

Landsrettens begrundelse og resultat.

Straffuldbyrdelseslovens § 60, stk. 6.

Det er for landsretten ubestridt, at As biologiske køn er mand.

A fik den 30. marts 2015 juridisk kønsskifte til kvinde, men har ikke fået foretaget en kønsskifteoperation (fysisk kønsskifte).

Det følger af straffuldbyrdelseslovens § 60, stk. 6, at undersøgelse, der indebærer afklædning, kun må foretages og overværes af personer af samme køn som den indsatte. Dette gælder dog ikke for sundhedspersonale. Bestemmelsen, der dengang fandtes i straffuldbyrdelseslovens § 60, stk. 5, fik sin nuværende ordlyd ved lov nr. 1558 af 20. december 2006. Formålet med lovændringen var – i overensstemmelse med artikel 54, stk. 5, i Europarådets Ministerkomité's rekommandation REC(2006)2 af 11. januar 2006 om europæiske fængselsregler – at gøre det undtagelsesfrit, at undersøgelse, der indebærer afklædning, kun må foretages og overværes af personer af samme køn som den indsatte. Der er derimod intet grundlag i forarbejderne til lovændringen for at antage, at der med lovændringen var tiltænkt en anden forståelse af køn end hidtil svarende til biologisk køn.

Landsretten finder derfor, at "køn" i straffuldbyrdelseslovens § 60, stk. 6, som udgangspunkt må forstås som en persons biologiske køn og anvendes i overensstemmelse hermed. Det forhold, at Europarådets Ministerkomité i en efterfølgende revision af de europæiske fængselsregler pr. 1. juli 2020 sondrer mellem biologisk køn (biological sex) og selvopfattet køn (self-perceived gender), kan ikke i sig selv føre til en anden vurdering.

Det bemærkes, at straffuldbyrdelseslovens § 60, stk. 6, finder tilsvarende anvendelse ved afgivelse af urinprøve, jf. lovens § 60 a, stk. 1, jf. stk. 2.

CPR-loven

Spørgsmålet er herefter i første række, om As juridiske kønsskifte giver grundlag for en fravigelse af dette udgangspunkt.

Ved lov nr. 752 af 25. juni 2014 blev der med ikrafttræden den 1. september 2014 indsat en ny bestemmelse i CPR-lovens § 3, stk. 6, hvorefter en person, der søger om nyt personnummer tilhørende det andet køn, og skriftligt erklærer, at ønsket herom er begrundet i en oplevelse af at tilhøre det andet køn, kan få nyt personnummer tilhørende det andet køn. Det fremgår af forarbejderne til lovændringen, jf. lovforslag nr. L 182 af 30. april 2014, at baggrunden for lovforslaget var et ønske om at undersøge mulighederne for, at transkønnede kan opnå juridisk kønsskifte uden krav om kirurgiske indgreb (fysisk kønsskifte i form af kastration), og at regeringen på baggrund af en rapport fra en nedsat arbejdsgruppe om juridisk kønsskifte fremsatte lovforslag om, at transkønnede efter en

såkaldt erklæringsmodel kan opnå juridisk kønsskifte uden krav om kirurgiske indgreb eller anden behandling. Om forholdet til artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fremgår det af lovforarbejderne bl.a., at Menneskerettighedsdomstolen har fastslået, at spørgsmålet om anerkendelse af juridisk kønsskifte som sådan falder inden for rammerne af beskyttelsen i artikel 8, og at det ikke kan udelukkes, at Danmark vil blive dømt for overtrædelse af artikel 8, både i tilfælde af en ordning med kastration og en ny ordning med krav om hormonbehandling.

I forbindelse med lovbehandlingen blev økonomi- og indenrigsministeren af Folketingets Ligestillingsudvalg spurgt (spørgsmål 3 af 26. maj 2014), om der skulle foretages lovændringer i forhold til kønsopdelte fængsler som følge af lovforslaget. Dette spørgsmål blev besvaret med, at et nyt personnummer ikke løser de praktiske problemer, som kan opstå, hvis en transkønnets fremtræden ikke er i overensstemmelse med vedkommendes biologiske køn, og at der ikke (i dag) er regler for, hvordan sådanne praktiske problemer løses, hvilket lovforslaget ikke ændrer ved, således at disse problemer som hidtil må løses i mindelighed. Det må derfor i den enkelte situation vurderes, hvordan man bedst muligt tager hensyn til både den transkønnede og andre personer. Dette gælder også i forhold til afsoning af frihedsstraf, hvor der må findes en mindelig løsning under hensyntagen til både den transkønnede og de øvrige indsatte samt de særlige forhold, der gælder inden for dette område.

Landsretten finder på denne baggrund, at As juridiske kønsskifte i medfør af CPR-loven ikke i sig selv fører til, at A i relation til straffuldbyrdsloven skal betragtes som kvinde og ikke som mand.

Artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Spørgsmålet er herefter i anden række, om det kan antages at være i strid med artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention om retten til respekt for sit privatliv at undlade at behandle/betragte A som kvinde i relation til straffuldbyrdsloven og afsoningsforhold i øvrigt.

Menneskerettighedsdomstolen har i dommen Goodwin mod Storbritannien, der blev afsagt af storkammeret den 11. juli 2002 (sagsnr. 28957/95), gentaget, at Menneskerettighedskonventionen skal fortolkes og anvendes "in the light of present-day conditions" (præmis 75). I den konkrete sag var der tale om en kønsskifteopereret (fra mand til kvinde) person (Goodwin), som Storbritannien i pensionsmæssig sammenhæng ikke ville anerkende som kvinde. Menneskerettighedsdomstolen anførte herefter (præmis 90) bl.a. følgende:

"Nonetheless, the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important

principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings ...”

Videre anfører Menneskerettighedsdomstolen (præmis 91) herefter bl.a. følgende:

“The Court does not underestimate the difficulties posed or the important repercussions which any major change in the system will inevitably have, not only in the field of birth registration, but also in the areas of access to records, family law, affiliation, inheritance, criminal justice, employment, social security and insurance. However, as is made clear by the report of the Interdepartmental Working Group, these problems are far from insuperable, to the extent that the Working Group felt able to propose as one of the options full legal recognition of the new gender, subject to certain criteria and procedures.”

Menneskerettighedsdomstolen konkluderer på denne baggrund (præmis 93) følgende:

“Having regard to the above considerations, the Court finds that the respondent Government can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention. Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender reassignment, it reaches the conclusion that the fair balance that is inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant. There has, accordingly, been a failure to respect her right to private life in breach of Article 8 of the Convention.”

Landsretten finder på denne baggrund, at det må bero på en konkret og aktuel vurdering, om placering af A på en afdeling for mænd er i strid med artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og at der ikke på nuværende tidspunkt er grundlag for at antage, at det altid og i alle sammenhænge vil være i strid med artikel 8 at anvende en persons biologiske køn, selvom dette er et andet end personens juridiske køn.

Afdelingsplaceringen

A har gjort gældende, at afdelingsplaceringen af hende i en afdeling for mandlige indsatte udgør et indgreb i hendes rettigheder efter artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Af Herstedvester Fængsels afgørelse af 31. marts 2015 fremgår det bl.a., at As cpr.nr. ikke har betydning for hendes placering i anstalten, og at begrundelsen herfor er, at ændringen af cpr.nr. er en juridisk afgørelse, hvorimod spørgsmålet om, hvilket køn man er – eller overvejende er – er en biologisk lægefaglig vurdering. Af afgørelsen fremgår det videre, at det er tillagt vægt, at A er dømt for voldtægt af en kvinde.

Landsretten lægger ligesom byretten til grund, at placeringen af en indsat sker på baggrund af en sikkerhedsmæssig vurdering af den indsatte, og at den vurdering beror på et skøn. Herudover sker placeringen af indsatte med henvisning til den indsattes biologiske køn.

Som anført ovenfor er det ubestridt, at A biologisk tilhører det mandlige køn.

På baggrund af oplysningerne om den af A begåede kriminalitet, herunder oplysningerne om, at hun to gange inden sit juridiske kønsskifte er dømt for voldtægt af særlig farlig karakter samt forsøg herpå over for kvinder, og at hun to gange er idømt forvaring, lægger landsretten til grund, at A er farlig, og at hun på grund af sin farlighed udgør en ikke ubetydelig sikkerhedsmæssig risiko for de kvindelige indsatte.

Landsretten har ved vurderingen heraf endvidere tillagt det betydning, at det efter Retslægerådets opfattelse ikke fuldstændigt kan afvises, at det er muligt for en mand med et niveau af serumtestosteron på 0,35 nmol/l at gennemføre et samleje, hvilket således ikke udelukker nye overgreb. Det bemærkes hertil, at As serumtestosteronniveau ved prøveudtagning den 30. april 2019 var 0,35 nmol/l.

På baggrund af ovenstående finder landsretten, at Herstedvester Fængsel har foretaget en konkret og fornøden sikkerhedsmæssig afvejning af, om As juridiske kønsskifte kan føre til en ændret afdelingsplacering.

Landsretten finder herefter, at afdelingsplaceringen ikke udgør en krænkelse af As rettigheder efter artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, idet afdelingsplaceringen ikke er funderet i en manglende retlig anerkendelse af As juridiske kønsidentitet, men beror på en sikkerhedsmæssig afvejning, der ligger inden for rammerne af artikel 8, stk. 2, herunder beskyttelsen af andres rettigheder og friheder.

Nøgenvisitation og urinprøveafleggelse

Det bemærkes indledningsvis, at landsretten efter sagens karakter ikke har fundet grundlag for at lade de nøgenvisitationer, der er foretaget i Nykøbing Mors Arrest i forbindelse med arresthusferier fra Herstedvester Fængsel, udgå fra landsrettens vurdering af, om de foretagne visitationer samlet set er i strid med

artikel 3 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Det forhold, at Nykøbing Mors Arrest ikke er sagsøgt i sagen, kan ikke føre til et andet resultat.

Som anført ovenfor finder landsretten, at ordet "køn" i straffuldbyrdelseslovens § 60, stk. 6, og § 60 a, stk. 1, jf. stk. 2, som udgangspunkt må forstås som det biologiske køn, og at det juridiske kønsskifte ikke i sig selv fører til, at A skal behandles som en kvinde i straffuldbyrdelseslovens forstand.

Landsretten tiltræder derfor, at de foretagne visitationer eller urinprøveafleggelse ikke er i strid med straffuldbyrdelsesloven.

Spørgsmålet er herefter, om nøgenvisitationer udført af mandligt fængselspersonale og urinprøveafleggelse under opsyn af mandligt fængselspersonale kan anses for umenneskelig eller nedværdigende behandling i strid med artikel 3 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

A har endvidere gjort gældende, at nøgenvisitationerne i sig selv på grund af deres karakter og systematik udgør en krænkelse af artikel 3.

Det følger af Menneskerettighedsdomstolens praksis, at nøgenvisitationer udført af personer af det modsatte biologiske køn kan være i strid med Menneskerettighedskonventionens artikel 3, jf. bl.a. dom af 24. oktober 2001 i Valasinas mod Litauen (sag 44558/98) og dom af 31. marts 2009 i Witoroko mod Polen (sag 14612/02).

Det følger endvidere af Menneskerettighedsdomstolens praksis, at nøgenvisitationer kan være nødvendige og ikke i sig selv er i strid med artikel 3, men at der ved vurderingen heraf må lægges vægt på måden, hvorpå visitationerne foretages, og om de varetager et legitimt formål, jf. dom af 12. juni 2017, Frérot mod Frankrig (sag 70204/01), præmis 38 – 41, og dom af 22. oktober 2020, Roth mod Tyskland (sagerne 6780/18 og 30776/18).

I dommen af 22. oktober 2020 anførte Menneskerettighedsdomstolen således bl.a. følgende om denne vurdering (præmis 64-65 og 68-69):

"Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 of the Convention. The assessment of this minimum level of severity is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and health of the victim. In considering whether a treatment is "degrading" within the meaning of Article 3, the Court will have regard to whether its object is to humiliate and debase the person concerned and whether, as far as the consequences are concerned, it adversely affected his or her personality in a manner incompatible with

Article 3. However, the absence of such a purpose does not conclusively rule out a finding of a violation (see *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 120, ECHR 2000-IV; *Peers v. Greece*, no. 28524/95, §§ 67, 68 and 74, ECHR 2001-III; and *Valašinas v. Lithuania*, no. 44558/98, § 101, ECHR 2001-VIII). Furthermore, the suffering and humiliation must in any event go beyond the inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment (see *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 92, ECHR 2000-XI; *Valašinas*, cited above, § 102; *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 68, ECHR 2006-IX, and *Wainwright v. the United Kingdom*, no. 12350/04, § 41, ECHR 2006-X).

65. The Court has found that strip searches may be necessary on occasion to ensure prison security or to prevent disorder or crime (see *Valašinas*, cited above, § 117; *Iwańczuk v. Poland*, no. 25196/94, § 59, 15 November 2001; *Van der Ven v. the Netherlands*, no. 50901/99, § 60, ECHR 2003-II; *Frérot v. France*, no. 70204/01, § 38, 12 June 2007; and *Dejneq v. Poland*, no. 9635/13, § 60, 1 June 2017). They should be carried out in an appropriate manner with due respect for human dignity and for a legitimate purpose (see *Wainwright*, cited above, § 42; and *Dejneq*, cited above, § 60).

...

68. Where the manner in which a search is carried out has debasing elements which significantly aggravate the inevitable humiliation entailed in the procedure, Article 3 has been engaged: for example, where a prisoner was obliged to strip in the presence of a female officer, and his sexual organs and food were touched with bare hands (see *Valašinas*, cited above, § 117), and where a search was conducted before four guards who derided and verbally abused the prisoner (see *Iwańczuk*, cited above, § 59).

69. Similarly, where the search has no established connection with the preservation of prison security and prevention of crime or disorder, issues may arise (see, for example, *Iwańczuk*, cited above, §§ 54, 56 and 58-59, where the search of the applicant, a remand prisoner who had not given grounds for security concerns, was conducted when he wished to exercise his right to vote, and *Van der Ven* (cited above, §§ 61-62) and *Frérot* (cited above, § 47), where the strip-searching was systematic and long term without convincing security needs; see also *Wainwright*, cited above, § 42)."

I Menneskerettighedsdomstolens afgørelse af 29. maj 2018 i *Hansen mod Norge* (sag 48852/17), anførte domstolen bl.a. følgende (præmis 153):

"As to body searches, the Court finds that there are no reasons to criticise the domestic authorities for searches carried out in connection with, for

example, transport, and it has otherwise noted that the number of searches has gradually been reduced considerably, in line with the continuous risk assessments (see paragraph 70-71 and 77 above). As to the random searches at Ila specifically, the Court has noted the High Court's finding that the number of such searches appeared to have been high during a part of the applicant's stay there, insofar as other security measures introduced at Ila had reduced his possibilities to carry hidden weapons or items that could be used as such (see paragraph 76 above). Taking into account that the totality of the security regime has to be examined in conjunction and bearing in mind that that regime will necessarily depend on assessments of risk based on the information at the relevant time, the Court sees no grounds for finding a violation of Article 3 of the Convention because of the body searches that have been carried out."

Efter oplysningerne i sagen, herunder As forklaring for byretten, lægger landsretten indledningsvis til grund, at A først i forbindelse med sin ansøgning om overførsel til Nykøbing Mors Arrest den 11. januar 2015 udtrykte et ønske om ikke at afsone på en mandeafdeling.

Som anført ovenfor er det ikke bestridt, at A biologisk er en mand, og landsretten finder derfor i forlængelse af det ovenfor anførte om straffuldbyrdesloven og Menneskerettighedsdomstolens praksis herom, at det forhold, at visitationer udføres af mandligt fængselspersonale, ikke i sig selv udgør en krænkelse af Menneskerettighedskonventionens artikel 3.

Spørgsmålet er herefter, om antallet og karakteren af de nøgenvisitationer, som A har været udsat for, samlet set er i strid med Menneskerettighedskonventionens artikel 3.

A har med henvisning til dom af 20. oktober 2016 i *Muršić mod Kroatien* (sag 7334/13) og Højesterets dom af 10. september 2019 som gengivet i UfR.2019.4010H gjort gældende, at det er Direktoratet for Kriminalforsorgen og Herstedvester Fængsel, der har bevisbyrden for, at nøgenvisitationerne ikke er foregået på den måde – og i det antal tilfælde – som hun har beskrevet.

Af domstolens dom i *Muršić mod Kroatien* fremgår bl.a. følgende om bevisbyrden (præmis 128):

"Once a credible and reasonably detailed description of the allegedly degrading conditions of detention, constituting a prima facie case of ill-treatment, has been made, the burden of proof is shifted to the respondent Government who alone have access to information capable of corroborating or refuting these allegations. They are required, in particular, to collect and produce relevant documents and provide a detailed account of an

applicant's conditions of detention. Relevant information from other international bodies, such as the CPT, on the conditions of detention, as well as the competent national authorities and institutions, should also inform the Court's decision on the matter (see further *Ananyev and Others*, cited above, §§ 122-125; and *Neshkov and Others*, cited above, §§ 71-91)."

A har gjort gældende, at hun har været udsat for i alt 506 nøgenvisitationer svarende til 46 om året i gennemsnit. Hun har om visitationerne forklaret, at hun de fleste gange skulle sætte sig på hug, når hun blev nøgenvisiteret, og at hun vil skyde på, at det drejer sig om 80 % af visitationerne.

A har fremlagt håndskrevne lister over visitationer og urinprøveafleggelse i årene 2012 og 2015 til 2018. Der er ikke fremlagt oplysninger om antallet af visitationer i 2013 og 2014. Det er ikke oplyst, hvornår listerne er udarbejdet, og landsretten lægger derfor til grund, at listerne – i overensstemmelse med deres datering – først er udarbejdet i juni 2018.

Af listerne fremgår bl.a. en række datoer, hvor det er angivet, at der er udført visitation af mandligt fængselspersonale i forbindelse med besøg og udgange.

Af listen for 2012, der angiver 85 visitationer med dato, fremgår ikke, om der har været tale om nøgenvisitation. Af listerne for årene 2015-2018, der angiver henholdsvis 35, 66, 11 og 7 tilfælde med dato, er der i 2015 ud for 6 tilfælde, i 2016 ud for 4 tilfælde, i 2017 ud for 5 tilfælde og i 2018 ud for 6 tilfælde anført "af med tøj". Det fremgår ikke af listerne, om der i disse i alt 21 tilfælde er tale om, at hun også skulle sætte sig på hug.

Personale fra Herstedvester Fængsel har i byretten forklaret, at nøgenvisitationer i Herstedvester Fængsel – i overensstemmelse med retningslinjerne – foretages i forbindelse med udgang og besøg, at det ikke er almindelig praksis, at den indsatte skal sætte sig i hugstilling, medmindre der er en begrundet mistanke om, at den indsatte har noget skjult, eller den indsatte skal anbringes i observationscelle, og at de ikke selv har visiteret A på denne måde, men at de ikke kan afvise, at personale fra Storstrøm har anvendt hugstilling.

På denne baggrund og sammenholdt med oplysningerne om As personlighedsmæssige egenart og den deraf følgende farlighedsvurdering findes der ikke grundlag for at antage, at formålet med nøgenvisitationerne af A ikke har været sikkerhedsmæssigt begrundet, eller at hun har været undergivet nøgenvisitation i videre omfang eller på mere indgribende måde end øvrige indsatte.

Det må samtidig lægges til grund, at antallet af visitationer er faldet markant siden den første periode efter fuldbyrdelse af forvaringsdommen af 20. april 2012, og at der i 2017 og 2018 har været tale om relativt få visitationer, ligesom

det – også efter As egne oplysninger – er usikkert, i hvor mange tilfælde disse har omfattet hugstilling.

På denne baggrund tiltræder landsretten efter en samlet helhedsvurdering, at de foretagne visitationer, uanset om de i nogle tilfælde måtte være sket under anvendelse af hugstilling, ikke indebar en nedværdigende behandling af A i strid med Menneskerettighedskonventions artikel 3.

Vedrørende aflæggelse af urinprøver under opsyn af mandligt fængselspersonale må det efter oplysningerne i sagen lægges til grund, at der samlet set alene har været tale om ganske få tilfælde, ligesom der ikke er oplyst om omstændigheder i forbindelse hermed, der har karakter af nedværdigende behandling. Således fremgår det af As udarbejdede lister over visitationer, at der i 2012 og 2015 har været to tilfælde med urinprøveaflæggelse, i 2017 tre tilfælde og i 2018 to tilfælde, hvor der skulle aflægges urinprøve.

Landsretten finder på denne baggrund, at de foretagne urinprøveaflæggelser ikke har haft et omfang eller en karakter, der udgør en krænkelse af Menneskerettighedskonventionens artikel 3.

Landsretten stadfæster derfor byrettens dom.

Efter sagens værdi, udfald og omfang, herunder hovedforhandlingens varighed, skal A i sagsomkostninger for landsretten betale 25.000 kr. til Direktoratet for Kriminalforsorgen og 31.250 kr. til Herstedvester Fængsel til dækning af de indstævntes udgifter til advokatbistand henholdsvis ekskl. moms og inkl. moms. Ved fastsættelsen af beløbene har landsretten lagt vægt på, at de indstævnte har været repræsenteret af samme advokat.

THI KENDES FOR RET:

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal A inden 14 dage betale 25.000 kr. til Direktoratet for Kriminalforsorgen og 31.250 kr. til Herstedvester Fængsel.

Beløbene forrentes efter rentelovens § 8 a.