

ANNOTATIE

Tonkov t. België (EHRM, 41115/14) – (Mede)verdachtenverklaringen als bewijs in de Salduz/Beuze-beoordeling van art. 6 EVRM

P. Tersago

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 08-03-2022,
ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD004111514 (EHRC-2022-0089)*

1. In 2008 zorgde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met het *Salduz*-arrest voor een schokgolf in het (Belgische) strafprocesrecht. In dat arrest verklaarde het Hof voor het eerst dat een verdachte reeds tijdens een strafrechtelijk vooronderzoek recht heeft op bijstand van een advocaat vanaf zijn vrijheidsberoving en voor zijn eerste verhoor. Wanneer er zonder dwingende redenen verklaringen worden afgelegd zonder bijstand van een advocaat, is het recht op een eerlijk proces in beginsel onherstelbaar geschonden indien deze verklaringen als bewijs worden gebruikt.[1] Deze rechtspraak gaf aanleiding tot een wettelijke verankering van het recht op bijstand van een advocaat bij een verdachtenverhoor in het Belgisch strafprocesrecht (art. 47bis Sv. en art. 2bis Wet Voorlopige Hechtenis) in 2011;[2] wat na de EU-richtlijn 2013/48/EU nog aanzienlijk werd uitgebreid in 2016.[3] De laatste jaren neemt het EHRM evenwel afstand van zijn principiële uitgangspunt. Het Hof blijft weliswaar het fundamenteel belang van het recht op bijstand van een advocaat naar voren schuiven, maar bepaalt in zijn recentere rechtspraak dat zelfs een systematische wettelijke uitsluiting zonder concrete dwingende reden niet wil zeggen dat het recht op een eerlijk proces geschonden is. Het bijstandsrecht is geen doel op zich, maar slechts een middel om het eerlijk proces te verwezenlijken.[4] Er moet evenwel “zeer zorgvuldig” worden geanalyseerd door de strafrechter of het recht op een eerlijk proces in zijn geheel bekeken, wordt gewaarborgd ondanks het gebrek aan (een wettelijk recht op) bijstand van een advocaat voorafgaandelijk

aan[5] en tijdens het verhoor.[6]

2. Het geannoteerde arrest gaat op dit elan verder en plaatst zich in het rijtje van andere recente arresten, waarin de Belgische *pre-Salduz* regeling strijdig met art. 6 EVRM wordt bevonden.[7] *In casu* werd klager eerst als *source* (bron) verhoord, terwijl er al redenen waren om hem te verdenken. Pas bij zijn derde verhoor werd hij formeel als verdachte benoemd. Vervolgens werd hij evenwel meer dan tien keer zonder bijstand van een advocaat verhoord en onderworpen aan een polygraaftest, opnieuw zonder bijstand. Het enkele feit dat hij bij zijn voorlaatste verhoor telefonisch kon overleggen en dat hij bij zijn samenvattende ondervraging voor de onderzoeksrechter bijstand van een advocaat had (toen al wettelijk toegelaten), volstaat voor het EHRM niet om die eerder ongerechtvaardigde beperkingen op het bijstandsrecht te compenseren. Of het recht op een eerlijk proces dan in zijn geheel bekeken daardoor geschonden is, gaat het Hof vervolgens uitgebreid na, rekening houdend met de criteria die het voor het eerst in het arrest-*Ibrahim* naar voren schoof.

3. Als dusdanig is het geannoteerde arrest niet schokkend voor het Belgische strafprocesrecht. Zoals we eerder betoogden,[8] zal deze rechtspraak voornamelijk relevant zijn voor strafdossiers waarin er nog verklaringen werden afgelegd voor de inwerkingtreding van de *Salduz (bis)*-wet. Sedertdien hebben verdachten wel een wettelijk recht op bijstand van een advocaat (art. 47*bis* Sv. en art. 2*bis* Wet Voorlopige Hechtenis), ook tijdens een polygraaftest (art. 112*duodecies* §6 Sv.[9]). Verklaringen die nu worden afgelegd zonder bijstand van een advocaat, vallen onder de sanctieregeling van art. 47*bis* §6, 9° Sv. en mogen niet als bewijs à charge worden gebruikt, wat een sterke waarborg voor het recht op een eerlijk proces vormt.[10] Voor verklaringen afgelegd voor de inwerkingtreding van de wet, neemt de cassatierechtspraak aan dat deze bewijsuitsluitingsregel geen toepassing vindt.[11] In die dossiers moet dan aan de hand van de criteria die het EHRM in de arresten-*Ibrahim* en – *Beuze* naar voren schoof, worden beoordeeld of het recht op een eerlijk proces nog overeind blijft. Dat was in het geannoteerde arrest inderdaad het geval. Tonkov legde verklaringen af zonder bijstand van een advocaat voor de inwerkingtreding van de wet en deze werden als bewijs aangewend in een procedure ten gronde na de inwerkingtreding van de *Salduz*-wet.

Wel het bespreken waard, is de plaats die de verklaringen afgelegd zonder bijstand van een advocaat, innemen in de bewijsconstructie van de strafgerichten en in welke mate dit doorweegt in de beoordeling van het Hof. Zeker nu het Hof in een recent arrest uitdrukkelijk bepaalde dat het gebruik van de litigieuze verklaringen als belangrijk onderdeel in de bewijsconstructie, alsook de bewijswaarde van de andere bewijsmiddelen de cruciale criteria zijn in de beoordeling.[12] Ook de beoordeling van het Hof van de verklaringen van medebeschuldigen afgelegd zonder bijstand van een advocaat, biedt interessante inzichten.

4. Over de eigen verklaringen herhaalt het Hof zijn eerdere rechtspraak dat niet alleen bekentenissen onder het non-incriminatiebeginsel vallen. Ook ontkenningen kunnen immers informatie bevatten die tegen de verdachte kan worden gebruikt.[13] Het feit dat hij bijvoorbeeld toegeeft op de plaats delict te zijn geweest of bepaalde handelingen te hebben gesteld (zonder de centrale tenlastelegging te bekennen), kunnen zijn verdediging ten gronde en de beoordeling van zijn verklaringen beïnvloeden.[14] Ook wanneer er wordt gewezen op de tegenstrijdigheden in de verklaringen om de ongeloofwaardigheid te belichten, kunnen de verklaringen afgelegd zonder bijstand, zijn positie als verdachte substantieel beïnvloeden, zodat zijn recht zichzelf niet te hoeven beschuldigen al in gedrang kan komen.[15] *In casu* legde Tonkov omstandige verklaringen af over zijn relatie met het slachtoffer, hun ontmoetingen vlak voor de moord en zijn financiële problemen. En die aspecten hadden volgens het Hof wel degelijk een determinerende invloed op het verdere verloop van de strafprocedure.

Het is daarbij niet van belang dat die verklaringen niet het enige bewijselement waren. Ook al waren de verklaringen van de medebeschuldigde in de ogen van het Hof zwaarwegender in de bewijsconstructie, dat wil nog niet zeggen dat verklaringen afgelegd zonder bijstand niet hebben bijgedragen aan schuldbeslissing. Niet alleen werden zijn verklaringen expliciet meegenomen in de akte van beschuldiging door het openbaar ministerie (net als de leugenachtige polygraaftest), maar bovendien werden die financiële problemen door het Hof van assisen als motief beschouwd in de motivering van de schuldbeslissing. Dat het hof van assisen toch verzuimde de rechtmatigheid van de verklaringen (na het *Salduz*-verweer van Tonkov) te beoordelen, weegt zwaar door in de beoordeling van het Hof. Slechts wanneer verklaringen niet worden aangehaald in de bewijsmotivering[16] of wanneer duidelijk blijkt dat de veroordeling hoofdzakelijk gegrond is op elementen met een sterke bewijswaarde zonder enige link met het verhoor en de litigieuze verklaringen maar een *rôle accessoire* speelden in de veroordeling, leidt het verhoren zonder bijstand van een advocaat en zonder de verdachte te informeren over zijn zwijgrecht, nog niet tot een schending van het recht op een eerlijk proces, de procedure in zijn geheel bekeken.[17]

5. De verklaringen van de medebeschuldigde bleken in dit dossier het meest zwaarwegende bewijselement te zijn. Ook deze verklaringen werden evenwel afgelegd zonder bijstand van een advocaat, wat de vraag doet rijzen in hoeverre de *Salduz*-rechtspraak “derdenwerking” heeft en door medebeschuldigten kan worden ingeroepen. Het Hof haast zich om te stellen dat het enkele feit dat het andere bewijs wordt verkregen in strijd met art. 6 EVRM, nog niet wil zeggen dat het recht op een eerlijk proces automatisch geschonden is wanneer dat bewijs effectief wordt aangewend in de bewijsvoering[18]. Wanneer verklaringen door medebeschuldigten afgelegd zonder bijstand van een advocaat, als bewijs worden gebruikt,

dient de strafrechter zich evenwel een *prudence toute particulière* aan te meten. Hierbij is het niet alleen van belang dat de beschuldigde die verklaringen kan betwisten, maar er dient ook rekening te worden gehouden met de kwaliteit van die verklaringen, meer bepaald of de wijze waarop ze zijn verkregen invloed heeft op de betrouwbaarheid of accuraatheid van die verklaringen. *In casu* had Tonkov tijdens de terechtzitting uiteengezet dat er tijdens de verhoren van de medebeschuldigde ongeoorloofde druk werd gehanteerd en dat die medebeschuldigde een motief zou hebben om tegen hem te getuigen. Aangezien die verklaringen zwaar doorwogen maar het hof van assisen verzuimde te antwoorden op de argumenten van Tonkov over de bewijswaarde, nam het Hof dit gegeven mee in de slotsom dat het recht op een eerlijk proces was geschonden.

Het Hof bevestigt dus de eerdere rechtspraak dat het recht op bijstand van een advocaat derdenwerking kan hebben wanneer verklaringen van een medebeschuldigde als doorslaggevend bewijs tegen een beschuldigde worden aangewend^[19] en wanneer de beschuldigde aannemelijk maakt dat verhoorders tijdens het verhoor zonder bijstand van een advocaat ongeoorloofde druk zouden hebben uitgeoefend. Ook wanneer er andere redenen zijn om te twijfelen aan de geloofwaardigheid van die verklaringen en de strafrechter deze argumenten niet naar behoren beantwoordt, kan art. 6 EVRM geschonden zijn^[20].

6. In het arrest-*Tonkov* trekt het EHRM de lijn door van de recente rechtspraak dat schendingen van het recht op bijstand van een advocaat tijdens het verhoor niet automatisch aanleiding geeft tot een schending van het recht op een eerlijk proces, in zijn geheel bekeken. Wordt er evenwel zonder dwingende reden afgeweken van het bijstandsrecht, dient de strafrechter zeer zorgvuldig om te gaan met deze beoordeling. De recente arresten van het Hof maken duidelijk dat de plaats van de verklaringen in de bewijsvoering en de bewijsvoering zelf hierbij de centrale toetssteen zijn, ongeacht of het gaat over bekentenissen of ontkenningen die een determinerende invloed hebben op de procespositie van die beschuldigde. Een algemene bewijsuitsluitingsregel lijkt dan ook de beste oplossing te blijven om het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM te garanderen.

Dr. Pieter Tersago

Jurist – praktijkassistent KU Leuven, Leuvens Instituut voor Criminologie

[1] *Salduz t. België*, EHRM 27 november 2008, nr.36391/02, ECLI:NL:XX:2008:BHO402.

[2] De wet van 13 augustus 2011 tot wijziging van het Wetboek van strafvordering en van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, om aan elkeen die wordt verhoord

en aan elkeen wiens vrijheid wordt benomen rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan, *BS* 5 september 2011. Zie uitgebreid over deze wet: J. Meese en P. Tersago, 'De Salduz-wet van 13 augustus 2011', *Rechtskundig Weekblad* 2011-12, p. 934-352.

[3] Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming, *Pb* 2013/L 294 (verder: *Salduz-richtlijn*). Omgezet door de wet van 21 november 2016 betreffende bepaalde rechten van personen die worden verhoord, *BS* 24 november 2016. Zie hierover in extenso: Y. Liegeois, 'De 'Salduz+' wet van 21 november 2016: een nieuw hoogtepunt in het recht van toegang tot een advocaat onder dictaat van Europa', *Nullum Crimen* 2017, p.105-129.

[4] *Ibrahim et al. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 13 september 2016, nr. 50541/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108. Zie ook *Simeonovi t. Bulgarije*, EHRM (GK) 12 mei 2017, nr. 21980/04, ECLI:CE:ECHR:2017:0512JUD002198004; *Sadkov t. Oekraïne*, EHRM 6 juli 2017, nr. 21987/05, ECLI:CE:ECHR:2017:0706JUD002198705; *Beuze t. België*, EHRM (GK) 9 november 2018, nr. 71409/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910. Zie ook recent nog *Brus t. België*, EHRM 14 september 2021, nr. 18779/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0914JUD001877915; *Hasalikova t. Slovakije*, EHRM 22 november 2021, nr. 39654/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0624JUD003965415; *Atristain Gorosabel t. Spanje*, EHRM 18 januari 2022, nr. 15508/15, ECLI:CE:ECHR:2022:0118JUD001550815; *Dubois t. Frankrijk*, EHRM 28 april 2022, nr. 52833/19, ECLI:CE:ECHR:2022:0428JUD005283319; *Wang t. Frankrijk*, EHRM 28 april 2022, nr. 83700/17, ECLI:CE:ECHR:2022:0428JUD008370017.

[5] In een ander recent arrest benadrukt het Hof het belang van het voorafgaandelijk overleg ("If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness"). Ook al had de verdachte bijstand van een advocaat tijdens het verhoor, dan nog moet de *Beuze*-toets worden gecontroleerd wanneer hij zonder concrete en geïndividualiseerde reden een voorafgaandelijk overleg met een zelfgekozen advocaat wordt ontzegd (*Atristain Gorosabel t. Spanje*, EHRM 18 januari 2022, nr. 15508/15, ECLI:CE:ECHR:2022:0118JUD001550815).

[6] Zie uitgebreid over de *Beuze*-rechtspraak: P. TERSAGO, 'Beuze's unfortunate legacy? De nieuwe wending in de Salduz-rechtspraak kritisch besproken vanuit juridisch en empirisch perspectief', *Nullum Crimen* 2020, p.103-132.

[7] *Beuze t. België*, EHRM (GK) 9 november 2018, nr. 71409/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910; *Brus t. België*, EHRM 14 september 2021, nr. 18779/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0914JUD001877915.

[8] P. Tersago, *Verklaringen van verdachten in het strafproces*, Mortsel, Intersentia, 2020, p. 179-181.

[9] Ingevoerd door de wet van 4 februari 2020 tot wijziging van het Wetboek van strafvordering wat het gebruik van de polygraaf betreft, *BS* 21 februari 2020.

[10] *Harun Gürbüz t. Turkije*, EHRM 30 juli 2019, nr. 68556/10, ECLI:CE:ECHR:2019:0730JUD006855610. Zie ook J. Huysmans, 'Ius est vigilantibus, ook voor minderjarigen. De nieuwe Ibrahim-criteria van het EHRM voor de sanctionering van een miskennis van de Salduz-waarborgen, toegepast op minderjarigen', noot onder EHRM 27 april 2017, *Zherdev t/ Oekraïne*, nr. 34015/07, *Tijdschrift voor Jeugd- en Kinderrecht*, 2018/1, p. 107.

[11] Cass. 31 oktober 2017, P.17.0255.N. Zie bijvoorbeeld ook Cass. 21 mei 2019, P.19.0045.N; Cass. 27 november 2018, P.18.007.N.

[12] *Dubois t. Frankrijk*, EHRM 28 april 2022, nr. 52833/19, ECLI:CE:ECHR:2022:0428JUD005283319.

[13] Zie recent ook *Bjarki H. Diego t. IJsland*, EHRM 15 maart 2022, nr. 30965/17, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD003096517.

[14] *Mehmet Ali Eser t. Turkije*, EHRM 15 oktober 2019, nr. 1399/07, ECLI:CE:ECHR:2007:0510JUD007560601; *Olivieri t. Frankrijk*, EHRM 11 juli 2019, nr. 62313/12, ECLI:CE:ECHR:2019:0711JUD006231312; *Farrugia t. Malta*, EHRM 4 juni 2019, nr. 63041/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0604JUD006304113.

[15] *Beuze t. België*, EHRM (GK) 9 november 2018, nr. 71409/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910; *Orsini t. Frankrijk*, EHRM 5 december 2019, nr. 63208/12.

[16] *Mehmet Ali Eser t. Turkije*, EHRM 15 oktober 2019, nr. 1399/07, ECLI:CE:ECHR:2007:0510JUD007560601.

[17] J. Huysmans, "Ius est vigilantibus, ook voor minderjarigen. De nieuwe Ibrahim-criteria van het EHRM voor de sanctionering van een miskennis van de Salduz-waarborgen, toegepast op minderjarigen", noot onder EHRM 27 april 2017, *Zherdev t/ Oekraïne*, 34015/07,

Tijdschrift voor Jeugd- en Kinderrecht, 2018/1, p. 107. Cass. 31 oktober 2017, P.17.0255.N. Zie bijvoorbeeld ook Cass. 21 mei 2019, P.19.0045.N; Cass. 27 november 2018, P.18.007.N. *Dubois t. Frankrijk*, EHRM 28 april 2022, nr. 52833/19, ECLI:CE:ECHR:2022:0428JUD005283319.

[18] Zie ook inzake verklaringen van medeverdachten: *Stephens t. Malta*, EHRM 14 januari 2020, 35989/14, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001195607.

[19] Zie eerder ook *Siray t. Turkije*, EHRM 11 februari 2014, nr. 29724/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0211JUD002972408.

[20] Zie ook *Desde t. Turkije*, EHRM 1 februari 2011, nr. 23909/03, ECLI:CE:ECHR:2011:0201JUD002390903; *Ömer Güner t. Turkije*, EHRM 4 september 2018, weergegeven in *Nieuw Juridisch Weekblad* 2019, afl. 397, 154, met noot J. Huysmans, 'Salduz en derdenwerking na het Ibrahimarrest'; *Erkapic t. Kroatië*, EHRM 25 april 2013, nr. 51198/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0425JUD005119808.