2024)