

# HØJESTERETS KENDELSE

## afsagt tirsdag den 14. maj 2024

**Sag 106/2023**

(2. afdeling)

Anklagemyndigheden

mod

T

(advokat Glenn Verding Hein, beskikket)

I tidligere instanser er afsagt kendelse af Retten i Glostrup den 30. juni 2023 (CL-13311/2022) og af Østre Landsrets 14. afdeling den 25. september 2023 (S-1893-23).

I påkendelsen har deltaget fem dommere: Poul Dahl Jensen, Michael Reklings, Lars Hjortnæs, Ole Hasselgaard og Peter Mørk Thomsen.

### **Påstande**

Kærende, T, har nedlagt påstand om, at landsrettens kendelse ændres, så anklagemyndigheden afskæres fra at benytte samtlige aflytninger af samtaler mellem agenten ”Frank” og ham, herunder såvel samtaler ved fysisk samvær, videoen fra gårdtur den 3. november 2020, rumaflytninger fra Ts celle i perioden, hvor agent ”Frank” var indsat i Enner Mark Fængsel, og aflytninger fra besøgsrummet i Nørre Snede Fængsel samt alle telefonsamtaler, ligesom ”Franks” vidneforklaring skal afskæres som bevis i sagen.

Anklagemyndigheden har påstået stadfæstelse af landsrettens kendelse.

### **Sagsfremstilling**

T er ved anklageskrift af 8. november 2022 tiltalt for drab efter straffelovens § 237 ved den 4. november 2016 ca. kl. 19.07 i Elverparken i Herlev med knivstik at have dræbt den gravide Louise Borglit. Hovedforhandlingen i sagen, der behandles som en nævningesag, blev påbe-

gyndt ved Retten i Glostrup den 2. maj 2023. Under hovedforhandlingen afsagde Retten i Glostrup den 30. juni 2023 sålydende kendelse:

”...

Denne formalitetskendelse vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en videooptagelse med lyd, personbårne lydoptagelser og optagelser af rumaflytninger af tiltaltes samtaler og kontakt med en infiltrator, PET-agent, polititjenestemand 488 A, "Frank" (Frank), under tiltaltes afsoning af en fængselsdom i Enner Mark Fængsel og Nørre Snede Fængsel, kan indgå i sagen som bevis. Der foreligger endvidere spørgsmål om, hvorvidt optagelser af rumaflytninger af tiltaltes udsagn i enrum i sin celle kan indgå i sagen som bevis, og om vidneforklaringen fra infiltratoren Frank kan indgå i sagen som bevis.

*Anklagemyndigheden* har nedlagt påstand om, at de afspillede video- og lydoptagelser af samtaler mellem tiltalte og infiltratoren Frank, optagelser af rumaflytninger fra tiltaltes celle og infiltrators vidneforklaring skal indgå som bevis i sagen.

Det er til støtte herfor gjort 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. Subsidiært er det gjort gældende, at lydoptagelserne, selvom de måtte anses som ulovligt tilvejebragte beviser, under alle omstændigheder skal tillades at indgå som beviser i sagen.

*Forsvareren* har nedlagt påstand om, at lydoptagelserne af samtaler mellem tiltalte og infiltratoren Frank, samt videooptagelsen af gårdturen, optagelser af rumaflytninger fra tiltaltes celle og infiltratorens vidneforklaring skal udgå af sagen.

Det er til støtte herfor gjort 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. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), artikel 6, stk. 1.

#### *Sagens baggrund*

Af sagen fremgår, at tiltalte var mistænkt blandt flere andre i sagen vedrørende drabet på Louise Borglit den 4. november 2016 i Elverparken, Herlev. En større og længerevarende efterforskning havde vist sig resultatløs.

I 2020 afsonede tiltalte i Enner Mark Fængsel en dom fra 2019 på 8 års fængsel for blandt andet drabsforsøg.

Ved kendelse af 9. oktober 2020 godkendte retten i medfør af retsplejelovens § 781, stk. 1 og 5, jf. § 780, stk. 1, nr. 2, at politiet fra den 27. oktober 2020 ind til den 24. november 2020 måtte aflytte samtaler eller udtalelser, der foregik i en på daværende tidspunkt ukendt celle, hvor tiltalte var anbragt og i en celle, som blev benyttet af en af politiet

indsat infiltrator i Enner Mark Fængsel. Aflytningen blev afsluttet den 23. november 2020.

Ved kendelse af 25. juni 2021 godkendte retten i medfør af retsplejelovens § 781, stk. 1 og 5, jf. § 780, stk. 1, nr. 2, og § 791 a, stk. 3, at politiet for en periode på 4 uger fra den 9. august 2021 kunne foretage rumaflytning samt observation ved hjælp af et tv-kamera i den celle, som tiltalte måtte have ophold i, samt af fængslets besøgsrum i forbindelse med gennemførelse af besøg hos tiltalte. Indgrebene blev ved kendelser af 8. juli 2021, 3. september 2021, 29. september 2021, 26. oktober 2021, 22. november 2021, 20. december 2021, 17. januar 2022, 11. februar 2022 og 14. marts 2022 forlænget med 4 uger ad gangen, senest til udløb den 11. april 2022.

Ved kendelserne blev det endvidere bestemt, at tiltalte og forsvareren ikke skulle underrettes om indgrebene, jf. retsplejelovens § 729 a og b.

I disse perioder blev der herefter – som tilladt i rettens kendelser – foretaget rumaflytning af tiltaltes celle i Enner Mark Fængsel samt af tiltaltes celle i Nørre Snede Fængsel og af besøgsrum i Nørre Snede Fængsel. Politiet besluttede desuden, at infiltrator skulle anvende personbåret aflytningsudstyr til brug for aflytninger af samtaler mellem tiltalte og infiltratoren Frank under fællesskab i Enner Mark Fængsel.

Samtalerne mellem tiltalte og infiltrator blev optaget, og desuden blev tiltaltes udsagn og samtaler med sig selv i egen celle optaget. Optagelserne er i uddrag fremlagt i sagen og er under hovedforhandlingen blevet afspillet i henhold til rettens kendelse af 2. maj 2023, senere stadfæstet af Østre Landsret ved kendelse af 14. juni 2023.

Politiets Efterretningstjeneste (PET) har i rapport af 20. april 2022, bilag M-1-40-0-0, ekstraktens side 1118, angående juridisk vurdering for anvendelse af politiagent i efterforskningen om dennes mandat anført blandt andet:

"Samværet mellem mistænkte og politiagenten kunne ske under betingelse af, at det var frivilligt for mistænkte at være samme med politiagenten. Hvis mistænkte tilkendegav, at han ikke vil tale om drabet, skulle det respekteres i situationen, men var ikke til hinder for, at emnet tages op på et senere tidspunkt."

Endvidere fremgår:

"Da der er tale om efterforskning af en forbrydelse, der er begået i 2016, har politiet i forbindelse med indsættelsen ikke foranlediget, at der tilbydes bistand til eller træffes foranstaltninger med henblik på at tilskynde nogen til at udføre eller forsætte en lovovertrædelse. Spørgsmålet, om anvendelse af en politiagent i denne efterforskning, er derfor ikke forelagt retten."

Rapporten af 20. april 2022 er skrevet af styringsofficer i PET, polititjenestemand 489 C, der som vidne har forklaret, at der før indsættelsen af infiltratoren Frank i Enner Mark Fængsel var foretaget en juridisk vurdering af Københavns Vestegns Politi, og at der i vurderingen var opstillet betingelser for samværet mellem tiltalte og Frank. Betingelserne svarede til det i rapporten anførte. Den juridiske vurdering fra Københavns Vestegns Politi er ikke fremlagt i sagen.

Der er under hovedforhandlingen afspillet i alt godt 100 lydclip fra disse optagelser med en samlet varighed på adskillige timer.

Forsvareren havde forud for hovedforhandlingen protesteret mod afspilning af video- og lydoptagelser fra de to fængsler af kontakten mellem tiltalte og den af politiet indsatte infiltrator, og fra tiltaltes celler og Nørre Snede Fængsels besøgsrum.

Ved hovedforhandlingens begyndelse den 2. maj 2023 bestemte de juridiske dommere ved kendelse af samme dato, at det tillades anklagemyndigheden at afspille de i sagen foreliggende optagelser af tiltalte og infiltrators kontakt i fængslerne, idet retten ikke uden kendskab til disse kunne tage stilling til, om samtalerne var at sidestille med en afhøring af tiltalte, eller om samtalerne ikke kunne sidestilles med en afhøring, og idet selve afspilningen ikke kunne antages at udgøre en krænkelse af EMRK artikel 6, stk. 1, om retten til retfærdig rettergang.

Kendelsen blev af forsvareren i retsmødet den 2. maj 2023 kæret til Østre Landsret, der ved kendelse af 14. juni 2023 stadfæstede rettens kendelse med bemærkning om, at byretten i et spørgsmål af så afgørende karakter efter en i retsmødet foretaget fornøden gennemgang af de tilgængelige optagelser, så vidt muligt burde have truffet afgørelse om, hvorvidt optagelserne kunne indgå som bevis i sagen. Landsretten forudsatte, at byretten i forbindelse med den fortsatte hovedforhandling tog endeligt stilling til, om optagelserne kunne indgå som bevis i sagen og fandt herefter ikke grundlag for at tilsidesætte byrettens kendelse af 2. maj 2023.

#### *Den retlige ramme*

##### *Om efterforskningsmidlerne agentvirksomhed og infiltration*

...

Politiets beslutning i nærværende sag om at indsætte infiltratoren Frank i den på daværende tidspunkt verserende efterforskning af det allerede begåede drab på Louise Borglit omhandler en bagudrettet efterforskning og ses ikke reguleret af bestemmelserne i retsplejeloven.

Der ses ikke at være fastsat nærmere regler i retsplejeloven, bekendtgørelser eller cirkulærer for politiets brug af agenter i denne situation, og politiets brug af infiltratoren Frank i sagen har ikke været forelagt retten.

Beslutningen om indsættelse af en politiansat infiltrator til infiltration af tiltalte må vurderes i forhold til princippet om proportionalitet.

##### *Proportionalitetsgrundsætningen*

Ved ethvert efterforskningsmiddel gælder der en proportionalitetsgrundsætning. Det er således en grundlæggende betingelse, at indgrebet i form af infiltration i den konkrete situation er proportionalt, og at indgrebet ikke står i misforhold til sagens betydning og indgrebets nødvendighed.

Vurderingen af, om infiltrationen var proportional, må ske ud fra en helhedsvurdering, hvor der må lægges vægt på kriminalitetens alvorlige karakter, graden af den daværende

mistanke mod tiltalte, og om det var muligt at anvende andre efterforskningsmetoder end infiltration.

På baggrund af det oplyste om sagens særdeles alvorlige karakter, oplysningerne om mistanken mod tiltalte og det oplyste om den hidtidige efterforskning og sagens oplysninger i øvrigt finder retten, at der som udgangspunkt ikke er grundlag for at tilsidesætte politiets skøn om at bruge efterforskningsmidlet infiltration i det foreliggende tilfælde.

Brug af infiltration i forhold til en indsat i et fængsel rejser imidlertid særlige principielle retssikkerhedsmæssige spørgsmål i forhold til EMRK, artikel 6, stk. 1, og vil kun kunne anerkendes, når helt særlige omstændigheder gør sig gældende, hvilket der er redegjort for nedenfor.

#### *Infiltration set i forhold til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*

Brug af infiltration som led i efterforskningen, herunder ved anvendelse af civilklædte betjente for at få mistænkte til at tale om den kriminalitet, der efterforskes, er ifølge retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) ikke i sig selv i strid med EMRK artikel 6, stk. 1. Det følger imidlertid af retspraksis fra EMD, at der bør være klare og forudsigelige procedurer for bemyndigelse og kontrol med sådanne efterforskningsmetoder.

#### *Beslutningen om indsættelse af infiltratoren*

Som tidligere anført fremgår det af rapport fra PET angående juridisk vurdering for anvendelse af politiagent i efterforskningen, dateret den 20. april 2022, bilag M-1-40-0-0, ekstraktens side 1118, at der blev opsat betingelser for samværet mellem mistænkte og politiagenten. Samværet skulle således være frivilligt for mistænkte. Hvis mistænkte tilkendegav, at han ikke ville tale om drabet, så skulle det respekteres i situationen, men det var ikke til hinder for, at emnet kunne tages op på et senere tidspunkt.

Det fremgår videre af ovennævnte rapport, at politiet anvendte en politiagent til infiltration af tiltalte med henblik på at afklare, om tiltalte var gerningsmand til drabet på Louise Borglit.

Efter det oplyste blev PET agenten Frank den 27. oktober 2020 indsat som infiltrator i Enner Mark Fængsel, og politiet foranledigede, at tiltalte og Frank blev placeret på samme afdeling i Enner Mark Fængsel. Infiltrationen fandt i første omgang sted i perioden fra den 30. oktober til den 23. november 2020 på særlig sikret afdeling i Enner Mark Fængsel, hvor tiltalte og Frank havde celler ved siden af hinanden. Infiltrationen stoppede den 23. november 2020, da Frank blev trukket ud af Enner Mark Fængsel.

Ifølge det oplyste foregik samværet mellem tiltalte og infiltratoren efter gældende regler i Enner Mark Fængsel og med samtykke fra tiltalte og uden påvirkning fra politiet.

Angående den efterfølgende infiltration i Nørre Snede Fængsel fremgår det af styringsofficerens forklaring, at Københavns Vestegns Politi i foråret 2021 på ny rettede henvendelse til PET, og at der herefter blev truffet en beslutning om at fortsætte infiltrationen af tiltalte. På baggrund af et postkort, som foregav at være sendt af infiltratoren Frank fra Columbia, blev der på ny etableret kontakt mellem Frank og tiltalte, der da var indsat i Nørre Snede Fængsel. Ifølge styringsofficerens vidneforklaring blev tiltalte i

postkortet spurgt, om han ville have besøg, og Frank fik efterfølgende en besøgstilladelse, da tiltalte ifølge sin forsvarer gerne ville have besøg af Frank. Det er oplyst, at der også var nogle telefonsamtaler mellem Frank og tiltalte, og at Frank besøgte tiltalte fire gange i Nørre Snede Fængsel; henholdsvis den 8. december 2021 og den 22. januar, den 5. marts og den 30. marts 2022.

Ifølge det oplyste foregik besøgene og telefonsamtalerne mellem tiltalte og Frank i Nørre Snede Fængsel også efter gældende regler.

Det fremgår af styringsofficerens vidneforklaring, at de betingelser for samværet, som fremgår af politirapporten af 20. april 2022, blev efterlevet af Frank, og at der dagligt var kontakt mellem Frank og styringsofficeren, som briefede og debriefede Frank. På baggrund af styringsofficerens vidneforklaring må det lægges til grund, at Frank handlede i overensstemmelse med retningslinjerne.

Retten lægger herefter til grund, at der har været daglig kontrol med Frank samt klare og forudsigelige procedurer for kontrollen med Frank under indsættelsen. Det må endvidere lægges til grund, at det fremgik præcist af opdraget, hvad formålet med infiltrationen var.

Retten bemærker dog, at den juridiske vurdering fra Københavns Vestegns Politi og de betingelser, der var opstillet for samværet mellem tiltalte og Frank, burde have foreligget i skriftlig form før indsættelsen, ligesom kontrollen og procedurerne, som styringsofficeren har forklaret om, burde have foreligget i form af skriftlige retningslinjer for infiltrationen.

#### *En sigtets retsstilling og forsvarerbeskikkelse*

Det fremgår ikke af retsplejeloven efter hvilke kriterier, det skal afgøres, om en person er sigtet eller skal anses som sigtet, ligesom det ikke fremgår, hvornår en person skal sigtes.

Grænsen mellem, hvornår en person blot er mistænkt, og hvornår denne bør sigtes, er flydende. Dette afhænger blandt andet af styrken af den mistanke, der retter sig mod den pågældende og om, hvorvidt der er flere mistænkte. I nærværende sag har politiet før beslutningen om infiltration angiveligt vurderet, at mistanken mod tiltalte ikke var af en sådan styrke, at der var grundlag for en sigtelse, men samtidig af en sådan styrke, at tiltalte fik beskikket en forsvarer.

Det fremgår således, at tiltalte den 13. marts 2019 fik beskikket advokat Peter Kragh som forsvarer, og at der den 12. januar 2021 skete ombeskikkelse til advokat Christina Schönsted.

Forbuddet mod selvinkriminering fremgår af retsplejelovens § 752, stk. 1. Inden politiet afhører en sigtet, skal denne udtrykkeligt gøres bekendt med sigtelsen og med, at han ikke er forpligtet til at udtale sig. En sigtet har således ret til at være tavs og har ikke pligt til at bidrage med oplysninger til brug for sagens opklaring.

Tiltalte var før infiltrationen mistænkt – men ikke sigtet – for drabet i Elverparken, og var før infiltrationen blevet afhørt af politiet tre gange uden sigtelse, men med en sigtets

rettigheder, idet tiltalte før hver afhøring var blevet gjort bekendt med, at han ikke havde pligt til at udtale sig, jf. retsplejelovens § 752, stk. 1.

Tiltalte blev afhørt den 8. november 2016 på Psykiatrisk Center Ballerup, den 10. januar 2018 i Maribo Arrest og den 31. oktober 2018 på Politigårdens Fængsel, hvor tiltalte alle gangene afgav forklaring til politiet.

### *Afhøringer*

Det er et centralt tema i sagen, om de afspillede lydoptagelser af samtalerne mellem tiltalte og infiltratoren Frank er samtaler eller afhøringer.

Af retsplejelovens § 750, 1. pkt., fremgår:

"Politiet kan foretage afhøringer, men kan ikke pålægge nogen af afgive forklaring, og ingen tvang må anvendes for at få nogen til at udtale sig."

Der er ikke i retsplejeloven en definition af, hvad der skal forstås ved en afhøring.

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.

Retten bemærker, at det forhold, at en polititjenestemand og en mistænkt har en samtale, ikke i sig selv gør samtalen til en afhøring.

Det må bero på en konkret vurdering af aflytningerne af samtalerne mellem tiltalte og Frank, om en eller flere af samtalerne mellem tiltalte og Frank må sidestilles med afhøringer, som kræver en iagttagelse af retten til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering i retsplejelovens § 752, stk. 1, og EMRK, artikel 6, stk. 1, idet bemærkes, at retten til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering i retsplejelovens § 752, stk. 1 må fortolkes i overensstemmelse med EMRK artikel 6, stk. 1.

### *Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 1*

Det fremgår af EMRK artikel 6, stk. 1, at enhver, der anklages for en lovovertrædelse, har ret til en retfærdig rettergang. Det beror på en helhedsvurdering af processen, om rettergangen har været retfærdig.

Brug af infiltration i forhold til en indsat i et fængsel og anvendelse af lydoptagelser fra samværet mellem infiltrator og en indsat som bevis rejser grundlæggende retssikkerhedsmæssige spørgsmål i forhold til tiltaltes krav om en retfærdig rettergang, jf. EMRK artikel 6, stk. 1, herunder i forhold til det grundlæggende retsprincip om, at den, der er mistænkt for en strafbar handling, har ret til ikke at udtale sig, og ikke har pligt til at bidrage til, at han bliver straffet for en strafbar handling.

Efter praksis fra EMD praksis følger det af EMRK artikel 6, stk. 1, at enhver, der er anklaget for en forbrydelse, har ret til ikke at udtale sig og til ikke at blive tvunget til at inkriminere sig selv.

Beskyttelsen mod selvinkriminering gælder efter EMRK artikel 6, stk. 1, fra det tidspunkt, hvor den pågældende person er sigtet for en strafferetlig overtrædelse, eller fra det tidspunkt, hvor den pågældende reelt er genstand for en strafferetlig efterforskning.

Da tiltalte var genstand for strafferetlig efterforskning, var tiltalte beskyttet af forbuddet mod selvinkriminering, da infiltrationen blev iværksat med infiltrators indsættelse i Enner Mark Fængsel og også under de efterfølgende besøg i Nørre Snede Fængsel, hvor Frank besøgte tiltalte.

Ved vurderingen af, om det strider mod grundlæggende retsprincipper, herunder i forhold til retten til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering, at lade video- og lydoptagelserne fra infiltrationen i Enner Mark Fængsel og Nørre Snede Fængsel indgå som beviser i sagen, må der lægges vægt på, om tiltalte har befundet sig i en særlig sårbar situation ved at være indsat i et fængsel. Det må vurderes, om infiltrationen er foregået i betryggende rammer, om kontakten mellem tiltalte og Frank var frivillig, eller om tiltalte direkte eller indirekte var presset til at have samvær og samtaler med Frank, eller om der var andre momenter af tvang. Der må endvidere lægges vægt på styrkeforholdet mellem tiltalte og Frank, om tiltalte har været under et psykologisk pres, om der har været et afhængighedsforhold mellem tiltalte og Frank, om de var ligeværdige i kontakten og samtalerne, eller om en af dem var styrende eller dominerende overfor den anden i kontakten.

Ved vurderingen af, om aflytningerne af tiltaltes og Franks samtaler har karakter af afhøringer eller på anden måde krænker retten til ikke at udtale sig og selvinkrimineringsforbuddet, må der endvidere lægges vægt på, om det var tiltalte eller infiltrator, der styrede samtalerne, om tiltalte af egen drift eller gennem styring fra infiltratoren talte om drabssagen i Elverparken, og om der fra infiltrators side var et ”provokationselement” i hans samtaler med tiltalte.

Retten til ikke at inkriminere sig selv vedrører først og fremmest respekten for tiltaltes ønske om ikke at ville udtale sig. Det centrale er således respekten for den anklagedes vilje.

Det er ikke i sig selv i strid med forbuddet mod selvinkriminering, at hensigten med infiltrationen er at afdække og få den mistænkte til at tale om den kriminalitet, der efterforskes. Det har derimod betydning, hvorledes den mistænkte bringes til at tale om den kriminalitet, der efterforskes. Der gælder således et provokationsforbud, som betyder, at den mistænkte ikke må lokkes, presses eller på lignende utilbørlig måde bringes til at tilstå eller på anden måde inkriminere sig selv i forhold til den kriminalitet, som den pågældende er mistænkt for.

Vurderingen af, om de enkelte samtaler mellem tiltalte og Frank må sidestilles med afhøringer og indebærer en krænkelse af retten til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering, beror ifølge Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 5. november 2002 (final 5. februar 2003) i sag 48539/99 Allan mod Storbritannien på en konkret og samlet vurdering af de foreliggende omstændigheder.

Af resumé af dommen i sagen, Allan mod Storbritannien, gengivet i tidsskriftet EU-ret & Menneskeret nr. 1, marts 2003, fremgår blandt andet:



”...

#### *Sagens faktiske omstændigheder*

Klageren, Ricard Roy Allan, er britisk statsborger. I februar 1995 fortalte en anonym kilde til politiet, at klageren havde været involveret i mordet på en butiksbestyrer, som var blevet skudt i et supermarked i Manchester. Den 8. marts samme år blev klageren anholdt og sigtet for mordet. I forbindelse med de efterfølgende afhøringer påberåbte klageren sig retten til ikke at udtale sig. Politiet foretog bånd- og videooptagelser af samtaler, som klageren og hans kæreste havde under hendes besøg i fængslet, og som klageren og hans medsigtede havde, mens de opholdt sig i deres fælles celle.

Den 23. marts 1995 blev H, som igennem længere tid havde fungeret som meddeleler for politiet, og som havde en kriminel fortid, anbragt i samme celle som klageren med det formål at fremskaffe informationer fra klageren. Politiet instruerede H om at "presse klageren så langt som muligt", ligesom politiet vejledte H om, hvordan han skulle bære sig ad.

Den 28. juli 1995 blev klageren afhørt af politiet om røveriet i supermarkedet. Klageren var i forbindelse med afhøringen bistået og rådgivet af en advokat. Klageren blev tilbudt at udtale sig om optagelserne foretaget i februar og marts 1995, men valgte ikke at svare på spørgsmål. Ifølge klageren blev han udførligt forhørt af politiet i et forsøg på at bringe ham ud af fatning eller gøre ham nervøs og usikker således, at han ville være mere snaksaglig og sårbar over for H, når han vendte tilbage til fængslet. H var i mellemtiden blevet udstyret med aflytningsudstyr. Optagelserne blev anvendt som bevis mod klageren i den efterfølgende retssag mod ham. Klageren blev afhørt på ny den 29. juni og den 26. juli 1995, hvor han valgte ikke at udtale sig om beskyldningerne om drab.

Den 25. juli 1995 påstod H i en 60 sider lang vidneforklaring, at klageren havde indrømmet, at han var til stede på mordstedet. Denne påståede indrømmelse udgjorde ikke en del af det optagne forhør og blev derfor bestridt af klageren. Der fandtes ikke andre beviser ud over den påståede indrømmelse, som direkte forbandt klageren med mordet på butiksbestyreren. Den 17. februar 1998 blev klageren dømt for mordet af et nævningeting med stemmerne 10 mod 2 og blev idømt fængsel på livstid. Klageren ankede herefter dommen med påstand om, at dommeren skulle have afvist beviserne indsamlet ved hjælp af bånd- og videooptagelser samt vidneudsagnet afgivet af H. Herudover gjorde han gældende, at dommeren havde begået fejl i sin retsbelæring til nævningerne. Den 31. juli 1998 blev hans første appel afvist af en dommer. Appeldomstolen afviste den 18. januar 1999 efter en høring, under hvilken klageren blev repræsenteret af en forsvarer, klagerens nye forsøg på at appellere den tidligere afgørelse.

#### *Menneskerettighedsdomstolens afgørelse*

Vedrørende artikel 8: Menneskerettighedsdomstolen mindede om, at der på det relevante tidspunkt ikke eksisterede retsregler, der regulerer politiets anvendelse af skjult aflytningsudstyr. Optagelserne af klagerens samtaler med den medsigtede, kæresten og H var derfor ikke i overensstemmelse med loven som krævet efter ar-

tikel 8, stk. 2, i Menneskerettighedskonventionen. Optagelserne var derfor i strid med artikel 8 (enstemmig afgørelse).

Vedrørende artikel 6: Menneskerettighedsdomstolen mindede om, at optagelserne på politistationen og i fængslet af klagerens samtaler med kæresten, den medsigtede og H samt vidneudsagnet fra H, som politiet havde anbragt i samme celle som klageren med det formål at skaffe beviser mod klageren, udgjorde anklagemyndighedens væsentligste beviser i sagen mod klageren. Menneskerettighedsdomstolen sondrede herefter mellem (1) optagelserne af samtalerne med kæresten og den medsigtede og (2) politiets anvendelse af meddeleren H med henblik på at fremskaffe beviser, herunder de optagne samtaler og vidneudsagnet.

...

Vedrørende politiets anvendelse af meddeleren H:

Menneskerettighedsdomstolen udtalte, at retten til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering er centrale elementer i retten til en retfærdig rettergang og tager sigte på at beskytte en anklaget persons frihed til at vælge, om den anklagede vil udtale sig eller ej under politiets afhøringer. En sådan frihed til selv at vælge bliver direkte undermineret i tilfælde, hvor myndighederne, efter at den anklagede har valgt ikke at udtale sig, bruger påskud til at lokke tilståelser eller andre udtalelser af inkriminerende karakter ud af den anklagede, som myndighederne ikke ville have været i stand til at opnå under almindelig afhøring, og hvor tilståelserne eller udtalelserne bliver anvendt som bevis under en retssag.

Hvorvidt retten til ikke at udtale sig var blevet undergravet i en sådan grad, at der var tale om en krænkelse af artikel 6 i Menneskerettighedskonventionen, afhang af sagens konkrete omstændigheder. Menneskerettighedsdomstolen bemærkede, at klageren i overensstemmelse med sin advokats råd havde fastholdt retten til ikke at udtale sig under afhøringerne. H, som gennem længere tid havde fungeret som meddeler for politiet, blev anbragt i samme celle som klageren med det formål at lokke oplysninger ud af klageren som kunne forbinde ham med de forbrydelser, han var mistænkt for at have begået. Det bevismateriale, som blev påberåbt i retssagen mod klageren, afslørede, at politiet havde vejledt H og havde instrueret ham om at "presse ham for alt, hvad han kunne". De tilståelser, som klageren skulle have afgivet overfor H, og som udgjorde det afgørende bevis imod klageren, havde ikke været spontane og uprovokerede udsagn, frivilligt afgivet af klageren, men havde været fremkaldt af vedholdende spørgsmål fra H, som på foranledning af politiet førte samtalerne ind på det begåede mord under omstændigheder, som i praksis kunne sidestilles med en egentlig afhøring, dog uden iagttagelse af de retssikkerhedsgarantier, som normalt var forbundet med en formel politiafhøring, herunder bistand af en advokat og vejledning om retten til ikke at udtale sig. Menneskerettighedsdomstolen vurderede, at klageren havde været udsat for et psykologisk pres, som påvirkede "frivilligheden" af de tilståelser, som klageren skulle være kommet med over for H. Klageren var mistænkt for mord, var frihedsberøvet, var under direkte pres som følge af politiets efterforskning og kunne forventes at ville betro sig til H, som han delte celle med. Under disse omstændigheder fandt Menneskerettighedsdomstolen, at de informationer, som blev indhentet ved brug af H, kunne opfattes som opnået imod klagerens vilje, og at anven-

delsen heraf under retssagen krænkede klagerens ret til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering. Der var derfor sket en krænkelse af artikel 6, stk. 1, i Menneskerettighedskonventionen (enstemmig afgørelse).”

Det beror herefter på en konkret helhedsvurdering, om beviserne fra infiltrationen – helt eller delvist – kan indgå som bevis i sagen.

Ved denne vurdering må det endvidere indgå, om forsvarrets rettigheder er blevet respekteret, herunder om tiltalte har haft mulighed for at anfægte og imødegå bevisets betydning.

#### *Retten bemærkninger*

##### *Indledende bemærkninger i forhold til Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 1*

Under infiltrationen afsonede tiltalte en dom på 8 års fængsel for forsøg på manddrab, som ikke havde relation til den kriminalitet, som infiltratoren Frank gennem infiltrationen skulle søge at afdække, om tiltalte var gerningsmand til. Infiltrationen fandt først sted på særlig sikret afdeling i Enner Mark Fængsel, hvor tiltalte og Frank var indsat, og efterfølgende i Nørre Snede Fængsel, hvor tiltalte senere afsonede, og hvor Frank besøgte tiltalte.

Retten finder, at en indsat i et fængsel som udgangspunkt må antages at befinde sig i en særlig sårbar situation, og at et fængsel ikke kan anses for at være en tryk ramme i relation til infiltration af en mistænkt. Retten finder imidlertid, at der også i den henseende må foretages en konkret vurdering.

Efter en konkret og samlet vurdering af det under hovedforhandlingen oplyste om tiltaltes tidligere kriminalitet og fængselsophold sammenholdt med oplysningerne om tiltalte i øvrigt, finder retten, at tiltalte ikke kan anses for at have befundet sig i en særlig sårbar situation ved at være indsat i et fængsel, og at infiltrationen, som fandt sted på særlig sikret afdeling i Enner Mark Fængsel med fællesskabskontakt én til én samt efterfølgende i et besøgsrum i Nørre Snede Fængsel med én til én kontakt, foregik i betryggende rammer. Retten har herved lagt vægt på, at samværet mellem infiltratoren og tiltalte fandt sted, mens de var alene, og at det må lægges til grund, at tiltalte i modsætning til den rolle, Frank spillede, ikke var uvant med at opholde sig i et lukket fængsel. Der er endvidere henset til det forhold, at tiltalte var afsoner af en fængselsdom og ikke var varetægtsarrestant som i EMD, Allan mod Storbritannien.

Tiltalte har forklaret, at han blev overflyttet fra Nyborg Fængsel til Enner Mark Fængsel, hvor han skulle på særlig sikret afdeling, og det fremgår af det oplyste, at tiltalte den 30. oktober 2020 fik Frank bragt i forslag som fællesskabsmakker, og at tiltalte accepterede at have samvær med Frank.

Det fremgår af styringsofficerens vidneforklaring, at det var fængselspersonalet, der bestemte, hvem der havde fællesskab med hvem, og at vidnet ikke havde indflydelse på, hvilke celler, Frank og tiltalte fik i fængslet.

Af de afspillede samtaler fremgår, at der hurtigt blev skabt en kammeratlig relation mellem tiltalte og Frank.

Uanset tiltaltes begrænsede valgmuligheder med hensyn til en fælleskabsmakker på særlig sikret afdeling, finder retten, at samværet mellem dem må anses som frivilligt.

Retten finder endvidere, at det må indgå som et moment ved vurderingen af, om samtalerne mellem tiltalte og Frank kan indgå som bevis i sagen, at tiltalte i forhold til Frank fremstod som en indsat, der med hensyn til erfaring med fængselsophold, herunder i lukkede fængsler, og i fysisk og psykisk fremtoning fremstod som overlegen i forhold til Frank.

Som ovenfor nævnt er det ikke i sig selv i strid med forbuddet mod selvinkriminering, at Frank har fået tiltalte til at tale om drabet i Elverparken, forudsat at det ikke er sket på en utilbørlig måde.

Det må imidlertid i forhold til de enkelte samtaler vurderes, om Franks dækhistorie om henholdsvis at have begået vold med kniv mod en kvinde i Grønland, som Frank ifølge dækhistorien var varetægtsfængslet for, og Franks senere dækhistorie om at have dræbt en kvinde i Portugal – et drab, som var uopklaret – indebar et provokationselement, som medfører, at beviserne som følge af infiltrationen ikke kan indgå i sagen, jf. EMRK artikel 6, stk. 1.

Retten lægger til grund, at baggrunden for karakteren af Franks dækhistorier om knivvold mod en kvinde og et uopklaret drab på en kvinde var begrundet i, at tiltalte var mistænkt for et drab på en kvinde, og at Franks dækhistorie skulle give tiltalte en anledning til at tale om drabet i Elverparken, som politiet mistænkte, at tiltalte havde begået.

Ved vurderingen af, om Franks dækhistorie om knivvold mod en kvinde i Grønland isoleret set var tilladeligt eller udgjorde et utilbørligt provokations element, må det indgå, at det på daværende tidspunkt var 4 år siden, at det uopklarede drab i Elverparken var begået, at tiltalte afsonede en lang fængselsstraf for forsøg på manddrab mod en tidligere kæreste, og at tiltalte ikke var varetægtsfængslet for drabet i Elverparken.

Henset til, at tiltalte afsonede en fængselsstraf på 8 år for forsøg på manddrab mod en kvinde, finder retten, at det ikke i sig selv var problematisk, at Frank havde en overordnet set matchende dækhistorie om grov vold mod en kvinde i Grønland. Det forhold, at Franks dækhistorie angik knivvold, kan ikke føre til en anden vurdering.

Spørgsmålet om, hvorvidt Franks dækhistorie om et uopklaret drab på en kvinde i Portugal, har betydning for, om lydoptagelserne i forhold til EMRK artikel 6, stk. 1, kan indgå som bevis, må bero på en konkret vurdering, hvor der må lægges vægt på indholdet af samtalerne mellem tiltalte og Frank, hvornår dækhistorien blev præsenteret for tiltalte, og om dækhistorien på baggrund af det foreliggende må antages at have lokket eller på anden utilbørlig måde fået tiltalte til at tale om drabet i Elverparken, som tiltalte var mistænkt for.

Retten finder, at det er af afgørende betydning i forhold til en eventuel krænkelse af EMRK artikel 6, stk. 1, om tiltaltes oplysninger og forklaringer i relation til drabet i Elverparken må opfattes som opnået imod tiltaltes vilje. Dette vil blive vurderet nedenfor.

*Bemærkninger i forhold til Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8, stk. 2 – legalitetsprincippet*

Aflytningerne består, som ovenfor anført, dels af rumaflytninger af tiltaltes celle i Enner Mark Fængsel samt af besøgsrum og tiltaltes celle i Nørre Snede Fængsel, og dels af aflytninger, optaget med personbåret aflytningsudstyr, som infiltratoren Frank har båret. Som tidligere anført har retten ved kendelser givet tilladelse til rumaflytningen af tiltaltes celle i Enner Mark Fængsel samt af besøgsrum og tiltaltes celle i Nørre Snede Fængsel. Retsplejeloven indeholder ikke regler om personbårne aflytninger, og det lægges efter det oplyste til grund, at de personbårne aflytninger er iværksat på baggrund af en juridisk vurdering, foretaget af politiet og anklagemyndigheden.

Retten bemærker, at aflytninger, som er foretaget af en polititjenestemand med skjult personbåret aflytningsudstyr som led i en efterforskning, er et myndighedsindgreb, som ifølge EMRK artikel 8, stk. 2, kræver en hjemmel i national ret, f.eks. i form af en cirkulæreskrivelse eller instruks.

Da det ikke fremgår af det oplyste, at der forelå retningslinjer om aflytninger, foretaget af en polititjenestemand med personbåret skjult aflytningsudstyr, må det lægges til grund, at lydoptagelserne med personbåret aflytningsudstyr er i strid med EMRK artikel 8, stk. 2, da legalitetskravet ikke kan anses at være opfyldt.

Det forhold, at legalitetskravet ikke kan anses at være opfyldt, er imidlertid ikke ensbetydende med, at beviset i form af de personbårne lydoptagelser, skal afskæres.

Der må ved vurderingen af, om ulovligt tilvejebragte beviser skal afskæres, lægges vægt på, om forsvarets rettigheder er respekteret, bevisets værdi, om beviset er eneste eller afgørende bevis, kriminalitetens grovhed og karakteren af konventionskrænkelsen.

Retten lægger til grund, at den manglende overholdelse af legalitetskravet i EMRK artikel 8, stk. 2, i dette tilfælde ikke har haft betydning for bevisets værdi, og retten finder på baggrund af en konkret vurdering af det foreliggende, at det forhold, at legalitetskravet ikke er opfyldt, ikke i sig selv er til hinder for, at de personbårne lydoptagelser kan indgå som beviser i sagen.

Retten har herved lagt vægt på, at lydoptagelserne efter det oplyste er uredigerede, og at der ikke er tvivl om ægtheden af lydoptagelserne, at forsvarets rettigheder er respekteret, idet forsvaret har haft mulighed for at anfægte og imødegå beviserne samt anmode om yderligere bevisførelse, og at beviserne i form af de personbårne lydoptagelser ikke må antages at være eneste eller afgørende bevis i sagen.

*Generelt om aflytningerne i fængslerne*

Som ovenfor anført er det ifølge EMRK ikke i sig selv i strid med selvinkrimineringsforbuddet at fa en mistænkt til at tale om den kriminalitet, der efterforskes, men det må på baggrund af de enkelte optagelser sammenholdt med de ovenfor anførte momenter konkret vurderes, om tiltalte bringes til at tale om drabet i Elverparken på en måde, der ligger indenfor rammerne af retsplejelovens regler og EMRK artikel 6, stk. 1, eller om der foreligger en krænkelse af tiltaltes ret til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering, og om det i givet fald skal have den konsekvens, at aflytningerne ikke

kan indgå som bevis i sagen. Som anført ovenfor er det centrale respekten for tiltaltes vilje.

Den omstændighed, at infiltrationen og aflytningerne af tiltalte og infiltratoren Franks samtaler har fundet sted i et lukket fængsel rejser, som nævnt ovenfor, grundlæggende retssikkerhedsmæssige spørgsmål i forhold til tiltaltes krav på en retfærdig rettergang, herunder i forhold til retten til ikke at udtale sig og selvinkrimineringsforbuddet, jf. retsplejelovens § 752, stk. 1, og EMRK artikel 6, stk. 1.

Som ovenfor anført finder retten imidlertid efter en samlet og konkret vurdering, at tiltalte ikke kan anses for at have befundet sig i en særlig sårbar situation ved at være indsat i et fængsel, og at infiltrationen foregik i betryggende rammer.

På denne baggrund og efter en samlet vurdering af de i øvrigt foreliggende helt særlige, konkrete omstændigheder, herunder rettens indtryk af de afspillede samtaler i Enner Mark Fængsel og Nørre Snede Fængsel, finder retten, at den omstændighed, at samtalerne mellem tiltalte og Frank har fundet sted i et lukket fængsel, ikke i sig selv indebærer en krænkelse af retssikkerhedsmæssige hensyn i forhold til tiltalte med den konsekvens, at beviserne i form af aflytningerne allerede af den grund skal afskæres.

#### *Lydoptagelserne fra Enner Mark Fængsel*

*Den 30. oktober 2020 - den 2. november 2020*

Det kan lægges til grund, at samværet i Enner Mark Fængsel mellem tiltalte og infiltratoren Frank blev startet op den 30. oktober 2020, og at tiltalte første gang talte om drabet i Elverparken under en gårdtur den 3. november 2020 kl. 12.18.11-12.32.00.

Under den indledende kontakt mellem tiltalte og Frank i dagene fra den 30. oktober 2020 frem til gårdturen den 3. november 2020 fremgår det af optagelserne af aflytningerne, at tiltalte og Frank præsenterede sig og "talte sig ind på hinanden" og i den forbindelse talte om blandt andet baggrunden for, hvorfor de hver især var indsat i Enner Mark Fængsel. Tiltalte fortalte således, at han afsonede en dom på 8 års fængsel for drabsforsøg, ligesom han fortalte om yderligere kriminalitet, mens Frank fortalte sin dækhistorie om, at han var varetægtsfængslet for et knivoverfald på en kvinde i Grønland.

Uanset Franks relativt detaljerede beskrivelse den 2. november 2020 af knivoverfaldet på kvinden i Grønland finder retten efter en samlet vurdering, at dette forhold ikke udgør et utilbørligt provokationselement, og at tiltaltes ret til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering ikke er krænket.

Retten finder efter en samlet vurdering af indholdet af samtalerne og de øvrige omstændigheder, at disse indledende samtaler ikke har karakter af afhøringer og kan indgå som beviser i sagen.

#### *Den 3. november 2020*

For så vidt angår gårdturen den 3. november 2020 kl. 12.18.11-12.32.00 foreligger der udover personbåret aflytning tillige en videooptagelse dækkende tidsrummet kl. 12.18-12.21. Dette er det eneste tidspunkt, hvor der i retten udover lydoptagelse tillige er afspillet en optagelse med billede.

Ifølge det oplyste var dette første gang, at drabet i Elverparken omtaltes under samværet mellem tiltalte og Frank.

Det fremgår af den afspillede video- og lydoptagelse fra gårdturen den 3. november 2020, at det var tiltalte, der af egen drift – spontant og uden at Frank forinden havde ledt samtalen i den retning – talte om drabet i Elverparken og detaljeret beskrev og viste Frank med lyde og hånd- og kropsbevægelser, hvorledes han mente, at den højgravide Louise Borglit var blevet dræbt med knivstik, og at hun i den forbindelse havde faet skåret næsen af.

Det fremgår endvidere af video- og lydoptagelsen fra gårdturen den 3. november 2020, at det var tiltalte, der var styrende for samtalen, og at tiltalte fremstod som den dominerende og udfarende part.

Retten finder, at det forhold, at tiltalte under samtalen på gårdturen den 3. november 2020 kl. 12.18.11-12.20.40 af egen drift nøje beskrev og viste, hvorledes drabet efter hans opfattelse var foregået, må indgå som et moment ved vurderingen af de følgende dages samtaler mellem tiltalte og Frank, herunder ved vurderingen af, om der var tale om afhøringsituationer eller samtaler, der iagttog selvinkrimineringsforbuddet og retten til ikke at udtale sig. Det må således tillægges betydning, om Frank ved samtalerne med tiltalte stillede "naturlige" konversationspørgsmål til noget, tiltalte allerede havde fortalt om, eller om der var tale om en udspørgen fra Franks side.

Henset til indholdet af video- og lydoptagelsen, herunder tiltaltes adfærd, stemmeføring og stemningsleje sammenholdt med Franks fåmælte tilkendegivelser i forhold til tiltaltes udtalelser, finder retten, at denne samtale ikke har karakter af en afhøring og derfor kan indgå som bevis i sagen.

#### *Den 4. november 2020 - den 7. november 2020*

Generelt giver de afspillede aflytninger af tiltalte og Franks samtaler i dagene efter gårdturen den 3. november 2020 et billede af, at Frank fortsat prøvede at opbygge en kammeratlig relation og et tillidsforhold til tiltalte, ligesom han søgte at skabe en samhørighed og fællesskabsfølelse mellem ham og tiltalte. Det er indtrykket, at det i overvejende grad var tiltalte, som talte og var dominerende i samtalerne, mens Frank overvejende lyttede og kom med korte bemærkninger og tilkendegivelser, samt at der under samtalerne var en god stemning mellem tiltalte og Frank, og at samtalerne fremstod som frivillige.

Særligt for så vidt angår samtalen mellem tiltalte og Frank på gårdturen den 4. november 2020 om formiddagen fremgår det af den personbårne aflytning kl. 09.50.13-09.52.36, at Frank nævnte en film, hvor en person fik skåret næsen af, hvorefter tiltalte – efter et spring til et andet samtaleemne – begyndte at tale om drabet i Elverparken, og hvordan han tænkte, at gerningsmanden havde stukket hende. Tiltalte vendte endvidere efter ca. 10 minutters samtale om andre emner tilbage til sagen fra Elverparken.

Retten finder, at spørgsmålet om, hvorvidt samtalerne mellem tiltalte og Frank har karakter af afhøringer, må vurderes i lyset af de forudgående samtaler, og at samtalen den 4. november 2020 om formiddagen således må ses i forhold til tiltaltes udsagn under

gårdturen den 3. november 2020 omkring middagstid. Retten lægger herved vægt på, at der ikke er afspillet optagelser fra samvær mellem tiltalte og Frank i tiden mellem disse to gårdture, hvorfor det må antages, at samtalen den 4. november 2020 var en naturlig fortsættelse af snakken dagen før. Retten finder herefter, at det forhold, at tiltalte først begyndte at tale om drabet i Elverparken efter Franks henvisning til filmscenen, hvor en person fik skåret næsen af, ikke i sig selv kan føre til, at samtalen kan sidestilles med en afhøring eller i øvrigt er utilbørlig set i lyset af tiltaltes ret til ikke at udtale sig eller selvinkrimineringsforbuddet.

Retten bemærker i forlængelse heraf, at det som anført oven for ifølge EMRK artikel 6, stk. 1, ikke i sig selv er i strid med selvinkrimineringsforbuddet at få en mistænkt til at tale om den kriminalitet, der efterforskes. Det forhold, at Frank gav tiltalte anledning til at tale om drabet i Elverparken, da han ved den personbårne aflytning under gangfællesskab den 6. november 2020 kl. 13.29.27-13.34.56 nævnte en artikel om sagen fra Elverparken, som han havde læst dagen forinden, herunder at politiet ingen mistænkte havde, er således efter rettens vurdering ikke i strid med tiltaltes retsgarantier. Tiltalte talte i denne optagelse blandt andet om, at der havde været fire mistænkte i sagen, og at den ene var mistænkt i halvandet år, hvorefter han gik fri. Tiltalte talte endvidere – efter at have talt om Emilie Meng-sagen og kun afbrudt af korte bemærkninger fra Franks side – om en ældre dame, som hørte skrig og så en maskeret mand løbe fra parken, og om området omkring gerningsstedet med fodboldbaner, skole, tunnel, cykelsti og overvågningskameraer mv. Retten finder, at der her er tale om en samtale, der ikke kan sidestilles med en afhøring, ligesom lydoptagelsen ej heller af andre grunde skal afskæres som bevis i sagen.

Efter en samlet og konkret vurdering finder retten, at optagelserne fra perioden 4.-7. november 2020 ikke kan sidestilles med afhøringer, og at optagelserne kan indgå som beviser i sagen.

#### *Den 8. november 2020*

Efter det for retten oplyste blev tiltalte første gang den 8. november 2020 præsenteret for Franks anden dækhistorie om en sag fra Portugal, hvor Frank angiveligt skulle have dræbt en kvinde, hvilket var uopklaret. Det fremgår således af optagelsen af personbåret aflytning fra gangfællesskab mellem tiltalte og Frank den 8. november 2020 kl. 15.37.56-15.38.39, at Frank fortalte og antageligt tillige viste tiltalte, hvor på kroppen, han ramte kvinden. Efter tiltalte og Frank havde talt om andre emner, vendte tiltalte efter ca. 15 minutter tilbage til Franks sag fra Portugal og paralleliserede til danske forhold, herunder at man ikke skulle tænke på det, hvis man vidste, at man havde gjort sine ting ordentligt.

På baggrund af en konkret vurdering af de afspillede samtaler den 8. november 2020 finder retten, at Franks dækhistorie om at have begået et uopklaret drab i Portugal – som først fortaltes efter, at tiltalte den 3. november 2020 havde fortalt om drabet i Elverparken – ikke har lokket eller på anden utilbørlig måde har fået tiltalte til at tale om drabet i Elverparken. Samtalerne kan ikke sidestilles med afhøringer og kan derfor indgå som beviser i sagen.

#### *Den 9. november 2020 - 17. november 2020*



I denne periode bærer de afspillede lydoptagelser fra personbårne aflytninger med samtaler mellem tiltalte og Frank præg af, at tiltalte i betydeligt omfang talte om, hvordan man bedst udfører knivoverfald, om området omkring Elverparken, og om politiets efterforskning af drabet i Elverparken.

I en række af samtalerne i disse dage gav tiltalte udtryk for, at det ikke var ham, der havde begået drabet i Elverparken, men at han vidste, hvem der havde gjort det.

Det er indtrykket af tiltalte og Franks samtaler i denne periode, at det primært var tiltalte, der bragte sagen fra Elverparken på banen, mens Frank primært forholdt sig lyttende og svarede relativt kortfattet. Det forhold, at Frank ved den personbårne aflytning fra gårdturen den 10. november 2020 kl. 13.39.42-13.44.15 nævnte, at der snart kom et TV program om drabet i Elverparken, findes efter en konkret vurdering af samtalen ikke at kunne føre til, at Frank på en utilbørlig måde har faet tiltalte til at tale om Elverparken.

Herefter, og efter en samlet vurdering af samtalerne i denne periode, herunder af rammerne, initiativet og fastholdelsen af samtaleemnet, finder retten, at disse ikke kan sidestilles med afhøringer, ligesom retten ikke finder, at disse samtaler er i strid med tiltaltes ret til ikke at udtale sig eller selvinkrimineringsforbuddet. Retten finder herefter ikke grundlag for at afskære lydoptagelserne fra denne periode som beviser i sagen.

#### *Den 18. november 2020*

For så vidt angår den personbårne aflytning fra gårdturen den 18. november 2020 kl. 12.34.55-13.05.59 bemærker retten, at Frank her indtog en aktiv rolle i relation til samtalen om Elverparken og udfordrede tiltalte på dennes tilkendegivelser om, at det ikke var ham, der havde begået drabet i Elverparken, ligesom Frank spurgte tiltalte direkte, om han så havde fået kniven væk, hvortil tiltalte svarede, at han ikke havde noget med det at gøre, ligesom tiltalte sagde til Frank ”Du er rigtig nysgerrig i dag” og ”Du har ikke en aftale med politiet, har du?”.

Frank fremstod under denne gårdtur vedholdende og direkte i sine spørgsmål til tiltalte om sagen fra Elverparken.

Retten finder ud fra en samlet vurdering, at lydoptagelserne fra gårdturen den 18. november 2020 må sidestilles med afhøringer og udgør en krænkelse af retten til ikke at udtale sig i forbindelse med afhøring og af forbuddet mod selvinkriminering, jf. retsplejelovens § 752, stk. 1, og EMRK artikel 6, stk. 1. Lydoptagelsen udgør således et ulovligt tilvejebragt bevis.

#### *Den 21. november 2020*

Der er vedrørende den 21. november 2020 afspillet sammenhængende lydoptagelser i retten fra henholdsvis personbåret aflytning under en gårdtur om formiddagen (kl. 10.05.20-11.05.30) samt personbåret aflytning under gangfællesskab om eftermiddagen (kl. 13.31.10-ca. 14.14).

For så vidt angår gårdturen om formiddagen, havde Frank fra begyndelsen en konfronterende stil over for tiltalte. Frank gav udtryk for, at han ikke kunne få de ting, tiltalte havde fortalt ham, til at hænge sammen, herunder med de oplysninger, som han havde søgt frem på internettet om tiltalte, ligesom Frank gav udtryk for, at han som følge deraf

var begyndt at tvivle på, om tiltalte bandt ham en historie på ærmet. I den forbindelse spurgte Frank gentagne gange ind til de ting, som tiltalte havde fortalt ham om sit kendskab til drabet i Elverparken, ligesom Frank foreholdt tiltalte oplysninger, som tiltalte tidligere havde fremført over for Frank, og som Frank ikke nu kunne få til at passe i det samlede billede.

Retten finder ud fra en samlet vurdering, at samtalen under gårdturen den 21. november 2020 om formiddagen må sidestilles med en afhøring.

Samtalen under gangfællesskabet om eftermiddagen har ikke samme konfronterende karakter, men må ses i sammenhæng med lydoptagelsen fra formiddagens gårdtur. Retten lægger herved vægt på den tidsmæssige sammenhæng, ligesom eftermiddagens samtale emnemæssigt lægger sig tæt op ad formiddagens samtale. Denne aflytning må vurderes som én samlet samtale. Aflytningen af tiltalte og Franks samtale under gangfællesskabet om eftermiddagen må derfor ligeledes anses for at have karakter af en afhøring.

Disse samtaler, som må sidestilles med afhøringer, udgør en krænkelse af retten til ikke at udtale sig i forbindelse med afhøring og af forbuddet mod selvinkriminering, jf. retsplejelovens § 752, stk. 1, og EMRK artikel 6, stk. 1. Lydoptagelserne udgør således ulovligt tilvejebragte beviser.

*De ulovligt tilvejebragte beviser fra den 18. november 2020 og den 21. november 2020*  
Som anført ovenfor må der ved vurderingen af, om ulovligt tilvejebragte beviser alligevel kan føres, eller om disse beviser skal afskæres, lægges vægt på bevisets værdi, om beviset er det eneste eller det afgørende bevis, om forsvarets rettigheder er respekteret, kriminalitetens grovhed og karakteren af krænkelsen af EMRK.

Retten bemærker hertil, at retten til ikke at udtale sig i forbindelse med afhøring og forbuddet mod selvinkriminering udgør helt centrale elementer i relation til en mistænkt eller sigtets processuelle stilling i medfør af retsplejelovens § 750 og § 752, og dennes ret til en retfærdig rettergang, jf. EMRK artikel 6, stk. 1.

Da der er tale om helt centrale elementer og hermed alvorlige krænkelse af tiltaltes processuelle retsgarantier, finder retten, at beviserne i form af lydoptagelser fra samtalerne mellem tiltalte og Frank den 18. og 21. november 2020 ikke kan indgå som bevis i sagen, uagtet at der ikke er tvivl om lydoptagelsernes ægthed, at forsvarets rettigheder er respekteret, og at lydoptagelserne den 18. og 21. november 2020 ikke må antages at være eneste eller afgørende bevis i sagen.

Tilsvarende gør sig efter rettens opfattelse gældende for så vidt angår rumaflytningerne fra tiltaltes celle den 21. november 2020 henholdsvis kl. 11.31.32-11.32.03 og kl. 19.11.14-19.12.36, som har relation til samtalerne den 21. november 2020 mellem tiltalte og Frank, ligesom rumaflytningen fra tiltaltes celle den 22. november 2022 kl. 20.01.38-20.01.51 må anses for at have en sådan tidsmæssig tilknytning til den foregående dags samtaler mellem tiltalte og Frank, at disse også bør afskæres som beviser i sagen.

*Rumoptagelser fra tiltaltes celle i øvrigt*

Der er alene afspillet optagelser af rumaflytninger fra tiltaltes celle i Enner Mark Fængsel den 13., 21. og 22. november 2020. Som anført ovenfor er optagelserne fra tiltaltes celle den 21. og 22. november 2020 afskåret som beviser i sagen.

For så vidt angår optagelsen fra tiltaltes celle den 13. november 2020 kl. 11.11.33-11.23.38 er der tale om en samtale mellem tiltalte og Frank gennem vinduerne i cellerne. Efter rettens opfattelse har denne samtale ikke karakter af en afhøring og må side-stilles med de tidligere omtalte samtaler, som heller ikke har karakter af afhøring. Lydoptagelsen af samtalen kan derfor indgå som bevis i sagen.

#### *Bevisafskæringens betydning for de forudgående lydoptagelser*

Infiltrationen i Enner Mark Fængsel sluttede den 22. november 2020, hvor infiltratoren Frank blev trukket ud af fængslet. Lydoptagelserne af aflytningen af samtalerne mellem tiltalte og Frank den 21. november 2020 og rumaflytningerne den 21. og 22. november 2020 var således de seneste optagelser fra Enner Mark Fængsel, som anklagemyndigheden ønsker skal indgå som beviser i sagen.

Retten finder, at det forhold, at aflytningerne fra den 21. og 22. november 2020 ikke kan indgå som beviser i sagen, ikke har betydning for, at de forudgående optagelser fra Enner Mark Fængsel kan indgå som beviser i sagen, da disse ligger tidsmæssigt forud.

#### *Sammenfattende vedrørende video- og lydoptagelserne fra Enner Mark Fængsel*

Retten finder således, at lydoptagelserne af aflytningerne fra den 18., 21. og 22. november 2020 – både optagelserne fra personbåret aflytning af samtaler mellem tiltalte og Frank under gårdtur og gangfællesskab samt optagelser af rumaflytning fra tiltaltes celle – ikke kan indgå som beviser i sagen.

De øvrige afspillede lydoptagelser, som alle ligger forud for den 18. november 2020, samt den afspillede videooptagelse fra gårdturen den 3. november 2020 kan benyttes som beviser i sagen.

#### *Aflytningerne i Nørre Snede Fængsel*

Indledningsvis bemærkes, at infiltrationen af tiltalte i form af infiltratoren Franks besøg i Nørre Snede Fængsel fandt sted mere end 1 år efter, at tiltalte og Frank sidst havde set hinanden i Enner Mark Fængsel.

Der er afspillet lydoptagelser af rumaflytninger fra besøgsrummet i Nørre Snede Fængsel af Franks besøg hos tiltalte den 8. december 2021 og den 22. januar, 5. marts og 30. marts 2022 samt rumaflytninger fra tiltaltes celle i Nørre Snede Fængsel.

#### *Rumaflytninger fra besøgsrum i Nørre Snede Fængsel*

Det fremgår af lydoptagelsen af samtalen fra Franks første besøg hos tiltalte den 8. december 2021, at Frank fortalte om sin sag fra Grønland, og at Frank ledte samtalen over på deres tid sammen i Enner Mark Fængsel, samt at tiltalte af egen drift bemærkede, at Frank blev lidt sur over, at tiltalte ikke ville tale om ”det andet du snakker om”.

Det fremgår af lydoptagelsen fra Franks besøg hos tiltalte den 22. januar 2022, at Frank også ved dette besøg talte om sin sag fra Grønland, og at der under samtalen ikke var spørgsmål fra Franks side i relation til tiltalte.

Med hensyn til lydoptagelsen af Franks besøg hos tiltalte den 5. marts 2022 fremgår det, at tiltalte af egen drift bragte sagen fra Elverparken op og var dominerende i samtalen; det var tiltalte, der fortalte, mens Frank var fåmælt og lyttende og overvejende svarede ”ja”, ”fuck” og i korte vendinger gav udtryk for opbakning.

Af lydoptagelsen af Franks besøg hos tiltalte den 30. marts 2022 fremgår det, at Frank gav udtryk for, at han var lidt nervøs for at rejse til Portugal, og at tiltalte herefter selv kom ind på sagen fra Parken, og at der herefter taltes om sagen.

Henset til den lange periode, der var forløbet, siden Franks samtaler med tiltalte den 18. og 21. november 2020, der som nævnt ovenfor, måtte sidestilles med afhøringer, sammenholdt med karakteren og indholdet af samtalerne under besøget den 8. december 2021 og de følgende besøg finder retten, at det forhold, at samtalerne den 18. og 21. november 2020 må sidestilles med afhøringer, ikke har betydning for, om lydoptagelserne af samtalerne fra de fire besøg kan indgå som beviser i sagen.

På baggrund af en samlet og konkret vurdering af samtalerne finder retten, at samtalerne ikke kan sidestilles med afhøringer. Der er herved lagt vægt på forløbet af samtalerne, og at de spørgsmål, som Frank stillede under samtalerne, må findes at have karakter af ”naturlige” konversationsspørgsmål i forhold til det, som tiltalte fortalte. Under de foreliggende omstændigheder finder retten, at Frank ikke under samtalerne lokkede eller på anden utilbørlig måde søgte at få tiltalte til at tale om drabet i Elverparken, således at det krænkede tiltaltes ret til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering. Lydoptagelserne af samtalerne kan derfor indgå som beviser i sagen.

Retten finder efter en konkret vurdering, at det forhold, at tiltalte var indsat i et fængsel og havde begrænset kontakt til omverdenen under afsoningen i Nørre Snede Fængsel samt et begrænset antal besøg, under de foreliggende omstændigheder ikke kan føre til en anden vurdering, herunder i forhold til, at samværet har været frivilligt.

#### *Rumaflytning i tiltaltes celle i Nørre Snede Fængsel*

For så vidt angår lydoptagelserne af rumaflytninger fra tiltaltes celle i Nørre Snede Fængsel, der ikke udgør samtaler mellem tiltalte og Frank, og som er godkendt ved rettens kendelse af 9. oktober 2021 med efterfølgende forlængelser og er i overensstemmelse med legalitetskravet, kan disse ligeledes indgå som beviser i sagen.

#### *Sammenfattende vedrørende lydoptagelserne fra Nørre Snede Fængsel*

Sammenfattende finder retten herefter, at samtlige afspillede lydoptagelser fra Nørre Snede Fængsel kan indgå som beviser i sagen.

#### *Vidneforklaringen afgivet af polititjenestemand 488 A ”Frank”*

Retten har ovenfor bestemt, at lydoptagelserne af aflytningerne fra den 18., 21. og 22. november 2020 i Enner Mark Fængsel – både personbårne aflytninger af samtaler mellem tiltalte og Frank under gårdtur og gangfællesskab, samt rumaflytning fra tiltaltes celle – ikke kan indgå som beviser i sagen. Vidneforklaringen fra Frank vedrørende de samme lydoptagelser fra den 18., 21. og 22. november 2020 kan på samme baggrund derfor ikke anvendes som bevis i sagen.

Franks vidneforklaring i øvrigt kan indgå som bevis i sagen i overensstemmelse med rettens resultat angående de øvrige video- og lydoptagelser.

### *Sammenfatning*

På baggrund af det ovenfor anførte finder retten ud fra en samlet helhedsvurdering, at infiltrationen af tiltalte var et proportionalt efterforskningsmiddel. Retten bemærker herved, at infiltration som metode i dette tilfælde kunne accepteres, da der var tale om særdeles alvorlig kriminalitet, og andre efterforskningsmetoder var udtømte.

Da der forelå helt særlige omstændigheder, var det efter en samlet og konkret vurdering ikke i strid med grundlæggende retsprincipper, herunder EMRK artikel 6, stk. 1, at infiltrationen af tiltalte fandt sted i et fængsel, hvor han var indsat til afsoning af en dom.

Retten til ikke at inkriminere sig selv vedrører først og fremmest respekten for tiltaltes ønske om ikke at ville udtale sig. Det centrale er således respekten for den anklagedes vilje.

På baggrund af en samlet og konkret vurdering af de lydoptagede samtaler mellem tiltalte og infiltratoren Frank finder retten, at video- og lydoptagelserne af samtalerne – bortset fra lydoptagelserne den 18. og 21. november 2020 – ikke har karakter af eller må sidestilles med afhøringer, og at der under de foreliggende konkrete omstændigheder ikke er sket en tilsidesættelse af grundlæggende retssikkerhedsmæssige garantier i forhold til tiltalte, så som retten til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering. Det er derfor ikke i strid med retsplejelovens regler og Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 1, om retten til retfærdig rettergang, at disse beviser indgår i sagen.

Samtalerne mellem tiltalte og infiltratoren Frank i lydoptagelserne den 18. og 21. november 2020 har karakter af afhøringer og er ulovligt tilvejebragte beviser. Der foreligger en krænkelse af retten til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering, som udgør helt centrale elementer i relation til en mistænkt eller sigtets retsstilling. Da der er tale om en grovere konventionskrænkelse kan lydoptagelserne den 18. og 21. november 2020 – samt lydoptagelserne den 22. november 2020, som har sammenhæng hermed – ikke indgå som beviser i sagen.

Legalitetsprincippet i EMRK artikel 8, stk. 2, findes at være krænket i forhold til lydoptagelserne foretaget med personbåret aflytningsudstyr, men på baggrund af en konkret afvejning, hvor der navnlig er lagt vægt på, at forsvarets rettigheder er respekteret, at der ikke kan antages at være tale om eneste eller afgørende bevis og karakteren af konventionskrænkelsen, er dette ikke til hinder for, at disse lydoptagelser kan indgå som beviser i sagen.

### *Thi bestemmes:*

De afspillede video- og lydoptagelser af samtalerne mellem tiltalte og infiltratoren Frank i Enner Mark Fængsel, der ligger forud for den 18. november 2020, samt de afspillede rumaflytninger fra tiltaltes celle i Enner Mark Fængsel for så vidt angår optagelser, der ligger forud for den 18. november 2020, kan indgå som beviser i sagen.

De afspillede lydoptagelser af samtalerne mellem tiltalte og infiltratoren Frank fra besøgsrum i Nørre Snede Fængsel samt de afspillede rumaflytninger fra tiltaltes celle i Nørre Snede Fængsel kan indgå som beviser i sagen.

De afspillede lydoptagelser af samtalerne mellem tiltalte og infiltratoren Frank i Enner Mark Fængsel fra den 18. og 21. november 2020 samt rumaflytningerne fra tiltaltes celle i Enner Mark Fængsel fra den 21. og 22. november 2020 kan ikke indgå som beviser i sagen.

Vidneforklaringen afgivet af polititjenestemand 488 A, infiltratoren Frank, kan – bortset fra vidnets forklaring vedrørende lydoptagelserne den 18., 21. og 22. november 2020 – indgå som bevis i sagen.”

Kendelsen blev af såvel T som anklagemyndigheden kæret til Østre Landsret, som den 25. september 2023 afsagde sålydende kendelse:

”...

*Sagens forløb*

Tiltalte er ved anklageskrift af 8. november 2022 tiltalt for manddrab efter straffelovens § 237 ved den 4. november 2016 ca. kl. 19.07 i Elverparken i Herlev med knivstik at have dræbt den gravide Louise Borglit.

Den 2. maj 2023 bestemte Retten i Glostrup ved hovedforhandlingens begyndelse, at anklageren i forbindelse med forelæggelsen og hovedforhandlingen i øvrigt kunne afspille de i sagen foreliggende optagelser af tiltalte og infiltrators kontakt i fængslerne.

I afgørelsen anførtes, at retten ikke uden kendskab til indholdet af optagelserne/de transskriberede samtaler kunne tage stilling til, om samtalerne var at sidestille med en afhøring af en mistænkt eller en sigtet, og at vurderingen af, om tiltaltes rettigheder som mistænkt for en forbrydelse var blevet tilsidesat, krævede en samlet vurdering af beviset og dets tilblivelse, som retten ikke på forhånd kunne forholde sig til. Det blev i kendelsen videre anført, at der efter det foreliggende ikke var grundlag for på forhånd at afskære anklageren fra at føre beviset, og at der ikke ved afgørelsen var taget stilling til bevisværdien af de pågældende lydoptagelser.

Tiltalte kærede denne afgørelse til landsretten, der admitterede kæremålet, jf. retsplejelovens § 968, stk. 4. Den 14. juni 2023 stadfæstede landsretten kendelsen, idet landsretten herved forudsatte, at byretten i forbindelse med den fortsatte hovedforhandling ville tage endeligt stilling til, om optagelserne kunne indgå som bevis i sagen.

Under den fortsatte hovedforhandling i byretten, hvorunder de omhandlede video- og lydoptagelser blev afspillet, og der blev afgivet forklaring af tiltalte og infiltratoren Frank i forbindelse hermed, afsagde byretten herefter den 30. juni 2023 den påkærede kendelse.

...

Det fremgår af sagen, at bevisførelsen for byretten er afsluttet, og at sagen er berammet til fortsat hovedforhandling den 27. september 2023 og den 10. oktober 2023 til procedure og afsigelse af skyldkendelse og eventuel dom.

Det er dog under den mundtlige forhandling for landsretten oplyst, at anklagemyndigheden har anmodet byretten om at genoptage bevisførelsen, idet der ønskes ført yderligere et vidne.

#### *Supplerende sagsfremstilling*

De lyd- og videooptagelser, der har været afspillet i byretten, har ligeledes været afspillet for landsretten.

Der er til brug for landsrettens afgørelse endvidere sket dokumentation af andre beviser, der har været ført for byretten, herunder er der sket dokumentation af flere vidneforklaringer.

Der er for landsretten yderligere fremlagt kladde vedrørende "juridisk ramme" for infiltrationen. Det er oplyst, at kladden er udarbejdet af Københavns Vestegns Politi den 19. oktober 2020. Det fremgår heraf:

"Juridisk ramme:

1) Det er frivilligt for mistænkte at være sammen med UC

2) Hvis mistænkte, tilkendegiver, at han ikke vil tale om emnet, skal det respekteres i situationen, men er ikke til hinder for, at emnet tages op igen på et senere tidspunkt."

...

#### *Landsrettens resultat og begrundelsen herfor*

##### *1. Kæresagens genstand*

Kæremålet omfatter efter tiltaltes endelige påstand spørgsmålet om, hvorvidt følgende bevismidler kan indgå som bevis i sagen:

- lydoptagelser foretaget af infiltratoren med personbåret skjult aflytningsudstyr (i det følgende "personbårne lydoptagelser") i perioden fra den 30. oktober 2020 til den 21. november 2020, herunder i forbindelse med videooptagelse foretaget den 3. november 2020,
- rumaflytninger fra tiltaltes celle i Enner Mark Fængsel, foretaget den 13., 21. og 22. november 2020,
- rumaflytninger fra besøgsrum i Nørre Snede Fængsel, foretaget den 8. december 2021, 22. januar 2022, 5. marts 2022 og 30. marts 2022, samt
- vidneforklaringen afgivet af infiltratoren Frank (polititjenestemand 488 A).

Kæremålet omfatter derimod ikke rumaflytningerne fra tiltaltes celle i Nørre Snede Fængsel, foretaget i perioden fra den 8. november 2021 til den 17. februar 2022.

Det afgørende spørgsmål i kæresagen er, om det er foreneligt med retsplejelovens regler og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) artikel 6, stk. 1, og artikel 8, stk. 2, at tillade de nævnte beviser ført under hovedforhandlingen.

##### *2. Indledende bemærkninger*

Landsretten tiltræder byrettens fremstilling af sagens faktiske omstændigheder, idet det bemærkes, at det efter det for landsretten fremkomne må lægges til grund, at der forelå

en skriftlig ramme for infiltrationen i form af en kladde udarbejdet den 19. oktober 2020.

Landsretten tiltræder endvidere byrettens gengivelse af sagens retlige ramme og de generelle vurderinger vedrørende den retlige ramme, som byretten har foretaget i relation til den foreliggende sag.

Herunder tiltrædes det af de grunde, som byretten har anført, at der som udgangspunkt ikke er grundlag for at tilsidesætte politiets beslutning om at bruge efterforskningsmidlet infiltration, jf. nærmere nedenfor under pkt. 3 vedrørende legalitetskravet efter EMRK artikel 8, stk. 2. Det tiltrædes endvidere, at brugen af dette efterforskningsmiddel ikke i sig selv indebærer en tilsidesættelse af EMRK artikel 6, stk. 1. Rammen for infiltrationen foreligger for landsretten i skriftlig form, og det tiltrædes på denne baggrund og i øvrigt af de grunde, som byretten har anført, at det er lagt til grund, at infiltratoren Frank har handlet i overensstemmelse med rammen, og at der har været kontrol hermed. Landsretten er yderligere enig med byretten i, at tiltalte, der ikke var sigtet, men tidligere havde været afhørt med en sigtets rettigheder, som mistænkt var genstand for en strafferetlig efterforskning og dermed beskyttet af retten til ikke at udtale sig efter retsplejelovens regler og af selvinkrimineringsforbuddet i EMRK artikel 6, stk. 1. Det tiltrædes endvidere, at det herefter beror på en konkret helhedsvurdering, om det er foreneligt med disse regler at tillade de nævnte beviser ført under hovedforhandlingen, jf. herom nærmere nedenfor under pkt. 4.

I relation til legalitetskravet efter EMRK artikel 8, stk. 2, bemærkes det, at Retten i Glostrup ved tidligere kendelser har givet tilladelse til rumaflytning af tiltaltes celle i Enner Mark Fængsel og af besøgsrummet i Nørre Snede Fængsel. Der er således ikke spørgsmål om tilsidesættelse af legalitetskravet efter EMRK artikel 8, stk. 2, i forhold til disse bevismidler. Spørgsmålet om legalitetskravet i forhold til de personbårne lydoptagelser behandles nedenfor under pkt. 3.

### *3. Legalitetskravet efter EMRK artikel 8, stk. 2, i relation til de personbårne lydoptagelser*

Landsretten finder, at aflytninger foretaget af en polititjenestemand med personbåret skjult aflytningsudstyr i et lukket fængsel som led i en efterforskning udgør et indgreb i udøvelsen af den aflyttedes privatliv efter EMRK artikel 8, stk. 1. Et sådant indgreb skal for at være i overensstemmelse med konventionen som udgangspunkt, jf. nedenfor, kunne legitimeres i overensstemmelse med bestemmelsen i artikel 8, stk. 2, herunder være hjemlet i national lov.

Som anført af byretten er der ikke regler i retsplejeloven eller i øvrigt, der regulerer aflytninger foretaget af en polititjenestemand med skjult personbåret aflytningsudstyr, og landsretten tiltræder, at det er lagt til grund, at disse aflytninger er iværksat på baggrund af en vurdering foretaget af politiet og anklagemyndigheden om, at dette i den konkrete sag var et nødvendigt efterforskningsmiddel.

Landsretten finder af de grunde, der er anført af byretten, at hjemmelskravet i artikel 8, stk. 2, herefter ikke kan anses for opfyldt. Det forhold, at det må lægges til grund, at der har foreligget en skriftlig instruks til den konkrete infiltration, kan ikke føre til en anden vurdering heraf.



Af de grunde, der er anført af byretten, og endvidere under hensyn til grovheden af den begåede kriminalitet, tiltræder landsretten imidlertid, at det forhold, at legalitetskravet ikke er opfyldt, ikke i sig selv er til hinder for, at de personbårne lydoptagelser kan indgå som bevis i sagen.

#### *4. Vurderingen af de enkelte beviser i relation til retsplejelovens regler og EMRK artikel 6, stk. 1*

Landsretten tiltræder byrettens indledende bemærkninger vedrørende vurderingen i forhold til EMRK artikel 6, stk. 1, herunder om tiltaltes situation i fængslet, styrkeforholdet mellem tiltalte og infiltratoren Frank, frivilligheden af samværet mellem dem både i Enner Mark Fængsel og i Nørre Snede Fængsel, hvor tiltalte modtog besøg af infiltratoren, og betydningen af infiltratorens dækhistorie. Det tiltrædes endvidere, at det herefter er afgørende, om samtalerne mellem tiltalte og infiltratoren må sidestilles med afhøringer af tiltalte og dermed indebærer en krænkelse af retten til ikke at udtale sig og af forbuddet mod selvinkriminering.

For så vidt angår de personbårne lydoptagelser af samtalerne mellem tiltalte og infiltratoren Frank i Enner Mark Fængsel i perioden fra den 30. oktober 2020 til den 16. november 2020 er landsretten enig i byrettens vurdering af og begrundelsen for, at disse samtaler ikke havde karakter af afhøringer. Det samme gælder den rumaflyttede samtale fra tiltaltes celle den 13. november 2021 samt de rumaflyttede samtaler mellem tiltalte og infiltratoren i besøgsrummet i Nørre Snede Fængsel i perioden fra den 8. december 2021 til den 30. marts 2022.

Landsretten tiltræder således af de grunde, som byretten har anført, at disse optagelser kan indgå i sagen.

Der er herefter alene spørgsmål om anvendelsen af de personbårne lydoptagelser af samtalerne den 18. og 21. november 2021 og rumaflytningerne fra tiltaltes celle den 21. og 22. november 2020, hvilke optagelser byretten har afskåret som bevis.

I relation til *samtalerne den 18. og 21. november 2020* bemærker landsretten, at der er tale om et forløb, der havde strakt sig over en periode fra den 30. oktober 2020, hvor tiltalte og infiltratoren Frank havde haft adskillige samtaler, og hvor tiltalte gang på gang selv havde bragt drabet i Elverparken op, mens infiltratoren havde en meget tilbageholdende rolle. Landsretten finder, at det forhold, at infiltratoren under samtalerne den 18. og 21. november 2020 generelt betvivlede rigtigheden af tiltaltes oplysninger, ikke i sig selv indebærer, at samtalerne må anses for at svare til afhøringer.

Landsretten finder imidlertid, at der er enkelte elementer i samtalerne den 18. november 2020 og den 21. november 2020 om formiddagen, hvor infiltratorens ageren isoleret set antager karakter af en afhøring. Det gælder infiltratorens spørgsmål den 18. november 2020 om, hvorvidt tiltalte havde fået kniven væk, og hans udtalelser om, at tiltalte var "smart" og var "sluppet afsted med det". Hvad angår samtalen den 21. november 2020 om formiddagen, drejer det sig om infiltratorens vedholdende og gentagne udtalelser om, at tiltaltes oplysninger om blandt andet drabet i Elverparken ikke kunne passe, og hans forehold vedrørende oplysninger, som tiltalte tidligere havde givet.

På disse enkeltstående punkter finder landsretten, at tiltaltes udtalelser er fremkommet i strid med retten til ikke at udtale sig og forbuddet mod selvinkriminering, og at optagelserne af disse udtalelser derfor som udgangspunkt ikke kan indgå i bevisførelsen.

Som anført af byretten kan sådanne beviser dog i visse tilfælde alligevel tillades ført, og ved vurderingen heraf skal der efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis lægges vægt på, om forsvarets rettigheder er respekteret, på bevisets værdi og på bevisets betydning for afgørelsen. Der skal endvidere foretages en afvejning mellem det offentliges interesse i efterforskning og strafforfølgning af forbrydelser og anklagedes interesse i, at beviser tilvejebringes på en lovlige måde. Der skal endelig tages hensyn til karakteren af konventionskrænkelsen.

Landsretten finder efter en samlet vurdering af ovennævnte hensyn, at retsplejelovens regler og EMRK artikel 6, stk. 1, ikke er til hinder for brugen af de omhandlede lydoptagelser som bevis.

Landsretten har herved lagt vægt på, at der ikke er tvivl om lydoptagelsernes ægthed, at forsvarets rettigheder er respekteret, og at de omhandlede dele af lydoptagelserne den 18. og 21. november 2020 ikke kan antages at være eneste eller afgørende bevis i sagen.

Landsretten har endvidere lagt vægt på sagens særdeles alvorlige karakter og hensynet til efterforskningen af en forbrydelse som den foreliggende. Over for disse væsentlige hensyn finder landsretten, at konventionskrænkelsen – uanset der er tale om tilsidesættelse af en grundlæggende rettighed – ikke kan anses for at være af en sådan karakter, at de omhandlede dele af lydoptagelserne bør afskæres som bevis i sagen. Landsretten har i den forbindelse lagt vægt på, at overtrædelserne er sket på enkelte punkter ud af et samtaleforløb af længere varighed, hvor tiltalte adskillige gange selv har bragt drabet i Elverparken op, og at tiltalte under de omhandlede samtaler benægter at have haft med drabet at gøre.

For så vidt angår *rumaflytningerne fra tiltaltes celle i Enner Mark Fængsel den 21. og 22. november 2020* har byretten begrundet afgørelsen om at afskære disse aflytninger som bevis med den nære tidsmæssige sammenhæng med samtalerne den 21. november 2020.

Landsretten finder, at det forhold, at udtalelserne er fremsat af tiltalte i enrum, indebærer, at der ikke er grundlag for at afskære lydoptagelserne med den nævnte begrundelse. På denne baggrund, og da landsretten som anført ovenfor i øvrigt har tilladt, at lydoptagelserne af samtalerne den 18. og 21. november 2020 indgår som bevis i sagen, er der ikke grundlag for at afskære disse rumaflytninger som en del af bevisførelsen.

##### *5. Infiltratoren Franks vidneforklaring*

Det følger af det ovenfor anførte vedrørende de personbårne lydoptagelser den 18. og 21. november 2020, at infiltratoren Franks vidneforklaring herom kan indgå i sagen som bevis.

Det samme gælder infiltratorens forklaring om aflytningen fra tiltaltes celle den 21. november 2020, kl. 11.31.32-11.32.00.

Landsretten bemærker i relation til byrettens kendelse, at infiltratoren ikke ses at have afgivet forklaring vedrørende aflytningerne fra tiltaltes celle den 21. november 2020, kl. 19.11.14-19.12.36, og den 22. november 2020, kl. 20.01.38-20.01.51.

#### *6. Konklusion*

På den anførte baggrund, og da det, som tiltalte har fremført, herunder vedrørende retsplejelovens § 774, ikke kan føre til et andet resultat, tager landsretten herefter anklagemyndighedens påstand til følge, således at samtlige afspillede video- og lydoptagelser og infiltratoren Franks vidneforklaring i sin helhed kan indgå som bevis i sagen.

Thi bestemmes:

Byrettens kendelse ændres således, at de for byretten afspillede video- og lydoptagelser og infiltratoren Franks vidneforklaring i sin helhed kan indgå som bevis i sagen.”

For Højesteret har der været afspillet lydoptagelser fra perioden 30. oktober 2020 til 22. november 2020 og fra perioden 8. december 2021 til 30. marts 2022. Desuden har der været afspillet videooptagelse fra den 3. november 2020.

Som nævnt blev hovedforhandlingen ved Retten i Glostrup påbegyndt den 2. maj 2023. Retten i Glostrup har besluttet at udsætte den resterende del af hovedforhandlingen på landsrettens og Højesterets behandling af kæremålet. Sagen er nu berammet til fortsat hovedforhandling den 28. og 30. maj samt 10. juni 2024.

### **Retsgrundlag**

#### *Afhøringer*

Retsplejeloven indeholder i §§ 750-752 bestemmelser om afhøringer. Det hedder i disse bestemmelser bl.a.:

#### ”§ 750

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. Enhver er dog pligtig på forlangende at opgive navn, adresse og fødselsdato til politiet. Undladelse heraf straffes med bøde.

#### § 751

Det væsentlige indhold af de afgivne forklaringer tilføres rapporterne, og særlig vigtige dele af forklaringerne gengives så vidt muligt med den afhørtes egne ord.

Stk. 2. Der skal gives den afhørte mulighed for at gøre sig bekendt med gengivelsen af forklaringen. Den afhørtes eventuelle rettelser og tilføjelser medtages. Den afhørte gøres bekendt med, at han ikke har pligt til at underskrive rapporten.

Stk. 3. Fonetisk optagelse af forklaringer må kun finde sted, når den afhørte er gjort bekendt hermed.

#### § 752

Inden politiet afhører en sigtet, skal han udtrykkeligt gøres bekendt med sigtelsen og med, at han ikke er forpligtet til at udtale sig. Det skal af rapporten fremgå, at disse regler er iagttaget.

...

Stk. 3. Spørgsmål til en sigtet må ikke stilles således, at noget, der er benægtet eller ikke erkendt, forudsættes tilstået. Løfter, urigtige foregivender eller trusler må ikke anvendes.

Stk. 4. Afhøringen må ikke forlænges alene for at opnå en tilståelse. Ved afhøringer, der ikke er ganske kortvarige, anføres i rapporten tidspunkterne for afhøringens begyndelse og afslutning.”

Af betænkning nr. 622/1971 om efterforskning i straffesager m.v. fremgår bl.a.:

#### *”A. Gældende regler.*

...

Retsplejelovens regler om efterforskning er sparsomme, idet man under forarbejderne til retsplejeloven fandt, at der ikke var grund til at give nærmere regler i retsplejeloven om politiets efterforskning bortset fra de mere indgribende efterforskningsskridt som anholdelse, ransagning m.v.

...

#### *C. Udvalgets overvejelser angående efterforskning.*

...

2. Spørgsmålet om politiets afhøringer har været drøftet på nordisk kriminalistmøde i Helsingfors i 1962 på grundlag af et indlæg af professor Johs. Andenæs, trykt i Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1962, side 119 ff.

I udkastets kap. 68 har udvalget opstillet regler om politiets afhøringer, der svarer til de bestemmelser, der hidtil udtrykkeligt kun har været gældende for afhøringer i retten, men som i det væsentlige også har været efterlevet for så vidt angår politiets afhøringer.

Udvalget har overvejet, om der burde indføres yderligere bestemmelser til sikring af, at afhøringer hos politiet finder sted under iagttagelse af lovens forskrifter. I visse fremmede retsforfatninger har man således regler om, at afhøringerne skal overværes af et vidne.

Det er udvalgets opfattelse, at man ved at fastsætte for detaljerede regler om politiets efterforskning risikerer at låse udviklingen fast, og at der ikke ved sådanne regler vindes

nogen reel garanti. Det er i det hele et spørgsmål, om der gennem opstillingen af nye regler om fremgangsmåden ved politimæssige afhøringer kan ventes opnået nogen større retssikkerhed. Sikkerheden for, at politiet udøver sine beføjelser med rimelig hensyn tagen til borgernes retssikkerhed beror efter udvalgets opfattelse i mindre grad på de formelle regler, der opstilles for politiets afhøringer og andre undersøgelser, end på den standard i faglig og etisk henseende, som indpræges politiet under undervisning på politiskolen, under uddannelsen i praksis og af traditionen for politimæssigt efterforskningsarbejde her i landet, og på det forhold, at undersøgelsesarbejdet ledes af juridisk uddannede foresatte.

Kun på et enkelt punkt har man fundet anledning til i loven at fastsætte en forskrift, der ikke svarer til, hvad der i alt væsentligt i forvejen følges i praksis. Det er i reglen i § 752, stk. 4, 2. pkt., om, at det ved ikke ganske kortfattede afhøringer skal fremgå af rapporten, hvornår afhøringen er påbegyndt, og hvornår den er ophørt. Der vil herigennem være mulighed for at kontrollere, at forbuddet i samme bestemmelses 1. pkt. imod, at en afhøring trækkes i langdrag med det formål at fremkalde en tilståelse, efterleves.”

### *Indgreb i meddelelseshemmeligheden*

Af betænkning nr. 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter fremgår bl.a.:

*”Kapitel 1. Generelle bemærkninger om straffeprocessuelle tvangsindgreb m.v.  
1.1. Begrebet »straffeprocessuelle tvangsindgreb«.*

...

En nærmere analyse af begrebet »straffeprocessuelle tvangsindgreb« er foretaget af Hans Gammeltoft-Hansen i U.1979 B.1 ff og i afhandlingen »Straffeprocessuelle tvangsindgreb«, 1981. Begrebet er i sidstnævnte værk s. 44 defineret således:

»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«.

Udvalget kan i det væsentlige tilslutte sig denne definition, der dog ikke skal gøres til genstand for en nærmere gennemgang her. I definitionen ligger bl.a., at den straffenorm, som tvangsindgrebet indeholder en overtrædelse af, skal vedrøre visse personlige rettigheder eller friheder for den, mod hvem indgrebet er rettet. Hvis politiet som led i behandlingen af en straffesag foretager handlinger, hvorved det overtræder straffenormer, der tilgodeser mere almene hensyn, vil der ikke foreligge straffeprocessuelle tvangsindgreb efter definitionen. Det vil således ikke være et tvangsindgreb, hvis politiet under jagt på en forbryder overskrider regler om hastighedsgrænser for motorkørende.

...

For så vidt angår straffeprocessuelle tvangsindgreb er der behov for i loven at give regler, der dels gør indgrebene lovlige – idet de uden sådan hjemmel i princippet udgør strafbare lovovertrædelser – og dels nærmere regulerer de betingelser, hvorunder indgrebene må finde sted, og den måde, hvorpå de må foretages.

For så vidt angår de efterforskningskridt, der ikke er tvangsindgreb – f.eks. politiafhøring af sigtede eller vidner, der jo ikke har pligt til at svare, eller besigtigelse af offentligt tilgængelige gerningssteder – er der ikke behov for i loven at hjemle disse retsskridt. Politiet må antages at være beføjet til at anvende dem også uden udtrykkelig hjemmel. Der kan imidlertid også for nogle af disse efterforskningsmidlers vedkommende være behov for i retsplejeloven at give nærmere regler, hvorved midlernes anvendelse reguleres. I kapitel 68 er der således givet regler om politiets afhøringer.

Kort og lidt slagordspræget kan om forskellen mellem hjemmelskravet ved straffeprocessuelle tvangsindgreb og ved andre efterforskningsmidler siges, at anvendelsen af straffeprocessuelle tvangsindgreb er forbudt, medmindre den udtrykkeligt er tilladt, medens anvendelsen af andre efterforskningsmidler er tilladt, medmindre den udtrykkeligt er forbudt.

...

### *1.3. Kravet om lovhjemmel.*

...

Det er her i landet stort set blevet betragtet som en selvfølge, at – i hvert fald de mest indgribende – straffeprocessuelle tvangsindgreb udtrykkeligt bør hjemles i loven, der tillige bør angive retningslinierne for, hvornår og på hvilke måder, indgrebene kan anvendes. ...

Det har i debatten om straffeprocessuelle tvangsindgreb været gjort gældende (Gammeltoft-Hansen, Straffeprocessuelle tvangsindgreb, 1981, s. 23 ff.), at der til anvendelse af alle straffeprocessuelle tvangsindgreb bør kræves klar lovhjemmel, således at hjemmel i f.eks. sædvane bør afvises. Heroverfor kunne det indvendes, at det vil være vanskeligt at udforme retsplejelovens bestemmelser på en sådan måde, at de til enhver tid udtømmende gør op med anvendelsen af alle straffeprocessuelle tvangsindgreb.

Selvom beskrivelsen af tvangsindgrebene med udgangspunkt i de berørte beskyttelsesinteresser er et forsøg i denne retning, skal spørgsmålet om kravet til lovhjemmelen dog ikke forfølges her, idet der i udvalget er enighed om, at i hvert fald indgreb i meddelelshemmeligheden bør kræve klar lovhjemmel. ...

## *Kapitel 2. Indgreb i meddelelshemmeligheden.*

...

### *2.2. Gældende regler, teori og retspraksis.*

...

#### *2.2.3. Anden aflytning.*

Ved lov nr. 89 af 29. marts 1972 blev der i retsplejeloven indsat en særlig bestemmelse om anden aflytning (rumaflytning), eller som det karakteriseres i § 789 »politiets adgang til ved hjælp af et apparat hemmeligt at aflytte eller optage sådanne udtalelser, samtaler og forhandlinger, som nævnes i borgerlig straffelovs § 263, nr. 3«.

På sådanne aflytninger finder § 787, stk. 1 og 5, om telefonaflytning tilsvarende anvendelse, det vil sige først og fremmest kriminalitetskravet i § 787, stk. 1, nr. 1, indikationskravet i § 787, stk. 1, nr. 2 og destruktionsreglen i stk. 5. Derimod gælder der ved anden aflytning ikke nogen »periculum in mora«-regel. Kompetencen tilkommer altid retten. Der skal heller ikke ske efterfølgende underretning til indehaveren af den lokalitet, der har været aflyttet. Det antages dog, at retten kan træffe bestemmelse om efter-

følgende underretning som et vilkår for at give tilladelsen, jfr. Folketingstidende 1971-1972, tillæg A, spalte 562 og Gomard, Studier i Den danske Strafferetspleje, side 263.

Omfattet af § 789 er de former for aflytning, der ikke kan karakteriseres som telefonaflytning, og som, hvis de blev foretaget af andre end politiet, ville udgøre en overtrædelse af straffelovens § 263, nr. 3. Der kræves således ikke retskendelse til aflytning uden anvendelse af apparat, f.eks. af samtaler, der på offentligt sted kan høres af de omkringstående.

...

## *2.6. Udvalgets overvejelser.*

...

### *2.6.2. Nærmere beskrivelse af de enkelte indgreb.*

...

#### *2.6.2.2. Anden aflytning.*

Ved anden aflytning i retsplejelovens og lovudkastets forstand forstår man, at politiet hemmeligt ved hjælp af et apparat aflytter samtaler, der ikke er telefonsamtaler i den oven for beskrevne forstand eller radiokommunikation, eller aflytter udtalelser, der ikke er led i samtaler, og som eventuelt fremsættes i enrum. Indgrebet kaldes undertiden rumaflytning. Lovudkastets begreb »anden aflytning« er – selvom formuleringen ikke ganske følger straffelovens regel – søgt udformet som et spejlbillede af straffelovens § 263, nr. 3.

...

Også anden aflytning forudsættes – ligesom telefonaflytning – foretaget hemmeligt i forhold til samtaleparten. Hvis politiet efter aftale med en mødedeltager lader denne foretage optagelse af, hvad der sker på mødet, er man uden for området for straffelovens § 263, nr. 3, og foranstaltningen vil ikke være et indgreb i meddelelshemmeligheden og ikke kræve opfyldelse af reglerne herfor. Den gældende regel i retsplejelovens § 751, stk. 3, der forbyder optagelse af forklaringer til politirapport uden den afhørtes viden, må i denne forbindelse betragtes som en specialregel.”

### *Politiets anvendelse af agenter som led i efterforskningen af lovovertrædelser*

Det følger af retsplejelovens § 754 a, at politiet som udgangspunkt ikke som led i efterforskningen af en lovovertrædelse må foranledige, at der tilbydes bistand til eller træffes foranstaltninger med henblik på at tilskynde nogen til at udføre eller fortsætte lovovertrædelsen, medmindre betingelserne i bestemmelsens nr. 1-3 er opfyldt.

Af betænkning nr. 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelshemmeligheden og anvendelse af agenter fremgår bl.a.:

*”Kapitel 3. Politiets anvendelse af agenter som led i efterforskningen af lovovertrædelser.*

...

## *3.5. Udvalgets overvejelser.*

...

### 3.5.3. Grænsen mellem tilladelig agentvirksomhed og almindelige efterforskningskridt (den nedre grænse).

Den nedre grænse drager skellet imellem de almindelige former for efterforskning, for hvilke der som hovedregel ikke gælder særlige reguleringer i retsplejeloven, og den mere aktive efterforskning (agentvirksomhed), hvor politiet ved hjælp af agent øver indflydelse på lovovertrædelsens fremtrædelsesform, og som eventuelt bør undergives en særlig regulering. Fastsættelsen af den nedre grænse er således afgørende for, i hvilke tilfælde politiet skal iagttage særlige betingelser og regler, som måtte blive opstillet for agentvirksomhed.

...

Et flertal af udvalgets medlemmer (Alle undtagen Gammeltoft-Hansen) lægger ved fastlæggelsen af den nedre grænse vægt på, at begrebet agentvirksomhed kommer til at omfatte de former for aktiv efterforskning, hvor der kan opstå særlige risici og betænkeligheder. De nævnte risici og betænkeligheder er navnlig knyttet til, at politiets indflydelse på lovovertrædelsen sker ved, at nogen efter aftale med politiet tager del i lovovertrædelsen, således at politiet kan siges at foretage noget, der i objektiv henseende svarer til medvirkenshandlinger, jfr. straffelovens § 23.

...

Uden for begrebet agentvirksomhed, som det er afgrænset ved den beskrevne udformning af den nedre grænse, falder derimod de former for politimæssig efterforskning, der nok er aktiv og udadrettet, men som dog ikke kan karakteriseres som at »tilbyde (s) bistand« eller »træffe(s) foranstaltninger med henblik på at tilskynde nogen til at ...«. Uden for reguleringen vil derfor falde skygning af bestemte personer, overvågning af bestemte adresser og andre former for *observation af mistænkte* eller holden øje med kriminelle miljøer.

Agentbegrebet finder heller ikke anvendelse på personer, der alene optræder som meddelere for politiet. Kun i det omfang en sådan meddeler efter aftale med politiet tager del i den lovovertrædelse, som efterforskningen angår, på de måder, der omtales i lovudkastet, vil den pågældende virksomhed kunne karakteriseres som agentvirksomhed.

Uden for begrebet 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. Dette gælder også, selv om den pågældende deltager i kriminalitet for at gøre sig troværdig i miljøet. Hvis den pågældende imidlertid på de i lovudkastet angivne måder griber direkte ind i selve den lovovertrædelse, som efterforskningen angår, kan der dog være tale om en foranstaltning, der ligger over den nedre grænse og derfor er omfattet af reguleringen. Derimod er tilfælde af *infiltration*, hvor den pågældende kun tager del i sådan mindre kriminalitet, som efterforskningen ikke er rettet imod, ikke omfattet af reguleringen.”

Bestemmelsen i retsplejelovens § 754 a blev indsat ved lov nr. 319 af 4. juni 1986 om ændring af retsplejeloven (Politiets anvendelse af agenter som led i efterforskningen af lovovertrædelser). Bestemmelsen blev senest ændret ved lov nr. 967 af 26. juni 2020 om ændring af retsplejeloven (Styrkelse af politiets muligheder for efterforskning af kriminalitet på internet-



tet). Af forarbejderne til denne lov fremgår bl.a. (Folketingstidende 2019-20, tillæg A, lovforslag nr. L 104, s. 3-4):

*”2. Lovforslagets hovedpunkter*

*2.1 Udvidelse af politiets adgang til at anvende agenter i forbindelse med politiets efterforskning af kriminalitet på internettet*

*2.1.1. Gældende ret*

...

Uden for reglerne om agentvirksomhed falder endvidere de tilfælde af infiltration, hvor en person efter aftale med politiet søger kontakt i et kriminelt miljø for at kunne give politiet oplysninger. ...

Endelig vil det falde uden for agentreglerne, når politiet foretager efterforskningsmæssige handlinger af en lovovertrædelse, der er fuldbyrdet på tidspunktet for politiets efterforskning. Baggrunden herfor er, at politiet i sådanne situationer ikke kan siges at foranledige, at der tilbydes bistand til eller træffes foranstaltninger med henblik på at tilskynde nogen til at udføre eller fortsætte en given lovovertrædelse.”

*Praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol*

Af Menneskerettighedsdomstolens dom af 12. maj 2000 i sag 35394/97 (Khan mod Storbritannien) fremgår det bl.a.:

*“THE FACTS*

*I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE*

9. On 17 September 1992 the applicant arrived at Manchester Airport on a flight from Pakistan. On the same flight was his cousin, N. Both men were stopped and searched by customs officials. N. was found to be in possession of heroin with a street value of almost 100,000 pounds sterling. He was interviewed and then arrested and charged. No drugs were found on the applicant. He too was interviewed, but made no admissions. He was released without charge. On 26 January 1993 the applicant visited a friend, B., in Sheffield. B. was under investigation for dealing in heroin. On 12 January 1993 the installation of a listening device on B.'s premises had been authorised by the Chief Constable of South Yorkshire on the grounds that the conventional methods of surveillance were unlikely to provide proof that he was dealing in drugs. It was not expected or foreseen that the applicant would visit the premises. Neither B. nor the applicant was aware of the aural surveillance equipment which had been installed by the police.

10. By means of that device the police obtained a tape recording of a conversation, in the course of which the applicant admitted that he had been a party to the importation of drugs by N. on 17 September 1992. The applicant was arrested on 11 February 1993. Again he made no admissions when interviewed, but subsequently he and N. were joint-

ly charged with offences under the Customs and Excise Management Act 1979 and the Misuse of Drugs Act 1991 and committed for trial.

11. The trial took place in December 1993. The applicant pleaded “not guilty”. The applicant admitted that he had been present at the Sheffield address and that his voice was one of those recorded on the tape. It was admitted on behalf of the Crown that the attachment of the listening device had involved a civil trespass and had occasioned some damage to the property. Thereupon, the trial judge conducted a hearing on the voir dire (submissions on a point of law in the absence of the jury) as to the admissibility in evidence of the conversation recorded on the tape. The Crown accepted that without it there was no case against the applicant.

12. The trial judge ruled that the evidence was admissible. Following an amendment to the indictment, the applicant was re-arraigned and pleaded guilty to being knowingly concerned in the fraudulent evasion of the prohibition on the importation of heroin. On 14 March 1994 the applicant was sentenced to three years' imprisonment.

13. The applicant appealed to the Court of Appeal on the ground that the evidence ought to have been held to be inadmissible. On 27 May 1994 the Court of Appeal dismissed the applicant's appeal against conviction but also certified, as a point of law of general public importance, the question whether evidence of tape-recorded conversations, obtained by a listening device attached by the police to a private house without the knowledge of the owners or occupiers, was admissible in a criminal trial against the defendant.

14. On 4 October 1994 the Appeal Committee of the House of Lords granted the applicant leave to appeal from the decision of the Court of Appeal dismissing his appeal against conviction. On 2 July 1996 the House of Lords dismissed the applicant's appeal. The House of Lords noted that the question before it gave rise to two separate issues, the first being whether evidence of the taped conversations was admissible at all and the second whether, if admissible, it should nonetheless have been excluded by the trial judge in the exercise of his discretion at common law or under the powers conferred by section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (“PACE”). As to the former issue, the House of Lords held that there was no right to privacy in English law and that, even if there were such a right, the common-law rule that relevant evidence which was obtained improperly or even unlawfully remained admissible applied to evidence obtained by the use of surveillance devices which invaded a person's privacy. As to the latter issue, it was held that the fact that evidence had been obtained in circumstances which amounted to a breach of the provisions of Article 8 of the Convention was relevant to, but not determinative of, the judge's discretion to admit or exclude such evidence under section 78 of PACE. The judge's discretion had to be exercised according to whether the admission of the evidence would render the trial unfair, and the use at a criminal trial of material obtained in breach of the right to privacy enshrined in Article 8 did not mean that the trial would be unfair. On the facts, the trial judge had been entitled to hold that the circumstances in which the relevant evidence was obtained, even if they constituted a breach of Article 8, were not such as to require the exclusion of the evidence. Lord Nolan, giving the opinion of the majority of the House, added:

“The sole cause of this case coming to your Lordship's House is the lack of a statutory system regulating the use of surveillance devices by the police. The absence of such a system seems astonishing, the more so in view of the statutory framework which has governed the use of such devices by the Security Service since 1989, and the interception of communications by the police as well as by other agencies since 1985. I would refrain from other comment because counsel for the respondent was able to inform us, on instructions, that the government proposes to introduce legislation covering the matter in the next session of Parliament.”

...

## *THE LAW*

### *I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION*

22. The applicant alleges a violation of Article 8 of the Convention which provides, so far as relevant, as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private ... life, ... and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

23. The applicant refers to the opinion of the European Commission of Human Rights in the case of *Govell v. the United Kingdom* (application no. 27237/95, Commission's report of 14 January 1998), in which the Commission found that no existing statutory system governed the use of covert listening devices and that the Home Office Guidelines were neither legally binding nor accessible. Consequently, there had been a breach of Article 8 of the Convention because the tape recording in that case could not be considered to be “in accordance with the law” as required by Article 8 § 2 of the Convention. He claims that the position is the same in the present case, where a covert listening device was used to overhear a private conversation he had had with B.

24. The Government, whose observations on Article 8 were submitted before the Commission adopted its above-mentioned report in the *Govell* case, do not dispute that the surveillance of the applicant amounted to an interference with his right to respect for private life guaranteed by Article 8 § 1 of the Convention, but contend that such interference was not in breach of the Article since it was in accordance with the law and necessary in a democratic society for the prevention of crime.

They recognise that foreseeability is a component of the concept of “in accordance with the law”, but submit that foreseeability cannot be the same in the context of covert police surveillance as it is where the object of the relevant law is to place restrictions on the conduct of individuals. They argue that a law which confers a discretion as to whether or not to undertake covert surveillance activities does not breach the requirement of foreseeability provided that the scope of the discretion and the manner of its ex-

ercise are indicated with sufficient clarity. They submit that the Home Office Guidelines were public and accessible, even though they did not have statutory force, and provided constraints within which surveillance was limited to the investigation of serious crime.

...

25. The Court notes that it is not disputed that the surveillance carried out by the police in the present case amounted to an interference with the applicant's rights under Article 8 § 1 of the Convention. The principal issue is whether this interference was justified under Article 8 § 2, notably whether it was "in accordance with the law" and "necessary in a democratic society", for one of the purposes enumerated in that paragraph.

26. The Court recalls, with the Commission in the *Govell* case (see paragraphs 61 and 62 of the report cited above), that the phrase "in accordance with the law" not only requires compliance with domestic law but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law (see the *Halford v. the United Kingdom* judgment of 25 June 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III, p. 1017, § 49). In the context of covert surveillance by public authorities, in this instance the police, domestic law must provide protection against arbitrary interference with an individual's right under Article 8. Moreover, the law must be sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are entitled to resort to such covert measures (see the *Malone v. the United Kingdom* judgment of 2 August 1984, Series A no. 82, p. 32, § 67).

27. At the time of the events in the present case, there existed no statutory system to regulate the use of covert listening devices, although the Police Act 1997 now provides such a statutory framework. The Home Office Guidelines at the relevant time were neither legally binding nor were they directly publicly accessible. The Court also notes that Lord Nolan in the House of Lords commented that under English law there is, in general, nothing unlawful about a breach of privacy. There was, therefore, no domestic law regulating the use of covert listening devices at the relevant time.

28. It follows that the interference in the present case cannot be considered to be "in accordance with the law", as required by Article 8 § 2 of the Convention. Accordingly, there has been a violation of Article 8. In the light of this conclusion, the Court is not required to determine whether the interference was "necessary in a democratic society" for one of the aims enumerated in paragraph 2 of Article 8.

## *II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION*

29. The applicant also alleges a breach of Article 6 § 1 of the Convention, on the ground that the use as the sole evidence in his case of the material which had been obtained in breach of Article 8 of the Convention was not compatible with the "fair hearing" requirements of Article 6. Article 6 § 1 of the Convention provides, so far as relevant, as follows:

"In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing ..."

...

34. The Court reiterates that its duty, according to Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law (see the Schenk judgment cited above, p. 29, §§ 45-46, and, for a more recent example in a different context, the Teixeira de Castro v. Portugal judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, p. 1462, § 34). It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the “unlawfulness” in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found.

35. The Court recalls that in the Schenk case cited above the applicant complained, *inter alia*, that the recording of his conversation with P. in breach of Swiss law and its use as evidence at his trial contravened Article 6 § 1 of the Convention. The Court noted in its judgment that it was not disputed that the recording in issue had been obtained unlawfully as a matter of Swiss law and that this had been expressly recognised by the Swiss courts. The Court observed that it could not “exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible” (*ibid.*, p. 29, § 46), and that it had only to ascertain whether the applicant's trial as a whole was fair. In concluding that the use of the disputed recording in evidence did not deprive the applicant of a fair trial, the Court noted, first, that the rights of the defence had not been disregarded: the applicant had been given the opportunity, which he took, of challenging the authenticity of the recording and opposing its use, as well as the opportunity of examining P. and summoning the police inspector responsible for instigating the making of the recording. The Court further “attache[d] weight to the fact that the recording of the telephone conversation was not the only evidence on which the conviction was based” (*ibid.*, pp. 29-30, § 48).

36. The Court notes at the outset that, in contrast to the position examined in the Schenk case, the fixing of the listening device and the recording of the applicant's conversation were not unlawful in the sense of being contrary to domestic criminal law. In particular, as Lord Nolan observed, under English law there is in general nothing unlawful about a breach of privacy. Moreover, as was further noted, there was no suggestion that, in fixing the device, the police had operated otherwise than in accordance with the Home Office Guidelines. In addition, as the House of Lords found, the admissions made by the applicant during the conversation with B. were made voluntarily, there being no entrapment and the applicant being under no inducement to make such admissions. The “unlawfulness” of which complaint is made in the present case relates exclusively to the fact that there was no statutory authority for the interference with the applicant's right to respect for private life and that, accordingly, such interference was not “in accordance with the law”, as that phrase has been interpreted in Article 8 § 2 of the Convention.

37. The Court next notes that the contested material in the present case was in effect the only evidence against the applicant and that the applicant's plea of guilty was tendered only on the basis of the judge's ruling that the evidence should be admitted. However, the relevance of the existence of evidence other than the contested matter depends on the circumstances of the case. In the present circumstances, where the tape recording was acknowledged to be very strong evidence, and where there was no risk of it being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker. It is true that, in the case of Schenk, weight was attached by the Court to the fact that the tape recording at issue in that case was not the only evidence against the applicant. However, the Court notes in this regard that the recording in the Schenk case, although not the only evidence, was described by the Criminal Cassation Division of the Vaud Cantonal Court as having "a perhaps decisive influence, or at the least a not inconsiderable one, on the outcome of the criminal proceedings" (ibid., pp. 19-22, § 28). Moreover, this element was not the determining factor in the Court's conclusion.

38. The central question in the present case is whether the proceedings as a whole were fair. With specific reference to the admission of the contested tape recording, the Court notes that, as in the Schenk case, the applicant had ample opportunity to challenge both the authenticity and the use of the recording. He did not challenge its authenticity, but challenged its use at the voir dire and again before the Court of Appeal and the House of Lords. The Court notes that at each level of jurisdiction the domestic courts assessed the effect of admission of the evidence on the fairness of the trial by reference to section 78 of PACE, and the courts discussed, amongst other matters, the non-statutory basis for the surveillance. The fact that the applicant was at each step unsuccessful makes no difference (ibid., p. 29, § 47).

39. The Court would add that it is clear that, had the domestic courts been of the view that the admission of the evidence would have given rise to substantive unfairness, they would have had a discretion to exclude it under section 78 of PACE.

40. In these circumstances, the Court finds that the use at the applicant's trial of the secretly taped material did not conflict with the requirements of fairness guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention."

Af Menneskerettighedsdomstolens dom af 5. november 2002 i sag 48539/99 (Allan mod Storbritannien), som er gengivet i resuméform i byrettens kendelse, fremgår bl.a.:

## *"THE FACTS*

### *I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE*

8. On 3 February 1995 Mr David Beesley, store manager, was shot dead in the manager's office of a Kwik-Save supermarket in Greater Manchester.

9. On 18 February 1995 the applicant and another man, by the name of Leroy Grant, were arrested on suspicion of having committed a robbery at the Late Saver shop, Cheadle. At the time, they were in possession of an 8-mm Beretta replica handgun.

Charged in connection with this offence, Mr Grant admitted to the offence and several other late-night shop robberies. The applicant denied involvement in any of the offences. On or about 20 February 1995 an anonymous informant told the police that the applicant had been involved in the murder of David Beesley.

10. On 20 February 1995 the applicant and Leroy Grant appeared in custody at the Stockport Magistrates' Court and were further remanded in custody to reappear on 23 February 1995. On 20 February 1995 Detective Chief Inspector Dunn requested permission for the cell and the visiting areas used by the applicant and Leroy Grant to be bugged with audio and video technology, alleging that all regular methods of investigation to identify David Beesley's murderer had failed. The Chief Constable of the Greater Manchester Police granted authority on the same day for an unlimited period for both the police stations at Stockport and Cheadle Hulme. On 13 March 1995 similar authority was sought and obtained for the installation of a listening device with video system to be placed in the visiting area of Stretford police station, where the applicant was then held.

11. On 8 March 1995 the applicant was arrested for the murder and questioned. In the interviews with the police which followed, the police told the applicant that he was not obliged to say anything. He availed himself of that right.

12. During this time visits to the applicant by his female friend, J.N.S, were recorded on audio and videotape in the prison visiting area between 12 and 28 March 1995. The applicant and Leroy Grant were held for long periods in the same cell and recordings of their conversations were made from 20 February to 12 March 1995.

13. On 23 March 1995 H. was brought to Stretford police station. H. was a long-standing police informant with a criminal record who had been arrested on 21 March 1995 for unrelated offences. He was placed in the applicant's cell for the purpose of eliciting information from the applicant. As asserted by the applicant, H. had every incentive to inform on him. Telephone conversations between H. and the police included comments by the police instructing H. to "push him for what you can" and disclosed evidence of concerted police coaching. After 20 April 1995 he associated regularly with the applicant who was remanded at Strangeways Prison.

14. On 28 June 1995 the applicant was taken away from the prison to be interviewed by the police concerning the Kwik-Save robbery. He was attended and advised by his solicitor. During the course of the interview, the applicant was invited to comment on the recordings made in February and March 1995. He made no comment to any question. According to the applicant, he was interrogated at length by the police in an attempt to "rattle" or unsettle him, such that he would be more talkative and vulnerable to H. upon his return to the prison. H. had been fitted with recording devices. The recording thereby obtained was adduced in evidence at the applicant's trial.

15. The applicant was interviewed again in the presence of his solicitor on 29 June and 26 July 1995 and remained silent when faced with the allegations.

16. On 25 July 1995 H. made a 59- to 60-page witness statement detailing his conversations with the applicant and was released on bail on 4 August 1995. His sentence was

postponed until after he had given evidence at the applicant's trial. The high point of H.'s evidence was the assertion that the applicant had admitted his presence at the murder scene. This asserted admission was not part of the recorded interview and was disputed. The thrust of the applicant's case was that he was discussing robberies and did not accede to H.'s efforts to channel their conversation into a discussion of the murder. The audio- and video-recordings (or transcripts thereof) were utilised in the trial of the applicant. No evidence, other than the alleged admissions, connected the applicant with the killing of Mr Beesley.

17. In January 1998 the applicant's trial on one count of murder and a count of conspiracy to rob began before a jury. He was represented by leading counsel.

18. During his trial, the applicant's counsel challenged the admissibility of extracts from covert audio- and video-recordings of conversations of the applicant with Leroy Grant and J.N.S., under sections 76 and 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE). The judge concluded that there was evidence on the tapes from which the jury could infer that the applicant was involved in the events of 3 February 1995, and it was not so unreliable that it could not be left to the jury to assess for themselves. The judge also rejected the applicant's counsel's arguments under sections 76 and 78 of PACE that the evidence from H. was obtained by oppression or by such impropriety as to render it inadmissible. He considered that the use of an informant to talk and listen to the accused over a substantial period of time did not result in any unfairness to the accused. The fact that H. might be considered as having much to gain in giving evidence was also a matter to be left to the jury in their assessment of the reliability of his evidence. The evidence was accordingly admitted before the jury. The judge's ruling on the admissibility of the evidence was given on 26 January 1998, after a voir dire (submissions on a point of law in the absence of a jury) and consisted of a judgment of eighteen pages.

19. In his summing-up to the jury on 10 and 11 February 1998, the trial judge gave directions on the way in which the jury should assess the reliability of the disputed evidence. He told them that they were to judge whether the police had deliberately wound up the applicant during the interview on 28 June 1995 and how to approach the evidence put forward by H.:

“So at the end of the day with regard to H. you have his evidence about the conversations that he had with [the applicant] and what [the applicant] said. You have the tape recordings of the conversations on 28 June when H. had been wired up, between [the applicant] and H., and you have the transcripts of the conversations between H. and the police. I suggest ... that you approach the evidence of H. with the very greatest caution and care. He is a professional criminal. He behaved, and has behaved as he acknowledged, dishonestly and criminally for years. He saw the likelihood of advantage to himself, both in terms of bail and in the sentence that he was likely to receive. You have heard that he has not yet been sentenced on matters for which he was in custody in early 1995. The defence say if you consider the whole picture you simply cannot rely upon H.; quite unsafe to do so. The prosecution say the contents of the tapes of 28 June can be relied on and are consistent with what H. says [the applicant] had said to him previously, before he, H., was wired up. Of course tapes of ... conversations cannot possibly constitute any



independent confirmation of what H. says about what [the applicant] had said to him previously, because, and you will understand the logic of that, the information is all coming from one source, namely H. and the witness cannot strengthen his own evidence essentially by repetition.

So, ladies and gentlemen, at the end of the day how do you regard H.? Was he or may he have been lying, or are you sure that he was telling the truth? If you are sure, for example, in relation to things said on the tapes of 28 June or other aspects of H.'s evidence that his evidence is true, that [the applicant] did say a number of things, what do those things mean? Do they point to his guilt, to his presence at Kwik-Save on 3 February 1995, or are they capable of meaning something else? ...”

20. The judge also directed the jury concerning the possible drawing of inferences from the applicant's silence in police interview on 28 and 29 June and 26 July 1995, pursuant to section 34 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994. He reminded the jury that the defence had contended that the applicant's silence had been adopted on legal advice because of the view that oppressive interrogation techniques were being used.

21. On 17 February 1998, after the jury had deliberated for a total of twenty-one and a half hours, the applicant was convicted of murder before the Crown Court at Manchester by a majority of ten to two and sentenced to life imprisonment. The applicant thereafter lodged a notice of appeal, asserting, inter alia, that the judge ought to have excluded evidence of the audio- and video-recordings of his conversations with Leroy Grant and J.N.S. and the evidence put forward by H. He also argued that the judge had erred in his directions as to the circumstances in which the jury could draw inferences from the applicant's failure to respond to police questions in interviews of 28 and 29 June, when the police strategy was to “spook” the applicant into a state of garrulousness when he returned to prison, where he had a conversation with H.

22. On 31 July 1998 he was refused leave to appeal against his conviction by a single judge. His renewed application was refused by the Court of Appeal (Criminal Division) on 18 January 1999, after a hearing at which he was represented by leading counsel. In the court's judgment of that date, Lord Justice Rose found that the trial judge gave a very careful and impeccable ruling as regards the admissibility of the tapes and evidence put forward by H. and that he had considered all the matters which he should have considered and had not considered any matter which he ought not to have considered. There was no basis for holding that the exercise of his discretion had been so flawed that the Court of Appeal should intervene. In so far as the applicant complained that the judge should have warned the jury not to take into account the applicant's failure to answer police questioning in the light of the police strategy to “spook” him, Lord Justice Rose found that the judge had given an entirely appropriate direction to the jury in the circumstances of the case.

...

## *THE LAW*

### *I. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION*

34. The applicant relied on Article 8 of the Convention in respect of the use of covert video- and audio-recording devices in his cell and prison visiting area and on the person of a fellow prisoner. The relevant parts of Article 8 provide:

“1. Everyone has the right to respect for his private ... life ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

...

36. The Court recalls, as in *Khan*, cited above, that at the relevant time there existed no statutory system to regulate the use of covert recording devices by the police. The interferences disclosed by the measures implemented in respect of the applicant were therefore not “in accordance with the law” as required by the second paragraph of Article 8 and there have thus been violations of this provision.

## *II. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION*

37. The applicant complained of the use at his trial of evidence gathered by the covert recording devices and of the admission of evidence from the prisoner H. concerning conversations which they had together in their cell. He relied on Article 6 of the Convention, which provides as relevant in its first sentence:

“In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

...

### *B. The Court's assessment*

#### *1. General principles*

42. The Court reiterates that its duty, according to Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law (see *Schenk v. Switzerland*, judgment of 12 July 1988, Series A no. 140, p. 29, §§ 45-46, and, for a more recent example in a different context, *Teixeira de Castro v. Portugal*, judgment of 9 June 1998, Reports of Judgments and Decision 1998-IV, p. 1462, § 34). It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the “unlawfulness” in question and,

where a violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found.

43. In that context, regard must also be had to whether the rights of the defence have been respected, in particular whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use, as well as the opportunity of examining any relevant witnesses; whether the admissions made by the applicant during the conversations were made voluntarily, there being no entrapment and the applicant being under no inducement to make such admissions (see *Khan*, cited above, § 36); and the quality of the evidence, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubts on its reliability or accuracy (*ibid.*, § 37). While no problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material, it may be noted that where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker (*ibid.*).

44. As regards the privilege against self-incrimination or the right to silence, the Court has reiterated that these are generally recognised international standards which lie at the heart of a fair procedure. Their aim is to provide an accused person with protection against improper compulsion by the authorities and thus to avoid miscarriages of justice and secure the aims of Article 6 (see *John Murray v. the United Kingdom*, judgment of 8 February 1996, Reports 1996-I, p. 49, § 45). The right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seeks to prove the case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (see *Saunders v. the United Kingdom*, judgment of 17 December 1996, Reports 1996-VI, p. 2064, §§ 68-69). In examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination, the Court will examine the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put (see, for example, *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, §§ 54-55, ECHR 2000-XII, and *J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, ECHR 2001-III).

## *2. Application in the present case*

45. The Court notes that the recordings made of the applicant in the police station and prison when he was with Leroy Grant, J.N.S. and H. and the testimony of H. who had been placed in the applicant's cell by the police to obtain evidence against him constituted the principal evidence relied on by the prosecution at his trial.

46. The Court observes, firstly, that as in *Khan* the material obtained by audio- and video-recordings was not unlawful in the sense of being contrary to domestic criminal law. Similarly, there is no suggestion that any admissions made by the applicant during the conversations taped with Leroy Grant and J.N.S. were not voluntary in the sense that the applicant was coerced into making them or that there was any entrapment or inducement. Indeed, the applicant has stated that he was aware that he was possibly being taped while in the police station.

47. The applicant has argued that the evidence from the recordings was unreliable and contained many inconsistencies, while the Government have pointed to the admissions

that it contained which were probative of the applicant's knowledge of the incident. As the applicant alleged that he knew of the possible recording and as the tapes indicated that a certain amount of whispering or gesturing was being carried out at times, the Court considers that an assessment of the strength or the reliability of the evidence concerned is not a straightforward matter. The applicant's conduct as a whole must have played a role in the assessment of the evidence and this Court is not well-placed to express a view. In those circumstances, the existence of fair procedures to examine the admissibility and test the reliability of the evidence takes on an even greater importance.

48. In that regard, the Court notes that the applicant's counsel challenged the admissibility of the recordings in a *voir dire*, and was able to put forward arguments to exclude the evidence as unreliable, unfair or obtained in an oppressive manner. The judge, in a careful ruling however, admitted the evidence, finding that it was of probative value and had not been shown to be so unreliable that it could not be left to the jury to decide for themselves. This decision was reviewed on appeal by the Court of Appeal which found that the judge had taken into account all the relevant factors and that his ruling could not be faulted. At each step of the procedure, the applicant had therefore been given an opportunity to challenge the reliability and significance of the recording evidence. The Court is not persuaded that the use of the taped material concerning Leroy Grant and J.N.S. at the applicant's trial conflicted with the requirements of fairness guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention.

49. The applicant's second ground of objection, concerning the way in which the informer H. was used by the police to obtain evidence, including taped conversations with the applicant, a written statement and oral testimony about other allegedly incriminating conversations, raises more complex issues.

50. While the right to silence and the privilege against self-incrimination are primarily designed to protect against improper compulsion by the authorities and the obtaining of evidence through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused, the scope of the right is not confined to cases where duress has been brought to bear on the accused or where the will of the accused has been directly overborne in some way. The right, which the Court has previously observed is at the heart of the notion of a fair procedure, serves in principle to protect the freedom of a suspected person to choose whether to speak or to remain silent when questioned by the police. Such freedom of choice is effectively undermined in a case in which, the suspect having elected to remain silent during questioning, the authorities use subterfuge to elicit, from the suspect, confessions or other statements of an incriminatory nature, which they were unable to obtain during such questioning and where the confessions or statements thereby obtained are adduced in evidence at trial.

51. Whether the right to silence is undermined to such an extent as to give rise to a violation of Article 6 of the Convention depends on all the circumstances of the individual case. In this regard, however, some guidance may be found in the decisions of the Supreme Court of Canada, referred to in paragraphs 30-32 above, in which the right to silence, in circumstances which bore some similarity to those in the present case, was examined in the context of section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. There, the Canadian Supreme Court expressed the view that, where the informer who allegedly acted to subvert the right to silence of the accused was not obviously a State

agent, the analysis should focus on both the relationship between the informer and the State and the relationship between the informer and the accused: the right to silence would only be infringed where the informer was acting as an agent of the State at the time the accused made the statement and where it was the informer who caused the accused to make the statement. Whether an informer was to be regarded as a State agent depended on whether the exchange between the accused and the informer would have taken place, and in the form and manner in which it did, but for the intervention of the authorities. Whether the evidence in question was to be regarded as having been elicited by the informer depended on whether the conversation between him and the accused was the functional equivalent of an interrogation, as well as on the nature of the relationship between the informer and the accused.

52. In the present case, the Court notes that in his interviews with the police following his arrest the applicant had, on the advice of his solicitor, consistently availed himself of his right to silence. H., who was a long-standing police informer, was placed in the applicant's cell in Stretford police station and later at the same prison for the specific purpose of eliciting from the applicant information implicating him in the offences of which he was suspected. The evidence adduced at the applicant's trial showed that the police had coached H. and instructed him to "push him for what you can". In contrast to the position in Khan, the admissions allegedly made by the applicant to H., and which formed the main or decisive evidence against him at trial, were not spontaneous and unprompted statements volunteered by the applicant, but were induced by the persistent questioning of H., who, at the instance of the police, channelled their conversations into discussions of the murder in circumstances which can be regarded as the functional equivalent of interrogation, without any of the safeguards which would attach to a formal police interview, including the attendance of a solicitor and the issuing of the usual caution. While it is true that there was no special relationship between the applicant and H. and that no factors of direct coercion have been identified, the Court considers that the applicant would have been subjected to psychological pressures which impinged on the "voluntariness" of the disclosures allegedly made by the applicant to H.: he was a suspect in a murder case, in detention and under direct pressure from the police in interrogations about the murder, and would have been susceptible to persuasion to take H., with whom he shared a cell for some weeks, into his confidence. In those circumstances, the information gained by the use of H. in this way may be regarded as having been obtained in defiance of the will of the applicant and its use at trial impinged on the applicant's right to silence and privilege against self-incrimination.

53. Accordingly, in this respect there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention."

Menneskerettighedsdomstolens storkammer afsagde den 10. marts 2009 dom i sagen 4378/02 (Bykov mod Rusland). Det fremgår af dommen bl.a.:

*"THE FACTS*

*I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE*

8. The applicant was born in 1960 and lives in Krasnoyarsk.

9. From 1997 to 1999 the applicant was chairman of the board of the Krasnoyarsk Aluminium Plant. At the time of his arrest in October 2000 he was a major shareholder and an executive of a corporation called OAO Krasenergomash-Holding and a founder of a number of affiliated firms. He was also a deputy of the Krasnoyarsk Regional Parliamentary Assembly.

*A. Covert operation*

10. In September 2000 the applicant allegedly ordered V., a member of his entourage, to kill S., the applicant's former business associate. V. did not comply with the order, but on 18 September 2000 he reported the applicant to the Federal Security Service of the Russian Federation ("the FSB"). On the following day V. handed in the gun which he had allegedly received from the applicant.

11. On 21 September 2000 the Prosecutor of the Severo-Zapadnyy District of Moscow opened a criminal investigation in respect of the applicant on suspicion of conspiracy to murder.

12. On 26 and 27 September 2000 the FSB and the police decided to conduct a covert operation to obtain evidence of the applicant's intention to murder S.

13. On 29 September 2000 the police staged the discovery of two dead men at S.'s home. They officially announced in the media that one of those killed had been identified as S. The other man was his business partner, I.

14. On 3 October 2000 V., acting on the police's instructions, came to see the applicant at his estate. He carried a hidden radio-transmitting device while a police officer outside received and recorded the transmission. He was received by the applicant in a "guest house", a part of the estate connected to his personal residence. In accordance with the instructions, V. engaged the applicant in conversation by telling him that he had carried out the assassination. As proof of his accomplishment he handed the applicant several objects taken from S. and I.: a certified copy of a mining project feasibility study marked with a special chemical agent, two watches belonging to S. and I. and 20,000 United States dollars (USD) in cash. At the end of the conversation V. took the cash, as suggested by the applicant. The police obtained a sixteen-minute recording of the dialogue between V. and the applicant.

15. On 4 October 2000 the applicant's estate was searched. Several watches were seized, including those belonging to S. and I. A chemical analysis was conducted and revealed the presence on the applicant's hands of the chemical agent which had been used to mark the feasibility study. The applicant was arrested.

16. On 27 February 2001 the applicant complained to the Prosecutor of the Severo-Zapadnyy District of Moscow that his prosecution had been unlawful because it involved numerous procedural violations of his rights, including the unauthorised intrusion into his home and the use of the radio-transmitting device. On 2 March 2001 the prosecutor dismissed his complaint, having found, in particular, that the applicant had

let V. into his house voluntarily and that therefore there had been no intrusion. It was also found that no judicial authorisation had been required for the use of the radio-transmitting device because in accordance with the Operational-Search Activities Act, it was only required for the interception of communications transmitted by means of wire channels or mail services, none of which had been employed in the covert operation at issue.

...

*C. Criminal investigation and trial*

25. On 3 October 2000, immediately after visiting the applicant in the “guest house”, V. was questioned by the investigators. He reported on the contents of his conversation with the applicant and submitted that he had handed him the gun, the watches and the feasibility study. He was subsequently questioned on 12 October, 9 November, 8 December and 18 December 2000.

26. The applicant was questioned as a suspect for the first time on 4 October 2000. From October to December 2000 he was questioned at least seven times.

27. On 10 October 2000 the applicant and V. were questioned in a confrontation with each other. The applicant's legal counsel were present at the confrontation. The statements made by the applicant on that occasion were subsequently summarised in the indictment, of which the relevant part reads as follows:

“At the confrontation between A.P. Bykov and [V.] on 10 October 2000 Bykov altered, in part, certain substantive details of his previous statements, as follows. [He] claims that he has been acquainted with [V.] for a long time, about 7 years; they have normal relations; the last time he saw him was on 3 October 2000, and before that they had been in contact about two years previously. He has never given any orders or instructions to [V.], including any concerning [S.]. When [V.] came to see him on 3 October 2000 he began to tell him off for coming to him. When he asked [V.] who had told him to kill [S.] he replied that nobody had, he had just wanted to prove to himself that he could do it. He began to comfort [V.], saying that he could help with his father; [he] did not suggest that [V.] flee the town [or] the country, and did not promise to help him financially. He did not instruct [V.] on what to do if [V.] was arrested; he asked him what was going to happen if he was arrested; [V.] said that he would tell how it all happened and would confess to having committed the crime, [and the applicant] approved of that. Concerning K., Bykov stated that this was his partner who lived and worked in Switzerland; he admitted de facto that he had spoken to him on the phone at the beginning of August ... but had given him no directions about [V.]”

28. On 13 October 2000 the applicant was charged with conspiracy to murder. Subsequently the charges were extended to include conspiracy to acquire, possess and handle firearms.

29. On 8 December 2000 two appointed linguistic experts examined the recording of the applicant's conversation with V. of 3 October 2000 and answered the following questions put to them:

“1. Is it possible to establish, on the basis of the text of the conversation submitted for examination, the nature of relations between Bykov and [V.], the extent of their closeness, sympathy for each other, subordination; how is it expressed?

2. Was Bykov's verbal reaction to [V.]'s statement about the 'murder' of [S.] natural assuming he had ordered the murder of [S.]?

3. Are there any verbal signs indicating that Bykov expressed mistrust about [V.]'s information?

4. Is it possible to assess Bykov's verbal style as unequivocally aiming at closing the topic, ending the conversation?

5. Are there any identifiable stylistic, verbal signs of fear (caution) on Bykov's part in relation to [V.]?”

30. In respect of the above questions the experts found:

– on question 1, that the applicant and V. had known each other for a long time and had rather close and generally sympathetic relations; that V. had shown subordination to the applicant; that the applicant had played an instructive role in the conversation;

– on question 2, that the applicant's reaction to V.'s information about the accomplished murder was natural and that he had insistently questioned V. on the technical details of its execution;

– on question 3, that the applicant had shown no sign of mistrusting V.'s confession to the murder;

– on question 4, that the applicant had not shown any clear signs of wishing to end or to avoid the conversation;

– on question 5, that the applicant had not shown any fear of V.; on the contrary, V. appeared to be afraid of the applicant.

31. On 11 January 2001 the investigation was completed and the applicant was allowed access to the case file.

32. On 27 August 2001 the case was referred to the Tushinskiy District Court of Moscow.

33. On 22 October 2001 the Tushinskiy District Court declined jurisdiction in favour of the Meshchanskiy District Court of Moscow, having established that the venue of the attempted murder lay within that court's territorial jurisdiction.

34. On 16 December 2001 V. made a written statement certified by the Russian consulate in the Republic of Cyprus repudiating his statements against the applicant. He submitted that he had made those statements under pressure from S. Two deputies of the State Duma, D. and Y.S., were present at the consulate to witness the repudiation. On



the same day they recorded an interview with V. in which he explained that S. had persuaded him to make false statements against the applicant.

35. On 4 February 2002 the Meshchanskiy District Court of Moscow began examining the charges against the applicant. The applicant pleaded not guilty. At the trial he challenged the admissibility of the recording of his conversation with V. and of all other evidence obtained through the covert operation. He alleged that the police interference had been unlawful and that he had been induced into self-incrimination. Furthermore, he claimed that the recording had involved unauthorised intrusion into his home. He contested the interpretation of the recording by the experts and alleged that nothing in his dialogue with V. disclosed prior knowledge of a murder conspiracy.

36. During the trial the court dismissed the applicant's objection to the covert operation and admitted as lawfully obtained evidence the recording with its transcript, the linguistic expert report, V.'s statements, and the evidence showing that the applicant had accepted the feasibility study and the watches from V. It dismissed the argument that there had been an unauthorised intrusion into the applicant's premises, having found, firstly, that the applicant had expressed no objection to V.'s visit and, secondly, that their meeting had taken place in the "guest house", which was intended for business meetings and therefore did not encroach on the applicant's privacy. The court refused to admit as evidence the official records of the search at the applicant's estate because the officers who had conducted the search on 4 October 2000 had not been covered by the authorisation.

37. The following persons were examined in the oral proceedings before the court:

S. explained his relations with the applicant and their conflict of interests in the aluminium industry. He confirmed that he had participated in the covert operation; he also confirmed that in 2001 V. had told him that he had been paid off to withdraw his statements against the applicant.

Twenty-five witnesses answered questions concerning the business links of the applicant, V. and S. with the aluminium plant and other businesses in Krasnoyarsk; the relations and connections between them; the existence of the conflict of interests between the applicant and S.; the events of 3 October 2000, namely the arrival of V. at the "guest house", his conversation with the applicant and the handing of the documents and the watches to the applicant; and the circumstances surrounding V.'s attempted withdrawal of his statements against the applicant.

Seven experts were examined: a technical expert gave explanations about the recording of data received by way of a radio-transmitting device; a sound expert explained how a transcript of the recording of the applicant's conversation with V. had been produced; two expert linguists submitted that they had used both the tape and the recording transcript in their examination; an expert psychologist answered questions concerning his findings (evidence subsequently excluded as obtained unlawfully – see paragraph 43 below); and two corroborative experts upheld the conclusions of the expert linguists and the sound experts.

Seven attesting witnesses answered questions concerning their participation in various investigative measures: the receipt of the gun handed in by V., the copying of the video

and audio tapes, the treatment of the material exhibits with a chemical agent, the “discovery of the corpses” in the operative experiment, and the house search.

Four investigation officers were examined: an FSB officer submitted that on 18 September 2000 V. had written a statement in his presence that the applicant had ordered him to kill S., and had handed in the gun; he also explained how the operative experiment had been carried out; two officers of the prosecutor's office and one officer of the Interior Ministry also described the operative experiment and explained how the copies of the recording of the applicant's conversation with V. had been made.

38. On 15 May 2002 during the court hearing the prosecutor requested to read out the records of the questioning of five witnesses not present at the hearing. The statements made by V. during the pre-trial investigation were among them.

39. The applicant's counsel said that he had no objections. The court decided to grant the request, having noted that “the court took exhaustive measures to call these witnesses to the court hearing and found that ... V.'s whereabouts could not be established and he could not be called to the courtroom even though a number of operational search measures were taken by the FSB and an enquiry was made to the National Central Bureau of Interpol by the Ministry of the Interior ...”. These statements were admitted as evidence.

40. The court also examined evidence relating to V.'s attempted withdrawal of his statements against the applicant. It established that during the investigation V. had already complained that pressure had been exerted on him to repudiate his statements against the applicant. It also established that the witness D., who was present at the consulate when V. had repudiated his statements, was a close friend of the applicant. The other witness, Y.S., had arrived at the consulate late and did not see the document before it was certified.

41. It was also noted that both the applicant and V. had undergone a psychiatric examination during the investigation and both had been found fit to participate in the criminal proceedings.

42. Other evidence examined by the court included: expert reports produced by chemical, ballistics, linguistic, sound and technical experts; written reports on the operative experiment; V.'s written statement of 18 September 2000; a certified description of the gun handed in by V.; and records of the applicant's confrontation with V. on 20 October 2000.

43. The applicant challenged a number of items of evidence, claiming that they had been obtained unlawfully. The court excluded some of them, in particular the expert report by a psychologist who had examined the recording of the applicant's conversation with V. and the police report on the search carried out on 4 October 2000. The attempt to challenge the audio tape containing the recording of the applicant's conversation with V., and the copies of the tape, was not successful and they were admitted as lawfully obtained evidence.

44. On 19 June 2002 the Meshchanskiy District Court of Moscow gave judgment, finding the applicant guilty of conspiracy to murder and conspiracy to acquire, possess and handle firearms. The finding of guilt was based on the following evidence: the initial statement by V. that the applicant had ordered him to kill S.; the gun V. had handed in; the statements V. had made in front of the applicant when they had been confronted during the questioning on 10 October 2000; numerous witness statements confirming the existence of a conflict between the applicant and S.; and the physical evidence obtained through the covert operation, namely the watches and the feasibility study. Although the recording of the applicant's conversation with V. was played at the hearing, its contents did not feature among the evidence or as part of the court's reasoning. In so far as the record was mentioned in the judgment, the court relied solely on the conclusions of the linguistic experts (see paragraph 30 above) and on several reports confirming that the tape had not been tampered with.

45. The court sentenced the applicant to six and a half years' imprisonment and, having deducted the time already spent in pre-trial detention, conditionally released him on five years' probation.

46. The applicant appealed against the judgment, challenging, inter alia, the admissibility of the evidence obtained through the covert operation and the court's interpretation of the physical evidence and the witnesses' testimonies.

47. On 1 October 2002 the Moscow City Court upheld the applicant's conviction and dismissed his appeal, including the arguments relating to the admissibility of evidence.

48. On 22 June 2004 the Supreme Court of the Russian Federation examined the applicant's case in supervisory proceedings. It modified the judgment of 19 June 2002 and the appeal decision of 1 October 2002, redefining the legal classification of one of the offences committed by the applicant. It found the applicant guilty of "incitement to commit a crime involving a murder", and not "conspiracy to murder". The rest of the judgment, including the sentence, remained unchanged.

...

#### *THE LAW*

...

#### *II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION*

69. The applicant complained that the covert operation had involved an unlawful intrusion into his home and that the interception and recording of his conversation with V. had interfered with his private life. He alleged a violation of Article 8 of the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

...

72. The Court notes that it is not in dispute that the measures carried out by the police in the conduct of the covert operation amounted to an interference with the applicant's right to respect for his private life under Article 8 § 1 of the Convention (see *Wood v. the United Kingdom*, no. 23414/02, § 29, 16 November 2004; *M.M. v. the Netherlands*, no. 39339/98, §§ 36-42, 8 April 2003; and *A. v. France*, 23 November 1993, Series A no. 277-B). The principal issue is whether this interference was justified under Article 8 § 2, notably whether it was “in accordance with the law” and “necessary in a democratic society”, for one of the purposes enumerated in that paragraph.

...

76. The Court reiterates that the phrase “in accordance with the law” not only requires compliance with domestic law but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law. In the context of covert surveillance by public authorities, in this instance the police, domestic law must provide protection against arbitrary interference with an individual's right under Article 8. Moreover, the law must be sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are entitled to resort to such covert measures (see *Khan v. the United Kingdom*, no. 35394/97, § 26, ECHR 2000-V).

...

82. The Court concludes that the interference with the applicant's right to respect for private life was not “in accordance with the law”, as required by Article 8 § 2 of the Convention. In the light of this conclusion, the Court is not required to determine whether the interference was “necessary in a democratic society” for one of the aims enumerated in paragraph 2 of Article 8. Nor is it necessary to consider whether the covert operation also constituted an interference with the applicant's right to respect for his home.

83. Accordingly, there has been a violation of Article 8.

### *III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION*

84. The applicant complained that he had been tricked by the police into making self-incriminating statements in his conversation with V. and that the court had admitted the record of this conversation as evidence at the trial. He alleged a violation of Article 6 § 1, which provides, in so far as relevant:

“In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal ...”

...

#### *A. General principles established in the Court's case-law*

88. The Court reiterates that, in accordance with Article 19 of the Convention, its only task is to ensure the observance of the obligations undertaken by the Parties in the Convention. In particular, it is not competent to deal with an application alleging that errors of law or fact have been committed by domestic courts, except where it considers that such errors might have involved a possible violation of any of the rights and freedoms set out in the Convention. While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a

matter for regulation under national law (see *Schenk v. Switzerland*, 12 July 1988, § 45, Series A no. 140; *Teixeira de Castro v. Portugal*, 9 June 1998, § 34, Reports 1998-IV; and *Jalloh v. Germany [GC]*, no. 54810/00, §§ 94-96, ECHR 2006-IX).

89. It is therefore not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the “unlawfulness” in question and, where a violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found (see, among other authorities, *Khan*, cited above, § 34; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, § 76, ECHR 2001-IX; *Heglas v. the Czech Republic*, no. 5935/02, §§ 89-92, 1 March 2007; and *Allan*, cited above, § 42).

90. In determining whether the proceedings as a whole were fair, regard must also be had to whether the rights of the defence were respected. It must be examined in particular whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use. In addition, the quality of the evidence must be taken into consideration, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy. While no problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material, it may be noted that where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker (see, among other authorities, *Khan*, cited above, §§ 35 and 37, and *Allan*, cited above, § 43).

91. As regards, in particular, the examination of the nature of the Convention violation found, the Court observes that notably in the cases of *Khan* (cited above, §§ 25-28) and *P.G. and J.H. v. the United Kingdom* (cited above, §§ 37-38) it found the use of covert listening devices to be in breach of Article 8 since recourse to such devices lacked a legal basis in domestic law and the interferences with those applicants' right to respect for their private life were not “in accordance with the law”. Nonetheless, the admission in evidence of information obtained thereby did not in the circumstances of the cases conflict with the requirements of fairness guaranteed by Article 6 § 1.

92. As regards the privilege against self-incrimination or the right to remain silent, the Court reiterates that these are generally recognised international standards which lie at the heart of a fair procedure. Their aim is to provide an accused person with protection against improper compulsion by the authorities and thus to avoid miscarriages of justice and secure the aims of Article 6 (see *John Murray v. the United Kingdom*, 8 February 1996, § 45, Reports 1996-I). The right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seeks to prove the case against the accused without resorting to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (see *Saunders v. the United Kingdom*, 17 December 1996, §§ 68-69, Reports 1996-VI; *Allan*, cited above, § 44; *Jalloh*, cited above, §§ 94-117; and *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom [GC]*, nos. 15809/02 and 25624/02, §§ 53-63, ECHR 2007-...). In examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination, the Court must examine the nature and

degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put (see, for example, *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, §§ 54-55, ECHR 2000-XII, and *J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, ECHR 2001-III).

93. The general requirements of fairness contained in Article 6 apply to all criminal proceedings, irrespective of the type of offence at issue. Public-interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant's defence rights, including the privilege against self-incrimination guaranteed by Article 6 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Heaney and McGuinness*, cited above, §§ 57-58).

*B. Application of those principles to the present case*

94. The Court observes that in contesting at his trial the use of the material obtained through the "operative experiment", the applicant put forward two arguments. Firstly, he argued that the evidence obtained from the covert operation, in particular the recording of his conversation with V., was unreliable and open to a different interpretation from that given by the domestic courts. Secondly, he alleged that the use of such evidence ran counter to the privilege against self-incrimination and his right to remain silent.

95. As regards the first point, the Court reiterates that where the reliability of evidence is in dispute the existence of fair procedures to examine the admissibility of the evidence takes on an even greater importance (see *Allan*, cited above, § 47). In the present case, the applicant was able to challenge the covert operation, and every piece of evidence obtained thereby, in the adversarial procedure before the first-instance court and in his grounds of appeal. The grounds for the challenge were the alleged unlawfulness and trickery in obtaining evidence and the alleged misinterpretation of the conversation recorded on the tape. Each of these points was addressed by the courts and dismissed in reasoned decisions. The Court notes that the applicant made no complaints in relation to the procedure by which the courts reached their decision concerning the admissibility of the evidence.

96. The Court further observes that the impugned recording, together with the physical evidence obtained through the covert operation, was not the only evidence relied on by the domestic court as the basis for the applicant's conviction. In fact, the key evidence for the prosecution was the initial statement by V., who had reported to the FSB that the applicant had ordered him to kill S., and had handed in the gun (see paragraph 10 above). This statement, which gave rise to the investigation, was made by V. before, and independently from, the covert operation, in his capacity as a private individual and not as a police informant. Furthermore, he reiterated his incriminating statements during his subsequent questioning on several occasions and during the confrontation between him and the applicant at the pre-trial stage.

97. While it is true that V. was not cross-examined at the trial, the failure to do so was not imputable to the authorities, who took all necessary steps to establish his whereabouts and have him attend the trial, including by seeking the assistance of Interpol. The trial court thoroughly examined the circumstances of V.'s withdrawal of his incriminating statements and came to a reasoned conclusion that the repudiation was not trust-

worthy. Moreover, the applicant was given an opportunity to question V. on the substance of his incriminating statements when they were confronted during the questioning on 10 October 2000. Some importance is also to be attached to the fact that the applicant's counsel expressly agreed to having V.'s pre-trial testimonies read out in open court. Finally, V.'s incriminating statements were corroborated by circumstantial evidence, in particular numerous witness testimonies confirming the existence of a conflict of interests between the applicant and S.

98. In view of the above, the Court accepts that the evidence obtained from the covert operation was not the sole basis for the applicant's conviction, corroborated as it was by other conclusive evidence. Nothing has been shown to support the conclusion that the applicant's defence rights were not properly complied with in respect of the evidence adduced or that its evaluation by the domestic courts was arbitrary.

99. It remains for the Court to examine whether the covert operation, and the use of evidence obtained thereby, involved a breach of the applicant's right not to incriminate himself and to remain silent. The applicant argued that the police had overstepped the limits of permissible behaviour by secretly recording his conversation with V., who was acting on their instructions. He claimed that his conviction had resulted from trickery and subterfuge incompatible with the notion of a fair trial.

100. The Court recently examined similar allegations in the case of Heglas (cited above). In that case the applicant had admitted his participation in a robbery in the course of a conversation with a person who had been fitted by the police with a listening device hidden under her clothes. The Court dismissed the applicant's complaint under Article 6 of the Convention concerning the use of the recording, finding that he had had the benefit of adversarial proceedings, that his conviction had also been based on evidence other than the impugned recording, and that the measure had been aimed at detecting a serious offence and had thus served an important public interest. The applicant, before the recording was made, had not been officially questioned about, or charged with, the criminal offence.

101. The circumstances of the covert operation conducted in the Heglas case were essentially different from those of the Allan case (cited above), where a violation of Article 6 was found. In the latter case the applicant was in pre-trial detention and expressed his wish to remain silent when questioned by the investigators. However, the police primed the applicant's cellmate to take advantage of the applicant's vulnerable and susceptible state following lengthy periods of interrogation. The Court, relying on a combination of these factors, considered that the authorities' conduct amounted to coercion and oppression and found that the information had been obtained in defiance of the applicant's will.

102. The Court notes that in the present case the applicant had not been under any pressure to receive V. at his "guest house", to speak to him, or to make any specific comments on the matter raised by V. Unlike the applicant in the Allan case (cited above), the applicant was not detained on remand but was at liberty on his own premises attended by security and other personnel. The nature of his relations with V. – subordination of the latter to the applicant – did not impose any particular form of behaviour on him. In other words, the applicant was free to see V. and to talk to him, or to refuse to

do so. It appears that he was willing to continue the conversation started by V. because its subject matter was of personal interest to him. Thus, the Court is not convinced that the obtaining of evidence was tainted with the element of coercion or oppression which in the Allan case the Court found to amount to a breach of the applicant's right to remain silent.

103. The Court also attaches weight to the fact that in making their assessment the domestic courts did not directly rely on the recording of the applicant's conversation with V., or its transcript, and did not seek to interpret specific statements made by the applicant during the conversation. Instead they examined the expert report drawn up on the conversation in order to assess his relations with V. and the manner in which he involved himself in the dialogue. Moreover, at the trial the recording was not treated as a plain confession or an admission of knowledge capable of lying at the core of a finding of guilt; it played a limited role in a complex body of evidence assessed by the court.

104. Having examined the safeguards which surrounded the evaluation of the admissibility and reliability of the evidence concerned, the nature and degree of the alleged compulsion, and the use to which the material obtained through the covert operation was put, the Court finds that the proceedings in the applicant's case, considered as a whole, were not contrary to the requirements of a fair trial.

105. It follows that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.”

### **Anbringender**

T har anført navnlig, at samtlige samtaler mellem ham og agenten ”Frank” har karakter af afhøringer, hvor formkravene i retsplejeloven om afhøringer ikke er blevet overholdt. Han er herunder ikke blevet vejledt om retten til ikke at udtale sig, og forbuddet mod selvinkriminering er blevet tilsidesat. Hertil kommer, at kriminalforsorgens personale i strid med retsplejelovens § 774 har været benyttet til at efterforske mod ham. Optagelserne af samtalerne udgør derfor ulovligt tilvejebragte beviser, som ikke kan tillades anvendt under straffesagen imod ham. Optagelserne opnået ved personbåret aflytningsudstyr i et lukket fængsel udgør et indgreb i hans ret til privatliv. Da sådan aflytning ikke har hjemmel i dansk ret, foreligger der en krænkelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8, stk. 2, hvilket såvel byretten som landsretten da også har fastslået. En anvendelse af optagelserne som bevis i sagen vil være en krænkelse af Menneskerettighedskonventionens artikel 6 om retten til en retfærdig rettergang. Det skal sammenholdes med, at optagelserne udgør anklagemyndighedens eneste og dermed afgørende bevis i sagen. Som følge af det anførte kan agentens forklaring for byretten heller ikke anvendes, idet hele vidneforklaringen er baseret på optagelserne.



Anklagemyndigheden har anført navnlig, at samtlige optagelser bør tillades anvendt i sagen, da ingen af samtalerne har karakter af afhøringer, og da optagelserne er tilvejebragt lovligt. Selv om Højesteret måtte komme til, at en eller flere af optagelserne ikke er tilvejebragt lovligt, bør samtlige optagelser alligevel kunne indgå som bevis i sagen. Det skyldes, at den ulovlige indhentning i givet fald ikke har påvirket bevisets pålidelighed, at der har været mulighed for at anfægte beviset, og at de enkelte lydoptagelser ikke kan anses for det eneste eller afgørende bevis i sagen. Retsplejelovens § 774 finder ikke direkte anvendelse, da T på tidspunktet for infiltrationen var afsoner, og da der endvidere ikke er grundlag for at antage, at kriminalforsorgens medarbejdere aktivt skulle have efterforsket mod ham. Optagelserne med det personbårne aflytningsudstyr er foretaget på baggrund af politiets almindelige efterforskningskompetence, der følger af retsplejelovens § 742 og § 743. Der forelå tilstrækkeligt klare og forudsigelige procedurer for bemyndigelse af og kontrol med infiltrationen, og legalitetskravet i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8, stk. 2, er opfyldt. Agenten ”Frank” har under samtalerne ikke udsat T, der tidligere har ladet sig afhøre i sagen, for et utilbørligt pres, og anvendelsen af beviserne vil efter en samlet bedømmelse ikke være i strid med retten til en retfærdig rettergang efter Menneskerettighedskonventionens artikel 6. Der er på den anførte baggrund heller ikke grundlag for at afvise agentens vidneforklaring.

## **Højesterets begrundelse og resultat**

### *Sagens baggrund og problemstilling*

Den 4. november 2016 blev Louise Borglit dræbt med knivstik i Elverparken i Herlev. Politiet mistænkte T for at være gerningsmanden, men efterforskningen førte ikke til en opklaring. I 2020 afsonede T i en anden sag en dom på fængsel i 8 år i Enner Mark Fængsel og senere i Nørre Snede Fængsel. Med henblik på at afklare mistanken vedrørende drabet på Louise Borglit besluttede politiet og anklagemyndigheden at foretage en infiltration ved at placere en polititjenestemand, ”Frank”, på samme afdeling i Enner Mark Fængsel som T under foregående af, at Frank var varetægtsfængslet i en sag om grov vold mod en kvinde. Samtaler mellem T og Frank, der fandt sted i perioden fra den 30. oktober 2020 til den 21. november 2020, blev optaget med skjult udstyr, som Frank bar på sig, og Ts og Franks celler blev aflyttet frem til i hvert fald den 22. november 2020. Der blev desuden foretaget videooptagelse af en af T og Franks gårdture i fængslet. Der blev endvidere foretaget rumaflytning og observation med

tv-kamera af Ts celle i Nørre Snede Fængsel og af fængslets besøgsrum i forbindelse med, at Frank i perioden fra den 8. december 2021 til den 30. marts 2022 flere gange besøgte T.

Aflytningerne af Ts og Franks celler i Enner Mark Fængsel og rumaflytningen og observation med tv-kamera af Ts celle samt besøgsrum i Nørre Snede Fængsel var godkendt af retten. Anvendelsen af det personbårne optageudstyr til brug for aflytninger af samtaler mellem T og Frank under fællesskab i Enner Mark Fængsel blev besluttet af politiet og anklagemyndigheden. Det fremgår af en kladde vedrørende juridisk ramme for indsættelsen af Frank, at ”1) Det er frivilligt for mistænkte at være sammen med UC”, og ”2) Hvis mistænkte tilkendegiver, at han ikke vil tale om emnet, skal det respekteres i situationen, men er ikke til hinder for, at emnet tages op igen på et senere tidspunkt”.

Ved anklageskrift af 8. november 2022 blev T tiltalt for drabet på Louise Borglit, jf. straffelovens § 237.

Forud for hovedforhandlingen protesterede T mod afspilning af video- og lydoptagelserne fra de to fængsler af kontakten mellem Frank og ham. Ved hovedforhandlingens begyndelse den 2. maj 2023 blev det ved kendelse besluttet at tillade anklagemyndigheden at afspille de omhandlede optagelser med den begrundelse, at der ikke fandtes grundlag for på forhånd at afskære anklagemyndigheden fra at føre beviset, idet det beror på en helhedsvurdering, om en rettergang er retfærdig, jf. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 1. Afgørelsen blev kæret til landsretten, mens hovedforhandlingen fortsatte ved byretten, hvor optagelserne fra samtalerne og Ts snakken med sig selv i egen celle blev afspillet i uddrag. Det fremgår af byrettens kendelse, at der under hovedforhandlingen er afspillet i alt godt 100 lydklip fra disse optagelser med en samlet varighed på adskillige timer. Polititjenestemanden Frank har desuden afgivet forklaring om infiltrationen og indholdet af optagelserne.

Landsretten stadfæstede ved kendelse af 14. juni 2023 byrettens kendelse fra den 2. maj 2023 med bemærkning om, at ”byretten i et spørgsmål af så afgørende karakter efter en i retsmødet foretaget fornøden gennemgang af de tilgængelige optagelser, så vidt muligt burde have truffet afgørelse om, hvorvidt optagelserne kunne indgå som bevis i sagen”. Landsretten anførte, at byretten i forbindelse med den fortsatte hovedforhandling måtte tage endelig stilling til, om

optagelserne kunne indgå som bevis i sagen, og fandt herefter ikke grundlag for at tilsidesætte byrettens kendelse.

Byretten afsagde herefter den 30. juni 2023 kendelse om, at dele af optagelserne kan indgå som bevis i sagen, mens andre dele af optagelserne og dele af Franks vidneforklaring ikke kan indgå. Landsretten ændrede ved den kendelse af 25. september 2023, der er indbragt for Højesteret, byrettens kendelse, således at alle de afspillede video- og lydoptagelser og Franks vidneforklaring i sin helhed kan indgå som bevis i sagen.

Straffesagen mod T er endnu ikke afsluttet ved byretten, men afventer Højesterets kendelse i denne kæresag.

Spørgsmålet i kæresagen er, om optagelserne og polititjenestemanden Franks vidneforklaring kan anvendes som bevis i straffesagen.

#### *Indsættelsen af polititjenestemanden "Frank" (infiltration)*

Som anført af byretten og landsretten er politiets indsættelse af en infiltrator som led i efterforskning af en forbrydelse, der er fuldbyrdet på tidspunktet for indsættelsen, ikke omfattet af retsplejelovens § 754 a om agentvirksomhed. Iværksættelse af et sådant efterforskningskridt er heller ikke i øvrigt nærmere reguleret i retsplejeloven.

Højesteret finder, at en infiltration som den foreliggende kan iværksættes som følge af politiets almindelige efterforskningskompetence, og at dette efterforskningskridt dermed er underlagt et almindeligt sagligheds- og proportionalitetskrav. Når der er tale om infiltration af den foreliggende intensive karakter, bør der på forhånd være givet konkrete, klare og udførlige retningslinjer for infiltratorens virke, og der skal foretages løbende kontrol med infiltratorens ageren under infiltrationen. Brugen af infiltration som efterforskningsmiddel i sig selv medfører ikke, at Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 1, om retten til en retfærdig rettergang er krænket.

Ved vurderingen af, om indsættelsen af Frank som infiltrator var et sagligt og proportionalt efterforskningskridt, må der lægges vægt på, at der var tale om en intensiv form for infiltration, der var rettet mod en mistænkt person, der var indsat i et fængsel, og som angik en alle-

rede begået forbrydelse og havde til formål via en form for kammeratskab at få oplysninger fra T, som i givet fald ville kunne inkriminere ham selv. Der må imidlertid også lægges vægt på den efterforskede forbrydelses særdeles alvorlige karakter og oplysningerne om mistanken mod T og om, at andre efterforskningsmuligheder var udtømt.

Højesteret finder efter en samlet vurdering, at politiet og anklagemyndighedens beslutning om at iværksætte den omhandlede infiltration var saglig og proportional. Højesteret finder endvidere, at der har været ført tilstrækkelig kontrol med infiltrationen.

#### *Retsplejelovens § 774*

T har gjort gældende, at kriminalforsorgens personale i strid med retsplejelovens § 774 har været benyttet til at efterforske mod ham.

Højesteret finder, at der efter oplysningerne i sagen ikke er grundlag for at antage, at medarbejderne i de fængsler, hvor T afsonede, aktivt har efterforsket mod ham. Allerede derfor er retsplejelovens § 774 ikke overtrådt.

#### *Aflytningen og legalitetskravet efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*

T har gjort gældende, at aflytningen af ham ikke har hjemmel i dansk ret, og at der som følge af den manglende hjemmel foreligger en krænkelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8, stk. 2.

Det følger af praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at hemmelig overvågning og aflytning af privatpersoner til brug for en efterforskning, der sker under medvirken og teknisk bistand fra offentlige efterforskningsmyndigheder, udgør et indgreb i udøvelsen af den aflyttedes privatliv efter Menneskerettighedskonventionens artikel 8, stk. 1, jf. bl.a. Domstolens dom af 14. oktober 2021 i sag 72531/13 (Lysyuk mod Ukraine), præmis 51. Et sådant indgreb skal for at være i overensstemmelse med konventionen bl.a. have hjemmel i loven, jf. artikel 8, stk. 2.

Det er ikke nærmere reguleret i retsplejeloven, om politiet må optage samtaler, som infiltratoren selv deltager i som led i infiltrationen.

Højesteret finder af de grunde, som er anført af landsretten, at legalitetskravet i Menneskerettighedskonventionens artikel 8, stk. 2, ikke er opfyldt med hensyn til aflytningerne foretaget af polititjenestemanden Frank ved brug af personbåret skjult aflytningsudstyr i et fængsel som led i efterforskningen rettet mod T.

*Vurderingen af om beviserne kan indgå i sagen*

T har gjort gældende, at en anvendelse af optagelserne som bevis i sagen vil medføre, at hans ret til en retfærdig rettergang efter Menneskerettighedskonventionens artikel 6 vil blive krænk-  
ket. Han har herved henvist til, at legalitetskravet i artikel 8, stk. 2, ikke er opfyldt. Han har desuden henvist til, at samtlige samtaler mellem ham og polititjenestemanden Frank har karakter af afhøringer, og da han ikke i forbindelse med disse afhøringer er blevet vejledt om retten til ikke at udtale sig, er formkravene i retsplejeloven om afhøringer ikke blevet overholdt, og forbuddet mod selvinkriminering er blevet tilsidesat.

Ifølge praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er Menneskerettighedskonventionens artikel 6 om retten til en retfærdig rettergang ikke generelt til hinder for brug af beviser, der måtte være fremskaffet i strid med national ret, eller brug af beviser, der måtte være tilvejebragt i strid med konventionen. Det afgørende er, om den nationale proces efter en helhedsvurdering er rimelig. I denne vurdering indgår karakteren og tyngden af den tilsidesatte rettighed, og om forsvarets rettigheder er respekteret, herunder om forsvaret har mulighed for at anfægte og imødegå beviset og foranstalte yderligere bevisførelse. Det indgår også, om beviset er pålideligt, herunder om de omstændigheder, som beviset er opnået under, rejser tvivl om dets værdi eller nøjagtighed. Bevisets betydning spiller også en rolle, idet det indgår i vurderingen, om beviset er det eneste eller afgørende bevis. Endelig skal der foretages en afvejning mellem det offentlige interesse i efterforskning og strafforfølgning af forbrydelser og den anklagedes interesse i, at beviser tilvejebringes på en lovlig måde.

Højesteret tiltræder af de grunde, landsretten har anført, at det forhold, at legalitetskravet i Menneskerettighedskonventionens artikel 8, stk. 2, ikke er opfyldt, ikke i sig selv er til hinder for, at optagelser fra personbåret aflytningsudstyr vil kunne anvendes som bevis i en straffesag.

Om Ts ret til ikke at udtale sig og til ikke at inkriminere sig selv er blevet tilsidesat, beror på en vurdering af samtalerne mellem ham og polititjenestemanden Frank.

Om samtalerne må det lægges til grund, at T flere gange selv bragte drabet i Elverparken ind i samtalerne, og at han i mange af disse samtaler optrådte som den styrende, mens Frank overvejende lyttede eller stillede almindelige konversationsspørgsmål til det, som T fortalte. Højesteret finder dog, at der undervejs i nogle af samtalerne forekommer momenter, hvor samtalen isoleret set har træk, som kan sammenlignes med en afhøring, fordi Frank blev mere styrende for samtalen og bl.a. udtalte sig vedholdende om, at Ts tidligere udtalelser om drabet ikke kunne passe.

Højesteret finder, at alle samtalerne mellem T og polititjenestemanden Frank foregik frivilligt og uden, at T er blevet udsat for et utilbørligt pres for at få ham til at tale med Frank om det efterforskede drab. Han er uanset belastningen ved at afsone straf i et fængsel ikke fremstået som værende særligt sårbar i relationen til Frank.

Som anført af landsretten er der ikke tvivl om lydoptagelsernes ægthed, og T har haft adgang til at anfægte, at optagelserne kan indgå i sagen, og han vil frit kunne argumentere imod at tillægge dem bevismæssig betydning, når byretten skal afgøre skyldspørgsmålet. Anklagemyndigheden har oplyst, at den også påberåber sig andre beviser i sagen.

Efter en helhedsvurdering af de anførte forhold finder Højesteret ligesom landsretten, at det ikke vil være i strid med retten til en retfærdig rettergang, der følger af Menneskerettighedskonventionens artikel 6, stk. 1, at tillade anklagemyndigheden at anvende hele det video- og lydoptagede materiale og polititjenestemanden Franks vidneforklaring som bevis i sagen. Der er under de ovenfor anførte omstændigheder heller ikke i øvrigt sket en sådan tilsidesættelse af retssikkerhedsmæssige hensyn til T, at optagelserne og vidneforklaringen ikke kan indgå som bevis i sagen.

### *Konklusion*

På den anførte baggrund tiltræder Højesteret, at samtlige de for byretten afspillede video- og lydoptagelser og polititjenestemandens vidneforklaring kan indgå som bevis i sagen.

Højesteret stadfæster derfor landsrettens kendelse.

**Thi bestemmes:**

Landsrettens kendelse stadfæstes.

Statskassen skal betale kæresagens omkostninger for Højesteret.