

## **Ekstraktudskrift af retsbogen.**

Den 30. juni 2023 kl. 13.15

.....

Ingen var indkaldt eller mødt.

Retten afsagde

### **Kendelse**

#### Påstande

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 infiltrators 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 tilskyde 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 lydklip 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 anvendelse af agenter som led i efterforskningen af kriminalitet er et efterforskningsmiddel, der er reguleret i retsplejelovens § 754 a, som regulerer den øvre grænse for agentvirksomhed – provokationsforbuddet.

På baggrund af Strafferetsplejeudvalgets betænkning nr. 1023/1984 om Politiets indgreb i meddelel-seshemmeligheden og anvendelse af agenter, blev der i 1986 i retsplejelovens §§754 a – 754 e ind-ført bestemmelser om politiets brug af agenter, som led i efterforskningen af lovovertrædelser. Reg-lernes udformning retter sig mod tilfælde, hvor politiet som led i efterforskningen foranlediger, at der tilbydes bistand og træffes foranstaltninger, der specifikt tilsigter at fremme lovovertrædelsens udførelse eller fortsættelse ved at tilskynde nogen hertil.

Der var i Strafferetsplejeudvalget enighed om, at agentvirksomhed ikke udgør et straffeprocessuelt tvangsindgreb, da der ikke gøres indgreb i en individuel beskyttelsesinteresse, men udvalget fandt, at agentvirksomhed skulle undergives en regulering, da der var betænkeligheder forbundet med me-toden.

Reglerne i retsplejelovens § 754 a om agentvirksomhed regulerer således de tilfælde, hvor politiet som led i efterforskningen af en lovovertrædelse, foranlediger, at der tilbydes bistand til eller træf-fes foranstaltninger med henblik på at tilskynde nogen til at udføre eller fortsætte lovovertrædelse. Det fremgår af bestemmelsen, at agentvirksomhed er forbeholdt de grovere sager, hvorved forstås lovovertrædelser, der kan straffes med fængsel i 6 år eller derover, jf. retsplejelovens § 754 a, stk. 1, nr. 3. Det kræves endvidere, at efterforskningskridtet er af afgørende betydning for efterforskning-en, jf. retsplejelovens § 754 a, stk. 1, nr. 2. Endelig kræves, at der er en begrundet mistanke om, at lovovertrædelsen er ved at blive begået, jf. retsplejelovens § 754 a, stk. 1, nr. 1.

Infiltration er ikke nærmere reguleret i retsplejeloven.

Af Strafferetsplejeudvalgets betænkning nr. 1023/1984 om Politiets indgreb i meddelel-seshemmeligheden og anvendelse af agenter, side 125 og 127, fremgår blandt andet:

”...

### Kapitel 3. Politiets anvendelse af agenter som led i efterforskningen af lovovertrædelser:

#### 3.1. Om aktiv efterforskning og ”agent provocateur”; oversigt og begreber.

...

Aktiv efterforskning kan bestå i, at politiet skygger eller på anden måde holder øje med bestemte personer, at man lader civilklædte politifolk færdes i kriminelle miljøer, f.eks. i stærkt belastede bydele eller på værtshuse. Politiet kan endvidere anvende meddelere, ofte anonyme, der videregiver oplysninger om påtænkte forbrydelser, og man har i beskedent omfang mulighed for at yde sådanne personer dusør for deres indsats.

Aktiv efterforskning består af en mangfoldighed af adfærdsmåder, og det er næppe muligt og formålstjenligt at forsøge at definere begrebet nærmere.

En række tilfælde af aktiv efterforskning har påkaldt sig særlig opmærksomhed. Disse tilfælde er karakteristiske ved, at de indeholder en meget høj grad af aktivitet fra politiets side, og i visse tilfælde af politiets virksomhed indeholder fristelsesmomenter, som har til formål at afsløre gerningsmanden til en forbrydelse.

Politiet kan anvende infiltration i kriminelle kredse. Begrebet infiltration dækker over et bredt spektrum af politivirksomhed, jfr. Gammeltoft-Hansen, U.1979 B.15. Det kan strække sig lige fra den politimand, der jævnligt frekventerer et bestemt værtshus for at lytte til gæsternes samtale, til en organiseret infiltration af kriminelle eller potentielt kriminelle miljøer og organisationer som beskrevet af Greve i Dansk Politi 1976, side 45.

...”

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 Schønsted.

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 butiksbestyrelse, 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 meddeler 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 butiksbestyrelsen. 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 artikel 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 anvendelsen 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 afdekke, 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 fællesskabsmakker 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 provokationselement, 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 få 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 afsøgte 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 krænkede.

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 fået 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 afhøringssituationer eller samtaler, der iagttagelsesmæssigt udgjorde selvkrimineringsforbuddet og retten til ikke at udtale sig. Det må således tillægges betydning, om Frank ved samtalerne med tiltalte stillede ”naturlige” konversations spørgsmål 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 til lige 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 kniv-overfald, 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 fået 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 sidestilles med de tidligere omtalte samtaler, som



heller ikke har karakter af afhøringer. 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” konversations spørgsmål 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.

Sagen udsat.

Retten hævet.

.....