

Advokaterne Bonneze & Ziebe P/S

Aarhus, den 13. september 2022

Krims Retshjælp
Fiskergade 33-37
8000 Aarhus C.

Krims Retshjælp har bedt mig om at kommentere kriminalforsorgens publikation af 22. juni 2022 om problemstillingen vedrørende kriminalforsorgens korttelefonordning.

Krims Retshjælp har endvidere bedt mig kommentere Justitsministeriets besvarelse af 31. august 2021 på spørgsmål nr. 1249 fra Folketingets Retsudvalg.

Jeg skal beklage den sene besvarelse.

Kriminalforsorgens redegørelse af 22. juni 2022

Kriminalforsorgen har 22. juni 2022 offentliggjort en publikation med titlen ”Redegørelse for problemstilling vedrørende kriminalforsorgens korttelefonordning”. Det kan udledes af publikationen, at kriminalforsorgen – med få undtagelser - vil fortsætte ulovlig og konventionsstridig optagelse af telefonsamtaler mellem indsatte i lukkede fængsler og deres samtalepartnere.

Den offentlige debat, som publikationen har medført, giver overordnet det indtryk, at offentligheden og pressen mest har haft fokus på den omstændighed, at kriminalforsorgen i nogle tilfælde ulovligt har *aflyttet* telefonsamtaler ført mellem indsatte i lukkede fængsler og deres samtalepartnere. Det er imidlertid mindst ligeså alvorligt, at kriminalforsorgen rutinemæssigt har *optaget og opbevaret* samtaler ført mellem indsatte i lukkede fængsler og disses samtalepartnere med undtagelse af visse myndigheder, bistandsværger og en snæver gruppe advokater, samt at kriminalforsorgen har tænkt sig at fortsætte dette, selv om dette efter Landsforeningen KRIMs opfattelse åbenlyst strider mod Danmarks internationale forpligtelser.

Den europæiske Menneskerettighedsdomstol (i det følgende ”EMD”) har ikke blot fundet, at rutinemæssig aflytning af indsattes telefonsamtaler krænker artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (i det følgende ”EMRK”). Dette gælder i lige så høj grad også rutinemæssig *optagelse* af indsattes telefonsamtaler, også selv om rutinemæssig optagelse undlades i forhold til enkelte typer samtaler som for eksempel samtaler med bistandsværger, visse myndigheder og visse advokater. Optagelse af en indsats telefonsamtaler må aldrig ske rutinemæssigt men kun, når der *foreligger en konkret mistanke* om, at denne bestemte indsatte misbruger adgangen til uovervågede samtaler. Dette gælder således også, selv om lydoptagelserne ikke nødvendigvis senere måtte blive aflyttet. Myndighedernes optagelse af indsattes telefonsamtaler strider i sig selv mod den indsattes ret til privatliv efter EMRK artikel 8, *hvis dette ikke er begrundet i en konkret mistanke om, at en indsat misbruger adgangen til uovervågede telefonsamtaler*, idet sådanne indgreb anses som alvorlige indgreb i retten til privatliv. I Doergo v. the Netherlands afgjort 27. april 2004 udtalte EMD i præmis 50 blandt andet ”*tapping and other forms of interception of telephone conversations constitute a serious interference with private life and correspondence*”. Holland blev i sagen dømt for at krænke EMRK artikel 8 til trods for, at hollandske indsatte faktisk er beskyttet betydeligt bedre mod vilkårlighed og myndighedernes misbrug af reglerne end danske indsatte: For eksempel er det i Holland kun fængslets inspektør, der kan bestemme, at der skal ske optagelse af en konkret indsats samtaler. Dertil kommer, at dette kun må ske på baggrund af en konkret mistanke om, at den indsatte er involveret i kriminalitet. Dette fremgår af præmis 35, 2. pkt., som lyder således: ”... *only the Governor could order the tapping of*

telephone calls of a particular detainee against whom there existed concrete suspicions of involvement in a criminal offence. ... Dette står i kontrast til de danske regler, hvor optagelse af indsattes telefonsamtaler sker helt uden, at det kræves, at der skal foreligge en konkret mistanke om en lovovertrædelse.

Alle *typer* af kommunikation med omverdenen, som fængsler tillader indsatte at benytte, er omfattet af retten til privatliv efter EMRK artikel 8. I *Lebois v. Bulgaria* fra 10. oktober 2017 præciserede menneskerettighedsdomstolen, at indgreb i forhold til korttelefoner, som et fængsel stiller til rådighed for de indsatte, er begrænset af retten til privatliv efter EMRK artikel 8. EMD udtaler i præmis 64 således, at "limitations on his possibility to use that cardphone" anses som en "interference with his "private life"". Dette indebærer, at *den ret til privatliv, som indsatte har, når de kommunikerer for eksempel pr. brev, også gælder i forhold til kommunikation via fængslers korttelefoner.*

Reglerne om optagelse, overhøring og aflytning af indsattes telefonsamtaler efter § 57, stk. 3, i straffuldbyrdelsesloven (i det følgende "SFBL") er blevet anvendt til at udstede en administrativ forskrift i telefonbekendtgørelsens § 13, stk. 3. Her er det bestemt, at kriminalforsorgen kan kræve, at telefonsamtaler "*skal føres på et sprog, som den, der skal kontrollere samtalen, forstår.*" Denne regel afskærer i praksis mange indsatte i danske fængsler fra at føre telefonsamtaler med deres nærmeste pårørende på disses modersmål. Ikke overraskende kan praksis meget vel være konventionsstridig. I *Nusret Kaya and Others v. Turkey* afgjort af EMD 22. april 2014 fandt EMD, at det udgjorde en krænkelse af EMRK artikel 8, at en indsat i et tyrkisk fængsel var blevet nægtet at føre telefonsamtaler med sine pårørende på kurdisk.

Justitsministeriet besvarelse af 31. august 2021 af spørgsmål fra retsudvalget var mangelfuld

I besvarelse af 31. august 2021 på spørgsmål nr. 1249 fra Folketingets Retsudvalg har Justitsministeren redegjort for, hvorfor ministeren *ikke* mener, at det udgør en krænkelse af EMRK artikel 8, at indsatte i lukkede fængsler siden efteråret 2020 er blevet nægtet at føre samtaler i fængslernes uovervågede "advokattelefoner" med sagsbehandlere ved gratis retshjælpsinstitutioner herunder KRIMSSs Retshjælp, der blandt andet bistår indsatte med klagesager mod Kriminalforsorgen. Justitsministeriet henviste blandt andet til EMD's afgørelse i sagen *Boris Popov mod Rusland* afgjort af EMD 28. oktober 2010.

Justitsministeriet bestred ikke i sin besvarelse til retsudvalget, at EMD i afgørelsen havde dømt Rusland for at krænke EMRK artikel 8. Ministeriet mente imidlertid ikke, at dommen kunne overføres på danske forhold. Justitsministeriet anførte blandt andet, at EMD i sagen fandt (side 3, 2. afsnit): "*at der ikke kunne ske rutinemæssig overvågning af den indsattes brevkorrespondance med vedkommendes advokat, idet der hverken forelå en konkret sikkerhedsrisiko eller påvirkningsrisiko mellem klagerne og advokaten. På den baggrund fandt EMD, at den russiske lovgivning ikke indeholdt tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger til at beskytte klagerne imod vilkårlige indgreb fra myndighedernes side.*"

Ministeriet har tilsyneladende overset, at EMD i præmis 107 til støtte for, at EMD anså EMRK artikel 8 for krænkelse, blandt andet påpegede, at den russiske lovgivning ikke påbyder myndighederne i det enkelte tilfælde at give en *begrundelse* for iværksættelsen af overvågningen ("*.. No reasons were required to warrents its application*").

Justitsministeriet forholder sig således ikke til, at EMD dømte Rusland for at krænke EMRK artikel 8, fordi den russiske lovgivning tillod rutinemæssig overvågning, uden at indgrebet skulle være *konkret begrundet*. Da straffuldbyrdelseslovens § 57, stk. 3 – akkurat som de russiske regler - *ikke* pålægger myndighederne at fremkomme med en konkret begrundelse forud for hvert enkelt indgreb

i en indsats kommunikation med omverdenen, lever de danske regler heller ikke op til EMRK artikel 8.

Særligt om indsattes korrespondance med advokater og NGOer, der yder dem retshjælp

Som det fremgår af mange andre afgørelser fra EMD, er det ikke kun i forhold til indsattes kommunikation med advokater og juridiske rådgivere ("legal advisers"), at myndighederne har pligt til konkret at begrunde indgreb som for eksempel optagelse af den indsattes samtaler. *Uanset hvem samtalepartneren er*, består der en sådan pligt. Efter EMDs praksis er denne pligt blot skærpet, når samtalepartneren er advokat eller "legal adviser" (juridisk rådgiver). Se for eksempel præmis 44 i *Petrov v. Bulgaria* afgjort af EMD 22. august 2008, hvor EMD kritiserer, at alt den indsattes korrespondance blev overvåget herunder breve fra den pågældendes advokat ("*including letters to and from his lawyer*"). Som det fremgår af præmis 44 sammenholdt med præmis 45 statueres der krænkelse af EMRK artikel 8 *både* for så vidt angår korrespondancen med advokaten og for så vidt angår korrespondancen med den indsattes pårørende. Dette skyldtes, at myndighederne ifølge de bulgarske regler ikke var forpligtet til at give en begrundelse i en konkret sag ("*not bound to give any reasons in a particular case*"). Da en sådan pligt kan udledes af EMRK artikel 8, blev Bulgarien dømt.

I tilfælde, hvor juridisk korrespondance vedrører *klager over fængselsmyndighederne*, er EMD særlig opmærksom på det betænkelige i, at fængselsmyndighederne overvåger korrespondancen. Dette ses for eksempel i præmis 144 i *Yefimenko mod Rusland* afgjort af EMD 12. februar 2013. Her udtaler EMD, at der består særlig risiko for myndighedsmisbrug i tilfælde, hvor fængselsmyndighederne overvåger korrespondance, der vedrører klager over netop fængselsmyndighederne ("*particularly where such correspondence relates to claims and complaints against the prison authorities*").

Det er ikke kun i forhold til advokater, at begrundelseskravet skærpes. Dette gælder også i forhold til NGOer, hvor frivillige som for eksempel jurastuderende yder retshjælp til indsatte.

I *AFFAIRE DIMCHO DIMOV c. BULGARIE* afgjort af EMD den 16. december 2014 blev Bulgarien dømt for at krænke EMRK artikel 8, fordi de bulgarske myndigheder havde tilladt, at en indsats kommunikation med en NGO (Non-Governmental Organisation), der ydede gratis retshjælp til indsatte, der ville klage over fængselsforholdene, blev overvåget. I præmis 90 fremhævede EMD, at overvågningen havde omfattet den indsattes korrespondance med dennes partsrepræsentant ("*compris des lettres de son représentant*"). EMD fandt, at EMRK artikel 8 krænket, da der ikke var påvist konkrete grunde til støtte for, at dette havde været nødvendigt.

Både for advokater og for NGO'er, der yder retshjælp til indsatte, skærpes kravet til en konkret begrundelse for overvågning af korrespondancen - især når retshjælpen angår klager over fængselsmyndighederne. Dette ændrer imidlertid ikke på, at EMD i *alle sager om overvågning* af indsattes korrespondance med omverdenen kræver, at overvågningen er konkret begrundet i det enkelte tilfælde, således også selv om samtalepartneren ikke er en advokat eller en "legal adviser" men for eksempel en kæreste eller anden pårørende.

Uforeneligheden mellem straffuldbyrdelseslovens § 57, stk. 3, og EMRK artikel 8

Det fremgår af SFBL § 57, stk. 3, at telefonsamtaler i lukkede fængsler "*optages, påhøres eller aflyttes*" uden retskendelse, "*medmindre dette ikke findes nødvendigt af de i stk. 2 nævnte hensyn*." Det er således udgangspunktet i dansk ret, at samtalerne rutinemæssigt skal optages, påhøres eller aflyttes, medmindre kriminalforsorgen efter en konkret vurdering finder, at dette ikke er nødvendigt af de i stk. 2 nævnte hensyn. En sådan fremgangsmåde er - som demonstreret ovenfor med

afgørelser fra EMD - i strid med EMRK artikel 8, idet EMRK kræver, at der skal foreligge en *konkret mistanke* om, at en uovervåget samtale vil blive misbrugt, inden myndighederne må optage, overhøre eller aflytte samtalen. Dette gælder i forhold til *alle* samtalepartnere – herunder organisationer, familiemedlemmer, bekendte mv. Dokumentationskravet til denne konkrete mistanke skærpes, hvis samtalepartneren er en advokat eller en NGO, der optræder som juridisk rådgiver ("legal adviser"), og dokumentationskravet skærpes yderligere, hvis den juridiske rådgivning vedrører *en klage over fængselsmyndighederne*.

EMRK udelukker således ikke, at kriminalforsorgen optager og/eller aflytter indsatte telefonsamtaler. Kravet er blot, at der skal være en konkret mistanke om, at adgangen til uovervågede samtaler bliver misbrugt.

I FRIEDENSBURG v. POLAND afgjort den 27. april 2010 anså EMD det for en krænkelse af EMRK artikel 8, at en indsat i et polsk fængsel fik overvåget sin korrespondance med en *bank*. I præmis 45 påpegede domstolen, at de nationale myndigheder ikke havde redegjort for, hvorfor det var nødvendigt at overvåge den indsatte korrespondance med banken. Af præmis 45 fremgår blandt andet følgende på originalsproget: "... *the Government failed to submit any arguments making it possible to assess the need for censorship of the applicant's correspondence with his bank and the aim of such interference with his right under Article 8. Hence, the Court cannot but conclude that the requirements of Article 8 § 2 were not complied with*"

Det er værd at bemærke, at EMD i præmis 43 bemærkede, at overvågningen var i overensstemmelse med national ret, idet der var adgang til sådan overvågning i § 217 i den polske straffuldbyrdelseslov. Der var – ligesom i den danske straffuldbyrdelseslov - ikke noget begrundelseskrav i den polske straffuldbyrdelseslov, når myndighederne ville overvåge indsatte korrespondance, derfor fandt EMD i præmis 45, at overvågningen var i strid med EMRK artikel 8.

I BOBEL v. POLAND afgjort den 22. januar 2008 anså EMD det for en krænkelse af EMRK artikel 8, at en indsat i et polsk fængsel fik overvåget sin korrespondance med sin familie. I præmis 64 påpegede domstolen, at de nationale myndigheder ikke havde redegjort for, hvorfor det var nødvendigt at overvåge den indsatte korrespondance med familien. Præmis 64 har følgende ordlyd på originalsproget: "*Having regard to the fact that the Government failed to submit any arguments making it possible to assess the need for censorship of the applicant's correspondence with his family the Court cannot but conclude that the requirements of Article 8 § 2 were not complied with.*"

Det er værd at bemærke, at EMD i præmis 62 bemærkede, at overvågningen var i overensstemmelse med national ret, idet der var adgang til sådan overvågning i § 217 i den polske straffuldbyrdelseslov. Der var – ligesom i den danske straffuldbyrdelseslov - ikke noget begrundelseskrav i den polske straffuldbyrdelseslov, når myndighederne ville overvåge indsatte korrespondance, derfor fandt EMD i præmis 64, at overvågningen var i strid med EMRK artikel 8.

Som vist ovenfor sker der i dansk ret rutinemæssig optagelse af alle samtaler mellem indsatte og personer/institutioner, der ikke er omfattet af straffuldbyrdelseslovens § 56, eller som ikke er bistandsværger, medmindre dette ikke findes nødvendigt. Det vil sige, at optagelsen af samtalerne sker uden nogen forudgående konkret begrundelse, hvilket er i strid med EMRK artikel 8.

Pligt efter SFBL § 57, stk. 3, til konkret at vurdere om rutinemæssig optagelse af samtaler kan undlades

SFBL § 57, stk. 3, har følgende ordlyd: "*I lukkede institutioner optages, påhøres eller aflyttes telefonsamtalen uden retskendelse, medmindre dette ikke findes nødvendigt af de i stk. 2 nævnte hensyn.*"

Denne lovbestemmelse kan næppe forstås anderledes, end at lovgivningsmagten har pålagt de ansvarlige myndigheder i forhold til hver enkelt indsat i et lukket fængsel at foretage et pligtmæssigt skøn i forhold til, hvorvidt det ”findes nødvendigt” rutinemæssigt at optage, påhøre eller aflytte denne indsattes telefonsamtaler. Bestemmelsen synes også efter sin ordlyd at foreskrive, at der skal foretages en løbende vurdering af nødvendigheden af at *fortsætte* med rutinemæssigt at optage, påhøre eller aflytte samtaler i forhold til indsatte, hvor en sådan ordning ikke er bragt til ophør. Der ses ikke i trykt praksis eller andre retskilder eksempler på, at kriminalforsorgen nogensinde har overholdt denne regel. Det tyder således på, at kriminalforsorgen rutinemæssig – og således (også) i strid med dansk ret - blot optager alle samtaler, hvor samtalepartneren ikke er omfattet af SFBL § 56 eller er bistandsværge.

Samtaler med bistandsværger optages ikke modsat af, hvad der gælder for f. eks. ikke-beneficerede advokater

Af side 5, 2. afsnit, i Kriminalforsorgens ”Redegørelse for problemstilling vedrørende kriminalforsorgens korttelefonordning” af 22. juni 2022 fremgår følgende: *”I forhold bistandsværger er det Direktoratet for Kriminalforsorgens vurdering, at retten til ”fri og uhindret personlig, skriftlig og telefonisk forbindelse” efter bistandsværgebekendtgørelsens § 9, stk. 2, 1. pkt., skal forstås som en ret for bistandsværgeren til, at deres samtaler med indsatte ikke optages og/eller aflyttes, og at kriminalforsorgen dermed ikke må optage eller aflytte samtaler mellem indsatte og bistandsværger, når der ikke er tale om de i § 9, stk. 2, 2. pkt., omtalte tilfælde.”* (§9, stk. 2, 2. pkt. drejer sig i det væsentlige varetægtsarrestanter, der således ikke kan føre uovervågede samtaler med bistandsværgeren.)

§ 3, stk. 3, i Bekendtgørelse nr. 947 af 24. september 2009 om bistandsværger har følgende indhold: *”Som bistandsværge skal så vidt muligt beskikkes en af den sigtedes, tiltaltes eller dømtes nærmeste pårørende.”*

Af bekendtgørelsens kapitel 1 ses, at statsforvaltningerne (nu Rigspolitiet) efter ansøgning antager et antal bistandsværger, som beskikkes til domfældte, der ikke efter § 3, stk. 3, har fået beskikket en pårørende som bistandsværge.

Dette indebærer det paradoks, at en indsat i et lukket fængsel ved for eksempel at vælge sin bror som bistandsværge vil kunne føre samtaler med broderen fra fængslets uovervågede advokattelefon, medens den indsatte derimod skal tale i en overvåget telefon, når den indsatte skal drøfte en klagesag mod fængslet med en sagsbehandler ved en NGO (for eksempel KRIMs Retshjælp) eller en ikke-beneficeret advokat, som ikke er den indsattes forsvarer i en straffesag.

Risikoen ved beneficerede advokaters særstatus i straffuldbyrdelseslovens § 57, stk. 3

Beneficerede advokater er en særlig gruppe advokater, som fra domstolene – efter tur – automatisk får tildelt klienter, som ikke selv har valgt en advokat. ”Beneficier” tildeles efter ansøgning af Justitsministeriet (Civilstyrelsen) efter indstilling fra blandt andet domstolene og politiet. Tildelingen afhænger ifølge et cirkulære blandt andet af, hvordan en ansøger ”fremstår for de pågældende retter”. Statsmagtens indflydelse på udvælgelsen af ”legal aid providers” (beneficerede advokater) øger ifølge ”Guideline 15” i ”United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems” risikoen for ”corruption”. Beneficerede advokater bør i stedet udvælges af *advokatsamfundet* på baggrund af tydelige og objektive kriterier, da frygten for ikke at blive favoriseret af statsmagten kan skræmme advokater væk fra sager mod myndigheder som for eksempel kriminalforsorgen. I ”Advokatetik – ret og rammer” udgivet af Advokatsamfundet, fremhæves risikoen for, at beneficerede advokater får *”et særligt forhold til den*

ret, som har advokaten på listen". I en kronik i Jyllands-Posten den 4. februar 2019 anfører en forsvarsadvokat blandt andet, at "det tilsyneladende ikke forudsætter de store strafferetlige forudsætninger at blive udpeget som beneficeret advokat af domstolene".

Det er nærliggende at overveje, om det kan begrænse indsattes adgang til effektiv juridisk bistand til klager over fængselsmyndighederne, at den eneste *uovervågede* juridiske bistand, som de har adgang til i denne type sager, er beneficerede advokater eller advokaten, der førte deres straffesag, og som ikke nødvendigvis interesserer sig for fængselsforhold. Ønsker indsatte bistand fra en gratis retshjælpsinstitution eller en specialist i straffuldbyrdelsesret, der ikke er beneficeret, må de finde sig i, at kommunikationen vedrørende sagen overvåges af den part, som de klager over.

Den omstændighed, at fængselsindsatte med få undtagelser er ubemidlede, og at både beneficerede advokater og ikke-beneficerede advokater tager betaling for deres arbejde, afskærer i praksis langt de fleste indsatte fra advokatbistand i klagesager mod kriminalforsorgen. Dette indebærer, at indsatte er henvist til gratis retshjælpstilbud i sager mod kriminalforsorgen.

Straffuldbyrdelseslovens § 57, stk. 3, giver dermed kriminalforsorgen en høj grad af sikkerhed for, at indsatte skræmmes væk fra at benytte sådanne retshjælpstilbud, idet indsatte af gode grunde er utrygge ved at klage over kriminalforsorgen i en telefonsamtale, hvor kriminalforsorgen lytter med.

Konklusion

Efter SFBL § 57, stk. 3, er det udgangspunktet, at samtaler, der føres af indsatte i lukkede fængsler, rutinemæssigt skal optages, overhøres eller aflyttes, medmindre dette efter en konkret vurdering ikke findes nødvendigt, eller medmindre samtalen føres med en bistandsværge, en beneficeret advokat eller en advokat, der enten er forsvarer for den indsatte i en straffesag eller var forsvarer for den indsatte i straffesagen, der førte til indsættelsen. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols forståelse af artikel 8 i Den europæiske Menneskerettighedskonvention fører imidlertid til, at samtaler mellem på den ene side indsatte og på den anden side *alle andre* - herunder private eller offentlige institutioner, organisationer, advokater, retshjælpsinstitutioner, pårørende eller venner - kun må optages, overhøres eller aflyttes, når dette efter en *konkret vurdering* findes nødvendigt for at forebygge misbrug af adgangen til uovervågede samtaler. *Indgrebene må aldrig være rutinemæssige*. Er den indsattes samtalepartner en advokat eller en NGO bemandet for eksempel med frivillige, der yder den indsatte juridisk bistand, skærpes kravet til myndighedernes begrundelse for indgrebet. Handler rådgivningen om en klagesag mod fængselsmyndighederne, er begrundelseskravet særligt skærpet. Af de anførte grunde må det antages, at bestemmelsen i straffuldbyrdelseslovens § 57, stk. 3, strider mod artikel 8 i Den europæiske Menneskerettighedskonvention.

Kriminalforsorgen handler endvidere i strid med Straffuldbyrdelseslovens § 57, stk. 3, medmindre kriminalforsorgen løbende foretager en konkret vurdering af, hvorvidt det i forhold til hver enkelt indsat i lukkede fængsler er "nødvendigt" at iværksætte eller opretholde den rutinemæssige overvågning, idet loven pålægger kriminalforsorgen at foretage en sådan vurdering. Der foreligger ikke offentliggjort praksis, der viser, at kriminalforsorgen nogensinde har besluttet, at en konkret indsat i et lukket fængsel kan fritages for den rutinemæssige overvågning af sine samtaler. Der er således grund til at antage, at Kriminalforsorgen handler såvel i strid med artikel 8 i Den europæiske Menneskerettighedskonvention som i strid med straffuldbyrdelseslovens § 57, stk. 3.

Med venlig hilsen

Claus Bonne
advokat (H)