

Ulovligt tilvejebragte beviser inden for straffeprocessen

En analyse af danske domstoles og den Europæiske
Menneskerettighedskonventions retspraksis

Martin Rosenvold Jensen
2016 – Aalborg Universitet – Kandidatspeciale
Studienummer: 20104837

Titelblad

Dokumentets type:	Juridisk kandidatspeciale
Retsområde:	Straffeprocess og strafferet
Dansk titel:	Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen - En analyse af danske domstoles og den Europæiske Menneskerettighedskonventions retspraksis
Engelsk titel:	Unlawfully obtained evidence within the criminal procedure - An analysis of court cases from the Danish courts and the European Court of Human Rights
Forfatter:	Martin Rosenvold Jensen
Vejleder:	Lene Wachter Lentz
Afleveringsdato:	17. maj 2016
Antal sider eksklusiv bilag:	46 sider
Antal sider inklusiv bilag:	49 sider

Indhold

Abstract	4
1. Indledning, emnevalg og problemformulering.....	5
1.1 Indledning og emnevalg	5
1.2 Problemformulering	5
2. Afgrænsning.....	6
3. Metode og materialer	6
3.1 Specialet anvender den retsdogmatiske metode.....	7
3.2 Specialet anvender ikke den <i>komparative metode</i>	7
3.3 Anvendte materialer i specialet	7
4. Hvad er et ulovligt tilvejebragt bevis?	8
4.1 <i>Ulovligheden</i> knytter sig til <i>tilvejebringelsen</i>	8
4.2. <i>Ulovligt tilvejebragte beviser</i> eller " <i>mangler ved bevisets tilvejebringelse</i> "?	8
4.3 Sammenfatning	9
5. <i>Den materielle sandheds princip og fair trial</i>	9
5.1. <i>Den materielle sandheds princip</i>	10
5.1.1 Den generelle betydning af <i>den materielle sandheds princip i straffeprocessen</i>	10
5.1.2 Betydningen af den materielle sandheds princip i forbindelse med admission af ulovligt tilvejebragte beviser	11
5.2 <i>Fair trial</i>	12
5.2.1 Betydningen af inkorporeringen EMRK i dansk ret	12
5.2.2 <i>Fair trial</i>	12
5.2.3 EMD og ulovligt tilvejebragte beviser.....	13
6. Reglerne inden for efterforskning og tvangsindgreb	14
6.1 Politiets efterforskningsskridt	14
6.1.1 Forsvarerens tilstedeværelse under fotoforevisninger og konfrontationer	14
6.2 Tvangsindgreb	15
6.3 Ransagning.....	16
6.3.1 Hvor kan politiet foretage ransagninger?.....	16
6.3.2 Kompetencereglerne	16
6.3.3 Ransagning hos en mistænkt og en ikke-mistænkt	17
6.3.4 Proportionalitetsprincippet og skånsomhedsgrundsætningen.....	17
6.4 Reglerne ved fotoforevisning og konfrontationer.....	18
6.4.1 Forevisning af fotografier af mistænkt, jf. § 812	18

6.4.2 Fremgangsmåden for fotoforevisning og konfrontationsparader er reguleret af administrative regler.....	18
6.4.3 Konfrontationsparader	19
7. Analyse af dansk retspraksis.....	19
7.1 Ulovlige ransagninger	19
7.1.1 Overtrædelse af kompetenceregler	20
7.1.2 Delkonklusion	24
7.1.3 Overtrædelse af reglerne for ransagningens fremgangsmåde	24
7.1.4 Delkonklusion	27
7.1.5 Overtrædelse af de materielle regler	28
7.2 Fotoforevisning og konfrontationer	28
7.2.1 Kompetencen til sammensætningen af en fotomappe ligger hos politiet desuagtet manglende ensartethed mellem sigtede og figuranterne.....	28
7.2.2 Graverende fejl ved foretagelsen af fotokonfrontationer forringer bevisværdien.....	29
7.2.3 Forsvarerens manglende tilstedeværelsen	30
7.2.4 Konfrontationsparader skal indeholde figuranter.....	33
7.2.5 Delkonklusion	34
7.3 Retspraksis omhandlende ulovlig agentvirksomhed.....	34
7.3.1 Manglende retskendelse i forbindelse med agentvirksomhed.....	34
7.3.2 Retspraksis hvor §§ 754 a-d ikke var overholdt	35
7.3.3 Delkonklusion	36
8. Analyse af praksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol	36
8.1 Praksis fra EMD, hvor art. 6 var krænket som følge af tortur og inhuman behandling	36
8.1.1 Delkonklusion	38
8.2 Afgørelser hvor EMD fandt, at art. 6 ikke var krænket	39
8.2.1 Krænkelser af art. 8 kan ikke nødvendigvis føre til krænkelse af art. 6	39
8.2.2 Delkonklusion	40
8.3 Afgørelser hvor EMD fandt krænkelse af art. 6.....	40
8.3.1 Delkonklusion	42
9. Konklusion	42
9.1 De danske domstole admitterer som udgangspunkt ulovligt tilvejebragte beviser	42
9.2 Forsæt i forbindelse med den ulovlige tilvejebringelse medfører eksklusion	43
9.3 Ved forsvarerens manglende tilstedeværelse, skal beviset ekskluderes	43
9.4 Beviser tilvejebragt i strid med kompetenceregler admitteres	43

9.5 Beviser, som er blevet tilvejebragt ved krænkelse af art. 3 og anvendt i straffesagen, medfører krænkelse af art. 6.....	43
Litteraturliste.....	44
Bilag A – Spørgsmål til Rigspolicefen og Direktionssekretariatet	46
Spørgsmål:.....	46
Svar fra <i>Rigspolitiet</i> :.....	46
Bilag B.....	47

Abstract

The subject of this thesis is “*Unlawfully obtained evidence within the Danish criminal procedure*”. The main focus of the thesis has been to analyze the court cases from the Danish courts and analyze how the court rules in cases involving unlawfully obtained evidence.

The thesis involves court cases where evidence has been obtained unlawfully through searches, confrontations and “*agent provocateurs*”.

The thesis also includes court cases from the European Court of Human Rights. The reason behind this, is due to the fact that Denmark have incorporated the European Convention of Human Rights, and are obliged by the convention to secure that human rights are upheld to everyone.

The thesis concludes from the analysis that there exists five principles, that shows the legal the legal position within the Danish criminal procedure.

Firstly, it can be concluded, that the Danish courts rules the unlawfully obtained evidence admissible.

Secondly, the court case U.1995.752, proves that the Danish courts will exclude unlawfully obtained evidence from the criminal trial, if the police intentionally have obtained the evidence unlawfully.

Thirdly, the recent court cases U.2015.816 V proves, that if the defendant’s lawyer aren’t present during a confrontation, the obtained evidence is unlawfully obtained and would be inadmissible.

Fourthly, court cases such as U.2012.2225Ø establish that, if the police unlawfully obtains evidence without warrant, the evidence would still be admissible.

Fifthly, courts cases from the European Court of Human Rights, such as Jalloh v. Germany, Gäfgen v. Germany and Harutanyan v. Armenia, proves, that an unlawfully obtained evidence, obtained through the breaching of Article 3 and used in a national criminal trial, would be ruled as *unfair*.

1. Indledning, emnevalg og problemformulering

1.1 Indledning og emnevalg

Dette speciale vil omhandle ulovligt tilvejebragte beviser inden for straffeprocessen. Emnet er svagt beskrevet i den juridiske litteratur, hvilket efter alt at dømme skyldes, at afgørelserne på området i stort omfang er utrykt.

Retsplejeloven regulerer ikke spørgsmålet om, hvordan domstolene skal forholde sig til ulovligt tilvejebragte beviser. Derfor vil specialet foretage analyser af dansk retspraksis til brug for belysningen af retsstillingen.

Når domstolene forholder sig til ulovligt tilvejebragte beviser, er det med henblik på enten at admittere eller ekskludere beviset. Herved forstås, at de danske domstole tager stilling, hvorvidt et ulovligt tilvejebragt bevis skal føres under straffesagen.

Det vil ofte fremgå af analysen af dansk retspraksis, at *den materielle sandheds princip* har stor betydning for, hvorvidt et bevis admitteres eller ekskluderes. Den materielle sandheds princip er det grundlæggende princip inden for straffeprocessen.

Eftersom Danmark har inkorporeret den Europæiske Menneskerettighedskonvention¹, vil retspraksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol² blive inddraget. Årsagen hertil ligger i, at Danmark er forpligtet til, at overholde bestemmelserne i EMRK, jf. EMRK art. 1.

1.2 Problemformulering

Specialets problemformulering er: *Hvilke grundsætninger kan konstateres i forbindelse med admission og eksklusion af ulovligt tilvejebragte beviser ud fra de danske domstoles retspraksis, og er grundsætningerne i overensstemmelse med den Europæiske Menneskerettighedsdomstol?*

Til brug for besvarelse af specialets problemformulering, vil begrebet ”*ulovligt tilvejebragte beviser*” blive søgt defineret gennem retspraksis og juridisk litteratur.

¹ Fremover vil den Europæiske Menneskerettighedskonvention blive omtalt som EMRK

² Fremover vil den Europæiske Menneskerettighedsdomstol blive omtalt som EMD

2. Afgrænsning

Specialet omhandler udelukkende ulovligt tilvejebragte beviser inden for *straffeprocessen*. Ulovligt tilvejebragte beviser inden for andre retsområder, eksempelvis civilprocessen, vil ikke blive inddraget i specialet.

Ydermere vil specialet kun omhandle beviser, som er blevet ulovligt tilvejebragt af politiet. Beviser, som er blevet ulovligt tilvejebragt af private personer eller af andre myndigheder er ikke omfattet af specialets emne.

I 2003 udkom bogen "*Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*".³ Bogen er forfatter Birgitte Brøbechs ph.d.-afhandling, og indeholder en række emner, der knytter sig til ulovligt tilvejebragte beviser.

Specialet vil udelukkende inddrage retspraksis fra de danske domstole, som omhandler beviser, der er blevet tilvejebragt i forbindelse med politiets foretagelse af ransagninger, fotoforevisning og konfrontationer, samt agentvirksomhed.

Af pladsmæssige hensyn, vil specialet ikke inddrage beviser tilvejebragt ved ulovlige vidneafhøringer⁴, beviser tilvejebragt ved ulovlige afhøringer af sigtede⁵, beviser tilvejebragt ved ulovlige henvendelser til sagkyndige om udarbejdelse af erklæringer⁶, samt beviser ulovligt tilvejebragt af private⁷. Ydermere vil specialet ikke inkludere disciplinære sanktioner over for tilvejebringeren af et ulovligt tilvejebragt bevis.⁸

3. Metode og materialer

I dette kapitel vil specialets metode blive gennemgået. Derudover vil materialet til brug for besvarelse af specialets problemformulering blive redegjort for.

³ Jf. *Birgitte Brøbech*, "Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 1. udgave.

⁴ ⁴ Jf. *Birgitte Brøbech*, "Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 1. udgave, kapitel 5.

⁵ Jf. *Birgitte Brøbech*, "Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 1. udgave, kapitel 6.

⁶ Jf. *Birgitte Brøbech*, "Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 1. udgave, kapitel 8.

⁷ Jf. *Birgitte Brøbech*, "Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 1. udgave, kapitel 9.

⁸ Jf. *Birgitte Brøbech*, "Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 1. udgave, kapitel 11.

3.1 Specialet anvender den retsdogmatiske metode

Specialet anvender den retsdogmatiske metode, som er karakteriseret ved, at beskrive, fortolke og systematisere gældende ret. Metoden anvendes i specialet på følgende måde:

Med henblik på analysen, vil specialet beskrive de relevante regler inden for retsplejeloven. Herved forstås de grundlæggende regler og principper inden for efterforskning og tvangsindgreb. Herefter vil de specifikke regler inden for ransagninger, samt fotoforevisning og konfrontationer, blive redegjort for. Den materielle sandheds principps betydning i forbindelse med admission og eksklusion af et ulovligt tilvejebragt bevis, vil ligeså være genstand for redegørelse. Eftersom den Europæiske Menneskerettighedskonvention er en del af dansk ret, vil princippet om *fair trial* og dets betydning blive gennemgået.

Efterfølgende vil specialet analysere retspraksis fra de danske domstole. Formålet med analysen er, at komme frem til, hvilke kriterier de danske domstole opstiller og anvender i praksis til vurderingen af, hvorvidt et ulovligt tilvejebragt bevis skal admitteres eller ekskluderes.

Slutteligt vil specialet analysere retspraksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Formålet med analysen er, at undersøge hvordan den Europæiske Menneskerettighedsdomstol forholder sig til ulovligt tilvejebragte beviser. Analysens formål er, at sammenligne dansk retspraksis med retspraksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, til brug for besvarelsen af, hvorvidt de danske domstoles afgørelser er i overensstemmelse med retspraksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

3.2 Specialet anvender ikke den komparative metode

Den komparative metode fungerer som sammenligningsgrundlag mellem dansk ret og fremmed ret. Specialet inddrager bestemmelserne i EMRK og praksis fra EMD, men eftersom EMRK er inkorporeret i dansk ret, kan der således ikke være tale om komparativ metode. Metoden kunne med fordel anvendes inden for emnet til brug for belysning af andre landes regler inden for ulovligt tilvejebragte beviser. Grundet restriktioner inden for antallet af tilladte sider, ville en komparativ analyse af andre landes regler på området kun have ringe værdi for specialets besvarelse. Inddragelsen af metoden, ville – grundet pladmangel – kun have overfladisk betydning.

3.3 Anvendte materialer i specialet

Til brug for besvarelsen af specialets problemformulering vil retspraksis fra de danske domstole blive anvendt. Retspraksis vil blive analyseret, og de danske domstoles begrundelser i forbindelse med admission og eksklusion af ulovligt tilvejebragte beviser, vil danne grundlag for opstillinger af

hovedregler og undtagelser, samt kriterier og hensyn. Praksis fra EMD vil tillige blive analyseret, af de samme grunde som ved dansk retspraksis.

Juridisk litteratur og betænkninger fra Justitsministeriets Strafferetsplejeudvalg vil blive inddraget til brug for definition af begreber, samt til brug for redegørelse af gældende ret.

I forlængelse heraf, er der indhentet en udtalelse fra Rigspolitiet vedrørende administrative regler inden for fotoforevisninger, jf. Bilag A, samt en vejledning om fotoforevisning og forsvarerens tilstedeværelse ved disse, jf. Bilag B.

4. Hvad er et ulovligt tilvejebragt bevis?

Til brug for besvarelsen af specialets problemformulering, er det en nødvendighed, at definere begrebet *ulovligt tilvejebragte beviser*. I dette kapitel, vil begrebet blive søgt defineret.

4.1 Ulovligheden knytter sig til tilvejebringelsen

Indledningsvist må det påpeges, at udtrykket *ulovligt* knytter sig tilvejebringelsen af *beviset*. Herved forstås, at politiet som led i deres efterforskning ikke har overholdt reglerne i retsplejeloven, som regulerer efterforskningsskridt og tvangsindgreb. Der kan dog også være tale om situationer, hvor politiet ikke har overholdt en administrativ forskrift. Eksempelvis i forbindelse med foretagelsen af en fotoforevisning eller i forbindelse med foretagelsen af konfrontationer.

Det må tillige fremhæves, at den ulovlige fremgangsmåde skal have medført tilvejebringelsen af et bevis. Eksempelvis foreligger der ikke et ulovligt tilvejebragt bevis, hvis politiet har foretaget en ulovlig ransagning, men i forbindelse hermed, ikke har tilvejebragt et bevis.

4.2. Ulovligt tilvejebragte beviser eller "mangler ved bevisets tilvejebringelse"?

Forhenværende landsdommer Peter Rørdam har stillet spørgsmålstegn ved benævnelsen af retsområdet. I sin artikel "*Mangler ved bevisets tilvejebringelse*"⁹ skriver Peter Rørdam, at ulovligt tilvejebragte beviser "*giver (...) associationer til, at politiet bevidst sætter sig ud over reglerne for at fremskaffe beviser, men det vil kun sjældent være tilfældet. Det er derfor mere dækkende at bruge overskriften 'Mangler ved bevisets tilvejebringelse'. Der vil normalt være tale om manglende omtanke, kluntethed eller misforståelse af reglerne*"¹⁰. Til støtte for Peter Rørdams argumentation kan nævnes *FM 1994.172/1*¹¹, hvor Højesteret fandt, at politiets overtrædelser af retsplejelovens

⁹ Jf. Peter Rørdam, "Mangler ved bevisets tilvejebringelse" af fhv. landsdommer Peter Rørdam, U.2001B.337, s. 1

¹⁰ Jf. Peter Rørdam, "Mangler ved bevisets tilvejebringelse" af fhv. landsdommer Peter Rørdam, U.2001B.337, s. 1

¹¹ Jf. *Fuldmægtigen*, 66. årgang, december 1994, Dommerfuldmægtigforeningen og Politifuldmægtigforeningen, sag nr.596, s. 172

regler skyldtes en misforståelse. Hertil kan tilføjes, at byretten i *Vestre Landsrets kendelse af 22. december 1995*¹², kaldte politiets overtrædelse af retsplejelovens regler for en kritisabel fejl. Til trods for, at domstolene i de ovennævnte afgørelser omtaler politiets overtrædelser som værende ”misforståelser” og ”fejl”, skal det pointeres, at byretten i sidstnævnte afgørelse fandt, at ransagningen havde været ulovlig.

Forfatter til ph.d.-afhandlingen ”*Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*”, Birgitte Brøbech, er delvist enig i Peter Rørdams kritik. Hun skriver således, at mange af afgørelserne inden for området har det tilfælles, at politiet ubevidst i forbindelse med tilvejebringelsen ikke har overholdt reglerne inden for retsplejeloven. På trods af dette, finder hun, at den nuværende benævnelse er den mest korrekte.¹³

Peter Rørdams påstand antages, at være delvist korrekt, da ulovligt tilvejebragte beviser ikke altid omhandler overtrædelser af retsplejelovens regler om tvangsindgreb. Det må pointeres, at der findes retspraksis, hvor administrative forskrifter er blevet overtrådt. Af specialets analyse af dansk retspraksis vil det fremgå, at politiets overtrædelser af retsplejeloven aldrig har karakter af forsætlige handlinger. I enkelte sager havde forsvaret nedlagt påstand om, at et ulovligt tilvejebragt bevis skulle ekskluderes, da politiet havde handlet forsætligt, jf. U.1995.752H.

I specialets kapitler omhandlende analyse af dansk retspraksis, vil det ofte fremgå, at politiet har tilsidesat retsplejelovens regler. Hvorvidt politiet har handlet forsætligt må antages, at være irrelevant i forbindelse med definitionen af ulovligt tilvejebragte beviser. En overtrædelse af retsplejelovens regler må betegnes som ulovlig desuagtet politiets forsæt i forbindelse med tilvejebringelsen.

4.3 Sammenfatning

Specialet vil anvende benævnelsen *ulovligt tilvejebragte beviser*. Selvom benævnelsen ikke tager højde for tilvejebringelse af beviser i strid med administrative forskrifter, anses det den nuværende benævnelse som værende den mest korrekte.

5. Den materielle sandheds princip og fair trial

I det følgende kapitel vil specialet redegøre for *den materielle sandheds princip* og *fair trial*.

Principperne inddrages i specialet, da disse principper – ud fra dansk domstolspraksis og EMD

¹² Jf. *Landsforeningen af Forsvarsadvokater*, Landsforeningens Meddelelser 23/1998

¹³ Jf. *Birgitte Brøbech*, ”Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 1. udgave, s. 5

praksis – må siges, at have betydning for, hvorvidt et ulovligt tilvejebragt bevis admitteres eller ekskluderes.

5.1. Den materielle sandheds princip

Kapitel 5.1. om den materielle sandheds princip vil blive inddelt i to underkapitler. Det indledende kapitel 5.1.1 vil redegøre for betydningen af den materielle sandheds princip straffeprocessen *generelt*. Kapitel 5.1.2 vil redegøre for betydningen af den materielle sandheds princip i forhold til ulovligt tilvejebragte beviser.

I bogen "*Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*", opstiller forfatteren en række hensyn, som har betydning for de danske domstoles afgørelser i forbindelse med eksklusion af ulovligt tilvejebragte beviser.¹⁴ Af kapitlet nævnes hensyn som "*Hensynet til retssystemets troværdighed og omdømme*" og "*præventionshensynet*".¹⁵ Specialet vil ikke gennemgå disse hensyn, da hensynene vurderes som værende retspolitiske hensyn, der ikke kan udledes af dette speciales de danske domstoles begrundelser i forbindelse med afgørelser omhandlende ulovligt tilvejebragte beviser.

5.1.1 Den generelle betydning af den materielle sandheds princip i straffeprocessen

Det grundlæggende princip for straffeprocessen er *den materielle sandheds princip*. Princippet adskiller sig fra civilprocessens *forhandlingsmaksime*. Inden for civilprocessen træffer domstolen sin afgørelse på baggrund af beviserne som sagens parter har fremlagt. Retten i civile sager har som udgangspunkt ikke mulighed for, at søge sagen nærmere belyst end det sagens parter har fremlagt som beviser.¹⁶ Anderledes forholder det sig i straffeprocessen, hvor retten har flere beføjelser til, at få sandheden belyst.

Rettens særlige beføjelser kommer i særdeleshed til udtryk i retsplejelovens § 867, hvor retten er "*berettiget og forpligtet*" til, at til stille spørgsmål til vedkommende, som afhøres, hvis det er begrundet i "*sandhedens interesse*", jf. ordlyden i § 867. Ydermere kan retten af egen drift anmode om, at et bevis skal føres, selvom hverken anklagemyndigheden eller forsvaret har begæret beviset ført, jf. § 874, stk. 3.

¹⁴ Jf. Birgitte Brøbech, "Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 1. udgave, kap. 2.

¹⁵ Jf. Birgitte Brøbech, "Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 1. udgave, henholdsvis s. 33-38 og 23-29

¹⁶ Jf. Bernhard Gomard og Michael Kistrup, "Civilprocessen", Karnov Group Denmark A/S, 2013, 7. udgave/1. oplag, s. 29

Formålet med den materielle sandheds princip, at nå frem til ”(...) *det relevante objektive begivenhedsforløb* (...)”.¹⁷ ”(...) *den virkelige sandhed* (...)”.¹⁸ Den materielle sandheds princip er ikke direkte reguleret i retsplejeloven. Derimod kommer princippet til udtryk i en række bestemmelser i retsplejeloven.

I forlængelse heraf kan nævnes *objektivitetsprincippet*. Objektivitetsprincippet regnes som værende en del af den materielle sandheds princip.¹⁹ Princippet er reguleret af retsplejelovens § 96, stk. 2, hvori bestemmes, at anklagemyndigheden og politiet har pligt til, at *strafskyldige personer* straffes og *uskyldige* ikke bliver udsat for strafforfølgelse.

Princippet kommer også til udtryk ved tilståelsessager, jf. § 831, stk. 1, nr. 1. I henhold til denne bestemmelse, kan domstolene ikke på baggrund af en tilståelse fra en sigtet afsige dom i sagen. Det følger af bestemmelsen, at domstolene kun kan dømme den sigtede, hvis tilståelsen er i overensstemmelse med sagens omstændigheder.

5.1.2 Betydningen af den materielle sandheds princip i forbindelse med admission af ulovligt tilvejebragte beviser

Et af midlerne, hvorpå retten kan finde frem til den materielle sandhed er ved den *frie bevisbedømmelse*, som er hjemlet i retsplejelovens § 880, 2. pkt. Bestemmelsen siger, at bevisførelsen inden for straffeprocessen ikke er ” (...) *bundet ved lovregler*”, jf. ordlyden i § 880, 2. pkt.

I specialets analyse, vil betydningen af den frie bevisbedømmelse, indgå som en mulig forklaring på de danske domstoles afgørelser. Årsagen hertil er, at ulovligt tilvejebragte beviser i disse sager, sjældent ekskluderes fra bevisførelsen. Når beviser endelig bliver ekskluderet fra bevisførelsen, skyldes dette, at der er foretaget graverende fejl i tilvejebringelsen, at domstolene finder beviset upålideligt og retssikkerhedsmæssigt problematisk, at tillade beviset ført.

Som udgangspunkt, taler den frie bevisbedømmelse for, at ulovligt tilvejebragte beviser admitteres til brug under hovedforhandlingen. Hvorvidt og i hvilken grad det ulovlige tilvejebragte bevis er upålideligt, vurderes af retten.

¹⁷ Jf. *Hans Gammeltoft-Hansen*, ”Straffeprocessuelle tvangsindgreb – Retspolitiske studier”, Juristforbundets Forlag, 1981 s.66

¹⁸ Jf. *Bernhard Gomard og Michael Kistrup*, ”Civilprocessen”, Karnov Group Denmark A/S, 2013, 7. udgave/1. oplag, s. 29

¹⁹ Jf. *Hans Gammeltoft-Hansen*, ”Strafferetspleje”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave/1. oplag, 1998, s. 67.

5.2 Fair trial

Kapitlet om *fair trial* er inddelt i to underkapitler. Først og fremmest vil forholdet mellem dansk ret og EMRK være genstand for en redegørelse. Sekundært vil betydning af *fair trial* blive gennemgået.

5.2.1 Betydningen af inkorporeringen EMRK i dansk ret

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention blev inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 285 af 29 april 1992 med ikrafttræden d. 1. juli 1992. Betydningen af inkorporeringen har været, at en række bestemmelser i den Europæiske Menneskerettighedskonvention er blevet direkte anvendelige i dansk ret.²⁰ I forlængelsen heraf, kan det påpeges, at EMRK ikke udelukkende er ” (...) *folkeret, men dansk ret*”.²¹

Staterne, som har inkorporeret EMRK, er forpligtede til, at overholde menneskerettighederne i sektion 1 af EMRK, jf. EMRK art. 1. De i sektion 1 nævnte menneskerettigheder og relevante bestemmelser i forhold til specialets emne er art. 3 (forbuddet mod tortur og inhuman behandling), art. 6 (Retten til retfærdig rettergang), samt art. 8 (retten til respekt for privat- og familieliv).

Som nævnt har staterne en pligt til, at overholde menneskerettighederne i EMRK. Såfremt en stat eller et individ er af den overbevisning, at en stat ikke har overholdt menneskerettighederne, kan staten eller individet indbringe en klage til den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, jf. henholdsvis art. 33 og 34.²²

Det følger af EMRK art. 46 §1, at staterne er forpligtede til, at efterleve EMD's afgørelse. Selvom EMRK er inkorporeret i dansk ret, har afgørelser ikke den samme *eksekutionskraft* som en afgørelse afsagt af de danske domstole. Såfremt en dansk statsborger er blevet dømt skyldig i en straffesag i Danmark, vil en afgørelse fra EMD, som bestemmer, at dommen ved de nationale domstole skal ophæves, vil den danske statsborger stadig være dømt indtil de danske domstole ophæver dommen. EMRK art. 46 §2 bestemmer dog, at det påhviler Ministerrådet, at holde opsyn med, at afgørelsen fra EMD bliver fuldført ved de danske domstole.²³

5.2.2 Fair trial

Udtrykket *fair trial* findes i EMRK art. 6 §1. Det fremgår af ordlyden i art. 6 §1, at bestemmelsen kun finder anvendelse ved civile sager og straffesager: ” (...) *civil rights and obligations or of any criminal charge against him (...)* ”. Endvidere følger det af bestemmelsen, at *enhver* har ret til en

²⁰ Jf. Peter Germer, ”Indledning til folkeretten”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 2. oplag, 2010, s. 94.

²¹ Jf. Erik Werlauff, ”Europæiske Menneskerettigheder – En praktisk indføring”, Gjellerup, 2. udgave, 1. oplag, s. 61.

²² Fremover omtalt som EMD

²³ Jf. Erik Werlauff, ”Europæiske Menneskerettigheder – En praktisk indføring”, Gjellerup, 2. udgave, 1. oplag, s. 45.

retfærdig rettergang, som skal foretages inden for en *rimelig tid* og at domstolen er *uafhængig og upartisk*, jf. ordlyden i art. 6 § 1. Ydermere, skal sagen være *tilgængelig for offentligheden*. Kravet i art. 6 §1 om offentlighedens adgang til sagen er dog underlagt begrænsninger. Eksempelvis hvis sagen vedrører den nationale sikkerhed, jf. ordlyden i art. 6 § 1.

EMD-praksis omhandlende krænkelse af art. 6 er mangfoldigt. Praksis i relation til ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen omhandler ofte, at politiet som led i deres efterforskning har krænket en anden konventionsbestemmelse, hvilket – i visse tilfælde – har medført, at der også forelå en krænkelse af art. 6.

5.2.3 EMD og ulovligt tilvejebragte beviser

EMD har i en lang række sager udtalt sig om, hvordan domstolen forholder sig til ulovligt tilvejebragte beviser.

I *Schenk v. Switzerland*²⁴ udtalte EMD: *”While Article 6 (art. 6) of the Convention guarantees the right to a fair trial, 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”*, jf. Præmis 45. Samme holdning fandt EMD i sagen *Jalloh v. Germany*²⁵, jf. præmis 94, samt i *Khan v. The United Kingdom*²⁶, jf. præmis 34, hvor EMD henviste til *Schenk v. Switzerland*.

I *Khan-afgørelsen* udtalte domstolen endvidere, at *”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”*, jf. Præmis 34.

EMD’s rolle i forbindelse med sager vedrørende ulovligt tilvejebragte beviser er, ikke tage stilling til, hvorvidt beviserne skal admittes eller ekskluderes, da dette spørgsmål er underlagt de nationale domstole. EMD tager kun stilling til, hvorvidt retssagen har været fair i henhold til EMRK art. 6.

²⁴ Case of Schenk v. Switzerland, application no. 10862/84, Court (Plenary) judgment, Strasbourg, 12. July 1988

²⁵ Case of Jalloh v. Germany, application no. 54810/00, Grand Chamber judgment, Strasbourg, 11. July 2006

²⁶ Case of Khan v. The United Kingdom, application no. 35394/97, Third Section Judgment, Strasbourg, 12. Maj 2000, final 04/10/2010

Derudover kan det udledes af ovenstående præmisser fra *Schenk v. Switzerland* og *Khan v. The United Kingdom*, at EMD ikke indeholder noget forbud mod anvendelsen af ulovligt tilvejebragte beviser ved straffesager i de nationale domstole.

Selvom EMRK og EMD ikke forbyder admission af ulovligt tilvejebragte beviser i straffesager ved den nationale domstole, kan der dog foreligge situationer, hvor domstolen er kommet frem til, at der foreligger en krænkelse af art. 6, hvis admission af det ulovligt tilvejebragte bevis har gjort straffesagen mod klageren *unfair*.

6. Reglerne inden for efterforskning og tvangsindgreb

I dette kapitel vil reglerne vedrørende politiets efterforskningsskridt og tvangsindgreb blive gennemgået. Indledningsvist, vil de grundlæggende regler og principper blive redegjort for.

Dernæst vil kapitlet indeholde en kort redegørelse af de specifikke regler inden for ransagning, samt fotoforevisninger og konfrontationer.

6.1 Politiets efterforskningsskridt

Reglerne om politiets efterforskningsskridt er reguleret af retsplejelovens kap. 67. I kap. 67 findes formålet med politiets efterforskning, *at* klarlægge, om betingelserne for at pålægge strafansvar eller anden strafferetlig retsfølge er tilstede, *og at* tilvejebringe oplysninger til brug for sagens afgørelse *samt* forberede sagens behandling ved retten, jf. retsplejelovens § 743.

6.1.1 Forsvarerens tilstedeværelse under fotoforevisninger og konfrontationer

Kapitlet om efterforskning indeholder ligeledes reglerne om forsvarerens tilstedeværelse. I bet. 1298/1995²⁷ fandt Strafferetsplejeudvalget, at forsvareren også skulle have ret til, at være tilstede ved fotoforevisninger, eftersom fotoforevisninger og konfrontationer har samme formål.²⁸

Efter retsplejelovens § 745 d har forsvarerens som udgangspunkt ret til, at være tilstede under en fotoforevisning eller en konfrontation, jf. bestemmelsens stk. 1, 1. pkt.. Det fremgår ligeledes af bestemmelsen, at politiet skal give meddelelse til forsvareren, hvis det formodes, at et tilvejebragt bevis, som følge af fotoforevisningen eller konfrontationen, kan anvendes under hovedforhandlingen.

²⁷ Jf. Betænkning 1995 nr. 1298 om fotoforevisning, konfrontation, efterlysning og observation, Justitsministeriets Strafferetsplejeudvalg.

²⁸ Jf. Betænkning 1995 nr. 1298 om fotoforevisning, konfrontation, efterlysning og observation, Justitsministeriets Strafferetsplejeudvalg s. 9.

Det fremgår ligeledes af bestemmelsen, at forsvareren har adgang til, at stille forslag til fremgangsmåden for fotoforevisningen eller konfrontationen, samt at eventuelle bemærkninger som forsvareren måtte have i forbindelse hermed skal inddrages i politirapporten, jf. henholdsvis §§ 745 d, stk. 1, 2. og 3. pkt.

6.2 Tvangsindgreb

Begrebet ”*tvangsindgreb*” er ikke defineret i retsplejeloven. Justitsministeriets Strafferetsplejeudvalg²⁹ og Eva Smith³⁰ er dog af den overbevisning, at Hans Gammeltoft-Hansens definition er den mest korrekte, hvorved et tvangsindgreb defineres som: ”*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*”³¹.

Anvendelsen af tvangsindgreb opstiller to modstående hensyn; på den ene side står samfundets ret til, på effektiv måde, at opklare kriminalitet. Modsætningsvist står individets hensyn til ikke, at blive udsat for krænkelser i forhold til sine friheder og rettigheder.³² Som eksempler herpå kan nævnes grundlovens § 71 (Den personlige friheds ukrænkelighed), samt den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 5 (Retten til frihed og sikkerhed). Eftersom samfundet skal være i stand til, at bekæmpe kriminalitet og samtidig udvise hensyn til individets rettigheder, indeholder retsplejeloven regler og kriterier, der skal opfyldes inden for de enkelte tvangsindgreb.

De *materielle betingelser* er en betegnelse, der dækker over *mistanke-, kriminalitets- og indikationskravet*. Kravenes styrke differentierer i forhold til den krænkelser individet oplever ved, at blive udsat for et tvangsindgreb. Eksempelvis er mistankekravet lempeligere ved foretagelsen af en ransagning hos en mistænkt end ved indgreb i meddeleleshemmeligheden. Ved ransagning skal mistanken være ”*rimelig grund*”, jf. § 794, stk. 1, nr. 1, hvor der ved indgreb i meddeleleshemmeligheden skal foreligge et mistankegrundlag der er ”*bestemte grunde*”, jf. § 781, stk. 1, nr. 1.

Ud over de materielle krav, skal politiet også overholde *proportionalitetsprincippet*. Princippet findes eksempelvis i retsplejelovens § 782, stk. 1, hvor politiet ikke må foretage et indgreb i

²⁹ Jf. Betænkning 1984 nr. 1023 – Politiets indgreb i meddeleleshemmeligheden og anvendelse af agenter, Justitsministeriets Strafferetsplejeudvalg s. 12.

³⁰ Jf. Eva Smith m.fl., ”Straffeprocessen”, 2. Udgave/4. Oplag, Karnov Group Denmark A/S, 2014, s. 418

³¹ Jf. Hans Gammeltoft-Hansen, ”Straffeprocessuelle tvangsindgreb – Retspolitiske studier”, Juristforbundets Forlag, 1981 s. 44-45.

³² Jf. Eva Smith m.fl., ”Straffeprocessen”, 2. Udgave/4. Oplag, Karnov Group Denmark A/S, 2014, s. 419.

meddelelshemmeligheden, hvis den krænkelse som rammer de implicerede er uforholdsmæssig i forhold til sagens omstændigheder og betydning.

Som udgangspunkt er det retten der træffer beslutning om, hvorvidt et tvangsindgreb skal udføres, jf. eksempelvis § 783, stk. 1, 1. pkt. (om indgreb i meddelelshemmeligheden). Der kan dog foreligge situationer, hvor politiet af praktiske hensyn, af egen drift kan træffe beslutning om udførelse af tvangsindgreb, jf. eksempelvis § 792 c, stk. 1, hvor politiet kan foretage en legemsbesigtigelse- og undersøgelse af en sigtet.³³ Ydermere kan der foreligge situationer, hvor politiet, uden forudgående retskendelse, udfører et tvangsindgreb. Disse situationer kaldes *periculum in mora*, og er dækkende for, at politiet har vurderet, at *øjemedet ville forspildes*, såfremt de skulle have afventet rettens kendelse. Politiet er dog forpligtet til, at forelægge indgrebet for retten indenfor 24 timer, jf. eksempelvis § 796, stk. 3. Ved retsmødet tager retten stilling til om de materielle betingelser har været til stede, samt om der har foreligget en *periculum in mora*-situation.³⁴

6.3 Ransagning

Reglerne om ransagning er reguleret i retsplejelovens kapitel 13. Begrebet er ikke defineret i retsplejeloven. Derimod har Strafferetsplejeudvalget defineret ransagning som værende "(...) *et straffeprocessuelt tvangsindgreb, hvorved der foretages undersøgelse af en persons husrum, andre lokaliteter eller genstande*".³⁵

6.3.1 Hvor kan politiet foretage ransagninger?

Det følger af retsplejelovens § 793, hvor politiet kan foretage ransagning. I henhold til denne bestemmelse kan politiet foretage ransagninger af boliger og andre husrum, dokumenter, papirer og lignende samt indholdet af aflåste genstande, jf. § 793, stk. 1, nr. 1. Derudover kan politiet foretage ransagninger af andre genstande samt lokaliteter uden for husrum, jf. § 793, stk. 1, nr. 2. Efter § 793, stk. 2 er lokaliteter eller genstande, som er frit tilgængelige ikke omfattet af reglerne i kapitel 73.

6.3.2 Kompetencereglerne

Sondringen i §§ 793, stk. 1, nr. 1 og 2 har betydning for, hvorvidt det er retten eller politiet, der træffer afgørelse om foretagelse af ransagning.

³³ Jf. Eva Smith m.fl., "Straffeprocessen", 2. Udgave/4. Oplag, Karnov Group Denmark A/S, 2014, s. 425.

³⁴ Jf. Eva Smith m.fl., "Straffeprocessen", 2. Udgave/4. Oplag, Karnov Group Denmark A/S, 2014, s. 425.

³⁵ Jf. Betænkning 1989 nr. 1159 om ransagning under efterforskning, Justitsministeriets Strafferetsplejeudvalg, s. 7.

Såfremt politiet foretager ransagning i de af nr. 2 nævnte lokaliteter, er det politiet, som træffer beslutning herom, jf. § 796, stk. 1. Ved ransagning af de i nr. 1 nævnte lokaliteter, skal politiet forinden indhente retskendelse, jf. § 796, stk. 2.

Undtagelsen til § 796, stk. 2, findes i § 796, stk. 3, hvor politiet kan træffe beslutning om foretagelsen af en ransagning, hvis der foreligger en frygt for, at øjemedet ville forspildes. Politiet skal dog indbringe ransagningen for retten inden for 24 timer, såfremt den som ransagningen var rettet imod, fremsætter anmodning herom, jf. § 796, stk. 3, sidste pkt.

Derudover kan politiet træffe beslutning om foretagelsen ransagning af husrum, lokaliteter eller genstande, som er under mistænktets rådighed, såfremt den mistænkte afgiver skriftligt samtykke, jf. § 796, stk. 4.

6.3.3 Ransagning hos en mistænkt og en ikke-mistænkt

Retsplejeloven sonderer overordnet mellem to typer af ransagning: ransagning hos en mistænkt, jf. § 794, samt ransagning af en ikke-mistænkt, jf. § 795. Sondringen har betydning for intensiteten af de materielle regler.

Kravene for at foretage en ransagning hos en mistænkt er, at den mistænkte *med rimelig grund* skal være mistænkt for en lovovertrædelse, *der er undergivet offentlig påtale*, jf. § 794, stk. 1, nr. 1. Derudover skal ransagningen være af *væsentlig betydning for efterforskningen*, jf. § 794, stk. 1, nr. 2.

For så vidt angår ransagning af en ikke-mistænkt gælder andre regler. Hvis den *ikke-mistænkte* afgiver skriftligt samtykke til foretagelsen af ransagning af dennes husrum, andre lokaliteter eller genstande, som er i den *ikke-mistænktets* rådighed, er ransagningen ikke omfattet af reglerne i kap. 67, jf. § 795, stk. 1, 1. pkt. I henhold til retsplejelovens §§ 795, stk. 1, nr. 1 og 2 kan der dog foretages ransagning af en ikke-mistænkt. I så fald skal politiets efterforskningsskridt omhandle en lovovertrædelse, der kan medføre *fængselsstraf*, jf. § 795, stk. 1, nr. 1. Derudover skal der foreligge *bestemte grunde* til, at beviser eller genstande kan tilvejebringes ved foretagelsen af ransagningen, jf. § 795, stk. 1, nr. 2.

6.3.4 Proportionalitetsprincippet og skånsomhedsgrundsætningen

Kapitlet om ransagning indeholder et proportionalitetsprincip og en skånsomhedsgrundsætning. Proportionalitetsprincippet findes i retsplejelovens § 797, stk. 1, hvorved en ransagning kun må

foretages, såfremt ransagningen ikke er uforholdsmæssig i forhold til sagens formål og omstændigheder.³⁶

Skånsomhedsgrundsætningen findes i retsplejelovens § 798. Det fremgår af bestemmelsen, ransagningen skal foretages så skånsomt, som muligt af hensyn til de ransagede. Heriblandt må politiet ikke ved foretagelsen af ransagning ødelægge genstande såfremt det kan undgås. Derudover skal politiet også sørge for, at foretage ransagning på tidspunkter, således at det ikke skaber *unødig opsigt*, jf. ordlyden i § 798, stk. 1. Det følger af § 798, stk. 2, at politiet skal anmode vedkommende der træffes på ejendommen til, at overvære ransagningen, jf. § 798, stk. 2, 1. pkt.

6.4 Reglerne ved fotoforevisning og konfrontationer

Reglerne om fotoforevisninger og konfrontationer findes i retsplejelovens kap. 75 a, §§ 812-817.

Dette kapitel vil udelukkende redegøre for de regler, som er relevante i forhold til analysen af retspraksis omhandlende fotoforevisning og konfrontationer. Til brug redegørelsen af fremgangsmåden, er der indhentet en udtalelse fra Rigspolitiet (Bilag A)³⁷, samt en vejledning fra Midt- og Vestjyllands Politi (Bilag B)³⁸.

6.4.1 Forevisning af fotografier af mistænkt, jf. § 812

Det fremgår af retsplejelovens §§ 812, stk. 1, nr. 1-3, at de materielle betingelser for, at vise fotografier af en mistænkt til personer uden for politiet er, at den mistænkte *med rimelig grund* er mistænkt for lovovertrædelse, som er *undergivet offentlig påtale*, jf. §§ 812, stk. 1, nr.1 og 2. Derudover skal fotoforevisningen være af *væsentlig betydning* for efterforskningen, jf. § 812, stk. 1, nr. 3. Politiet træffer afgørelse om, hvorvidt der skal foretages forevisning af fotografier efter § 812, jf. § 812, stk. 2.

6.4.2 Fremgangsmåden for fotoforevisning og konfrontationsparader er reguleret af administrative regler.

Det fremgår af specialets Bilag A, at fremgangsmåden for fotoforevisninger er reguleret af administrative regler. Der er ikke fastsat regler for hele landets politi. Derimod er det op til den enkelte politikreds, efter behov, at udarbejde sine egne regler, jf. Bilag A.

Som nævnt i specialets afsnit 6.1.1, har forsvaret ret til, at være tilstede under en fotoforevisning, jf. § 745 d. Reglen er gengivet i retningslinjerne for Midt- og Vestjyllands politi. Endvidere gør

³⁶ Jf. Betænkning 1989 nr. 1159 om ransagning under efterforskning, Justitsministeriets Strafferetsplejeudvalg, s 14.

³⁷ Jf. Bilag A, Spørgsmål til *Rigspolitechefen og Direktionssekretariatet*

³⁸ Jf. Bilag B, Fotokonfrontation og forsvarerens tilstedeværelse

vejledningen også opmærksom på konsekvensen af forsvarerens manglende tilstedeværelse ville være, at bevisværdien svækkes.

6.4.3 Konfrontationsparader

Retsplejelovens regler om konfrontationsparader er reguleret i § 817, stk. 2. Bestemmelsen regulerer de materielle betingelser for foretagelsen af en konfrontationsparade. Det fremgår af bestemmelsen, at en sigtet kun må indgå i en konfrontationsparade, såfremt den sigtede med *rimelig grund* er mistænkt for en lovovertrædelse, der kan medføre fængsel i minimum 1 år og 6 måneder, jf. § 817, stk. 2.

De materielle betingelser kan dog fraviges, hvis den sigtede giver samtykke hertil, jf. § 817, stk. 3.

Det er politiet, som har kompetencen til, at træffe afgørelse om foretagelsen af konfrontationsparader, jf. § 817, stk. 5.

7. Analyse af dansk retspraksis

I det følgende kapitel vil retspraksis omhandlende ulovligt tilvejebragte beviser blive analyseret. Analysen er struktureret efter ransagning, fotoforevisninger og konfrontationer, samt agentvirksomhed.

7.1 Ulovlige ransagninger

Afgørelserne i dette kapitel er inddelt inden for tre typer af overtrædelser af retsplejeloven:

Overtrædelse af kompetenceregler, overtrædelse af processuelle regler og overtrædelse af materielle regler.

Retspraksis vedrørende overtrædelse af kompetenceregler indeholder retspraksis, hvor domstolene tager stilling til, hvorvidt politiet kan anvende de beslaglagte bevismidler selvom reglerne for indbringelse af ransagningen for retten inden for en frist på 24 timer er overskredet. Derudover findes der også en afgørelse, hvor domstolene tager stilling, hvorvidt et ulovligt tilvejebragt bevis skal ekskluderes eller admitteres forinden straffesagens igangsættelse.

Retspraksis vedrørende overtrædelse af fremgangsmåden for ransagninger omhandler sager, hvor politiet ikke har indhentet vidner til overværelsen af ransagningens foretagelse. Derudover finder deres retspraksis, hvor politiet ikke har indhentet skriftligt samtykke.

7.1.1 Overtrædelse af kompetenceregler

Den ældste afgørelse på området er *Højesterets kendelse af 25. februar 1994*³⁹. I denne sag havde politiet foretaget to ransagninger uden retskendelse den 10. august 1992 og den 13. januar 1993, hvor de havde beslaglagt fotomapper og udtalelser fra det Veterinære Sundhedsråd og fra kredsdyrlægen.

Problemet med ransagningerne opstod, da politiet ikke havde indberettet de to ransagninger for retten inden for 24 timer. Anklageren gav forsvaret ret i, at reglerne i retsplejeloven var blevet overtrådt, men mente, at det var en undskyldelig misforståelse, grundet fejlfortolkning af dyreværnslovens § 24. Selvom det ikke fremgår af afgørelsen, antages det, at politiet var af den overbevisning, at ransagningsreglerne ikke var anvendelige ved overtrædelse af dyreværnslovens § 24.

Byretten kom frem til, at bevismidlerne skulle ekskluderes, da en enkelt fejlfortolkning kunne være undskyldelig, men ikke to inden for relativt kort tid. Landsretten stadfæstede byrettens afgørelse.

Højesteret admitterede dog bevismidlerne, under hensyn til, at overtrædelsen fra politiets side ikke var forsætlig.

Alle tre instanser synes at tage udgangspunkt i, at et bevismiddel ikke automatisk ekskluderes, når den manglende overholdelse af de formelle betingelser for indgrebet skyldes politiets misforståelse af en retsregel. Således kan man udlede af afgørelsen, at hvis politiet har misforstået en lovbestemmelse – i dette tilfælde dyreværnslovens § 24 – så kan bevismidlet som udgangspunkt ikke ekskluderes på denne baggrund alene. Forskellen på tre instanser skal dog findes i, at byretten og landsretten opstiller det som en undtagelse, hvis misforståelsen af reglerne er gentagne inden for en kort periode i den samme sag. Højesteret derimod ” (...) *anførte, at det var ubestridt, at den manglende indberetning af de foretagne ransagninger skyldtes en misforståelse og ikke indebar en forsætlig overtrædelse af retsplejelovens §797, stk. 3*”. Herved må forstås, at bevismidlet kun bliver ekskluderet, hvis politiet med forsæt havde tilsidesat retsplejelovens regler.

Der må tillige spekuleres i, hvorvidt der findes en øvre grænse for mængden af *undskyldelige misforståelser*. Det virker utænkeligt, at der skulle foreligge et ”*carte blanche*” for fejltagelser foretaget af politiet. Højesteret rejser ikke selv dette spørgsmål, men det forekommer ikke som en

³⁹ Jf. *Fuldmægtigen*, 66. årgang, december 1994, Dommerfuldmægtigforeningen og Politifuldmægtigforeningen, sag nr.596, s. 172

forkert antagelse, at der skal en foretages afvejning af antallet af *undskyldelige misforståelser* med sagens kriminelle alvor.

Lignende præmisser kom den Færøske ret, Østre Landsret og Højesteret frem til i *U.1995.752H*. Færøernes Ret havde udstedt en række ransagningskendelser i forbindelse med, at der forelå mistanke om, at der var ulovlig finansiering af skibsbyggerier. En af kendelserne indeholdte tilladelse til, at politiet kunne ransage advokaterne A og B's kontor og private bopæl for dokumenter. Forinden ransagningen fik ransagningsholdene skriftlig instruks om, at medtage dokumenter vedrørende en allerede verserende straffesag, som omhandlede skibet M/S Skalafjall, såfremt de fandt nogle. Politiet medtog en række dokumenter og computerdata omhandlende M/S Skalafjall inklusiv korrespondance mellem B og dennes advokat.

A og B's forsvarere gjorde gældende, at de medtagne dokumenter skulle tilbageleveres øjeblikkeligt uden politiets gennemsyn, da ransagningen ikke var foretaget med en retskendelse, samt at politiet havde foretaget et gennemsyn uden samtykke. Derudover påstod forsvarerne, at politiet bevidst havde omgået ransagningsreglerne, jf. den ovenfor nævnte instruks. Anklagemyndigheden påstod, at politiet skulle foretage et overfladisk gennemsyn af dokumenternes relevans. Desuden anerkendte anklageren, at der ikke forelå en retskendelse for dokumenter vedrørende M/S Skalafjall, men at borttagelsen af dokumenterne var begrundet i, at man på tidspunktet for retskendelsernes udstedelse ikke havde overvejet den situation, at man kunne støde på dokumenter, som ikke vedrørte de i retskendelsen angivne skibsbyggerier.

Færøernes ret fandt, at politiet måtte foretage en besigtigelse af dokumenterne til brug for, hvorvidt dokumenterne skulle indleveres til retten til et første gennemsyn. Østre Landsret (dissens) og Højesteret stadfæstede Færøernes Rets kendelse.

U.1995.752 viser, at ingen af de tre instanser fandt, at manglende ransagningskendelse kan danne grundlag for eksklusion af – i dette tilfælde – potentielle bevismidler. Dette skal nok også ses i lyset af sagens omfang, der omhandler massive ulovlige finansieringer af skibsbyggerier. Færøernes ret lægger til grund for deres afgørelse, at denne ikke finder ”... *grundlag for at fastslå, at der har været tale om en planlagt, forsætlig omgåelse af bestemmelserne for ransagning, frem for en stillingtagen til en ikke usandsynlig situation, som kan sammenlignes med tilfældige fund*”. Færøernes rets' begrundelse giver ikke et klart indtryk af, at politiets forsætlige overtrædelse af retsplejelovens bestemmelser automatisk medfører eksklusion af de tilvejebragte beviser. Det må dog antages, at være rettens holdning sammenholdt med den dissentierende dommer, som fandt, at

der ikke burde have været givet tilladelse til besigtigelsen, da *retsbruddet overskyggede kriminalitetens alvor*.

I *Vestre Landsrets kendelse af 22. december 1995*⁴⁰ foretog byretten en afvejning af *retsbruddet over for kriminalitetens alvor*. I sagen var T blevet tiltalt for overtrædelse af dyreværnsloven. Her havde forsvareren nedlagt påstand om afvisning af sagen, da bevismaterialet i sagen var tilvejebragt via en ulovlig ransagning, eftersom ransagningen ikke var blevet fremlagt for en dommer inden for 24 timer. Politimesteren tilkendegav og beklagede, at ransagningen ikke var blevet fremlagt for en dommer inden for 24 timer, men protesterede mod afvisningspåstanden.

Byretten kom frem til, at politiet ikke havde været berettiget til, at foretage en ransagning uden forudgående retskendelse, da der ingen fare var for, at øjemedet ville have været forspildt. Landsretten stadfæstede byrettens kendelse og grunde.

Det fremgår af byrettens begrundelse, at der blev foretaget en afvejning mellem retsbruddets karakter og krænkelsen af individet som følge af retsbruddet: *”Endelig bemærkes, at det, når henses til det påståede retsbruds karakter og grovhed over for den krænkelse, tiltalte måtte anses for udsat for ved en ulovlig ransagning, ikke kan føre til, at en straffesag på baggrund af en sådan ransagning alene af denne grund skal afvises”*.

En nyere afgørelse, hvor domstolene tog stilling til bevisets pålidelighed, er *TfK2011.752/2*. I sagen havde politiet d. 14. marts 2011 foretaget en ransagning uden forudgående retskendelse, efter at politiet havde modtaget en anmeldelse af forurettede den 8. marts på baggrund af stjalne genstande. Ransagningen blev foretaget på S's bopæl, som på tidspunktet for ransagningen var varetægtsfængslet. Politiet beslaglagde en række genstande under ransagningen.

Byretten kom frem til, at politiet ikke havde det fornødne grundlag til foretagelse af ransagning uden forudgående retskendelse, da øjemedet ikke ville have været forspildt. Derimod godkendte byretten beslaglæggelserne med følgende begrundelse: *”Uanset at beslaglæggelsen er foretaget ved en ikke lovlig ransagning, er der ikke sket forringelse af effekternes pålidelighed som bevismiddel, og det må antages, at effekterne har betydning som bevismiddel under en straffesag om tyveri”*. Vestre Landsret stadfæstede byrettens resultat og begrundelsen herfor.

⁴⁰ Jf. *Landsforeningen af Forsvarsadvokater*, Landsforeningens Meddelelser 23/1998

Det første punkt, som skal adresseres er, hvorfor politiet ikke indhentede en dommerkendelse forinden ransagningen, da byretten sandsynligvis ville have godkendt politiets anmodning, da de materielle betingelser må antages, at være tilstede. En væsentlig indvending mod politiets ransagning uden forudgående retskendelse er naturligvis, at S på tidspunktet for ransagningen sad varetægtsfængslet, hvorfor der ikke forelå nogle reelle farer for, at de beslaglagte genstande ikke ville være at finde på ejendommen havde de skulle afvente retskendelse.

Dernæst skal det påpeges, at byretten foretog en bedømmelse af bevisets pålidelighed. Byretten konstaterede, at bevisernes pålidelighed ikke var blevet forringet. Den næste vurdering byretten foretog var bevisets betydning for en potentiel straffesag, hvor byretten fandt, at det måtte antages, at have en vis betydning.

Det må antages, at byretten implicit har vurderet sagens omstændigheder i lyset af den materielle sandheds princip, hvor hensynet til sagens opklaring førte til, at beviset kunne anvendes under en potentiel straffesag.

En lignende sag er *Københavns byrets kendelse af 6. april 2001*⁴¹, hvor havde politiet foretaget en ransagning af en postboks tilhørende T, som var sigtet for dokumentfalsk. Politiet havde foretaget ransagningen uden forudgående retskendelse og havde ikke indhentet skriftligt samtykke fra tiltalte. Det fremgår af afgørelsen, at politiet var af den overbevisning, at tiltalte havde givet et mundligt samtykke. Politiet medtog under ransagningen papirer med henblik på beslaglæggelse.

Byretten fandt, at politiet skulle have indhentet rettens kendelse, da der ikke var risiko for, at øjemedet ville have været forspildt, hvorfor ransagningerne fandtes, at være ulovlige. Derudover skulle politiet også have indhentet mistænktes samtykke.

Byretten tager ikke stilling til, hvorvidt beviset skulle ekskluderes eller admitteres. Derimod fandt byretten, at spørgsmålet om bevisværdien af de ulovligt tilvejebragte beviser, skulle afgøres under straffesagen mod T. Byrettens afgørelse viser, at domstolene vil foretage en bedømmelse af et bevis under en straffesag, fremfor at ekskludere beviset inden straffesagens påbegyndelse. I den henseende, er det i overensstemmelse med den frie bevisbedømmelse, jf. § 880, 2. pkt.

⁴¹ Jf. *Landsforeningen af Forsvarsadvokater*, Landsforeningens Meddelelser 36/2002

7.1.2 Delkonklusion

Ud fra ovenstående analyse, kan det konkluderes, at domstolene som hovedregel, ikke ekskluderer ulovligt tilvejebragte beviser, som er blevet tilvejebragt i strid med kompetencereglerne.

Derudover kan det konkluderes, at såfremt politiet overtræder kompetencereglerne forsætligt, fører det til eksklusion af de tilvejebragte beviser, jf. *Højesterets kendelse af 25. februar 1994* og *U.1995.752H*.

Det kan endvidere konkluderes, at domstolene foretager en afvejning af politiets retsbrud og krænkelsen af borgeren i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt et bevis skal ekskluderes, jf. *Vestre Landsrets kendelse af 22. december 1995*. I forlængelse heraf, kan det konkluderes, at domstolene foretager en vurdering bevisets pålidelighed og dets værdi for straffesagen, jf. *TfK2011.752/2*.

7.1.3 Overtrædelse af reglerne for ransagningens fremgangsmåde

Den ældste afgørelse på området er *U.1962.788*. I sagen blev Poul Mogensen anholdt kl. 21.35 i forbindelse med, at have uddelt løbesedler på en kaserne. Politiet foretog herefter en ransagning i tidsrummet kl. 22.17 til kl. 23.00 i Poul Mogensens lejlighed, hvor der efter deres oplysninger blev fremstillet løbesedler. Ransagningen skete uden dommerkendelse⁴² og uden tilkaldelse af vidner.

Da politiet gik ind i lejligheden, opholdte en kvinde sig i anholdtes værelse, som meddelte politiet, at hun ikke kunne give samtykke til ransagningen, da hun ikke havde rådighed over den. Politiet opfordrede kvinden til, at overvære ransagningen, hvilket hun ikke svarede på. Kvinden opholdte sig alligevel i værelset under ransagningen.

Politiet fandt flere genstande i værelset, som politiet medtog og foreviste anholdte, som meddelte, at flere af genstandene var hans ejendom. Ransagningen blev godkendt af retten indenfor 24 timer. Den anholdte blev efterfølgende sigtet for overtrædelse af straffelovens § 127, stk. 1 (forbud mod at opfordre andre til lydighedsnægtelse). Retten afsagde også kendelse om, at løbesedlerne skulle beslaglægges ” (...) af hensyn til beviset og eventuel konfiskation”.

Kendelserne blev kærret af sigtedes forsvarer. Forsvarerens væsentligste begrundelse var, at politiet ikke havde tilkaldt vidner. Østre Landsret fandt, at ”*selv om retsplejelovens regler om foretagelse af ransagning ikke fuldt ud er efterkommet, og politiets fremgangsmåde for så vidt må misbilliges,*

⁴² Det påpeges, at Østre Landsret fandt, at øjemedet ville have været forspildt, såfremt politiet havde afventet en retskendelse.

findes de foreliggende fejl dog ikke at kunne gøre ransagningen ugyldig. ”Landsretten stadfæstede herefter byrettens afgørelser.

Spørgsmålet der bør rejses i forbindelse med sagen er, hvorvidt domstolene admitterer eller ekskluderer beviser, såfremt politiet ikke har skaffet vidner til foretagelsen af en ransagning. I den forbindelse viser afgørelsen, at selvom retten anerkendte, at politiet ikke havde overholdt retsplejelovens regler for fremgangsmåden, kunne det ikke gøre ransagningen ugyldig eller ekskludere beviset. Dette til trods for, at politiet heller ikke havde redegjort, hvorfor reglerne ikke blev overholdt.

Forsvareren lagde ikke til grund for sin påstand, at politiet havde tilsidesat reglerne forsætligt, hvilket sandsynligvis heller ikke var tilfældet. Med afsæt i afgørelsen *U.1995.752H*, er det formentlig ikke en forkert antagelse, at retten havde kendt ransagningen ugyldig, såfremt politiet forsætligt havde overskredet reglerne for tilkaldelse af vidner.

En anden sag, hvor politiet ikke havde tilkaldt vidner i forbindelse med en ransagning, findes i *U.1984.762H*. Sagen omhandlede B, som forinden sin død, var sigtet for overtrædelse af straffelovens § 289 (Groft skattesvig), for at have afgivet urigtige oplysninger omkring sin bopæl i Schweiz. B's advokater – A og C – var taget til Schweiz for, at indsamle beviser omhandlende B's bopælsforhold.

Politiet fik efterfølgende en retskendelse til, at foretage ransagning af advokat A og C's kontorer med tilhørende rum og gemmer. Derudover skulle eventuelle dokumenter, der blev fundet under denne ransagning blive forelagt for retten i henhold til spørgsmålet om beslaglæggelse. I forbindelse med ransagningen konfiskerede politiet forsvarermateriale.

Kendelsen blev kæret til Østre Landsret af advokaterne A og C, som påstod ransagningen værende ulovlig. Til støtte for deres påstand, lagde A og C til grund, at der ikke var givet samtykke til en ransagning uden vidner. Anklagemyndigheden meddelte retten, at *”(...) det var politiets opfattelse, at de kærende ikke ønskede vidner tilkaldt (...)”*.

Østre Landsret godkendte ransagningen og beslaglæggelsen. Højesteret stadfæstede Østre Landsrets kendelse med den undtagelse, at politiet ikke burde have beslaglagt forsvarermateriale.

Højesteret tog i den pågældende sag ikke stilling til spørgsmålet om politiets manglende indkaldelse af vidner under en ransagning. Derimod, fandt Østre Landsret, at *”Politiet burde have sikret sig de*

kærende samtykke i, at der ikke tilkaldtes vidner". Hverken Østre Landsret eller Højesteret finder dog, at ransagningen og de tilvejebragte beviser skulle ekskluderes fra sagen.

Det interessante ved *U.1984.762H* er, at forsvarerne ikke gjorde gældende, at politiet havde handlet forsætligt. Det følger af afgørelsen, at anklagemyndigheden indrømmede, at tilsidesættelsen af reglerne var sket af hensyn til de kærende. Dette hensyn kan tillægges to forklaringer. På den ene side, kan det tillægges som værende en *"undskyldelig misforståelse"*, som set i *Højesterets kendelse af 25. februar 1994*. På den anden side – om end det var af hensyn til de kærende – handlede anklagemyndigheden og politiet forsætligt i strid med reglerne i retsplejeloven. Desværre behandler retterne ikke dette spørgsmål. Det kan dog konstateres, at ingen af instanserne i den pågældende sag, tillagde den manglende tilstedeværelse af vidner, særlig betydning. Om end det ikke fremgår af afgørelsen, kan det ikke afvises, at domstolen har set politiets retsbrud i forhold til den verserende efterforskning, som omhandlede groft skattesvig.

I *U.2005.3007/V* havde politiet heller ikke indhentet skriftligt samtykke i forbindelse med ransagningen. I sagen efterforskede politiet A, som var under mistanke for socialbedrageri, samt for at drive en smugkro. Politiet havde som led i deres efterforskning foretaget en ransagning af A's lejlighed uden forudgående retskendelse. I A's lejlighed tog politiet fotografier af folk, der sad og drak øl.

Anklagemyndigheden erkendte i deres fremlæggelse af sagen for byretten, at politiet ikke havde fulgt de processuelle regler omkring indhentelse af skriftligt samtykke. Anklageren påstod, at dette skyldtes en misforståelse, da sigtede efter anklagemyndighedens opfattelse havde accepteret dette mundtligt. Anklageren beklagede dette forhold, samt det forhold at øjemedet ikke havde været forspildt, såfremt politiet skulle have afventet retskendelse.

A's forsvarer nedlagde påstand om, at retten skulle beordre fotografierne destrueret med henvisning til retsplejelovens § 746, stk. 1. Forsvareren lagde til grund for sin påstand, *" (...) at de optagne fotografier er tilvejebragt under ulovlige omstændigheder, at optagelsen ikke er sket under hensyn til proportionalitetskravene, ligesom menneskerettighedskonventionens bestemmelse om hjemmets ukrænkelighed er blevet tilsidesat. Der foreligger ikke den fornødne mistanke, og retten kunne således heller ikke på forhånd have afsagt kendelse om ransagning. Politiet må derfor forhindres i at bruge de optagne fotos under den videre efterforskning (...) "*. Anklageren påstod afvisning af forsvarets påstand.

Byretten fandt, at ransagningens ulovlighed var ubestridt. Til trods herfor, forelå der ikke en hjemmel for retten, at beordre politiet til, at destruere fotografierne efter retsplejelovens § 746, stk. 1.

Byrettens kendelse blev kæret til Vestre Landsret, som stadfæstede kendelsen under de af byretten anførte grunde.

Sagens grundlæggende spørgsmål var, hvorvidt domstolene, på baggrund af en ulovlig ransagning, havde hjemmel til, at beordre de af politiet ulovligt tilvejebragte beviser destrueret efter retsplejelovens § 746, stk. 1. Både byretten og Vestre Landsret fandt, at der ikke forelå en sådan hjemmel. Politiet kunne derfor bruge beviserne i den videre efterforskning og endda anvende de ulovligt tilvejebragte beviser, som bevismiddel under en straffesag.

Endvidere må det påpeges, at byretten fandt – selvom domstolene ikke kunne beordre beviserne destrueret –, at *”det henhører under den eventuelt senere dømmende ret, hvorvidt de optagne fotos skal kunne benyttes som bevismiddel”*. Der kan af byrettens begrundelse udledes, at den frie bevisbedømmelse tillægges vægt i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt ulovligt tilvejebragte beviser skal admitteres eller ekskluderes.

7.1.4 Delkonklusion

De ovennævnte sager omhandlede udelukkende sager, hvor politiet ikke havde tilkaldt vidner i forbindelse med en ransagning. Det kan i den forbindelse konkluderes, at domstolene som hovedregel ikke ekskluderer beviser, som er blevet ulovligt tilvejebragt i forbindelse med manglende tilkaldelse af vidner, jf. U.1962.788 og U.1984.762H.

Hverken i U.1984.762H eller U.2005.3007V lagde forsvaret til grund, at politiet havde handlet forsætligt ved ikke, at have tilkaldt vidner. Af disse grunde, kan det ikke konkluderes, at politiets forsætlige overtrædelse af retsplejelovens regler ville have medført eksklusion af de ulovligt tilvejebragte beviser. Det må dog antages, at såfremt politiet havde handlet forsætligt, ville det have medført eksklusion af det ulovligt tilvejebragte bevis, jf. U.1995.752H.

For så vidt angår domstolenes kompetence til, at beordre ulovligt tilvejebragte beviser destrueret, fandt byretten og Vestre Landsret i U.2005.3007V, at der ikke forelå en sådan kompetence i medfør af retsplejelovens § 746, stk. 1. I den pågældende sag, fandt byretten tillige, at vurderingen af de ulovligt tilvejebragte bevisers pålidelighed og bevisværdi, måtte foretages af den eventuelt

dømmende ret. I forlængelse heraf kan der konkluderes, at retten i sager, hvor der ikke er tilkaldt vidner til brug under ransagningen, udviser hensyn til den frie bevisbedømmelse, jf. § 880, 2. pkt.

7.1.5 Overtrædelse af de materielle regler

I ph.d.-afhandlingen ”Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”, fandt forfatter Birgitte Brøbech, at der ikke forelå retspraksis, hvor de materielle betingelser i forbindelse med ransagning af mistænkte og sigtede personer ikke var overholdt.⁴³ I forbindelse hermed, må det konstateres, at det ikke er lykkedes, at frembringe ny retspraksis til brug for besvarelse af specialets problemformulering.

7.2 Fotoforevisning og konfrontationer

Indledningsvist vil en afgørelse omhandlende kompetencen til, at træffe afgørelse om sammensætningen af en fotomappe blive analyseret. Dernæst vil en afgørelse, som omhandlede en fotokonfrontation som dannede mistankegrundlag for en varetægtsfængsling blive analyseret.

Derudover vil retspraksis omhandlende forsvarerens manglende tilstedeværelse blive analyseret.

Afslutningsvist vil analysen indeholde en afgørelse vedrørende en mangelfuld konfrontationsparade.

7.2.1 Kompetencen til sammensætningen af en fotomappe ligger hos politiet desuagtet manglende ensartethed mellem sigtede og figuranterne

Politiets kompetence til, at træffe afgørelse om fremgangsmåden illustreres i *U.2001.661V*, hvor politiet og forsvareren var uenige om sammensætningen af en fotomappe. Politiet videresendte den sammensatte fotomappe til forsvareren, jf. retsplejelovens § 745, stk. 3, som ikke godkendte fotomappen. Politiet anmodede herefter retten om, at godkende fotomappen efter retsplejelovens § 746, stk. 1. Forsvareren protesterede mod anmodningen, da den sigtede adskilte sig for meget fra de andre figuranter.

Byretten fandt, at domstolen ikke har kompetence til, at godkende politiets fotomappe efter § 746, stk. 1, da bestemmelsen regulerer *lovligheden* af politiets efterforskningskridt. På denne baggrund, afviste byretten anklagemyndighedens begæring om, at få rettens godkendelse af fotomappen.

Forsvareren kærede byrettens kendelse til Vestre Landsret, som ikke tog forsvarerens påstand til følge.

⁴³ Jf. Birgitte Brøbech, ”Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 1. udgave, s. 94

Afgørelsen viser, at kompetencen til, at sammensætte fotomapper ligger hos politiet. Forsvareren lagde til grund for sin påstand, at lovlighedskriteriet måtte forstås i en bredere forstand, samt at forsvarets tilstedeværelse under fotokonfrontationen nærmest er ubetydelig, såfremt politiet ikke følger forsvarets bemærkninger. Derimod mente statsadvokaten, at *”... forsvarerens indsigelser mod sammensætningen af fotomappen må gøres gældende under domsforhandlingen, hvor synspunkterne må indgå i vurderingen af bevisvægten af det foretagne efterforskningskridt”*. Landsretten tiltrådte anklagemyndighedens argument idet *” (...) spørgsmålet om, hvilken bevisværdi en foretagen fotokonfrontation kan tillægges, må afgøres under domsforhandlingen”*.

Det kan tillige udledes af afgørelsen, at landsretten fandt, at bevisets pålidelighed, skal vurderes under domsforhandlingen. Dette synspunkt må påpeges, at være i overensstemmelse med den frie bevisbedømmelse.

7.2.2 Graverende fejl ved foretagelsen af fotokonfrontationer forringer bevisværdien

For så vidt angår retspraksis, hvor domstolene har taget stilling til bevisværdien i sager omhandlende fotokonfrontationer henvises til ***Østre Landsrets kendelse af 29. oktober 1999***⁴⁴. I sagen var spørgsmålet, hvorvidt T kunne varetægtsfængsles på baggrund af en fotokonfrontation foretaget den 8. oktober 1999. Den 27. oktober 1999 var T blevet sigtet for, at have begået grov vold (jf. straffelovens § 245) på et værtshus d. 8. oktober 1999.

Byretten afsagde kendelse om, at T skulle varetægtsfængsles på baggrund af, at *” (...) forurettede under en fotokonfrontation har udpeget anholdte med 100 % sikkerhed (...) ”*, hvorfor der forelå begrundet mistanke om, at T havde begået grov vold.

T's forsvarer kærede afgørelsen med følgende begrundelser: *”Han anførte, at mistankegrundlaget alene var den foretagne fotokonfrontation, og gjorde gældende, at betingelsen i RPL § 812 ikke var opfyldt, idet der ikke var rimeligt grundlag for mistanken mod T. En havde fortalt den forurettede et navn, som ikke svarede helt til T's, og med et oplyst afsoningssted, som heller ikke svarede til T's”*. Derudover gjorde forsvareren gældende, *”at der uden problemer kunne have været afholdt en egentlig konfrontationsparade med deltagelse af min klient, som var afsoner, og dermed uden vanskelighed kunne fremstilles til en konfrontationsparade, at min klient burde have været sigtet inden konfrontationen afholdtes, at der under alle omstændigheder burde være beskikket advokat for min klient forinden fotokonfrontationen, at konfrontationsmaterialet er behæftet med væsentlige*

⁴⁴ Jf. Landsforeningen af Forsvarsadvokater, Landsforeningens Meddelelser 25/2000

mangler, idet figuranterne i betydeligt omfang ikke opfylder signalementet, hvorefter gerningsmanden skulle være ca. 30 år, skaldet, muskuløs bodybuildertype, ingen skægvekst. Kun 4 figuranter er skaldede, 9 af figuranterne har skæg, adskillige af figuranterne svarer ikke til betegnelsen 'muskuløs bodybuildertype'. Det må derfor antages, at en forsvarer ville have gjort indsigelse mod det foreliggende materiale".

Derudover gjorde forsvareren også gældende, at forurettedes "100% genkendelse" i forbindelse med fotoforevisning ikke var pålidelig, da forurettede forinden fotoforevisningen havde udpeget en anden person med "90% sikkerhed", som havde et alibi, samt at denne person ikke var figurant ved T's fotokonfrontation.

På baggrund af forsvarerens kæreskrift, blev T løsladt af Østre Landsret.

Afgørelsen viser, at de af politiet foretagne fejl havde betydning for, hvorvidt T kunne varetægtsfængsles. Desværre går Østre Landsret ikke ind i en nærmere begrundelse af forsvarerens anbringender. Det kan dog konstateres, at den foretagne fotokonfrontation og vidneudtalelserne var upålidelige i en sådan grad, at der ikke var et tilstrækkeligt mistankegrundlag til, at varetægtsfængsle T.

7.2.3 Forsvarerens manglende tilstedeværelsen

I **Hvidovre Rets dom af 8. august 1996**⁴⁵, havde forsvareren ikke været tilstede under en fotokonfrontation. Sagen omhandlede T, der efter anklageskriftet var tiltalt for overtrædelse af straffelovens § 288, stk. 2, jf. stk. 1, nr. 1, straffelovens § 123, samt straffelovens § 119, stk. 1.

Politiet afholdte den 10. maj 1996 en konfrontationsparade med 6 andre figuranter, hvor tiltaltes forsvarer var tilstede. Senere på dagen afholdte politiet en fotoforevisning, hvor tiltaltes forsvarer ikke var tilstede, og som først fik besked om fotokonfrontationen d. 14. maj 1996.

For så vidt angår konfrontationsparaden, fremgik det af politirapporten, at både K og M ikke var sikre i deres identifikation af gerningsmanden, og udpegede en figurant som værende gerningsmanden. Det fremgik endvidere af politirapporten, at eftersom T havde ændret sit udseende markant, blev der truffet beslutning om, at foretage en fotokonfrontation indeholdende et ældre billede af T. Der blev forevist fotografier for K og M. Ved fotokonfrontationen udpegede både K og M et billede af T.

⁴⁵ Jf. Landsforeningen af Forsvarsadvokater, Landsforeningens Meddelelser 100/1996

Det fremgik af rapporten, at K og M ikke havde mulighed for, at tale sammen under fotokonfrontationen. Dette bestred K og M under domsforhandlingen, da både K og M sad sammen under konfrontationen. Derudover bestred K, ”(...)at han har udtalt sig helt så håndfast som gengivet i politirapporten. Han var og er stadig i tvivl. Han lod sig under fotokonfrontationen påvirke af M’s sikre udpegning”.

For så vidt angår forsvarerens manglende tilstedeværelse, tilkendegav anklagemyndigheden, at der i den henseende forelå en fejl. Til trods herfor gjorde anklagemyndigheden gældende, at fotokonfrontationen skulle indgå ”(...) som et meget væsentligt bevis i sagen”. Forsvareren bestred dette, da politirapporten ikke gengav det korrekte forløb. Derudover var selve fotokonfrontationen præget af fejl.

Byretten fandt, at K’s vidneudsagn, samt dennes udpegning under fotokonfrontationen ikke kunne tillægges ”nogen særlig bevisværdi”. Derudover fandt retten, at M’s udpegning skulle indgå i bevisvurderingen ”med en begrænset vægt”. Vedrørende politirapporten, fandt retten, at det var ”uheldigt”, at fotokonfrontationen var foretaget på en anden måde end det af rapporten angivne forløb. T blev alligevel dømt efter anklageskriftets forhold ud fra andre beviser.

Man kan udlede af afgørelsen, at forsvarerens manglende tilstedeværelse ingen selvstændig betydning havde for, hvorvidt den pågældende fotoforevisning kunne anvendes som bevis under straffesagen. Derimod kan det konstateres, at forsvarerens manglende tilstedeværelse havde betydning for værdien af beviserne.

En lignende afgørelse omhandlende forsvarerens manglende tilstedeværelse ved en fotokonfrontation er *Vestre Landsrets dom af 19. november 1991*⁴⁶. I sagen stod A, B, C og D tiltalt for forsøg på røveri, grov vold, husfredskrænkelser, overtrædelse af våbenloven, samt fuldbyrdet røveri. I forhold til specialets emne, er den relevante tiltalte A. En af de forurettede, H, havde først anmeldt forholdene tre og halv måned efter forbrydelserne var foretaget. Dette blev begrundet med frygten for repressalier. Til brug for opklaringen af de anmeldte forbrydelser, havde politiet foretaget en fotokonfrontation, hvor A’s forsvarer ikke var tilstede grundet manglende underretning.

Byretten fandt, at A var skyldig og idømte ham 1 år og 3 måneders fængsel.

⁴⁶ Jf. *Landsforeningen af Forsvarsadvokater*, Landsforeningens Meddelelser 34/1992

Byrettens afgørelse blev kæret til Vestre Landsret, hvor A's forsvarer påstod frifindelse. Vestre Landsret fandt A skyldig og skærpede straffen til 2 år og 9 måneder.

Afgørelsen viser ligesom i *Hvidovre Rets dom af 8. august 1996*, at domstolene ikke automatisk ekskluderer ulovligt tilvejebragte beviser, hvor forsvareren ikke har været til stede. I Vestre Landsrets dom frifandt en dissentierende dommer A efter en samlet vurdering af beviserne tilvejebragt ved fotokonfrontationen. Dommeren lagde vægt på, at der forelå usikkerhed ved fotokonfrontationen, ”-der yderligere understreges af den fejl politiet har begået ved ikke at give forsvareren mulighed for at være tilstede (...)”. Landsretten foretog, som i den førnævnte dom, en samlet vurdering af bevismaterialet, fremfor at ekskludere beviset på trods af fejl i tvangsindgrebets udførelse.

Ny retspraksis kan dog indikere en ændring i retstilstanden i forhold til ulovligt tilvejebragte beviser, hvor forsvareren ikke har være til stede under en fotoforevisning. I den forbindelse er der tale om **U.2015.861V**. Sagen omhandlede T, som d. 19. marts 2014 var blevet varetægtsfængslet for røveri (forhold 1) og forsøg på røveri (forhold 2). Den 2. april skiftede T forsvarer, som var A. T's tidligere forsvarer, B, havde forinden godkendt en fotomappe til brug for en fotoforevisning. B påpegede, at to af de ti fotografier i fotomappen – inklusiv billedet af T – havde synlige tatoveringer. Politiassistenten meddelte B, at forurettede kun havde set gerningsmandens øjne, da denne var iført elefanthue.

Fotoforevisningen, som omhandlede forhold 1, blev afholdt d. 29. april 2014 uden tilstedeværelsen af A. Det fremgår af afgørelsen, at politiet under fotoforevisningen blev opmærksomme på, at T også kunne have været gerningsmand ved forhold 2. T blev d. 6. maj sigtet for forhold 1.

Eftersom T's forsvarer ikke var tilstede under fotoforevisningen, indbragte A et kæremål for byretten, hvor A påstod, at fotoforevisningen ikke anvendes som bevis. Anklagemyndigheden påstod, at fotoforevisningen burde anvendes som bevis.

Til støtte for sin påstand, påpegede A, at B ikke var blevet indkaldt til fotoforevisningen, hvilket var i strid med retsplejelovens § 745 d, stk. 1. Derudover påstod A, at selvom forurettede kun havde set gerningsmandens øjne, kan det have betydning for, at forurettede ubevidst peger på vedkommende. Anklagemyndigheden påstod, at B ” (...) kunne selv tage initiativet og fremkomme med en anmodning om at være tilstede under fotokonfrontationen. ”. Anklagemyndigheden påstod

endvidere, at der ikke forelå et brud på retsplejelovens regler, og at det var uden betydning, at personerne på to af billederne havde synlige tatoveringer.

Byretten fandt, at fotoforevisningen kunne anvendes som bevis. Byretten begrundede kendelsen med, at B havde godkendt fotomappen, samt at B kunne have anmodet om, at være tilstede under fotoforevisningen.

Byrettens kendelse blev af A kæret til Vestre Landsret. Landsretten fandt, at fotoforevisningen ikke kunne anvendes som bevis. Landsretten lagde til grund, at det ikke var bevist, at B af politiet var blevet anmodet om, at være tilstede under fotoforevisningen. Derudover lagde landsretten til grund, at A burde have været inddraget, da politiet blev opmærksom på, at T også kunne have været gerningsmand ved forhold 2. Landsretten kom frem til: *”Da denne bestemmelse således ikke kan anses for overholdt, og da forsvareren har fremsat konkrete indsigelser mod fotomappen, som ikke uden videre kan afvises, og desuden ikke har fået lejlighed til at være tilstede under fotoforevisningen, tager landsretten forsvarerens mod fotoforevisningens anvendelse som bevis til følge”*.

7.2.4 Konfrontationsparader skal indeholde figuranter

For så vidt angår retspraksis, hvor fremgangsmåden for foretagelsen af en konfrontationsparade ikke var opfyldt henvises til **Københavns Byrets kendelse af 26. november 1998**⁴⁷. I denne sag havde politiet foretaget en konfrontationsparade, som udelukkende bestod af mistænkte personer. Af denne grund protesterede forsvarerne under domsforhandlingen om anvendelsen af resultatet af konfrontationsparaden som bevis. Anklageren påstod, at konfrontationen burde indgå som bevis.

Byretten fandt, at resultatet af konfrontationen ikke kunne anvendes som bevis i sagen.

Det interessante ved afgørelsen er, at byretten ekskluderer beviset uden, at vurdere bevisværdien under domsforhandlingen. Afgørelsen adskiller sig således fra praksis ved fotokonfrontationer, hvor domstolene har tilladt et bevis ført til vurdering under domsforhandlingen. Det må dog også påpeges, at afgørelsen adskiller sig fra ovennævnt retspraksis eftersom pålideligheden ved beviset må siges, at være minimal. Såfremt byretten havde admitteret beviset til brug under domsforhandlingen, må det påpeges, at det virker usandsynligt, at det var blevet tillagt bevisværdi grundet den ringe måde, hvorpå det var tilvejebragt.

⁴⁷ Jf. *Landsforeningen af Forsvarsadvokater*, Landsforeningens Meddelelser 7/1999

7.2.5 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at domstolene ikke kan afskære politiets kompetence til, at sammensætte fotomappen efter § 746, stk. 1, jf. *U.2001.661V*.

Derudover, kan det konkluderes, at såfremt politiet har lavet graverende fejl i forbindelse med foretagelsen af en fotokonfrontation, kan dette medføre, at fotokonfrontation, som bevis, ikke kan anvendes, jf. *Østre Landsrets kendelse af 29. oktober 1999*.

Tidligere retspraksis fastlagde, at forsvarerens manglende tilstedeværelse ikke alene kunne føre til, at et bevis ekskluderedes. Nyere retspraksis viser dog, at forsvarerens manglende tilstedeværelse under foretagelsen af en fotokonfrontation medfører, at beviset ekskluderes, såfremt forsvareren havde indsigelser mod fremgangsmåden, jf. *U.2015.861V*.

Afslutningsvist, kan det konkluderes, at domstolene ekskluderer konfrontationsparader som bevis, hvis konfrontationsparaden udelukkende består af mistænkte personer. Det følger af retsplejeloven, at der ved foretagelsen af konfrontationsparader, skal indgå 7-8 figuranter, hvilket der ikke gjorde i den pågældende sag.

7.3 Retspraksis omhandlende ulovlig agentvirksomhed

I det følgende kapitel vil retspraksis, som omhandler ulovlig agentvirksomhed blive analyseret.

Indledningsvist, vil kapitlet indeholde en nyere afgørelse, hvor politiet ikke havde indhentet retskendelse i forbindelse med agentvirksomheden. Derudover vil kapitlet indeholde retspraksis i kapitlet omhandler retspraksis, hvor politiet ikke har overholdt agentreglerne i retsplejelovens §§ 754 a-d.

7.3.1 Manglende retskendelse i forbindelse med agentvirksomhed

I *U.2012.2225Ø* blev T dømt for forsøg, samt medvirken til forsøg på overtrædelse af straffelovens § 222 (forsøg på samleje med en person under 15 år).

T havde forinden anholdelse haft et forhold til M, som var mor til en 9-årig datter. Ud fra M's forklaringer, havde T op til flere gange ytret ønske om, at have samleje med børn på en lotteri-hjemmeside, som T og M kommunikerede over. T havde derudover meldt ud, at han var interesseret i samleje med M's datter. M kontaktede kort tid efter politiet.

Uden T's vidende fik politiet tilladelse til, at anvende M's profil på lotteri-hjemmesiden til brug for efterforskningen af T. Via hjemmesiden arrangerede T, at han skulle have samleje med datteren. Da T mødte op på M ejendom blev han anholdt.

Det fremgik af sagen, at politiet ikke havde indhentet forudgående retskendelse forinden agentaktionen, jf. § 754 c. Både byretten og Landsretten fandt dog, at overtrædelsen var en ”*formel fejl*”. Hverken byretten eller Landsretten fandt, at fejlen havde betydning for skyldsspørgsmålet eller strafudmålingen

7.3.2 Retspraksis hvor §§ 754 a-d ikke var overholdt

U1991.681Ø omhandler en sag, hvor T1 d. 5. februar blev anholdt for, at have medbragt en kuffert med ca. 2 kg. heroin. T1 blev herefter – efter aftale med politiet – udstyret med kufferten og tog ophold på Hotel Savoy. Under anvisning fra politiet skulle T1 tage kontakt til T2 og arrangere et møde, hvor heroinen kunne overdrages. Politiet havde i forbindelse med mødets iværksættelse aflyttet samtalerne mellem T1 og T2. Under selve mødet havde politiet installeret overvågning på hotelværelset. Efter overdragelsen af heroinen, foretog politiet anholdelse af T2.

Landsretten fandt, at der var tale om en ulovlig agentvirksomhed, jf. §§ 754 a – d. Politiet havde således ikke indhentet forudgående retskendelse, jf. § 754 c, stk. 3. Derudover var T1 ikke polititjenestemand, hvorfor der forelå en overtrædelse af § 754 b, stk. 2. T1 og T2 blev begge idømt fængsel. Hverken T1 eller T2 fik nedsat deres straf fra byretten.

Afgørelsen viser, at selvom politiet havde foretaget en ulovlig agentvirksomhed havde dette ikke betydning for strafudmålingen.

En lignende sag findes i **U.1997.1273Ø**. Sagen omhandlede T, som ved Københavns byret d. 22. marts 1990 blev dømt for overtrædelse af § 191, og fik 3 år og 6 måneders fængsel. T afsonede dommen.

Efter afsoningen blev T opmærksom på, at han havde været udsat for ulovlig agentvirksomhed, hvorfor han ankede dommen til Østre Landsret. Østre Landsret admitterede anken.

T påstod frifindelse, subsidiært strafbortfald eller formildelse af straffen. Anklagemyndigheden påstod stadfæstelse. Anklagemyndigheden anerkendte dog, at T havde været udsat for en ulovlig agentaktion.

Landsretten fandt, at T var blevet foranlediget af agenten til, at begå lovovertrædelsen, hvilket var i strid med §§ 754 a-d. Landsretten fandt, at der kunne ske strafnedsættelse. Dog kunne straffen ikke bortfalde, da T's personlige forhold – heriblandt hans økonomiske – gjorde, at Landsretten ikke fandt det godtgjort, at han var blevet provokeret lovovertrædelsen af agenten.

7.3.3 Delkonklusion

Det fremgår af U.2012.2225Ø, at politiets overtrædelse af kompetencereglerne i kapitlet om agentvirksomhed ikke kunne føre til, at beviset blev ekskluderet. Derimod havde politiets ulovlige fremgangsmåde betydning for straffens nedsættelse.

I afgørelserne, hvor politiet i strid med agentreglerne har foranlediget tiltalte til, at foretage lovovertrædelser, foreligger der mulighed for strafnedsættelse, hvilket tiltalte fik i U.1997.1273Ø.

8. Analyse af praksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

I dette kapitel vil praksis fra EMD blive analyseret. Indledningsvist vil det blive undersøgt, hvordan EMD forholder sig til sager, hvor politiet som led i deres efterforskning har tilvejebragt beviser i strid med art. 3. I forlængelse heraf, vil det blive undersøgt, hvorvidt domstolene finder, om anvendelsen af et bevis tilvejebragt i strid med art. 3 i en straffesag fører til, om der også foreligger et brud på art. 6. Så vil det blive undersøgt om beviser tilvejebragt ved politiets ulovlige eller .mangelfulde efterforskningsskridt fører til, at der foreligger en krænkelse af art. 6.

8.1 Praksis fra EMD, hvor art. 6 var krænket som følge af tortur og inhuman behandling

Den første af disse sager er *Jalloh v. Germany*⁴⁸, hvor tysk politi havde foretaget en anholdelse af Klageren, Jalloh for mistanke om besiddelse af narkotika. Forinden havde to politibetjente set Klageren sluge en lille pose indeholdende, hvad politibetjentene mistænkte som værende narkotika. Klageren blev ført til stationen, hvor han blev fastholdt og påtvunget indtagelse af et opkastmiddel. Opkastmidlet havde den virkning, at klageren kastede en lille pose op, som efterfølgende viste sig, at være en lille mængde kokain. På baggrund af posens indhold, blev Klageren af de tyske domstole idømt en fængselsstraf på 6 måneder.

Klageren indbragte sagen for EMD med påstand om, at der forelå en krænkelse af art. 3. Til støtte for sin påstand, lagde klageren til grund, at politiet havde påtvunget midlet i ham til brug for sikring af et bevis. Staten påstod, at politiet påtvang ham midlet, da de frygtede, at Klagerens liv var i potentiel livsfare.

EMD fandt, at der forelå en krænkelse af art. 3, jf. præmis 83. EMD begrundede deres afgørelse med, at politiet havde foretaget indgrebet under hensyn til, at tilvejebringe et bevis, jf. præmis 75. Om end der ikke foreligger et absolut forbud mod anvendelsen af et medicinsk indgreb til tilvejebringelsen af bevis, jf. præmis 70, skal et sådant indgreb være underkastet en streng

⁴⁸ Jf. Case of Jalloh v. Germany, application no. 54810/00, Grand Chamber judgment, Strasbourg, 11. July 2006

vurdering, jf. præmis 76. Følgende faktorer skal inddrages i vurderingen: ” (...) *the extent to which forcible medical intervention was necessary to obtain the evidence, the health risks for the suspect, the manner in which the procedure was carried out and the physical pain and suffering it caused, the degree of medical supervision available and the effects on the suspect’s health.*”, jf. præmis 76. Derudover fandt domstolen, at politiet kunne have anvendt mindre indgribende metoder, jf. 82. Eksempelvis have afventet, at posen kom ud naturligt, jf. præmis 77.

Til støtte for sin påstand om, at art. 6 var krænket, lagde klageren til grund, at han alene blev dømt på baggrund af beviset, der var tilvejebragt i strid med art. 3. Som følge heraf, havde hans retssag ikke været fair, jf. præmis 89. Staten bestred, at der forelå en krænkelse af art. 6, jf. præmis 91.

EMD fandt, at der forelå en krænkelse af art. 6, jf. præmis 108 og 123. Domstolen begrundede afgørelsen med, at art. 3 er en af grundrettighederne i EMRK, samt at beviset var det eneste bevis, som de tyske domstole anvendte i klagerens straffesag, jf. præmis 107.

Først og fremmest viser afgørelsen i *Jalloh*, at politiet ikke må anvende tortur eller inhuman behandling i forbindelse med tilvejebringelsen af et bevis. Dernæst, viser afgørelsen, at et bevis, som tilvejebringes i strid med EMRK art. 3, og som anvendes som bevis i straffesag er i strid med art. 3.

Om bevisværdien af et bevis tilvejebragt i strid med art. 3, fandt domstolen: ”*In its view, incriminating evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterized as torture – should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value*”, jf. Præmis 105. Domstolen begrundede dette med, at anvendelsen af beviser tilvejebragt i strid med tortur eller inhuman behandling ville legitimere brugen af sådanne beviser fremover, jf. præmis 105.

I *Gäfgen v. Germany*⁴⁹ var klageren af de tyske domstole blevet dømt for mordet på en 11-årig dreng. Klageren havde slået drengen ihjel, men krævede efterfølgende en løsesum af barnets forældre. I forbindelse med Klagerens afhentning af løsesummen, blev han anholdt. Klageren blev efterfølgende idømt fængselsstraf for mord.

Klageren indbragte sagen for domstolen, hvor han påstod, at der forelå en krænkelse af art. 6, da han var blevet dømt på baggrund af en tilståelse, som var tilvejebragt i strid med art. 3. Klageren

⁴⁹ Jf. Case of Gäfgen v. Germany, application no. 22978/05, Grand Chamber judgment, Strasbourg 1. Juni 2010

påstod, at politiet havde truet ham under afhøringen. Staten anerkendte, at art. 3 var krænket, men at politiet på tidspunktet for afhøringen var af den overbevisning, at drengen var i livsfare. EMD fandt, at der forelå en krænkelse af art. 3, jf. præmis 100.

For så vidt angår krænkelsen af art. 6, påstod Klageren, at truslerne fra politibetjentene fik ham til, at tilstå mordet og udpege stedet, hvorpå han lå begravet. Klageren påstod i den forbindelse, at beviset i form af tilståelsen, gjorde retssagen mod ham *unfair*. EMD fandt, at der ikke forelå en krænkelse af art. 6, da Klageren blev dømt på baggrund af tilståelsen afgivet under straffesagen imod ham, jf. præmis 186.

Ligesom i *Jalloh v. Germany*, fandt EMD, at tortur og inhuman behandling ikke er acceptabelt til brug for tilvejebringelsen af beviser.

En lignende situation forelå i sagen *Harutanyan v. Armenia*, hvor klageren – en armensk soldat – ved de nationale domstole blev dømt for mordet på en medsoldat.

Klageren indbragte sagen for EMD med påstand om, at der forelå en krænkelse af art. 6, da vidneudtalelser og klagerens tilståelse dannede grundlag for domfældelsen. Staten påstod, at der ikke forelå en krænkelse af art. 6, da klageren blev dømt ud fra vidne- og ekspertudtalelser.

Tilvejebringelsen af vidneudtalelserne fra medsoldaterne og tilståelsen fra Klageren, var sket gennem anvendelsen af mishandling. Personerne, som var ansvarlige for mishandlingen, blev senere dømt herfor ved de armenske domstole. Selvom Klageren ikke påstod, at der forelå en krænkelse af art. 3, fandt EMD, at det kunne inddrages i den samlede vurdering af, hvorvidt der forelå en krænkelse af art. 6, jf. præmis 64. EMD fandt, at anvendelsen af vidneudtalelserne og tilståelsen som under straffesagen ved de nationale domstole medførte, at straffesagen i sin helhed, var *unfair* og derfor i strid med art. 6, jf. præmis 66.

Afgørelsen viser, i lighed med *Jalloh-sagen* og *Gäfgen-sagen*, at EMD ikke tolererer anvendelsen af beviser tilvejebragt i strid med art. 3.

8.1.1 Delkonklusion

Afgørelserne i kapitlet er ikke direkte sammenlignelige med de danske afgørelser i specialet, da de danske afgørelser ikke omhandler beviser tilvejebragt ved anvendelsen af tortur eller inhuman behandling. Derimod beviser afgørelserne, at anvendelsen af beviser tilvejebragt ved tortur eller inhuman behandling under en straffesag har som konsekvens, at EMD fandt straffesagen *uretfærdig*.

Som nævnt ovenfor, skal Danmark overholde EMRK, heriblandt den praksis som EMD udsteder. I den forbindelse kan det konstateres, at såfremt de danske domstole anvendte beviser tilvejebragt ved tortur eller inhuman behandling, ville dette medføre en krænkelse af menneskerettighedskonventionens art. 6.

8.2 Afgørelser hvor EMD fandt, at art. 6 ikke var krænket

Det følgende omhandler afgørelser fra EMD, hvor EMD ikke fandt, at der ikke forelå en krænkelse af art. 6.

8.2.1 Krænkelser af art. 8 kan ikke nødvendigvis føre til krænkelse af art. 6

I *Schenk v. Switzerland*⁵⁰ var der foretaget en lydoptagelse af klageren uden klagerens vidende. Sagen omhandlede *Schenk*, der af de schweiziske domstole var blevet dømt for, at have planlagt, at slå sin ekskone ihjel ved brug af en lejemorner. Lejemorderen fortrød dog, hvorfor han indrømmede *Schenk's* plan overfor ekskonen. Lejemorderen og ekskonen gik herefter til politiet. Politiet aftalte med lejemorneren, at denne skulle foretage en opringning til klageren til brug for indsamling af bevis mod Schenk til brug for en straffesag.

Klageren indbragte sagen for EMD med påstand om, at der forelå en krænkelse af art. 8 og en krænkelse af art. 6. EMD fandt at der forelå en krænkelse af art. 8, men at der ikke forelå en krænkelse af art. 6, jf. præmis 49. EMD lagde til grund, at, at den optagne telefonsamtale ikke var det eneste bevis, som blev anvendt mod Schenk i sagen, jf. præmis 48.

Afgørelsen adskiller sig fra *Jalloh-sagen*, hvor en krænkelse af artikel medførte, at art. 6 ligeledes var krænket. Det kan derfor udledes, at en overtrædelse af art. 8 ikke automatisk medfører, at der foreligger en krænkelse af art. 6.

I *Khan v. The United Kingdom*⁵¹ var klageren – Khan – d. 17. september 1992 blevet stoppet i en britisk lufthavn sammen med N. N, der på tidspunktet var i besiddelse af en stor mængde kokain, blev efterfølgende anholdt. Klageren blev ikke anholdt, da han ikke var i besiddelse af narkotika.

Den 26. januar 1993 opholdte Klageren sig i en lejlighed tilhørende B. Hverken klageren eller B var vidende om, at politiet havde installeret lytteudstyr i lejligheden. Klageren indrømmede over for B, at han havde været involveret i narkotikaindsmuglingen d. 17. september 1992. På baggrund af

⁵⁰ Jf. Case of Schenk v. Switzerland, application no. 10862/84, Court (Plenary) judgment, Strasbourg, 12. July 1988

⁵¹ Jf. Case of Khan v. The United Kingdom, application no. 35394/97, Third Section Judgment, Strasbourg, 12. Maj 2000, final 04/10/2010

klagerens indrømmelse, anholdte politiet klageren d. 11. februar 1993. Klageren blev af de britiske domstole idømt en fængselsstraf.

Klageren indbragte sagen for EMD, hvor han påstod, at der forelå en krænkelse af art. 8, samt art. 6. EMD fandt, at der forelå en krænkelse af art. 8, jf. præmis 28. Derimod fandt EMD ikke, at der forelå en krænkelse af art. 6, jf. præmis 40.

8.2.2 Delkonklusion

Det interessante ved *Schenk v. Switzerland* og *Khan v. The United Kingdom* er, at krænkelse af konventionsbestemmelserne ikke medførte, at der straffesagen mod Klagerne var uretfærdig. Derudover, understregede *Schenk*-sagen, at et ulovligt tilvejebragt bevis i strid med en konventionsbestemmelse kun kan føre til krænkelse af art. 6, hvis det var det eneste bevis, domfældelse beroede på, jf. *Jalloh v. Germany*.

8.3 Afgørelser hvor EMD fandt krænkelse af art. 6

I *Laska and Lika v. Albania*⁵² havde politiet foretaget en ransagning på en ejendom, hvor klagerne, Laska og Lika, befandt sig. Baggrunden for ransagningen var, at der forinden var blevet foretaget et røveri af en minibus og dets passagerer. Under ransagningen fandt politiet to hvide t-shirts og en blå klud, der ifølge politirapporten, var lavet om til *balaclavas*⁵³. Politiet fandt dog ikke de våben, der var blevet anvendt under røveriet eller de stjalne genstande.

Klagerne blev taget med på politistationen, hvor de blev afhørt. Laska anmodede om, at have sin forsvarer tilstede, men denne anmodning blev afvist. Efterfølgende blev en konfrontationsparade afholdt. Klagerne og to andre figuranter indgik i paraden. Klagerens forsvarer var ikke tilstede under konfrontationsparaden.

Til foretagelsen af konfrontationsparaden, iførte politiet klagerne hjemmelavede, blå og hvide *balaclavas* – samme farve, som røverne havde anvendt. Figuranterne var iført sorte *balaclavas*. De forurettede udpegede under konfrontationsparaden klagerne som værende gerningsmændene. På baggrund af resultatet af konfrontationsparaden, blev klagerne anholdt. Klagerens forsvarer var heller ikke tilstede på dette tidspunkt.

Klagerne blev af de albanske domstole dømt for væbnet røveri og idømt 13 års fængsel. Klagerne blev udelukkende dømt på baggrund af vidneudsagnene foretaget under konfrontationsparaden.

⁵² Jf. *Case of Laska and Lika v. Albania*, application nos. 12315/04 and 17605/04, Fourth Section judgment, Strasbourg, 20. April 2010, Final 20/07/2010

⁵³ En type ansigtsmaskering

Derudover blev de dømt for ulovlig besiddelse af automatvåben, selvom politiet ingen våben havde fundet under ransagningen.

Klagerne indbragte sagen for EMD med påstand om, at der forelå en krænkelse af art. 6.⁵⁴ EMD fandt, at der forelå en krænkelse af art. 6, jf. præmis 72. Krænkelsen bestod i, at konfrontationsparaden var afholdt på en sådan måde, at de forurettede ikke kunne undgå, at udpege klagerne som værende de skyldige, jf. præmis 66.

EMD tillagde også forsvarernes manglende tilstedeværelse vægt. Herved kom EMD frem til: *”Even if the primary purpose of Article 6, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a ‘tribunal’ competent, to determine ‘any criminal charge’, it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings (...). In order for the right to a fair trial to remain sufficiently ‘practical and effective’ Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right”*, jf. Præmis 62. Heraf følger, at art. 6 og princippet om en retfærdig rettergang også gælder forinden retssagen, og at art. 6 garanterer, at en mistænkt har ret til adgangen til en advokat ved afhøringen. EMD er af den overbevisning, at der ved forsvarerens manglende tilstedeværelse ikke forelå det fornødne eftersyn af politiets efterforskningskridt. Dette medførte, klagerne blev dømt ud fra ensidige beviser, der ikke var underlagt en kritisk vurdering.

I *Teixeira de Castro v. Portugal*⁵⁵ havde to politibetjente i civilt tøj, henvendt sig til personen, V.S., for at købe flere kilo hash. V.S. var uvidende om, at det var politibetjente, der havde henvendt sig. V.S. kunne ikke skaffe dem den adspurgte mængde. Kort før midnat henvendte betjentene sig igen for at købe heroin. V.S. påpegede klageren, *Teixeira de Castro*, som værende en person, der kunne skaffe det. Klageren mødtes med betjentene og indvilligede i, at skaffe 20 gram heroin. Klageren skaffede heroinen via en tredjemand og afleverede det til betjentene på V.S.’s bopæl. Politiet tilkendegav sig selv, og anholdte efterfølgende klageren, hvorpå de yderligere fandt to poser heroin, jf. præmis 12. Ved de portugisiske domstole blev klageren idømt seks års fængsel.

⁵⁴ Klagerne havde også påstået, at art. 3 havde været krænket, da klagerne påstod, at de var blevet tortureret. EMD afviste behandlingen af art. 3 eftersom klagerne ikke havde forelagt påstanden om tortur for de nationale domstole, jf. præmis 42.

⁵⁵ Jf. Case of Teixeira de Castro v. Portugal, (44/1997/828/1034), Judgment, Strasbourg, 9. June 1998

Klageren indbragte sagen for EMD. Klageren påstod, at der forelå en krænkelse af EMRK art. 6 § 1 i og med, at politibetjentene havde opildnet/provokeret ham til, at fremskaffe heroinen. Staten påstod, at der ikke forelå en ulovlig agentaktion, samt at agentaktion afslørede kriminel, der forinden aktionen allerede havde en trang til, at sælge narko.

EMD fandt (8 stemmer mod 1), at der forelå en krænkelse af art. 6 § 1.

Til grund for deres afgørelse, foretog EMD en vurdering af om betjentenes adfærd gik over grænsen for, hvad der var acceptabelt for *undercover agenter*.

Domstolen fandt først og fremmest, at der forelå et tilsyn fra en dommer,. Til trods herfor fandt EMD ikke, at betjentene havde nogen rimelig grund til, at mistænke klageren for, at være narkohandler i og med, at han ikke havde en plettet straffeattest. Derudover var klageren på tidspunktet for politiets anmodning i besiddelse af heroinen, men som var i tredjemands besiddelse. Slutteligt fandt EMD, at klageren, efter deres opfattelse ikke havde begået den kriminelle aktivitet, såfremt politiet ikke havde foranlediget ham hertil, jf. præmis 38-39. Eftersom politibetjentenes forklaringer var det eneste, som de portugisiske domstole anvendte som bevis til domfældelse af klageren, forelå der en overtrædelse af art. 6 § 1.

8.3.1 Delkonklusion

For så vidt angår *Laska and Lika v. Albania* fandt EMD, at der forelå en krænkelse af art. 6, da de tilvejebragte beviser i sagen medførte, at hele straffesagen var uretfærdig.

Det samme fandt EMD i *Teixeira de Castro v. Portugal*, hvor undercover agenter foranledigede Klageren i en sådan, at det gik ud over deres beføjelser.

9. Konklusion

Ud fra specialets analysekapitler, kan følgende grundsætninger stilles op.

9.1 De danske domstole admitterer som udgangspunkt ulovligt tilvejebragte beviser

Det konkluderes, at de danske domstole som udgangspunkt admitterer ulovligt tilvejebragte beviser. Årsagen til dette skal findes i det strafferetlige princip om den materielle sandheds princip.

Det kan dog konkluderes, at de danske domstole ikke har en pragmatisk tilgang til den materielle sandheds princip. Det følger af en række afgørelser, at domstolene foretager en konkret vurdering af retsbruddet i forhold til individets krænkelse, jf. Vestre Landsrets kendelse af 22. december 1995.

9.2 Forsæt i forbindelse med den ulovlige tilvejebringelse medfører eksklusion

Det konkluderes, at såfremt politiet, med forsæt, tilvejebringer et bevis på en i strid med retsplejeloven, vil beviset blive ekskluderet, jf. Færøernes Ret, U.1995.752H. På trods af, at afgørelsen omhandlede en ransagning, hvor politiet ikke havde grundlag for, at ransage bestemte dokumenter, må det konkluderes, at en forsætlig handling fra politiet inden for dette emne er gældende inden for andre tvangsindgreb. Dette skyldes, at admission af et tilvejebragt bevis, som er blevet tilvejebragt forsætligt, ville legitimere bevidste retsbrud fremadrettet. En sådan afgørelse ville med al sandsynlighed også være i strid med EMRK art. 6.

9.3 Ved forsvarerens manglende tilstedeværelse, skal beviset ekskluderes

Ud fra U.2015.861V, kan det konkluderes, at domstolene tillægger forsvarerens manglende tilstedeværelse større betydning end ved tidligere tilfælde. I sagen ekskluderede Vestre Landsret et bevis tilvejebragt, hvor forsvareren ikke var tilstede under fotokonfrontationen.

Denne grundsætning er i overensstemmelse med EMD-praksis, jf. *Laska and Lika v. Albania*, hvor forsvarerens manglende tilstedeværelse blev anvendt af EMD som argument for, at konfrontationsparaden var i strid med art. 6.

9.4 Beviser tilvejebragt i strid med kompetenceregler admitteres

Praksis fra de danske domstole viser endvidere, at formelle fejl i forbindelse kompetencereglerne inden for ulovlig agentvirksomhed, ikke kan føre til strafbortfald jf. U.2012.2225Ø.

Højesteret kom frem til det samme resultat i Højesterets kendelse af 25. februar 1994, hvor Højesteret fandt, at fejl i forbindelse med kompetencereglerne, ikke kunne føre til eksklusion af det ulovligt tilvejebragte bevis.

9.5 Beviser, som er blevet tilvejebragt ved krænkelse af art. 3 og anvendt i straffesagen, medfører krænkelse af art. 6.

På baggrund af afgørelserne *Jalloh v. Germany*, *Gäfgen v. Germany* og *Harutanyan v. Armenia* kan det konkluderes, at der eksisterer et forbud mod anvendelsen af beviser tilvejebragt ved krænkelse af art. 3 under straffesag. Straffesagen, som set i de ovennævnte afgørelser, vil af EMD blive dømt som værende *unfair* og i strid med art. 6.

Litteraturliste

- Bøger
 - ”Civilprocessen”, Bernhard Gomard og Michael Kistrup, Karnov Group Denmark A/S, 2013, 7. udgave/1. oplag
 - ”Straffeprocessuelle tvangsindgreb – Retspolitiske studier”, Hans Gammeltoft-Hansen, Juristforbundets Forlag, 1981
 - ”Strafferetspleje”, Hans Gammeltoft-Hansen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave/1. oplag, 1998
 - ”Indledning til folkeretten”, Peter Germer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 2. oplag, 2010
 - ”Europæiske Menneskerettigheder – En praktisk indføring”, Erik Werlauff, Gjellerup, 2. udgave, 1. oplag
 - ”Straffeprocessen”, Eva Smith m.fl. , Karnov Group Denmark A/S, 2. Udgave/4. Oplag, 2014
 - *Birgitte Brøbech*, ”Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 1. udgave
- Dansk retspraksis
 - **Retspraksis fra Fuldmægtigen**
 - Højesterets kendelse af 25. februar 1994 – Fuldmægtigen, 66. årgang, december 1994, Dommerfuldmægtigforeningen og Politimægtigforeningen, sag nr. 596
 - **Retspraksis fra Ugeskrift for Retsvæsen**
 - U.1962.788
 - U.1984.762H
 - U1991.681Ø
 - U.1995.752H
 - U.1997.1273Ø
 - U.2001.661V
 - U.2005.3007V
 - TfK2011.752/2
 - U.2012.2225Ø
 - U.2015.861V
 - **Retspraksis fra Landsforeningen for Forsvarsadvokater**
 - Vestre Landsrets dom af 19. november 1991 – Landsforeningens Meddelelser 34/1992
 - Hvidovre Rets dom af 8. august 1996 – Landsforeningens Meddelelser 100/1996

- Vestre Landsrets kendelse af 22. december 1995 – Landsforeningens Meddelelser 23/1998
- Københavns Byrets kendelse af 26. november 1998 – Landsforeningens Meddelelser 7/1999
- Østre Landsrets kendelse af 29. oktober 1999 – Landsforeningens Meddelelser 25/2000
- Københavns Byrets kendelse af 6. april 2001 – Landsforeningens Meddelelser 26/2002

- **Praksis fra EMD**

- Case of Teixeira de Castro v. Portugal, (44/1997/828/1034), Judgment, Strasbourg, 9. June 1998
- Case of Schenk v. Switzerland, application no. 10862/84, Court (Plenary) judgment, Strasbourg, 12. July 1988
- Case of Khan v. The United Kingdom, application no. 35394/97, Third Section Judgment, Strasbourg, 12. Maj 2000, final 04/10/2010
- Case of Laska and Lika v. Albania, application nos. 12315/04 and 17605/04, Fourth Section judgment, Strasbourg, 20. April 2010, Final 20/07/2010
- Case of Gäfgen v. Germany, application no. 22978/05, Grand Chamber judgment, Strasbourg 1. Juni 2010
- Case of Jalloh v. Germany, application no. 54810/00, Grand Chamber judgment, Strasbourg, 11. July 2006

- **Bilag**

- Bilag A, Spørgsmål til *Rigspolitichefen og Direktionssekretariatet*
- Bilag B, *Fotokonfrontation og forsvarerens tilstedeværelse*, Vejledning, Midt- og Vestjyllands politi.

- **Betænkninger**

- Betænkning 1984 nr. 1023, Politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter, afgivet af Justitsministeriets strafferetsplejeudvalg
- Betænkning 1989 nr. 1159 om ransagning under efterforskning, Justitsministeriets Strafferetsplejeudvalg
- Betænkning 1995 nr. 1298 om fotoforevisning, konfrontation, efterlysning og observation, Justitsministeriets Strafferetsplejeudvalg

Artikler

- *Peter Rørdam, "Mangler ved bevisets tilvejebringelse" af fhv. landsdommer Peter Rørdam, U.2001B.337*

Bilag A – Spørgsmål til Rigspolitichefen og Direktionssekretariatet

Spørgsmål:

- Har politiet udarbejdet retningslinjer for foretagelse af fotoforevisninger og/eller konfrontationsparader?

Svar fra *Rigspolitiet*:

Jeg kan oplyse dig om, at Rigspolitiet ikke har fastsat overordnede retningslinjer for foretagelse af fotoforevisninger og/eller konfrontationsparader. Det er op til den enkelte politikreds at vurdere hvor vidt, der er et behov herfor.

Jeg har forespurgt de 12 politikredse hvilke retningslinjer de har fastsat. På den baggrund sender jeg dig en kopi af retningslinjerne for fotokonfrontation og forsvarerens tilstedeværelse fra Midt- og Vestjyllands Politi, som er udarbejdet af en af politikredsens advokaturchefer til brug for de politiansatte.

Fotokonfrontation og forsvarerens tilstedeværelse.

1. Når der er rejst sigtelse:

Når der skal foretages en fotokonfrontation med en sigtet, skal politiet give meddelelse til forsvareren inden foretagelsen, så forsvareren kan få lejlighed til at være tilstede og varetage den sigtedes interesser.

Er der ikke beskikket en forsvarer for den sigtede, skal dette ske inden konfrontationen. Er sigtede og forsvareren enige om, at forsvareren skal beskikkes, behøver konfrontationen dog ikke afvente, at retten formelt har foretaget beskikkelse.

Forsvareren afgør selv, om han vil være tilstede. Hvis han er forhindret eller politiet ikke kan opnå kontakt med ham, må fotokonfrontationen kun foretages, hvis det er umuligt at udsætte den til et tidspunkt hvor forsvareren kan være tilstede. Sker det uden tilstedeværelse, skal forsvareren uden ophold underrettes.

Når forsvareren er tilstede, må han stille forslag med hensyn til gennemførelsen af fotokonfrontationen. Hans bemærkninger i så henseende skal tilføres politirapporten. Opstår der uenighed om tilrettelæggelsen og udførelsen af fotokonfrontationen, kan forsvareren indbringe spørgsmålet for retten til legalitetsprøvelse. Efterforsker skal i det tilfælde kontakte anklagemyndighedens visitator med henblik på at aftale, hvordan sagen skal forelægges for retten.

Anvendelse af fotokonfrontation, der er foretaget uden forsvarerens mulighed for tilstedeværelse, vil i bedste fald være et dårligt bevis i retten og der er risiko for, at retten slet ikke vil tillade, at anklageren anvender konfrontationen som bevis.

2. Når der ikke er rejst sigtelse:

Er der ikke rejst sigtelse og er der ikke efter det foreliggende grundlag herfor, vil der ikke være forsvarer beskikket. Fotoforevisning af et større antal fotos af personer, der ikke kan betragtes som mistænkte, men blot anses for mulige gerningsmænd, sker således uden indkaldelse af en forsvarer.

Det er vigtigt, at efterforsker inden en fotokonfrontation foretages gør sig klart hvor stærkt mistankegrundlaget er, og om der bør ske sigtelse og forsvarerbeskikkelse inden konfrontationen gennemføres. Dette kan søges illustreret med to eksempler:

- a) I en sag med vold mod F har en person oplyst til politiet, at flere vidner overfor personen har udpeget A , som gerningsmand. På den baggrund lader politiet et kartoteksfoto af A indgå i en fotokonfrontationsmappe med henblik på forevisning for vidnerne og F. I dette tilfælde er mistankegrundlaget så konkret, at A bør sigtes og have en forsvarer beskikket inden fotokonfrontationen foretages, sådan at fremgangsmåden beskrevet ovenfor under afsnit 1. kan følges. Sker det ikke, må det forventes, at retten vil afvise konfrontationen som bevis.
- b) I en sag med vold mod F oplyser F til politiet, at F deltog i en fest og at en ukendt festdeltager forøvede volden. Signalementet kan passe på mange og der er ikke vidner. Festens vært udleverer en liste med navne på festdeltagerne og det viser sig, at mange af dem er i politiets fotokartotek.

I dette tilfælde må politiet lade fotografierne af disse mulige gerningsmænd indgå i en konfrontationsmappe med henblik på forevisning for F, uden først at sigte og foranstalte forsvarerbeskikkelse, da mistankegrundlaget endnu ikke er tilstrækkeligt konkret.

Den praksis, som der nogen steder har været med, uden aftale med sigtede eller hvor der ikke er en sigtet, at lade en advokat godkende fotomappen inden konfrontationen, kan ikke erstatte ovenstående fremgangsmåde. Denne praksis tilfører ikke sagen nogen bevisværdi, men kun unødvendig udgift til en advokat.

Reglerne om fotoforevisning findes i RPL kap. 75 a. Reglerne om forsvarerens medvirken findes i RPL § 745 d. Der henvises i øvrigt til TfK 2009.643 V, som handler om en situation, som beskrevet ovenfor under eksempel a).