

10 | Herstel of compensatie van vormverzuimen? De invloed van het dominante kader van artikel 6 EVRM voor artikel 359a Sv.

Mojan Samadi ■

10.1 INLEIDING

Het handelen van politie en justitie tijdens het opsporingsonderzoek moet aan tal van strafprocessuele normen beantwoorden. Indien deze normen worden overschreden kan de strafrechter daar op grond van artikel 359a Sv rechtsgevolgen – strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie – aan verbinden. Voor de toepassing van dit artikel en de daarin gelegen rechtsgevolgen moet echter wel eerst aan een aantal wettelijke en jurisprudentiële criteria worden voldaan. Een van deze criteria is dat de onrechtmatige handeling een onherstelbaar vormverzuim dient op te leveren. De vraag is echter welke vormverzuimen herstelbaar zijn, wat dit herstel inhoudt en wanneer een vormverzuim precies hersteld geacht kan worden te zijn. Op het eerste oog lijkt herstel van een vormverzuim maar in een zeer beperkt aantal gevallen tot de mogelijkheden te behoren. Wanneer bijvoorbeeld sprake is van een onrechtmatige doorzoeking vanwege het ontbreken van een machtiging, is het vanzelfsprekend dat herstel niet tot de mogelijkheden behoort. Complexer is de situatie waarin de onrechtmatigheid bestaat uit een valselijk opgemaakt proces-verbaal door de politie. Weliswaar kan door middel van een aanvullend proces-verbaal of het horen van de verbalisant de waarheid alsnog boven tafel komen, maar hiermee is niet automatisch ook sprake van *herstel*.¹ Niettemin gaat de Hoge Raad er in deze tweede situatie doorgaans vanuit dat het vormverzuim hersteld (of herstelbaar) is. Hoewel de hersteleis tamelijk eenvoudig en vanzelfsprekend lijkt te zijn, levert zij in de jurisprudentie aldus wel wat vraagtekens op omdat de Hoge Raad in een groot aantal gevallen vormverzuimen voor herstel vatbaar acht zonder daar een duidelijke motivering aan ten grondslag te leggen.

In de literatuur is reeds beargumenteerd dat deze herstelproblematiek zich in het bijzonder voordoet bij schending van de verbaliseringsplicht (art. 152

■ Mr. M. Samadi is promovendus bij het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden.

1 Zie met betrekking tot de mogelijkheden van sanctionering bij valselijk opgemaakte processen-verbaal in het bijzonder: De Graaf & Kestelo 2016, p. 257; Zie ook Corstens/Borgers 2014, p. 824.

Sv).² De ruimhartige opstelling die de Hoge Raad hanteert ten aanzien van de herstelmogelijkheden bij dit type normschendingen kan geplaatst worden in de meer algemene jurisprudentiële ontwikkeling waarbij de hoogste strafrechter een grote mate van terughoudendheid voorstaat met betrekking tot de sanctionering van onregelmatigheden begaan in het opsporingsonderzoek. Deze terughoudendheid houdt nauw verband met hetgeen de Hoge Raad ziet als de focus van de controlerende taak van de rechter inzake vormverzuimen, namelijk het waarborgen van het recht op een eerlijk proces van de verdachte.³ Wegens het ontbreken van een helder nationaalrechtelijk kader voor de beoordeling van het recht op een eerlijk proces, leunt de Hoge Raad voor de uitleg en interpretatie van dit recht sterk op de (doorgaans casuïstische) rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM).

In deze bijdrage zal de relatie tussen de onduidelijkheid van de reikwijdte van de hersteleis in artikel 359a Sv worden gekoppeld aan de betekenis die aan artikel 6 EVRM wordt toegedicht als leidend perspectief in het rechterlijk beoordelingskader van het vooronderzoek. Betoogd zal worden dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad ten onrechte geen helder onderscheid wordt gemaakt tussen het herstellen van vormverzuimen in de zin van artikel 359a Sv en het bieden van compensatie in de zin van artikel 6 EVRM. Om de hersteleis die in artikel 359a Sv tot uitdrukking komt te kunnen duiden, zal eerst kort worden stilgestaan bij de betekenis van herstel van vormverzuimen in het Wetboek van Strafvordering (§ 2). Vervolgens wordt de invulling van de hersteleis in de jurisprudentie van de Hoge Raad besproken (§ 3), waarna wordt betoogd dat deze invulling grote gelijkenissen vertoont met de wijze waarop het EHRM invulling geeft aan compensatie in de zin van artikel 6 EVRM (§ 4). Tot slot zullen enkele problematische aspecten van de gelijkschakeling van de hersteleis met compensatie in de zin van artikel 6 EVRM worden aangegeven (§ 5).

10.2 HERSTEL VAN VORMVERZUIMEN IN ALGEMENE ZIN

In de aanhef van artikel 359a Sv wordt tot uitdrukking gebracht dat de rechter zoveel mogelijk dient te streven naar het herstellen van vormverzuimen. Indien het vormverzuim hersteld kan worden, dan is artikel 359a Sv niet van toepassing, er is dan immers geen noodzaak meer om te reageren op het vormverzuim. Pas wanneer herstel niet mogelijk is dient de rechter aan de hand van de wettelijke en jurisprudentiële factoren te beslissen welk rechtsgevolg verbonden kan worden aan het vormverzuim. Ondanks het grote belang van het uitgangspunt dat zoveel mogelijk gestreefd dient te worden naar herstel van

2 De Graaf & Kesteloo 2016.

3 Borgers 2012, p. 261-264; Borgers & Kooijmans 2013, p. 34-35; Kuiper 2014, p. 583-586; Samadi 2016, p. 410-412.

vormverzuimen, ontbreekt in de wet – en de daarbij behorende memorie van toelichting – een duidelijke omschrijving van wat onder herstel moet worden verstaan en welke vormverzuimen voor herstel in aanmerking komen. Wel refereert het Wetboek van Strafvordering op een aantal andere plaatsen naar dit ‘herstelconcept’ in relatie tot vormverzuimen, maar ook hier is het niet altijd duidelijk op welke wijze aan herstel invulling dient te worden gegeven. Deze paragraaf buigt zich over deze betekenis en verkent de relatie van de verschillende wetsartikelen die raken aan deze hersteleis van artikel 359a Sv.

Artikel 359a Sv vormt de wettelijke grondslag voor de rechterlijke controle op het rechtmatige verloop van het opsporingsonderzoek. Het bepaalt dat de rechter aan geconstateerde vormverzuimen die niet voor herstel vatbaar zijn een rechtsgevolg mag verbinden. Hoewel deze bepaling pas in 1996 in het Wetboek van Strafvordering is ingevoerd, is zij slechts de codificatie van een reeds in de jurisprudentie tot stand gekomen ontwikkeling.⁴ Al sedert de jaren 60 werd namelijk de bevoegdheid van de rechter het opsporingsonderzoek te controleren en zo nodig te reageren op geconstateerde vormverzuimen erkend.⁵ Dat deze ontwikkeling in de jurisprudentie tot stand kwam en niet uit het Wetboek van Strafvordering direct afgeleid kon worden, kan worden toegeschreven aan het wettelijk stelsel dat de wetgever bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering in 1926 voor ogen had. De wetgever koos destijds voor een ruime bevoegdheidstoebedeling aan politie en justitie voor de opsporing van strafbare feiten, maar deze ruime bevoegdheidstoedeling diende wel gepaard te gaan met een controle op de uitoefening van deze bevoegdheden door een onafhankelijke rechter, aldus de wetgever.⁶ De wetgever zag hierin echter niet direct een rol weggelegd voor de zittingsrechter. Het Wetboek van Strafvordering gaf er immers blijk van een strikte scheiding te willen aanbrengen tussen het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting zodat discussies over onregelmatigheden begaan tijdens het vooronderzoek zoveel mogelijk geweerd zouden worden van het onderzoek ter terechtzitting. Deze gedachte is terug te vinden in de artikelen 199 en 256 lid 2 Sv. Het eerstgenoemde artikel erkent een toezichthoudende rol voor de rechter-commissaris ten aanzien van het rechtmatig handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek en draagt hem op zo mogelijk herstel te bieden in het geval van gebleken vormverzuimen. Welke vormverzuimen voor herstel in aanmerking komen wordt echter niet gespecificeerd. Voor de invoering van de Wet versterking positie RC ging het in ieder geval om vormverzuimen die waren begaan rondom het instellen van het gerechtelijk vooronderzoek. Hierbij kan worden gedacht aan verzuim in betekeningen die eenvoudig door de rechter-commissaris hersteld kunnen worden.

4 Wet vormverzuimen van 14 september 1995, *Stb.* 1995, 441 (i.w.tr. op 2 november 1996)

5 HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470 (*Tweede Bloedproefarrest*); *Cleiren* 1989, p. 21-22.

6 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 55; Zie ook *Melai* 1992, p. 4-9.

Met het opheffen van het gerechtelijk vooronderzoek is de reikwijdte van deze bepaling ruimer geworden en ziet deze ook mede op vormverzuimen in het opsporingsonderzoek. Uit de wet wordt echter niet duidelijk hoe ver deze (uitgebreide) verplichting van de rechter-commissaris reikt en wat de implicaties zijn voor vormverzuimen die niet geadresseerd (kunnen) worden door de rechter-commissaris. Van der Meij merkt in dit kader op dat deze verplichting evenwel bescheiden moet worden opgevat en dat het, gezien de strekking van het oude artikel 199 Sv, voor de hand ligt dat de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris (en zijn 'herstelverplichting') ziet op formaliteiten die te maken hebben met de inschakeling van de rechter-commissaris.⁷ Het tweede lid van artikel 256 Sv schrijft vervolgens voor dat vormverzuimen in het vooronderzoek waaraan de rechter-commissaris al dan niet herstel heeft geboden of anderszins heeft geadresseerd tijdens het onderzoek ter terechtzitting – waar de zittingsrechter verantwoordelijkheid draagt – niet zullen leiden tot nietigheid.⁸ Hiermee bewerkstelligden deze twee bepalingen gezamenlijk dat bezwaren tegen de gang van zaken in het vooronderzoek niet meer voorgelegd worden aan de zittingsrechter.⁹

De betekenis van deze twee bepalingen voor het weren van vormverzuimen ter zitting is in de literatuur echter sterk gerelativeerd, immers de nietigheid als sanctie kan veelal verbonden worden aan verzuim van vormen begaan door de rechter, terwijl het handelen van politie en justitie vanuit een ander kader wordt getoetst.¹⁰ Wat de betekenis van deze artikelen ook is geweest voor de problematiek rondom vormverzuimen en de afhandeling daarvan door de zittingsrechter, kan worden vastgesteld dat deze discussie pas sinds de jaren 60 een rol van betekenis heeft.¹¹ Sedert die periode heeft de strafrechter zich steeds meer bekommerd om de rechtmatigheidscontrole van het vooronderzoek, welke ontwikkeling uiteindelijk heeft geleid tot de invoering van artikel 359a Sv in 1996. Deze codificatie van artikel 359a Sv in het Nederlandse wetboek stond echter niet op zichzelf. Min of meer gelijktijdig werd ook het Antilliaanse Wetboek van Strafvordering herzien, waar eveneens een regeling

7 Zie P.J.J. van der Meij, *T&C Straffoordering*, bij art. 199.

8 Het eerste lid van art. 256 richt zich aan de raadkamer en houdt de opdracht in om vormverzuimen of nietigheden van wettelijk voorgeschreven betekeningen opgetreden tijdens het voorbereidend onderzoek te herstellen; zie verder Blok/Besier I, p. 617-618.

9 Kooijmans wijst in zijn commentaar bij artikel 256 Sv er op dat de betekenis van deze bepaling reeds gering was omdat het enkel zag op schending van vormfouten die tot *nietigheid* leiden, T. Kooijmans, in: A.L. Melai e.a. (red.), *Commentaar op het Wetboek van Strafvordering*, art. 256 Sv, aant. 5 (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2006); Anders Van Veen, p. 215; Krikke 1983, p. 292 die bewijsuitsluiting zien als een doorbreking van art. 256 lid 2.

10 Zie hierover, Mevis 1995, p. 262; verwijzend naar onder andere Krikke 1983 en De Jong 1985.

11 Melai 1992, p. 72-73; Fokkens 1985, p. 7; De Gruyter 1976, p. 161-162; Zie ook Peters 1993, in het bijzonder p. 48-49; Overigens verzette Enschedé zich sterk tegen deze relativering, zie Enschedé 1966, p. 516-517.

aangaande de rechterlijke reactie op vormverzuimen werd gecodificeerd.¹² Hoewel dit artikel 413 ASv grote gelijkenissen vertoont met artikel 359a Sv – zo stelt ook 413 ASv dat eerst moet worden gekeken of het vormverzuim voor herstel in aanmerking komt –,¹³ verschilt het ook op een aantal punten met artikel 359a Sv.¹⁴ Zo beperkt deze bepaling zich niet enkel tot vormverzuimen begaan tijdens het vooronderzoek, maar omvat ook het onderzoek ter terechtzitting.¹⁵ Zoals bekend omvat artikel 359a Sv een dergelijke beperking wel, maar deze is het gevolg van een keuze van de wetgever. Het voorstel van Commissie-Moons hield in dat de bepaling zowel van toepassing zou zijn op vormverzuimen begaan tijdens het voorbereidend onderzoek, als die in het onderzoek ter terechtzitting.¹⁶ De wetgever koos er echter voor om op dit punt af te wijken van het voorstel van de Commissie-Moons, en enkel vormverzuimen begaan tijdens het voorbereidend onderzoek onder het bereik van artikel 359a Sv te laten vallen. Deze beperking zou volgens de wetgever beter aansluiten

‘bij de bestaande systematiek waarin de beoordeling van vormverzuimen ter zitting met uitsluiting van anderen is voorbehouden aan de appel- en cassatierechter, terwijl verzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek ook door de rechter in eerste aanleg kunnen worden beoordeeld.’¹⁷

Indien tijdens het onderzoek ter terechtzitting belangrijke voorschriften niet worden nageleefd, volgt daar immers nietigheid van het onderzoek uit voort en krijgt de verdachte een nieuwe behandeling van zijn zaak. Bovendien merkte de wetgever op dat ook geen behoefte is aan de mogelijkheid voor de zittingsrechter om zijn eigen handelen door middel van de in artikel 359a Sv genoemde rechtsgevolgen te sanctioneren. Immers,

‘indien hij [de zittingsrechter] een verzuim begaat, en hij zich dit realiseert, bijvoorbeeld indien hij vergeet een getuige te beëdigden, dan zal hij dit verzuim herstellen.’¹⁸

12 Wet van 1 oktober 1997, weliswaar ingevoerd na de inwerkingtreding van 359a Sv in 1996, maar reeds in 1987 terug te vinden in het regeringsontwerp van het Wetboek van Strafvordering.

13 Wet van 5 november 1996, Landsverordening 5 november 1996 houdende vaststelling van een nieuw Wetboek van Strafvordering, te raadplegen via: decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/xhtmloutput/historie/Nederlandse%20Antillen/2380/2380_1.html

14 Zie hierover noot Schalken onder NJ 2010/676; Reijntjes betwijfelt de analyse van Schalken die inhoudt dat artikel 413 Sv de inspiratie heeft gevormd voor art. 359a Sv, zie zijn noot onder NJ 2012/438.

15 Noot Reijntjes onder NJ 2012/438.

16 Corstens 1993, p. 52.

17 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 24.

18 *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 24.

Ondanks dat de uiteindelijke bepaling zich enkel beperkt tot vormverzuimen begaan in het vooronderzoek noemt de memorie van toelichting ten aanzien van herstelbare vormverzuimen slechts de volgende twee voorbeelden:

‘Indien bijvoorbeeld blijkt dat een stuk niet rechtsgeldig is betekend of een getuige of deskundige niet is beëdigd, en deze verzuimen nog hersteld kunnen worden, dan dient de rechter hiertoe over te gaan in plaats van het verzuim te sanctioneren.’¹⁹

Opvallend hierbij is dat deze twee voorbeelden niet zien op de situaties die vallen onder artikel 359a Sv, ze gaan immers over vormverzuimen tijdens het onderzoek ter terechtzitting en zijn aldus terug te voeren op het eerdere (ruimere) ontwerp van artikel 359a Sv.

Tot slot kan nog worden gewezen op het advies van het OM inzake dit wetsvoorstel. Ook hierin wordt in relatie tot herstel een beperkter begrip gehandhaafd:

‘In vele gevallen zal een vormfout in het voorbereidend onderzoek daarna kunnen worden hersteld op initiatief van of door het OM. Merkt het OM een herstelbare vormfout niet op, of neemt het OM om andere redenen geen initiatief tot herstel, dan zal zo een nalaten aan het OM kunnen worden aangerekend.’²⁰

In relatie tot vormverzuimen komt het concept herstel op verschillende plaatsen terug in het Wetboek van Strafvordering. Een exacte invulling van wat onder herstel wordt verstaan blijft echter achterwege en de verschillende verwijzingen naar herstel lijken niet geheel op elkaar te passen. De wettelijke systematiek aangaande de omgang met vormverzuimen voorafgaand aan de invoering van artikel 359a Sv impliceert een brede interpretatie van herstel, maar ziet hierin vooral een rol voor de rechter-commissaris. Immers, de fase waarin de rechter-commissaris met vormverzuimen wordt geconfronteerd geeft hem een ruimere armslag om deze vormverzuimen te repareren. Eenzelfde opvatting blijkt ook uit het advies van het OM waarin het ervan uitgaat dat de officier van justitie ruime mogelijkheden heeft tot herstel van vormverzuimen zolang de zaak niet ter zitting is gegaan. Is de zaak eenmaal onder de zittingsrechter dan zijn de mogelijkheden om daadwerkelijk *herstel* te bieden beperkt. Dat herstel niettemin een zeer prominente plek heeft in het toetsingskader van artikel 359a Sv moet tevens worden gezien in het licht van de afwijking die de wetgever heeft gehanteerd ten opzichte van het voorstel van de Commissie-Moons. Ook hierbij komt aan herstel een andere betekenis toe, namelijk het herstellen van eigen fouten of het herstellen van misslagen van de rechter in eerste aanleg door de appelrechter. De betekenis van herstel van vormverzuim-

¹⁹ Corstens 1993, p. 25.

²⁰ Rapport Vormfouten in de strafvervolgning, p. 18.

men in algemene zin heeft in het wetboek in de loop der tijd een andere betekenis gekregen, maar wat dit betekent voor vormverzuimen begaan door opsporingsambtenaren in het vooronderzoek kan niet eenvoudig uit het wetboek worden afgeleid.

10.3 HERSTEL IN DE JURISPRUDENTIE

Ondanks dat de wet aldus geen duidelijkheid geeft over wanneer vormverzuimen begaan in het vooronderzoek hersteld kunnen worden door de zittingsrechter, stelt zij bij de toepassing van artikel 359a Sv het herstellen van vormverzuimen wel voorop. Dit is vanuit de terughoudende rechterlijke sanctionering die de wetgever bij de invoering van dit artikel voor ogen had ook goed te begrijpen. Ook de Hoge Raad geeft in zijn jurisprudentie duidelijk blijk van deze opvatting. In deze jurisprudentie komt tot uitdrukking dat de te verbinden rechtsgevolgen aan vormverzuimen begaan tijdens het vooronderzoek of het onderzoek ter terechtzitting, afhankelijk zijn van de vraag of het vormverzuim hersteld kan worden.²¹ De vraag of een vormverzuim voor herstel in aanmerking komt, levert in de meeste gevallen geen problemen op.²² Kuiper stelt in dit verband terecht dat

‘vormfouten in het voorbereidend onderzoek in veel gevallen niet herstelbaar [zijn]. Inbreuken op grondrechten, zoals de inbreuk op de privacy die een onrechtmatige doorzoeking meebrengt, laten zich achteraf niet ongedaan maken.’²³

Wanneer bijvoorbeeld zonder een machtiging een doorzoeking in een woning is gedaan, is dit vormverzuim niet meer te herstellen, ook niet wanneer achteraf – bijvoorbeeld ter zitting – wordt vastgesteld dat een machtiging wel was verleend indien daarom was verzocht. Deze vraag komt in de jurisprudentie van de Hoge Raad namelijk pas aan de orde bij de beoordeling van de factor

21 HR 4 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0632, NJ 1997/308, zie in het bijzonder de conclusie van Advocaat-Generaal Van Dorst; HR 22 oktober 1991, NJ 1992/217.

22 Doorgaans liggen de in de rechtspraak van de Hoge Raad voor herstel vatbare vormverzuimen in het verlengde van de tamelijk eenvoudige voorbeelden die de wetgever in de memorie van toelichting heeft genoemd. Zo oordeelde de Hoge Raad in een zaak waarin het bevel tot invezekeringstelling van de verdachte – in afwijking van artikel 59 lid 2 – geen omschrijving bevatte van het feit waarvan hij werd verdacht, dat het hier weliswaar een belangrijke strafvorderlijke norm betreft maar het vormverzuim niettemin hersteld was omdat aan verdachte ongeveer een uur later een nieuw afschrift van het bevel werd uitgereikt waarop wel een dergelijke omschrijving stond, zie HR 27 oktober 1995, NJ 1996/638, m.nt. M.S. Groenhuijsen.

23 Kuiper 2014, p. 210; Zie in zelfde zin ook Keulen & Knigge 2016, p. 536: ‘Art. 359a lid 1 Sv maakt duidelijk dat het herstel van (de gevolgen van) het onrechtmatig handelen de voorkeur van de wetgever heeft. De mogelijkheid daartoe doet zich evenwel sporadisch voor.’

de ernst van het vormverzuim (artikel 359a lid 2).²⁴ Dit type inbreuken kan aldus hoogstens gecompenseerd worden. Herstel in de jurisprudentie van de Hoge Raad betreft dan ook vaak andere type normen. Een eenvoudig voorbeeld van herstel deed zich bijvoorbeeld voor in NJ 2001/536, waar de Hoge Raad oordeelde dat het verzuim om verdachte schriftelijk in kennis te stellen van de uitslag van het DNA-onderzoek van het van hem afgenomen celmateriaal (art. 195a, lid 3) niet hoeft te leiden tot een rechtsgevolg, aangezien een dergelijk verzuim eenvoudig kan worden hersteld door hem alsnog schriftelijk in kennis te stellen van deze uitslag.²⁵ Ook in het standaardarrest uit 2004 onderstreept de Hoge Raad dat artikel 359a Sv uitsluitend betrekking heeft op onherstelbare vormverzuimen:

‘ingeval het vormverzuim is hersteld of alsnog kan worden hersteld, is deze bepaling niet van toepassing. Blijkens de hiervoor aangehaalde Memorie van Toelichting moet de rechter zoveel mogelijk naar zulk herstel van het verzuim streven.’²⁶

Zoals gezegd komen in de jurisprudentie ook problematischere kwesties aangaande de herstelbaarheid van vormverzuimen voor.²⁷ Het schoolvoorbeeld hiervan betreft fouten die betrekking hebben op de volledigheid van het strafdossier²⁸ en vormverzuimen omtrent de verbaliseringsplicht (152 Sv).²⁹ De huidige jurisprudentiële lijn van de Hoge Raad staat een ruimhartige interpretatie van herstel voor met betrekking tot dit type verzuimen. Hierbij overweegt de Hoge Raad in de regel dat indien het vormverzuim tijdens het onderzoek ter terechtzitting aan het licht komt, de mogelijkheid tot herstel alsnog bestaat waardoor het vormverzuim buiten het kader van artikel 359a Sv kan worden gehouden.³⁰ Herstel kan in dergelijke gevallen bestaan uit

24 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. B.F. Keulen (*Onbevoegde hulpofficier*), r.o. 2.7.4.

25 HR 3 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2845, NJ 2001/536.

26 HR 30 maart 2004, NJ 2004/376, m.nt. Y. Buruma (*Afvoerpijp*), r.o. 3.4.3; de door de Hoge Raad gekozen formulering wijst er tevens op dat het vormverzuim niet per definitie hersteld hoeft te zijn, de mogelijkheid van herstel lijkt afdoende om het vormverzuim uit het 359a-kader te houden, zie verder Kuiper 2014, p. 209.

27 Zie uitgebreid over dit type verzuimen De Graaf & Kesteloo 2016; het problematische karakter blijkt tevens uit het feit dat de feitenrechter meer moeite heeft met het ‘herstellen’ van deze vormverzuimen, zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7633 (het aanpassen van het proces-verbaal om de juiste gang van zaken te maskeren); en de lange geschiedenis van Rb. Noord-Holland 29 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9792 (onjuist uitwerken van tapgesprekken).

28 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 23 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2008; Hof Amsterdam 21 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3807; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2258;

29 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 18 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8865; Hof Amsterdam 18 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4870.

30 Uitzondering op deze regel is NJ 1997/308.

diverse handelingen, zoals het laten opmaken van een aanvullend (herstel)proces-verbaal,³¹ de mogelijkheid voor de verdediging (en de rechter) om de informatie in het proces-verbaal later alsnog te toetsen,³² het horen van de verbalisant,³³ of het niet gebruiken van het bewijsmateriaal.³⁴ Zo oordeelde de Hoge Raad in NJ 2014/109 dat het onjuist verbaliseren en misleidend weergeven van getuigenverklaringen door de politie niet hoeft te leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het OM aangezien niet

‘aannemelijk is dat daardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte tekort is gedaan aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak.’

Hierbij nam de Hoge Raad in aanmerking dat

‘de verdediging door de beschikbaarheid van geluidsopnamen van de verhoren op de onjuiste weergave heeft kunnen wijzen en (...) het verzuim is *hersteld* doordat de Advocaat-Generaal bij het Hof een aanvullend proces-verbaal heeft doen opmaken waarin een juiste weergave van de verklaring van de getuige is gerelateerd’ [cursivering MS].³⁵

Kortom, indien door het verschaffen van een herstelproces-verbaal – of anderszins bieden van compensatie – de waarheid ter zitting alsnog boven tafel komt, gaat de Hoge Raad ervan uit dat het vormverzuim is hersteld nu de verdachte niet in zijn procesrechten is geraakt.³⁶ Kuiper stelt in dit licht dat de huidige benadering van de Hoge Raad ten aanzien van herstel van vormverzuimen er blijk van geeft dat

‘het voorkomen van eventuele nadelige gevolgen van het verzuim voor de verdachte centraal staat. Dat voor toepassing van art. 359a Sv in beginsel geen plaats is wanneer een vormverzuim hersteld of herstelbaar is, past bij concentratie op de belangen van de individuele verdachte.’³⁷

31 HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:639, NJ 2014/190; HR 1 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9417, NJ 2003/695, m.nt. P.A.M. Mevis.

32 HR 18 maart 2004, ECLI:NL:HR:2014:639; HR 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:9, NJ 2016/153, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

33 HR 29 november 2011, ECLI:NL:HR:BT7104, NJ 2012/146, m.nt. Borgers.

34 HR 18 maart 2004, ECLI:NL:HR:2014:639.

35 HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:639, NJ 2014/190, r.o. 2.6.

36 De Graaf & Kesteloo beargumenteren dat de Hoge Raad met deze benadering tevens tot uitdrukking wil brengen dat de rechterlijke controle zich ‘slechts’ uitstrekt tot de eerlijkprocesrechten van de verdachte, en niet tot de integriteit van de opsporing, zie De Graaf & Kesteloo 2016, p. 266-267.

37 Kuiper 2014, p. 209; Hoewel de focus van de Hoge Raad op de subjectieve rechten van de verdachte thans veel sterker aanwezig is dan in de oudere jurisprudentie van de Hoge Raad, kwam een dergelijke gedachte ook al tot uitdrukking in de rechtspraak en literatuur voor de invoering van artikel 359a Sv, zie bijv. de annotatie van Schalken onder HR 25 mei

Deze gedachte wordt ook onderstreept door advocaat-generaal Aben die stelt dat het uitgangspunt van artikel 359a Sv is dat vormverzuimen zoveel mogelijk worden hersteld,

‘pas indien herstel niet mogelijk is en evenmin met de constatering van het verzuim kan worden volstaan, [dient aan het vormverzuim] enig rechtsgevolg te worden verbonden. Kortom, reparatie gaat voor compensatie.’³⁸

De Hoge Raad gaat er aldus in zijn rechtspraak vanuit dat zodra het nadeel voor de verdachte in zijn procesrechten is weggenomen door het bieden van openheid achteraf het vormverzuim hersteld geacht dient te zijn.³⁹ Dit standpunt gaat voorbij aan het gegeven dat van daadwerkelijk herstel – in die zin dat de negatieve gevolgen van de normschending zijn hersteld – geen sprake is aangezien er wel degelijk sprake is van nadeel. Bijvoorbeeld omdat door de onrechtmatigheid het vertrouwen in het integer functioneren van de strafvorderlijke overheid is geschaad. Dit is echter geen relevant nadeel voor de *sanctionering* van het vormverzuim aangezien het niet direct raakt aan het belang van de verdachte (het *Schutznormvereiste*). Of aan een vormverzuim een sanctie dient te worden verbonden is echter een andere vraag dan de vraag naar de herstelbaarheid van dat vormverzuim. In de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad lijken deze vragen door elkaar te lopen.

10.4 DE VERWEVENHEID TUSSEN 359A SV EN 6 EVRM

Hierboven is betoogd dat ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad niet altijd duidelijk wordt wanneer sprake is van herstel: in deze jurisprudentie is voor herstel immers niet vereist dat de onrechtmatige situatie ongedaan is gemaakt, het is voldoende dat het nadeel in de procesrechten van de verdachte is weggenomen. Deze problematiek kan worden gekoppeld aan de verwevenheid van de toetsingskaders van artikel 359a Sv en artikel 6 EVRM. De centrale rol die wordt toegeschreven aan artikel 6 EVRM bij de toepassing van artikel 359a Sv veroorzaakt met betrekking tot deze materie op twee verschillende wijzen een probleem.

Ten eerste lijkt de wijze waarop de Hoge Raad de herstelmogelijkheid van vormverzuimen in het kader van artikel 359a Sv adresseert verwantschap te vertonen met de aanpak van het EHRM inzake inbreuken op (de verschillende deelrechten van) artikel 6 EVRM. Het Hof beziet inbreuken op artikel 6 EVRM vanuit een ruim perspectief waarin de vraag centraal staat of ondanks de beperkingen die de verdachte heeft moeten dulden de procedure in haar geheel

1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1887, NJ 1994/143; en Corstens 1993, p. 53.

38 Conclusie Aben onder NJ 2014/190.

39 De Graaf & Kesteloo 2016, p. 260.

eerlijk is geweest.⁴⁰ Een dergelijke benadering is begrijpelijk in het licht van het feit dat artikel 6 EVRM ziet op de *gehele* strafprocedure. Bij de beantwoording van de vraag of dit proces eerlijk is geweest wordt een belangrijke rol toegedicht aan compenserende factoren.⁴¹ Dit brengt ons bij de betekenis van compensatie in de zin van artikel 6 EVRM en de wijze waarop het EHRM invulling geeft aan deze compensatie.

Het recht op een eerlijk proces zoals neergelegd in het EVRM beslaat een groot aantal deelrechten waaraan afhankelijk van het type procedure en de fase van de procedure een andere invulling en betekenis moet worden toegekend.⁴² De verschillende deelrechten van artikel 6 EVRM hebben – evenals het grootste deel van de overige verdragsrechten – niet een absoluut karakter maar kunnen onder omstandigheden worden ingeperkt.⁴³ Of de inperking in het specifieke geval een gerechtvaardigde inbreuk op het eerlijkprocesrecht oplevert beoordeelt het Europese Hof aan de hand van de *proceedings as a whole*-toets waarbij het van belang is dat er ‘counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards’ bestaan om tegemoet te komen aan de beperkingen die de verdachte zijn opgelegd.⁴⁴ Zo accepteert het Hof een beperking op het recht op inzage in processtukken mits deze plaatsvindt op legitieme gronden⁴⁵ en gepaard gaat met afdoende procedurele waarborgen voor de verdachte. Afhankelijk van de mate van inperking van dit recht en het belang van de achtergehouden stukken voor de strafzaak,⁴⁶ kan dit procedurele mankement gecompenseerd worden met bijvoorbeeld de mogelijkheid voor de verdachte om de beslissing om stukken te onthouden aan te vechten⁴⁷ en een zorgvuldige rechterlijke toetsing van de niet-gevoegde stukken gedurende het gehele proces.⁴⁸ Een gelijksoortig afwegingsmechanisme hanteert het Hof ook met betrekking tot beperkingen van het ondervra-

40 Zie Goss 2014, p. 116-118 die deze algemene eerlijkheidstoets koppelt aan het ontbreken van een beperkingsclausule; zie ook Ölçer 2016, p. 508.

41 EHRM 6 december 1988, nr. 10588/83, 10589/83 en 10590/83 (*Barberà, Messegue en Jabardo t. Spanje*), para 68; EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97 (*Khan t. Verenigd Koninkrijk*), para 34; EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056, (*Van Mechelen e.a. t. Nederland*), NJ 1997/635 (m.nt. Knigge), para 58-60.

42 Zie in algemene zin Harris, O’Boyle & Warbrick 2014, p. 306-329; zie verder over de gelaagdheid en diversiteit van artikel 6 EVRM Ölçer 2016, in het bijzonder p. 507-511;

43 Harris, O’Boyle & Warbrick 2014, p. 371-372; Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (criminal limb); Ölçer 2013; Goss 2014, p. 115 e.v.

44 EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*).

45 EHRM 16 februari 2000, nr. 28901/95 (*Rowe & Davis t. Verenigd Koninkrijk*), para 63.

46 EHRM 27 oktober 2004, nr. 39647/98 40461/98 (*Edwards en Lewis t. Verenigd Koninkrijk*), para 36-37.

47 EHRM 16 februari 2000, nr. 27052/95 (*Jasper t. Verenigd Koninkrijk*), para 55; EHRM 16 februari 2000, nr. 29777/96 (*Fitt t. Verenigd Koninkrijk*), para 48-50.

48 Zie EHRM 16 februari 2000, nr. 28901/95 (*Rowe en Davis t. Verenigd Koninkrijk*); en *Jasper t. Verenigd Koninkrijk*, para 56; zie ook Peçi in: J.H. Gerards e.a. (red.), *EVRM. Deel I: materiële rechten*, Den Haag: Sdu Uitgevers, commentaar bij Artikel 6 EVRM, o. C.4.3.2.

gingsrecht. Deze vraag beantwoordt het Hof in drie stappen: (1) of er een gegronde reden was voor de inperking van het ondervragingsrecht; (2) of de verklaring van de getuige in grote of overwegende mate de basis voor de veroordeling van de verdachte heeft gevormd (*sole or decisive rule*); (3) en of er voldoende compenserende factoren aanwezig waren om de betrouwbaarheid van de verklaring te waarborgen en zodoende de eerlijkheid van het proces te waarborgen.⁴⁹ Hierbij is het in het bijzonder van belang of de door de justitiële autoriteiten geboden compenserende factoren afdoende zijn om de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring te waarborgen.⁵⁰ Uit deze rechtspraak blijkt het belang van de holistische benadering van het EHRM waarbij de vraag naar de te nemen procedurele waarborgen ter compensatie van de inperking op het ondervragingsrecht afhankelijk is van het gewicht dat aan die verklaring wordt toegekend.⁵¹ De compenserende factoren kunnen dan ook uit diverse procedurele waarborgen bestaan, zoals een uitgebreide rechterlijke motivering waarin blijkt wordt gegeven van het bewustzijn dat de getuige niet door de verdediging is gehoord,⁵² het tonen van video-opnamen van het verhoor zodat de procespartijen ter zitting de betrouwbaarheid van de getuige kunnen evalueren (op basis van zijn lichaamstaal en houding),⁵³ de aanwezigheid van steunbewijs,⁵⁴ en de mogelijkheid voor de verdachte om de eigen versie van de feiten te geven.⁵⁵

De holistische *proceedings as a whole*-toets wordt door het Europese Hof ook toegepast bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden in het vooronderzoek. Hierbij kan worden gedacht aan inbreuken op het recht op rechtsbijstand van de verdachte,⁵⁶ maar ook aan het gebruik van bewijs dat is verkregen door schending van

49 *Al-Khawaja t. Verenigd Koninkrijk*, para 152.

50 Zie de driestapstoets in *Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*, para 147; Deze toets is in de laatste rechtspraak van het EHRM aangaande het ondervragingsrecht nader verhelderd. Het Hof heeft in *Schatschaschwili t. Duitsland* geoordeeld dat deze drie stappen in onderling verband gezien dienen te worden. Zie uitgebreid de noot van Dubelaar onder EHRM 15 december 2015, 9154/10 (*Schatschaschwili t. Duitsland*), EHRC 2016 afl. 5.

51 *Schatschaschwili t. Duitsland*, para 111-118.

52 *Schatschaschwili t. Duitsland*, para 126; zie tevens de in die paragraaf opgenomen referenties naar andere arresten.

53 *Schatschaschwili t. Duitsland*, para 127.

54 *Schatschaschwili t. Duitsland*, para 128.

55 Zie meer uitgebreid Dubelaar, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *EVRM. Deel I: materiële rechten*, Den Haag: Sdu Uitgevers, commentaar bij Artikel 6 EVRM o. C.14.

56 EHRM 13 september 2016, nrs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), para 274; zie uitvoerig hierover de noot van Ölçer onder EHRC 2017/3; Zie verder over dit arrest Spronken 2016.

andere verdragsrechten van de verdachte.⁵⁷ Het Hof bezigt in dergelijke gevallen de algemene stelling dat

‘while Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a matter for regulation under national law’.⁵⁸

Het Hof oordeelt slechts over de algehele eerlijkheid van de procedure in het licht van de inbreuken op de rechten van de verdachten en de maatregelen die zijn genomen om deze inbreuken te compenseren:

‘it must be examined whether the applicant was given an opportunity to challenge the authenticity of the evidence and to oppose its use. In addition, the quality of the evidence must be taken into consideration, as must the circumstances in which it was obtained and whether these circumstances cast doubt on its reliability or accuracy. While no problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material, it may be noted that where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker (...) In this connection, the Court also attaches weight to whether the evidence in question was or was not decisive for the outcome of the criminal proceedings.’⁵⁹

Kortom inbreuken op rechten van verdachten (in het vooronderzoek of het onderzoek ter terechtzitting) maken het strafproces niet noodzakelijkerwijs *unfair*. Zolang deze beperkingen gepaard zijn gegaan met *effective counterbalancing procedural measures* hoeven zij niet te raken aan de *fairness* van de procedure. Wat deze compenserende factoren precies zijn hangt af van de mate van inperking van het (deel)recht, het belang van het (deel)recht dat in het geding is en het type procedure. Ölçer stelt in dit kader dat de *overall fairness*-toets bezien moet worden in het licht van de verschillende (in de rechtspraak van het EHRM tot stand gekomen) criteria voor de afzonderlijke deelrechten van artikel 6 EVRM. Dit maakt dat het beoordelingskader van het recht op een eerlijk proces als geheel genomen

57 Zie bijvoorbeeld ten aanzien van schendingen van artikel 3 EVRM gedurende het vooronderzoek: EHRM 25 september 2012, nr. 649/08 (*El Haski t. België*); EHRM 1 juni 2010, nr. 22978/05 (*Gäffen t. Duitsland*), para 166; EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00 (*Jalloh t. Duitsland*), NJ 2007/226, m.nt. Schalken, para 99 en 105; EHRM 28 juni 2007, nr. 36549/03 (*Harutyunyan t. Armenië*), para 63; en ten aanzien van schendingen van artikel 8 EVRM: EHRM 12 juli 1988, nr. 10862/84, (*Schenk t. Zwitserland*), NJ 1988/851, m.nt. Alkema; *Khan t. Verenigd Koninkrijk*.

58 *Schenk t. Zwitserland*, para 45-46; EHRM 1 maart 2007, nr. 5935/02 (*Heglas t. Tsjechië*), para 84.

59 EHRM 10 maart 2009, nr. 4378/02 (*Bykov t. Rusland*), para 89; *Jalloh t. Duitsland*, para 96; *Gäffen t. Duitsland*.

‘buitengewoon ingewikkeld [is], vooral doordat de verschillende deelrechten in artikel 6 EVRM ook in belang of gewicht kunnen verschillen, en modaliteiten van “compensatie” van beperkingen ook variabel kunnen zijn.’⁶⁰

Goss is kritisch ten aanzien van dit ingewikkelde beoordelingsmechanisme en stelt dat het Hof zich niet enkel bedient van verschillende analytische instrumenten om de eerlijkheid van de procedure te beoordelen, maar dat het hierin bovendien niet altijd consistent te werk gaat.⁶¹

Deze kwestie brengt mij op het tweede bezwaar aangaande het dominante eerlijkhedsperspectief binnen artikel 359a Sv. Zoals gezegd bevat de Nederlandse wet geen concreet recht op een eerlijk proces voor de verdachte. De eerlijkheid van het strafproces wordt immers gewaarborgd door naleving van de verschillende strafvorderlijke regels.⁶² Daarnaast ontbreekt ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad een nadere duiding en aanscherping van het recht op een eerlijk proces.⁶³ Hiervoor leunt de Hoge Raad – in het bijzonder wat betreft de sanctionering van vormverzuimen – sterk op de jurisprudentie van het EHRM.⁶⁴ Ondanks de omvang van deze EHRM-jurisprudentie kan een dergelijke afhankelijkheid van het EHRM voor wat betreft de definitie van een dergelijk cruciaal recht voor de Nederlandse rechtsorde evenwel problematisch zijn. Zo is de rechtspraak van het EHRM niet van algemene betekenis maar zeer casuïstisch. In dit licht wijst Mevis erop dat deze belemmering betekent dat de nationale rechter in de jurisprudentie van het EHRM te weinig houvast heeft om artikel 6 EVRM op nationaal niveau concreet en adequaat te realiseren in de strafprocedure, zoals hij die in concrete strafzaak voert.⁶⁵ In de literatuur is in dit verband ook gewezen op codificatie van het recht op een eerlijk proces (in de Grondwet of in het Wetboek van Strafvordering) omdat hiermee wordt bewerkstelligd dat ‘de normativiteit van dit recht wordt versterkt’ en de Nederlandse rechter aangezet wordt nadere invulling te geven aan dit recht.⁶⁶ Of het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet de oplossing is, zal echter moeten blijken. Wel bemoeilijkt de holistische benadering van

60 Ölçer 2016, p. 508.

61 Zie uitgebreid Goss 2014, p. 115 e.v.

62 Zie onder andere: Mevis 2008, p. 451; Myjer 2002, p. 6-13.

63 Zie over de onderhandelingen bij de totstandkoming van het EVRM: Klerk & van Poelgeest 1991; Voor de parlementaire behandeling van het verdrag: Myjer 2002, p. 6-9. Duidelijk wordt dat de Nederlandse overheid er van meet af aan vanuit ging dat de eigen nationale wetgeving geen strijd zou opleveren met het EVRM, en in het bijzonder met betrekking tot het strafproces werd gedacht dat het Nederlandse stelsel de toets van het EHRM ruimschoots zou doorstaan.

64 Dit blijkt in het bijzonder uit de voorwaarden voor de sancties die worden verbonden aan vormverzuimen, waarbij de Hoge Raad stevast aanknopng zoekt bij schendingen van artikel 6 EVRM zoals erkend door het EHRM. Zie bijv. HR 19 februari 2012, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. B.F. Keulen (*Onbevoegde hulpofficier*).

65 Mevis 2008, p. 253.

66 Mevis 2017.

het Hof het tevens voor opsporingsambtenaren om vooraf in te schatten hoe zij zich horen te gedragen: 'Wat er in de procedure 'in zijn geheel' (gaat) gebeuren, is dan immers (meestal) nog niet bekend'.⁶⁷ Er is kortom geen sprake van een duidelijke normering maar slechts een (casuïstische) toetsing achteraf.

10.5 CONCLUSIE: VERVLECHTING VAN DE KADERS

In het 359a-kader is herstel van vormverzuimen een belangrijk uitgangspunt. Uit de memorie van toelichting bij deze bepaling wordt echter niet geheel duidelijk wat de wetgever hiermee precies voor ogen had. Het concept van herstel van vormverzuimen in algemene zin (dus zowel met betrekking tot het vooronderzoek als het onderzoek ter terechtzitting) komt echter wel op verschillende plekken in het Wetboek van Strafvordering terug, maar heeft niet altijd eenzelfde betekenis en is bovendien in de loop der tijd van betekenis veranderd. Zo bevat de wet een herstelplicht voor de rechter-commissaris in het kader van zijn toezichthoudende taak over het vooronderzoek. Het ligt gezien de rol van de rechter-commissaris echter voor de hand dat zijn mogelijkheden in het bieden van herstel ruimer zijn en bovendien zien op andersoortige normen. Het opsporingsonderzoek is in de fase van het onderzoek ter terechtzitting immers goeddeels afgerond en de mogelijkheden om fouten in het vooronderzoek ongedaan te maken – dat is immers wat herstel veronderstelt – zullen gering zijn. Ook de redactie van het artikel zoals voorgesteld door de Commissie-Moons plaatst herstel in een ander licht dan zoals het onder het huidige artikel wordt gezien. In dit voorstel had artikel 359a Sv namelijk niet enkel betrekking op vormverzuimen begaan in het vooronderzoek maar ook die gedurende het onderzoek ter terechtzitting. In dit kader zou herstel meer moeten worden gezien als de mogelijkheid van de zittingsrechter zijn eigen fouten, of die van de rechter in eerste aanleg, te herstellen. Een functie die bij uitstek aan de (appel)rechter kan worden toegedicht. Kortom, wat thans onder herstel van vormverzuimen dient te worden verstaan en welke (type) normschendingen in aanmerking komen voor herstel is niet geheel helder.

De wijze waarop de Hoge Raad invulling geeft aan herstel lijkt een andere betekenis te geven aan dit concept. Herstel in de zin van artikel 359a Sv lijkt met name te zijn ingegeven vanuit het perspectief waarmee de Hoge Raad zijn controlerende taak benadert, namelijk het waarborgen van de procesrechten van de verdachte. In zijn jurisprudentie gaat de Hoge Raad tamelijk eenvoudig uit van de mogelijkheid om een bepaald vormverzuim te herstellen, zonder uitvoerig in te gaan op de vraag in hoeverre de onderliggende geschonden norm daadwerkelijk is hersteld.⁶⁸ Hierbij lijkt het eerlijkheidsperspectief

⁶⁷ Spronken 2016, p. 380.

⁶⁸ Zie ook Schalken 2016, p. 258-259.

van artikel 6 EVRM leidend te zijn: van herstel van een vormverzuim lijkt sprake te zijn indien het nadeel van dat vormverzuim is weggenomen, althans voor zover dat nadeel de procesrechten van de verdachte betreft. Deze benadering vertoont veel verwantschap met de wijze waarop het EHRM omgaat met beperkingen op (deelrechten van) artikel 6 EVRM: namelijk door het bieden van procedurele waarborgen ter compensatie van deze beperkingen in verdedigingsrechten. Het lijkt er kortom op dat het herstell kader en compensatiekader hier sterk door elkaar lijken te lopen. De vraag is evenwel of een vervlechting van deze twee kaders problematisch is. Bij de beantwoording van deze vraag is het van belang dat herstel en compensatie twee uiteenlopende doelstellingen hebben. Bij herstel gaat het erom de onrechtmatige situatie – inclusief alle nadelige gevolgen die daaruit zijn voortgekomen – te herstellen. Wanneer het vormverzuim is hersteld, hoeft de rechter zich niet langer te buigen over de vraag naar eventuele rechtsgevolgen die aan de onrechtmatigheid moeten worden verbonden. Er is simpelweg geen vormverzuim meer en daarmee is het beoordelingskader van artikel 359a Sv ook niet van toepassing. Of een vormverzuim voor herstel vatbaar is dient dan ook niet zozeer beoordeeld te worden vanuit het perspectief van de functie van de rechterlijke controle en het type nadeel dat door het vormverzuim is veroorzaakt, maar vanuit de vraag of de onderliggende norm die geschonden is voor herstel vatbaar is. Een dergelijke conclusie ligt niet voor de hand met betrekking tot normen die beogen bepaalde (mensen)rechten te waarborgen of normen die ten grondslag liggen aan het vertrouwen van de rechter in de opsporing (zoals de verbaliseringsplicht). Het doel van compensatie is geheel anders. Hierbij gaat het om de vraag welke rechterlijke reactie passend is in het licht van de schending van de rechten van de verdachte. Deze reactie kan dan bestaan uit het bieden van compensatoire maatregelen waardoor een rechterlijke sanctionering van het vormverzuim alsnog achterwege kan blijven. Indien de compensatoire maatregelen ontoereikend zijn om het door de verdachte geleden nadeel te compenseren, kan de rechter alsnog kiezen voor een ander rechtsgevolg. Het cruciale verschil tussen het herstellen van vormverzuimen en zoeken naar de meest gepaste reactie op vormverzuimen is dat laatstgenoemde plaatsvindt in de context van artikel 359a Sv. En in dit kader kunnen de redenen waartoe de sanctionering dient – in de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad is dat het beschermen van de procesrechten van verdachte – wel een rol spelen. Een duidelijker onderscheid tussen enerzijds herstel en anderzijds compensatie is aldus van belang. ‘Wat niet had mogen plaatsvinden, kan doorgaans niet worden hersteld’, maar hoogstens gecompenseerd.⁶⁹

⁶⁹ Zie Schalken ten aanzien van achteraf herstellen van onrechtmatige inzet van bevoegdheden onder HR 25 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1887, NJ 1994/143, m.nt. T.M. Schalken.

LITERATUUR

Blok/Besier I

A.J. Blok & L. Ch. Besier, *Het Nederlands Strafprocesrecht I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink en Zoon 1925.

Blom 2010

T. Blom, *Vormen verzuimd tijdens het politieverhoor* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010.

Boon & Schalken 2015

R.P. Boon & T.M. Schalken, 'Draagt rechterlijke ongehoorzaamheid bij aan de rechtsontwikkeling?', *Strafblad* 2015/4, afl. 1, p. 13-18.

Borgers 2012

M.J. Borgers, 'De toekomst van 359a Sv', *DD* 2012/25, afl. 4, p. 257-273.

Borgers & Kooijmans 2013

M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Alternatieven voor rechterlijke controle op vormverzuimen', in: M.S. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J.W. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht: Liber amicorum Theo de Roos*, Deventer: Kluwer 2013, p. 17-36.

Brinkhoff 2016

S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid', *DD* 2016/8, afl. 2, p. 101-116.

Buruma 1997

Y. Buruma, 'De verzwegen doorlating', *AA* 1997, afl. 9, p. 612-617.

Cleiren 1989

C.P.M. Cleiren, *Beginnelsen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Corstens 1993

G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvoordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

Corstens/Borgers 2014

G.J.M. Corstens, *Het Nederland strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2014.

Enschedé 1966

Ch.J. Enschedé, 'Bewijs in strafzaken', *RM Themis* 1966, p. 488-518.

Fokkens 1985

J.W. Fokkens, *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1985.

Goss 2014

R. Goss, *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford and Portland: Hart Publishing 2014.

De Graaf & Kesteloo 2016

F.C.W. de Graaf & L. Kesteloo, 'Welke mogelijkheden bestaan er om op grond van artikel 359a Sv rechtsgevolgen te verbinden aan fouten in het strafdossier?', *DD* 2016/21, afl. 4, p. 254-270.

De Gruyter 1976

P.S. de Gruyter, *Nietigheden in het strafproces en techniek der appelrechtspraak in strafzaken*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1976.

Harris, O'Boyle & Warbrick 2014

D.J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014.

De Jong 1985

D.H. de Jong, 'Bewijsuitsluiting kent meer dan één rechtsgrond', in: J.P. Balkema (red.), *Liber amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 97-111.

Keulen & Knigge 2016

B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2016.

Klerk & van Poelgeest 1991

Y.S. Klerk & L. Van Poelgeest, 'Ratificatie a contre-coeur: de reserves van de Nederlandse regering jegens het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en het individuele klachtrecht', *RM Themis* 1991, p. 220-246.

Krikke 1983

A. Krikke, 'De rechtsgrond van de bewijsuitsluiting in strafzaken', in: E. André de la Porte e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken* (Melai-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 273-294.

Kuiper 2014

R. Kuiper, *Juridische consequenties van vormfouten in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014.

Melai 1992

A.L. Melai, *Polariteit en tegenspraak. Een selectie uit het werk van A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

Mevis 1995

P.A.M. Mevis, 'De rechtsgevolgen van onrechtmatigheden in het vooronderzoek', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Dynamisch strafrecht. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Mr. G.J.M. Corstens*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 151-168.

Mevis 2008

P.A.M. Mevis, 'Constitutionalisering en strafprocesrecht', *Strafblad* 2008/6, p. 450-464.

Mevis 2017

P.A.M. Mevis, 'Wat zou Yvo ervan vinden?', *Strafblad* 2017/14.

Myjer 2002

B.E.P. Myjer, *De vijftig voorbij. Aantekeningen over het 'Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens de fundamentele vrijheden' en de Nederlandse strafrechtspleging*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002.

Peters 1993

A.A.G. Peters, 'Maatschappelijke verandering en rechtsontwikkeling. De veranderende rol van rechter, wet en proces', in: M.J. Gunning, C. Kelk & C.J.M. Schuyt (red.), *Recht als kritische discussie: een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 35-52.

Ölçer 2016

F.P. Ölçer, 'Eerlijk proces en tuchtrechtelijke procedures', *AA* 2016/7, p. 506-525.

Ölçer 2013

F.P. Ölçer, 'The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights', in: S.C. Thaman, *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Dordrecht: Springer 2013, p. 371-399.

Samadi 2016

M. Samadi, 'Policing the police: het toezicht op de opsporing', *DD* 2016/37, afl. 6, p. 406-418.

Schalken 2016

T.M. Schalken, 'De Hoge Raad in strafzaken: van rechtsbescherming naar rechtsontwikkeling? Het Efteling-effect bij het onderscheid tussen feit en recht', in: G. Knigge e.a. (red.), *Gehoord de Procureur-Generaal. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.W. Fokkens ter gelegenheid van zijn afscheid als Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2016, p. 253-262.

Spronken 2016

T. Spronken, 'Salduz 2.0: de zaak Ibrahim', *Strafblad* 2016/53, afl. 5, p. 375-381.

Van Veen 1991

Th.W. van Veen, 'Over misslagen, vormverzuimen en nietigheden in het strafproces', *RM Themis* 1991, p. 212-219.