



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

Research Memoranda

Nummer 3 / 2010

Jaargang 6

Vormfouten in de Verenigde Staten

Research Memoranda 2010 - nr 3



ISBN 978-90-12-38395-0



9 789012 383950

Sdu UITGEVERS

R. Kuiper

Vormfouten in de Verenigde Staten

Juridische consequenties van vormfouten in strafzaken

Inhoud

Rechtsgevolgen van vormfouten (Essay)	9
Inleiding	13
1 Rechtsvergelijking met de Verenigde Staten	18
1.1 Kanttekeningen bij vergelijking met Amerikaans recht	18
1.2 Amerikaans recht als bron van inspiratie	19
1.3 Afbakening van het onderzoeksveld	21
1.4 Methode van onderzoek	22
Algemeen deel	
2 Het strafvorderlijk stelsel	24
2.1 Eenheid in verscheidenheid: E Pluribus Unum	24
2.2 Een Amerikaans strafproces	25
2.3 De federale grondwet en haar Amendementen	35
2.3.1 Checks and balances ten opzichte van de rechterlijke macht	35
2.3.2 De Bill of Rights en de Civil War Amendments	37
2.4 Het Hooggerechtshof en de federale grondwet	37
2.4.1 Power of judicial review	37
2.4.2 Aanknopingspunten voor grondwetsinterpretatie	40
2.4.3 Een eeuw rechtspraak in vogelvlucht	46
2.5 Slotopmerkingen bij hoofdstuk 2	50
3 Ontwikkelingen in samenleving en rechtspraak	53
3.1 Veranderingen in samenleving en strafrechtspleging	53
3.1.1 Voor het reageren op vormverzuimen relevante veranderingen	55
3.1.2 Invloed van deze veranderingen op het reageren op vormverzuimen	58
3.2 Schets van ontwikkelingen in de rechtspraak	59
3.2.1 Ontwikkeling van het strafprocesrecht onder het Warren Court	60
3.2.2 Kritiek op het Warren Court	61
3.2.3 Methode van aanpassen van de rechtspraak	62
3.2.4 Acoustic separation van politie en publiek	65
3.2.4.1 Onevenwichtig geïnformeerd publiek	66

3.2.4.2	Decision rules gebruikt als conduct rules	66
3.2.4.3	Potentiële gevolgen van acoustic separation	68
3.3	Slotopmerkingen bij hoofdstuk 3	69
4	Reageren op vormverzuimen in de praktijk	72
4.1	Rechtersrecht	72
4.2	Interactie tussen recht en remedie	74
4.2.1	Onderscheiden van recht en remedie	74
4.2.2	Remedial deterrence	78
4.2.3	Remedial incorporation	81
4.2.4	Remedial substantiation	81
4.3	Retroactieve toepassing van nieuwe jurisprudentiële regels	82
4.4	Beperking van de toetsing in het strafproces	85
4.4.1	Politie, OvJ en plea bargaining als zaaksfilters	85
4.4.2	Sturing door de rechter	86
4.5	Verschillende mogelijke reacties binnen het strafproces	88
4.5.1	Dismissal	89
4.5.1.1	Dismissal als reactie op onrechtmatige opsporing	91
4.5.2	Exclusionary rule	94
4.5.2.1	Ontwikkeling tot grondwettelijk voorgeschreven regel	95
4.5.2.2	De aanvankelijk principiële grondslag van bewijsuitsluiting	97
4.5.2.3	De huidige pragmatische grondslag van bewijsuitsluiting	99
4.5.2.4	De huidige werkwijze van het Hooggerechtshof	103
4.5.2.5	Discussie over voor- en nadelen van bewijsuitsluiting	114
4.6	Alternatieve en supplementaire reacties buiten het strafproces	121
4.6.1	Schadevergoeding	121
4.6.1.1	Federale functionarissen: Bivens action	122
4.6.1.2	Federaal overheidsorgaan: Federal Tort Claims Act	123
4.6.1.3	Statelijke functionarissen en overheidsorganen: U.S.C. § 1983	123
4.6.2	Verbodsactie	124
4.6.3	Strafbaarstelling van onrechtmatig overheidshandelen	126
4.6.4	Reacties waarbij geen rechter betrokken is	126
4.6.5	Strafvermindering als alternatief voor bewijsuitsluiting	127
4.6.6	Andere remedies toereikend ter vervanging van bewijsuitsluiting?	129
4.7	Slotopmerkingen bij hoofdstuk 4	131

Bijzonder deel

5	Search en seizure	136
5.1	Privacy als beschermd belang	136
5.2	Bescherming tegen onredelijke searches en seizures	137
5.2.1	Overheidshandelen	138
5.2.2	Reasonable expectation of privacy als maatstaf	141
5.2.2.1	Diverse opsporingsmethoden	142
5.2.2.2	Overheidstoezicht	144
5.2.2.3	Voorbeeld van de gemaakte afweging: <i>Kyllo v. United States</i>	145
5.2.2.4	Kritiek op de rechtspraak van het Hooggerechtshof	147
5.2.3	Het vereiste van standing: legitimate expectation of privacy	148
5.2.4	Toestemming	152
5.2.5	Toetsing aan het redelijkheidsvereiste van het Vierde Amendement: probable cause en warrant	156
5.2.5.1	Stop and frisk	157
5.3	Exclusionary rule en fruit-doctrine	158
5.3.1	Vruchten van schending van het Vierde Amendement	159
5.3.1.1	Attenuation exception	160
5.3.1.2	Independent source doctrine	163
5.3.1.3	Inevitable discovery exception	164
5.3.2	Good faith exception	165
5.3.3	Impeachment evidence	167
5.3.4	Bewijslastverdeling	168
5.4	Slotopmerkingen bij hoofdstuk 5	169
6.	Toetsing van de bruikbaarheid van bekentenissen	174
6.1	Common law	176
6.2	Due process voluntariness-test	178
6.3	<i>McNabb Mallory</i> prompt appearance-rule	182
6.4	Toetsing op grond van het Zesde Amendement	184
6.4.1	Undercover in de cel en soortgelijke situaties	187
6.5	Toetsing op grond van het Vijfde Amendement	189
6.5.1	Schets van het privilege against self-incrimination	190
6.5.1.1	Compulsion	190

6.5.1.2	Incriminerend	195
6.5.1.3	Testimonial	196
6.5.1.4	Individueel recht	197
6.5.1.5	Subpoenas	197
6.5.2	De beslissing Miranda v. Arizona in haar context	198
6.5.2.1	Gevolgen voor de praktijk	200
6.5.2.2	Van maatschappelijke ophef tot Dickerson v. United States	200
6.5.2.3	Nadere interpretatie van Miranda	201
6.6	Exclusionary rule	212
6.6.1	Standing	212
6.6.2	Impeachment evidence	213
6.6.3	Fruit	214
6.6.3.1	Herhaalde bekentenis	214
6.6.3.2	Getuigenverklaring	218
6.6.3.3	Fysiek bewijsmateriaal	218
6.6.4	Enkele procedurele aspecten	219
6.6.4.1	Verschillende procedures	219
6.6.4.2	Bewijslastverdeling en aan te leggen maatstaf	220
6.7	Slotopmerkingen bij hoofdstuk 6	221
7	Entrapment	224
7.1	Individuele strafuitsluitingsgrond of vorm van police-deterrence?	225
7.2	Benadering van het Hooggerechtshof	227
7.3	Due process-toetsing als grondslag van het verbod op entrapment	230
7.4	Eisen aan de mate van overheidsbetrokkenheid	232
7.5	Bepalen van predispositie van de verdachte	233
7.6	Slotopmerkingen bij hoofdstuk 7	234
8	Het recht op een speedy trial	236
8.1	De door het recht op een speedy trial beschermde belangen	236
8.2	Toepasselijkheid van het recht op een speedy trial	237
8.3	Due process clauses als waarborg tegen vertraging	238
8.4	Beoordelingscriteria bij toetsing aan het Zesde Amendement	240
8.5	Enkele concrete voorbeelden	241
8.6	Federale en statelijke wetgeving	243

8.7	Gevolgen van schending van het recht op een speedy trial	245
8.8	Slotopmerkingen bij hoofdstuk 8	246
9	Slotbeschouwing	249
9.1	Vorm en inhoud van de rechtspraak van het Hooggerechtshof	249
9.2	Verschillende vormverzuimen	250
9.3	De betekenis van maatschappelijke veranderingen	254
9.4	Stelsel van reacties op vormverzuimen	258
9.5	Beeoordelingsfactoren bij reacties op concrete vormverzuimen	265
9.6	Scharnierpunt: verbinding met het Nederlandse deel van het tweeluik	267
	Literatuurlijst	277
	Rechtspraakregister	289
	Trefwoordenregister	291
	Over de auteur	301

Rechtsgevolgen van vormfouten

Willem van Schendel*

Waarom en wanneer moet de strafrechter aan vormfouten in het vooronderzoek een rechtsgevolg verbinden? En als er grond is voor het verbinden van een rechtsgevolg, welke reactie komt dan in aanmerking? Dat zijn de vragen die voor de auteur van deze studie het vertrekpunt van zijn onderzoek hebben gevormd. Het zijn vragen op een complex en belangrijk terrein, dat juist nu een grondig onderzoek verdient. Van de rechter wordt steeds sterker een transparante motivering verlangd op dit maatschappelijk gevoelige terrein. Het is aan de Hoge Raad om in dit opzicht de lijnen uit te zetten. Dit boek inspireert de gedachtevorming over de wijze waarop nader richting kan worden gegeven aan de rechtspraak op dit terrein.

In de juridische literatuur heeft geruime tijd de gedachte overheerst dat aan elke onrechtmatigheid in het vooronderzoek rechtsgevolgen moesten worden verbonden uit algemeen respect voor de rechten van de verdachte en uit een oogpunt van bestraffing van de partij die de vormfout beging. In de rechtspraak van de Hoge Raad van de laatste tien jaar tekent zich echter duidelijk de ontwikkeling af dat dergelijke doelen niet zonder meer beslissend kunnen zijn voor de toepassing van een rechtsgevolg.

Het is de strafrechter die de verantwoordelijkheid voor de beantwoording van die vragen aan zich heeft getrokken. In de, niet overvloedige, juridische literatuur heeft geruime tijd de gedachte overheerst dat aan elke onrechtmatigheid in het vooronderzoek rechtsgevolgen moesten worden verbonden uit algemeen respect voor de rechten van de verdachte en uit een oogpunt van bestraffing van de partij die de vormfout beging. Steun voor die gedachte kon worden gevonden in de rechtspraktijk. Het arsenaal aan mogelijke, als het ware verplicht toe te passen, rechtsgevolgen op vormfouten was daarbij in feite beperkt tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn strafvervolgning en bewijsuitsluiting van het onregelmatig verkregen materiaal. In de rechtspraak van de Hoge Raad van pakweg de laatste tien jaar tekent zich echter duidelijk de ontwikkeling af dat dergelijke in de literatuur beschreven doelen niet zonder meer beslissend kunnen zijn voor de toepassing van een rechtsgevolg als niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie of bewijsuitsluiting. Dat spreekt duidelijk uit de arresten waarin de Hoge Raad oordeelde dat ondanks onrechtmatigheid van de bewijsgaring geen bewijsuitsluiting behoefde te volgen.¹ Dat blijkt ook uit de strenge eisen die worden gesteld aan de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie als er onregelmatigheden in het vooronderzoek worden aangetroffen.² Die ontwikkeling wordt ook zichtbaar doordat beslissingen van de feiten-

* Raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden.

1 HR 25 juni 2002, LJN AD9204, NJ 2002, 625, m.nt. Sch., inzake onrechtmatige fouillering.

2 HR 19 december 1995, NJ 1996, 249, m.nt. Sch., (Zwolsman).

rechter tot niet-ontvankelijkheid wegens vormfouten maar sporadisch in cassatie standhielden en veel vaker leidden tot vernietiging.³ Ook in de stevige positie die het Schutznorm-vereiste zich in de rechtspraak heeft verworven, tekent zich de ontwikkeling af dat niet elke onrechtmatigheid om een reactie van de strafrechter vraagt.⁴

Die ontwikkeling roept een aantal prangende vragen op waarop het antwoord in de casuïstische rechtspraak niet direct kan worden gevonden. Waarom moet een rechtsgevolg worden toegepast? Welke belangen dient de strafrechter te betrekken bij het bepalen van zijn keuze? Waarom komt juist een bepaalde reactie in aanmerking? Daarentrent biedt de literatuur nauwelijks houvast. Dat de beantwoording van de vraag welke onrechtmatigheid welke reactie van de strafrechter vergt casuïstisch verloopt spreekt vanzelf door de inrichting van het Nederlandse rechtsstelsel en door de vorm van de rechtspraak van de Hoge Raad en zijn positie in het rechtsbestel. Maar dat neemt niet weg dat het van groot belang is ernaar te streven lijn te brengen in die ontwikkeling en om, waar nodig, de problematiek van het vormverzuim en zijn gevolgen opnieuw te bedenken.

Zoals Kuiper in zijn inleiding vermeldt, vormde de constatering van zeer uiteenlopende lagere rechtspraak op dit terrein – en van een Hoge Raad die daarvoor de ruimte laat – voor de auteur een belangrijke prikkel om zijn onderzoek op te vatten. Dat deze diversiteit een actueel en zwaarwichtig probleem vormt, wordt treffend geïllustreerd door een aantal recente uitspraken van rechtbanken over het verzuim opnamen van zogenaamde geheimhoudersgesprekken te vernietigen. Leidt dit tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie?⁵ Dit is het soort zaken waarop Kuiper onder meer doelt wanneer hij in zijn slothoofdstuk schrijft dat uitspraken van lagere rechters thans verschillen door het uiteenlopen van opvattingen omtrent de met de reactie op een vormverzuim na te streven doelen en daarmee te waarborgen belangen. Dat daarover geen duidelijkheid bestaat, is uit een oogpunt van rechtseenheid en rechtsgelijkheid bepaald onwenselijk. Het zou goed zijn wanneer de Hoge Raad erin zou slagen een meer gestructureerd beslissingskader te ontwikkelen voor de beoordeling van dit complexe onderwerp. Het kader van art. 359a Sv biedt daarvoor op zichzelf de ruimte. De afweging van belangen die volgens die bepaling noodzakelijk is, zou door de Hoge Raad per soort vormfout en per mogelijk rechtsgevolg nader kunnen worden bepaald. Maar dan is noodzakelijk te weten wat men wil en waarom.

3 HR 16 juni 2009, LJN BH2678, NJ 2009, 603 inzake de aanhouding van een verdachte na het afluisteren van een telefoongesprek met zijn raadsman.

4 Zie de vooropstelling van dit vereiste in het overzichtsarrest over art. 359a Sv in HR 30 maart 2004, LJN AM2533, NJ 2004, 376, m.nt. YB.

5 Bij wijze van een enkel voorbeeld kan gewezen worden op Rechtbank Amsterdam 20 december 2007, LJN BC0685, NJ 2008, 532; Rechtbank Utrecht 20 november 2008, LJN BG5524 en Rechtbank Breda 14 december 2009, LJN BK7503.

Het blijkt voor de gedachtevorming uiterst vruchtbaar om, zoals Kuiper doet, de blik op het Amerikaanse recht te richten. Zijn diepgravend onderzoek biedt tal van eyeopeners waarmee de Nederlandse rechtspraktijk voordeel kan doen.

Uiterst instructief zijn de scherpe keuzes die het Amerikaanse Hooggerechtshof maakt. De analyse in dit boek van de uitspraken, waarin breed gemotiveerd, doel en middel wordt afgewogen bij het bepalen of bewijsuitsluiting in aanmerking komt, en, meer algemeen bij de invulling van grondwettelijke normen, biedt een helder beeld van het stelsel waarin de bewijsuitsluitingsregel naast andere mogelijke rechterlijke reacties op vormverzuimen fungeert.

De uitvoerige beschrijving van de Amerikaanse situatie demonstreert de complexiteit van het krachtenveld waarin dit onderwerp zich beweegt en maakt daarmee duidelijk welke factoren bij de beoordeling van vormfouten een rol spelen. Uiterst instructief is de uitgebreide analyse van de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof, zorgvuldig geplaatst in haar context. Illustratief zijn de scherpe keuzes die het Amerikaanse Hooggerechtshof maakt, met argumenten ontleend aan de machtscheiding, voor de gevallen waarin 'dismissal' als reactie op vormfouten mogelijk is. Juist ook de analyse van de uitspraken, waarin breed gemotiveerd, doel en middel wordt afgewogen bij het bepalen of bewijsuitsluiting als reactie in aanmerking komt, en, meer algemeen bij de invulling van grondwettelijke normen (zoals die van het Vierde Amendement met zijn *reasonable expectation of privacy* als maatstaf), biedt een verrassend inzicht in het denken over vormfouten in de Verenigde Staten en verschaft een helder beeld van het stelsel waarin de bewijsuitsluitingsregel naast andere mogelijke rechterlijke reacties op vormverzuimen fungeert. Dat inzicht wordt nog verscherpt door het belang dat blijkens die rechtspraak wordt gehecht aan het onderscheid dat wordt gemaakt naar gelang degene die de vormfout beging en aan de aandacht die bestaat voor de interactie met ontwikkelingen in de samenleving.

In de jaren tachtig van de vorige eeuw is een aantal interessante artikelen verschenen over de evolutie van de 'exclusionary rule' in de Verenigde Staten.⁶ Jörg schreef al dat een meeromvattend onderzoek nodig was. En dat is ook zo. Om de werking van de bewijsuitsluitingsregel te kunnen doorgronden en appreciëren is een goed beeld nodig van het stelsel waarin die regel functioneert. In de loop der jaren zijn nog wel op deelonderwerpen in de Nederlandse literatuur artikelen verschenen waarin de ontwikkeling van de bewijsuitsluitingsregel in het Amerikaanse recht onder de loep is genomen, maar hoewel dergelijke uiteenzettingen vaak naar meer smaakten, bleef

6 Zie: J.A.W. Lensing (DD 1981, p. 251 e.v.) en N. Jörg (DD 1989, p. 654 e.v.).

een bredere analyse van het vraagstuk van de reacties op vormfouten in Amerikaanse recht uit. In die leemte voorziet de publicatie van Kuiper. Dat alleen al maakt zijn onderzoek zeer de moeite waard.

Knigge wil af van een vergeldende benadering die de fout centraal stelt en de ernst van het verzuim en de kwade trouw van de betrokken autoriteiten benadrukt. De consequenties die de rechter aan vormverzuimen verbindt moeten worden beargumenteerd vanuit de beslissingen die hem zijn opgedragen en de aandacht moet worden gericht op de gevolgen daarvan voor het recht van de verdachte op een eerlijk proces.

Maar, zoals de samenvattende beschouwingen in het slothoofdstuk duidelijk maken, springt het belang van de geboden analyse voor het Nederlandse denken over de rechtsgevolgen van vormfouten in het oog. Zo maar een voorbeeld. G. Knigge, schrijvende over het Zwolsman-arrest en niet-ontvankelijkheid als rechtsgevolg van vormverzuimen, signaleerde het “moeizame gedoe met criteria” in de rechtspraak van de Hoge Raad en omschreef als kern van het probleem dat de vraag of onregelmatigheden in het vooronderzoek consequenties moeten hebben, “te veel is gezet in de sleutel van het bestraffen (‘sanctioneren’) van onrechtmatig optreden”.⁷ Hij wil af van die vergeldende benadering die de fout centraal stelt en de ernst van het verzuim en de kwade trouw van de betrokken autoriteiten benadrukt. Hij meent dat de consequenties die de rechter aan vormverzuimen verbindt moeten worden beargumenteerd vanuit de beslissingen die hem zijn opgedragen en dat de aandacht moet worden gericht op de gevolgen daarvan voor het recht van de verdachte op een eerlijk proces. Bij de afweging kan, aldus Knigge, ook de ernst van het tenlastegelegde feit een rol spelen.

Wie kennis heeft genomen van de in dit boek geboden analyse van de wijze waarop in het Amerikaanse recht de afweging van belangen plaatsvindt, vindt een schat aan factoren die ook voor het Nederlandse strafproces houvast kunnen bieden om overtuigend te beargumenteren welke consequentie aan welk vormverzuim dient te worden verbonden.

⁷ G. Knigge (RM Themis 2003, p. 193 e.v.).

Inleiding

Terwijl het vliegtuig aan hoogte won, vormde de verlichting op de grond al snel een soort landkaart waarop steden als centra van licht werden verbonden door stromende snelwegen. Sommige stukken scherp en helder, andere donker of vaag. Dat beeld van de terugreis van een bezoek aan Washington DC vormt een goede metafoor voor dit deel van mijn onderzoek. Het deed me denken aan waar ik de afgelopen tijd mee bezig was geweest. Het in kaart brengen van gedeelten van het Amerikaanse recht.¹ Ook daarbij werden de hoofdlijnen van het stelsel zichtbaar, terwijl op sommige deelgebieden werd ingezoomd en andere onbelicht bleven.

Jaren eerder constateerde ik bij het maken van registers voor de *Nieuwsbrief Strafrecht* dat de wijze waarop strafrechters in Nederland op vergelijkbare vormverzuimen reageren, soms sterk uiteenloopt. Niet alleen in de motivering, maar ook wat betreft de uitkomst. Zulke verschillen kunnen afbreuk doen aan de overtuigingskracht van rechterlijke beslissingen. Vooral op het maatschappelijk zo gevoelige terrein van vormfouten is dat een probleem. Nadere beschouwing van de wetgeving en van de rechtspraak van de Hoge Raad leert dat de feitenrechter veel ruimte wordt gelaten bij het bepalen van zijn reactie op een vormverzuim. Halverwege de jaren negentig heeft de wetgever bij de totstandkoming van de Wet vormverzuimen uitdrukkelijk ervoor gekozen om de beoordeling van de wijze waarop in een concreet geval op een vormverzuim moet

worden gereageerd, in handen van de rechter te leggen. De gedachte daarbij was dat de rechter zich in de beste positie bevindt om de belangen af te wegen die in een concreet geval bepalend zijn voor een passende reactie op een vormfout. Daarmee nam de wetgever afstand van het stelsel waarin de rechtsgevolgen van vormfouten in beginsel in de wet waren vastgelegd door aan sommige vormfouten nietigheid te verbinden, welk stelsel overigens wegens zijn te grote rigiditeit in de rechtspraak al goeddeels was onttakeld.

De verantwoordelijkheid voor een afgewogen stelsel van reacties op vormverzuimen en voor een evenwichtige en overtuigend gemotiveerde uitkomst in concrete zaken, is daardoor nog explicieter bij de rechter komen te liggen. Teneinde aan die verantwoordelijkheid op een goede wijze invulling te geven, is het wenselijk om te komen tot een nadere ontwikkeling van het beoordelingskader waarin duidelijk is wat de grondslagen zijn van de verschillende mogelijke reacties op vormverzuimen, welke doelen daarmee in uiteenlopende gevallen worden nagestreefd, welke belangen in de afweging van de rechter een rol dienen te spelen en aan welke beoordelingsfactoren daarbij in concrete gevallen gewicht toekomt. Door aan zijn leidinggevende taak in dit opzicht nog meer invulling te geven, kan de Hoge Raad de feitenrechter houvast bieden en de – ook uit maatschappelijk oogpunt belangrijke – rechtseenheid op dit terrein bevorderen. Dit onderzoek beoogt aan de nadere ontwikkeling van dit beoordelingskader een bijdrage

1 Een klein deel van deze tekst is in iets andere vorm eerder gepubliceerd. Zie Kuiper, 2008.

te leveren. Daartoe wordt het reageren op vormverzuimen door de strafrechter zowel onderzocht op het niveau van de wijze waarop het als systeem functioneert, als op het niveau van de in concrete gevallen te maken belangenafweging. Aandacht wordt ook besteed aan de verschillende voor het onderwerp relevante vormen van interactie met de samenleving. Het doel is te komen tot een analytisch gefundeerd en praktisch bruikbaar kader voor de beantwoording van de vraag wanneer in de Nederlandse strafrechtelijke context welke reactie op een vormverzuim in aanmerking komt. Of, om de kernvraag iets breder te formuleren: hoe kan bevorderd worden dat in het Nederlandse strafrecht op evenwichtige wijze op vormverzuimen wordt gereageerd? Om los te komen van de bekende Nederlandse praktijk en om de horizon te verbreden, ziet dit eerste deel van het onderzoek op de wijze waarop in de Verenigde Staten in het strafrecht juridische consequenties worden verbonden aan vormverzuimen. Beoogd wordt het tweede deel van het onderzoek, waarin het Nederlandse recht centraal staat en waarin onder meer de bevindingen uit dit rechtsvergelijkende onderzoek zullen worden betrokken, eind 2010 af te ronden. Met vormverzuimen of vormfouten, die termen worden hier afwisselend gebruikt, wordt in het kader van dit rechtsvergelijkende deel van het onderzoek bedoeld op schendingen van federaal grondwettelijke rechten op strafprocesrechtelijk gebied of van door het Amerikaanse Hooggerechtshof geformuleerde

regels die strekken ter bescherming van die rechten.

Dit onderzoek is er niet op gericht om te bezien welke uitkomst van de belangenafweging door het Amerikaanse Hooggerechtshof in concrete gevallen zich ervoor leent in Nederland te worden overgenomen. Dat zou al snel te zeer een kwestie van smaak worden, zeker bij dit onderwerp dat een belangrijke rechts-politieke component kent en dat niet alleen juristen tot op het hoogste niveau verdeeld houdt. Ook de verschillen in de strafrechtelijke stelsels en in de samenlevingen waarin deze functioneren, maken een dergelijke aanpak minder zinvol. Het onderwerp wordt op een wat abstracter, of misschien beter gezegd, technischer niveau benaderd. Centraal staan daarom vragen als: Welke rol speelt de rechter bij het reageren op vormverzuimen in de Verenigde Staten? Hoe wordt de wijze waarop daaraan invulling wordt gegeven door het (niet-)professionele publiek gewaardeerd? Hoe kunnen klachten over vormfouten ter beoordeling van de rechter komen? Is de toegang tot de rechter in dit opzicht aan beperkingen onderworpen? Welke doelen worden nagestreefd met reacties op vormverzuimen? Welke reactiemogelijkheden staan de rechter ten dienste? Wat worden als voor- en nadelen van een bepaalde reactiemogelijkheid gezien? Zijn er betekenisvolle alternatieven voor reacties binnen het strafproces? Bestaan er verschillen in het reageren op vormverzuimen afhankelijk van de aard van het recht ter bescherming waarvan de

geschonden vorm dient? Welke aspecten zijn bepalend voor die verschillen? Wat voor soort factoren betreft de rechter in zijn afweging in uiteenlopende concrete gevallen? Heeft zich in de loop der tijd een ontwikkeling voorgedaan in de waardering van in de belangenafweging te betrekken factoren?, et cetera. Van rechtsvergelijking in de zin dat het Amerikaanse naast het Nederlandse recht wordt gelegd, is in dit boek geen sprake. Het gaat om een beschrijving van de vanuit Nederlands perspectief interessante aspecten van het Amerikaanse recht. Daar waar nadere beschouwing van een deelonderwerp vanuit deze nationale invalshoek zinvol leek, is het meer gedetailleerd in kaart gebracht. Waar dat voor een goed begrip van het geheel noodzakelijk maar tevens toereikend is, is juist met het weergeven van hoofdlijnen volstaan. Dat betekent dat er voortdurend is geselecteerd. Niet alleen in de besproken stof, maar ook in de diepgang waarmee deze is behandeld. Soms is tot ver in specialistische literatuur doorgezocht, terwijl op andere punten bijvoorbeeld is volstaan met verwijzing naar een artikel uit een populair tijdschrift. Na een inleidend hoofdstuk 1, waarin de keuze voor het onderwerp, de methode en de beperkingen van het onderzoek zijn toegelicht, wordt in hoofdstuk 2 in grote trekken het Amerikaanse strafvorderlijk stelsel geschetst, waarbij in het bijzonder ook wordt ingegaan op de rol die het Hooggerechtshof daarin heeft. Hoofdstuk 3 bevat een beknopte weergave van de voor het onderwerp belangrijke

maatschappelijke ontwikkelingen in de laatste vijftig jaar en een ruwe schets van de weerslag daarvan op de rechtspraak van het Hooggerechtshof. Hoofdstuk 4 bevat een beschrijving van de wijze waarop in de Verenigde Staten in de praktijk aan vormverzuimen gevolgen kunnen worden verbonden. Daarbij komt onder meer aan de orde welke reactiemogelijkheden de rechter ter beschikking staan en hoe reacties op vormverzuimen de inhoud van de door die vormen beschermde rechten beïnvloed. Deze eerste hoofdstukken kunnen in zekere zin als een 'algemeen deel' worden beschouwd. In de volgende hoofdstukken worden vormfouten op een viertal ook in de Nederlandse praktijk relevante deelgebieden tamelijk gedetailleerd besproken. Hoofdstuk 5 gaat over vormverzuimen in het kader van 'search and seizure'. Bij die termen moet worden gedacht aan zoeking en inbeslagname in ruime zin. Ook bijvoorbeeld het tappen van telefoons of arresteren van personen valt hieronder. Hoofdstuk 6 ziet op de bruikbaarheid van tegenover de politie afgelegde bekentenissen. Hier is de weergave van het Amerikaanse recht, indachtig de vragen waarvoor de zogenaamde Salduz-rechtspraak van het EHRM^{1a} de Nederlandse rechtspraak stelt, iets ruimer dan met het oog op de strekking van dit onderzoek strikt noodzakelijk. Hoofdstuk 7 heeft 'entrapment' tot onderwerp. Dat is, kort gezegd, het uitlokken door overheidsfunctionarissen van strafbare feiten. Hoofdstuk 8 heeft betrekking op schendingen van het recht op een 'speedy

1a EHRM 27 november 2008, NJ 2009, 214 (Salduz tegen Turkije), geïmplementeerd in HR 30 juni 2009, LJN BH3079.

trial', dat vergelijkbaar is met het recht op berechting binnen een redelijke termijn, zoals bedoeld in art. 6 EVRM.

De drie niveaus van onderzoek vertalen zich in de opbouw van dit boek. Dat kan daarom ook op verschillende manieren worden gelezen. Voor een beschrijving van het functioneren van het reageren op vormfouten als stelsel, de ontwikkeling van de rol en de mogelijkheden daarin voor de strafrechter, kan worden verwezen naar de hoofdstukken 2 en 4. In hoofdstuk 3 staat de wijze waarop interactie plaatsvindt met maatschappelijke ontwikkelingen centraal. Hoofdstukken 5 tot en met 8 bieden een preciezer beeld van de wijze waarop het Hoogerechtshof aan zijn leidinggevende rol op dit gebied in verschillende concrete situaties invulling geeft en van de belangenafweging die hij daarbij toepast. In deze hoofdstukken is ook de context waarin die belangenafweging plaatsvindt tamelijk gedetailleerd weergegeven. Zonder kennis van die context kan de belangenafweging in concrete situaties immers niet goed worden beoordeeld. Wie vooral in de hoofdlijnen geïnteresseerd is en in de voor het Nederlandse strafrecht meest inspirerende punten, zij hier verwezen naar de korte samenvattende analyses in de slotopmerkingen bij de hoofdstukken 2 tot en met 8 en naar de in hoofdstuk 9 vervatte slotbeschouwing. Voor het gemak zijn de Amendementen bij de Amerikaanse grondwet, die in dit onderzoek veelvuldig ter sprake komen, hieronder afgedrukt.

Vierde Amendement

"The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."

Vijfde Amendement

"No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation."

Zesde Amendement

"In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the

witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.”

Veertiende Amendement, Section 1

“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

Rechtsvergelijking met de Verenigde Staten

1.1 Kanttekeningen bij vergelijking met Amerikaans recht

Wie doet aan rechtsvergelijking om inspiratie op te doen voor de aanpak van vergelijkbare kwesties in eigen land, moet zich vanzelfsprekend allereerst de vraag stellen in hoeverre het onderzochte buitenlandse stelsel wel vergelijkbaar is. Vastgesteld moet dan worden dat het strafrechtelijke stelsel in de Verenigde Staten over de hele linie anders is ingericht dan in Nederland. Wij kennen geen federale overheidsstructuur, geen gekozen 'prosecutors' en rechters, geen doodstraf, geen verplichte minimumstraffen,² geen juryrechtspraak of een grondwettelijk recht om vuurwapens te dragen.³ Uiteraard bestaat ook in de Verenigde Staten een fase van het voorbereidend onderzoek, gevolgd door de berechtingfase en de tenuitvoerlegging, maar de gekozen balans in het stelsel wordt op andere wijze bereikt. Daarbij leggen verschillende hier onbekende elementen gewicht in de schaal. In de Verenigde Staten speelt bijvoorbeeld 'plea bargaining' een cruciale rol en kent men 'pre-trial proceedings', waarin onder meer over uitsluiting van bewijsmateriaal kan worden beslist. Ook steekt het stelsel van rechtsmiddelen, waarin bijvoorbeeld de 'habeas corpus procedure' een belangrijke betekenis heeft, echt anders in elkaar. De inrichting van een rechtssstelsel hangt nauw samen met de nationale geschiedenis en met de maatschappelijke ontwikkelingen die zich

in het desbetreffende land hebben voltrokken.

In dit opzicht bestaan natuurlijk belangrijke verschillen tussen de Verenigde Staten en Nederland. Verschillen die mede bepalend zijn voor de inhoud van het strafrecht en strafprocesrecht en voor de wijze waarop daarin aan vormfouten consequenties worden verbonden. Raciale segregatie en de afschaffing daarvan hebben we in Nederland, om een sprekend voorbeeld te noemen, in de recente geschiedenis niet meegemaakt. In de Verenigde Staten heeft dit proces mede een stempel gedrukt op de vormgeving van het strafproces en op de consequenties die daarin aan vormverzuimen worden verbonden. Een aantal bepalende beslissingen van het Hoogerechtshof op dit gebied uit de jaren vijftig en zestig van de vorige eeuw strekte er bijvoorbeeld mede toe om de positie van Afro-Amerikaanse burgers ten opzichte van de politie te verbeteren.⁴

Steeds moet dus bedacht worden dat gemaakte afweging van belangen en de inhoud van juridische figuren, ook als zij ons vertrouwd voorkomen, in belangrijke mate vorm krijgen door het strafrechtelijk stelsel als geheel dat op zijn beurt weer gevormd is en in een dynamische verhouding staat tot de maatschappij waarin het functioneert. "You cannot dig up a plant that grows in a foreign country, and examine its roots, and then stick it into a hole in the ground in your own. It will not flourish".⁵ Deze waarschuwing tegen het min of meer rücksichtslos kopiëren, past ook

2 Zie bijv. *Begay v. United States*, No. 06-11543 (2008) over de 'Armed Career Criminal Act' waarin is bepaald dat als verplichte minimumstraf 15 jaar gevangenisstraf moet worden opgelegd bij illegaal wapenbezit door iemand die drie of meer keer eerder is veroordeeld voor bepaalde drugsmisdriven of een geweldsmisdrijf.

3 Recent door het Hoogerechtshof bevestigd in *District of Columbia v. Heller*, No. 07-290 (2008).

4 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 1.

5 Judge, 2007, p. 18.

bij het onderwerp van dit onderzoek. Dat rechtsvergelijking met de Verenigde Staten niettemin zinvol is, zal hierna worden toegelicht.

1.2 Amerikaans recht als bron van inspiratie

Als bron van inspiratie is het Amerikaanse recht voor het onderzochte onderwerp om verschillende redenen zeer geschikt.⁶ Ten eerste, omdat de wijze waarop daarin door de rechter gevolgen worden verbonden aan vormfouten, overeenkomsten vertoont met het Nederlandse recht. Ten tweede, omdat de rechtspraak en de juridisch wetenschappelijke literatuur een buitengewoon rijke bron van informatie vormen. Ten derde vanwege de tot op zekere hoogte vergelijkbare maatschappelijke ontwikkelingen die zich de laatste vijftig jaar in de Verenigde Staten en in Nederland hebben voltrokken.

Overeenkomsten in de omgang met vormverzuimen

Als meest wezenlijke overeenkomst moet hier voorop worden gesteld dat het ook in de Verenigde Staten de rechter is die bepaalt op welke wijze in het strafrecht op vormfouten wordt gereageerd. Dat geldt zowel voor vormverzuimen in de fase van het vooronderzoek als voor fouten in de daaropvolgende fase van de berechting. Verder vertonen de mogelijk aan vormfouten te verbinden rechtsgevolgen sterke overeenkomsten. In de Amerikaanse

rechtspraak en literatuur over het reageren op vormverzuimen, speelt de ‘exclusionary rule’ – de ook in Nederland bekende regel dat bewijsmateriaal dat is verkregen met schending van strafvorderlijke regels niet voor het bewijs mag worden gebruikt – een dominante rol. Waar die regel geen toepassing vindt, wordt ook in het Amerikaanse recht volstaan met de constatering van een vormverzuim, al wordt dat daar niet als een vorm van genoegdoening gezien. Voorts kan de rechter beslissen tot ‘dismissal’ van de zaak. Dat lijkt op de hier bekende niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie. Strafvermindering wordt in de Verenigde Staten niet toegepast als reactie op een vormfout, maar aan het invoeren van die mogelijkheid wordt in recente Amerikaanse literatuur wel aandacht besteed. Bij nadere bestudering blijkt dat het soort afweging dat de strafrechter in de Verenigde Staten bij het reageren op vormverzuimen moet maken, in wezen goed vergelijkbaar is met die in Nederland. In de Amerikaanse rechtspraak gehanteerde argumenten blijken ook hier gebruikt te worden. Dat vindt zijn grondslag vooral in het feit dat het steeds gaat om een afweging van grondrechten tegen andere belangen binnen een strafvorderlijk kader. Dit blijkt bijvoorbeeld wanneer wordt gekeken naar de rechtspraak over vormverzuimen bij op privacy inbreukmakende opsporingshandelingen, zoals doorzoeking van een woning. Sprekend zijn ook de overeenkomsten wanneer de standaardarresten van de Hoge Raad over de redelijke termijn⁷

6 Zie ook de artikelen waarin Fokkens, 1980, Lensing, 1981 en 1985 en Jörg, 1985 en 1989 verslag deden van het functioneren en de ontwikkeling van de ‘exclusionary rule’ in de VS en recenter de dissertatie van Embregts, 2003.

7 Onder meer HR 3 oktober 2000, LJN AA7309, NJ 2000, 721, m.nt. JdH en HR 17 juni 2008, LJN BD257, NJ 2008, 358.

worden gelegd naast de rechtspraak van het Hooggerechtshof over het recht op een 'speedy trial'.⁸ De rechter worstelt daar met dilemma's die ook hier bekend zijn. Voorts vertoont een deel van de gehanteerde juridische concepten sterke overeenkomst. Dat geldt, zoals hiervoor besproken, op het niveau van de mogelijk aan vormfouten te verbinden rechtsgevolgen. Maar ook op een gedetailleerder niveau wordt met vergelijkbare juridische figuren gewerkt. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de in het Nederlandse recht gestelde eis dat de geschonden norm moet strekken ter bescherming van de rechten van de verdachte en dat daarop ook daadwerkelijk inbreuk moet zijn gemaakt, wil de verdachte met succes een beroep kunnen doen op een vormverzuim. Deze in Nederland als Schutznorm-vereiste bekende regel is, zoals zal blijken, in de Verenigde Staten herkenbaar in het vereiste van 'standing' en ook wel in de 'attenuation exception' op de bewijsuitsluitingsregel.⁹

Hoogwaardig en toegankelijk discours

In de rechtspraak van het Hooggerechtshof en in de juridisch wetenschappelijke literatuur is het reageren op vormfouten al decennia een belangrijk onderwerp. Als voorbeeld kan er hier op worden gewezen dat de 'exclusionary rule' in de Verenigde Staten al in 1886¹⁰ werd toegepast, terwijl bewijsuitsluiting als reactie op de onrechtmatige verkrijging van bewijsmateriaal door de Hoge Raad pas in 1962 in

Nederland is geïntroduceerd.¹¹ Bij dit verschil in ervaring komt dat de toegankelijke beslissingen van het Hooggerechtshof vrijwel steeds een schat aan hoogwaardige informatie bevatten. De door het Hooggerechtshof gemaakte keuzes worden uitvoerig beargumenteerd en voorzien van vele verwijzingen naar eerdere rechtspraak, aangevuld of bekritiseerd in 'concurring' respectievelijk 'dissenting opinions'. Er is daarnaast zeer veel juridisch wetenschappelijke literatuur beschikbaar: handboeken die een overzicht geven van de rechtspraak van het Hooggerechtshof en deze in perspectief plaatsen, artikelen waarin het hier onderzochte onderwerp op allerlei detailniveaus en vanuit verschillende invalshoeken wordt benaderd, en literatuur waarin met een meer historische, sociologische of criminologische invalshoek de in dit verband in bredere zin relevante maatschappelijke ontwikkelingen worden beschreven en geanalyseerd.

Vergelijkbare maatschappelijke en juridische ontwikkelingen

Ook de omstandigheid dat bepaalde voor het onderwerp van onderzoek betekenisvolle maatschappelijke ontwikkelingen zich in de Verenigde Staten en in Nederland op een in zekere mate vergelijkbare wijze hebben voltrokken, maakt rechtsvergelijking waardevol. In de maatschappelijke context waarbinnen de strafrechter opereert en de veranderingen die daarin hebben plaatsgevonden, bestaan belangrijke overeenkomsten. Gewezen kan

8 Zie bijv. *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

9 Zie over het vereiste van 'standing' paragrafen 4.4.2., 5.2.3. en 6.6.1. en over de 'attenuation exception' paragraaf. 5.3.1.1.

10 Zie *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 en, meer expliciet, *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

11 HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470 (Tweede-Bloedproefarrest). Zie bijv. Kuiper, 2003 voor een beknopte beschrijving van de ontwikkeling van die regel hier te lande.

worden op de stijging van de criminaliteit, de grotere mondigheid van de burger, het afgenomen geloof in verbetering van de misdadiger en de toegenomen aandacht voor slachtoffers. Allemaal ontwikkelingen die op meer of minder directe wijze hun weerslag hebben op de wijze waarop op vormverzuimen wordt gereageerd. Ook wat betreft ontwikkelingen in het straf(proces)recht zijn in de Verenigde Staten en Nederland parallellen aan te wijzen.¹² In de periode van 1953 tot en met 1969, toen het Hooggerechtshof onder voorzitterschap stond van Earl Warren, kwamen in een wel als 'liberaal activistisch' aangeduide rechtspraak de rechten van verdachten sterk tot ontwikkeling en werden deze stevig verankerd door toepassing van de bewijsuitsluitingsregel voor te schrijven bij schending van die rechten. In de decennia na deze zogenaamde 'due process revolution' is de mede in reactie op deze rechtspraak ontstane (politieke) roep om 'law and order' op verschillende manieren in de strafrechtspleging vertaald. Het ideaal van reclassering en verbetering van misdadigers en hun sociale omgeving had afgedaan en plaatsgemaakt voor vergelding en beveiliging van de samenleving als hoofddoelen van de strafrechtspleging. In beide landen is de rechter ook terughoudender geworden met reacties op vormfouten die de vervolging kunnen frustreren. In Nederland is in dezelfde periode het strafklimaat ook minder 'mild' geworden, al is

de omvang van de veranderingen minder dramatisch dan in de Verenigde Staten.¹³ In de Verenigde Staten is inmiddels een op de honderd volwassen inwoners gedetineerd,¹⁴ in Nederland minder dan een op de duizend.¹⁵ Voor een deel zijn dit soort verschillen echter vooral een kwestie van maat en intensiteit en komen zij niet voort uit een wezenlijk andere problematiek of aanpak daarvan.¹⁶

1.3 Afbakening van het onderzoeksveld

Dit onderzoek strekt ertoe, zoals in de inleiding al is vermeld, ideeën op te doen die van nut zouden kunnen zijn voor de beoordeling van vormverzuimen in een Nederlands kader. Die strekking rechtvaardigt niet alleen het aanleggen van een aantal beperkingen, maar het enorme volume aan Amerikaans materiaal vereist dat ook. Wat betreft de omvang van het onderzoeksterrein geldt daarbij als belangrijkste beperking dat alleen het federale recht is onderzocht en daarvan in het bijzonder de rechtspraak van het federale Hooggerechtshof. Vanwege de dominante rol die de rechter – en vooral het Hooggerechtshof als hoogste rechter – vervult bij de vormgeving van de wijze waarop in het strafrecht wordt gereageerd op vormverzuimen, staat die beperking er niet aan in de weg een goed beeld te krijgen van het Amerikaanse recht op dit vlak. De keuze voor de terreinen waarop vormfouten nader zijn onderzocht, is ingegeven door de

12 Zie voor een concreet voorbeeld de vergelijking tussen de ontwikkeling in de 'Miranda-rechtspraak' in de Verenigde Staten met de rechtspraak over de cautie in Nederland: Bal, 1993.

13 Zie Lensing, 1996, p. 377.

14 Zie Colson, 2007, p. iii en zie het PEW-rapport, 2008.

15 Zo leid ik af uit de cijfers die zijn te vinden op de website van het CBS onder het thema Bevolking en onder het thema Veiligheid en recht <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/default.htm>, geraadpleegd op 5 januari 2010.

16 Vgl. Downes & Van Swaaningen, 2007, p. 31-32.

omstandigheid dat de rechtsschendingen waarvan daarbij sprake is een Nederlands equivalent kennen en door de praktische betekenis ervan: het gaat niet om 'exotische' vormfouten, maar om dagelijkse problematiek. Dat laatste geldt weliswaar niet voor 'entrapment', maar een nadere beschouwing van die bijzondere figuur is om andere redenen interessant. Bij de keuze voor de onderzochte vormverzuimen speelde ook een belangrijke rol dat het daarbij gaat om schendingen van rechten met een zeer uiteenlopende aard en achtergrond. Op die manier werd beoogd een brede blik te krijgen op het onderwerp van onderzoek. Het gaat bij de nader onderzochte soorten vormverzuimen telkens om fouten in het vooronderzoek. Aan vormverzuimen in de berechtingfase wordt in de hoofdstukken 2 en 4 ook enige aandacht besteed, maar zoals daar duidelijk zal worden, beweegt de beoordeling daarvan zich in een ander spanningsveld, waardoor met een minder uitvoerige behandeling kan worden volstaan.

1.4 Methode van onderzoek

Bij de uitvoering van het onderzoek is geleund op een aantal gezaghebbende Amerikaanse handboeken op strafprocesrechtelijk gebied. Deze wezen de weg naar relevante rechtspraak en boden het analytisch kader waarin die rechtspraak moet worden gezien.¹⁷ Het internet bood ook veel informatie en aanknopingspunten voor nader onderzoek. Relevante

recente publicaties werden bijvoorbeeld onder meer gevonden door gebruik te maken van de zoekmachine Google Scholar. Oudere zowel als de meest recente rechtspraak werd gevonden op de website www.findlaw.com: analyses daarvan onder meer op www.scotus-wiki.com. Ook de dagelijkse elektronische nieuwsbrieven van www.findlaw.com¹⁸ en www.scotusblog.com bleken soms waardevolle aanknopingspunten te bieden voor nader onderzoek. Wezenlijk was voorts een in samenwerking met medewerkers van het Amerikaanse Hooggerechtshof voorbereide studiereis. In gesprekken met medewerkers van het Hooggerechtshof, het federale Department of Justice en George Washington University Law School konden onderzoeksbevindingen worden getoetst en werden gedurende het onderzoek gerezen vragen beantwoord. Dit leverde een schat aan informatie en nader materiaal op, waarmee de studie kon worden verdiept en verbreed. Het doel van het rechtsvergelijkend onderzoek is vanzelfsprekend bepalend geweest voor de gemaakte keuzes bij het weergeven van de onderzoeksresultaten. Wat hierna volgt is dus allerminst een uitputtende beschrijving van het Amerikaanse strafprocesrecht. Ook is het geen kritische beschouwing, wat niet wil zeggen dat bestaande kritiek niet is weergegeven, maar alleen dat de onderzoeker niet de pretentie heeft beter dan de geraadpleegde Amerikaanse auteurs te weten hoe het Amerikaanse strafproces in elkaar zit. Wat geprobeerd is, is die aspecten van het Ameri-

17 Het meest is gebruikgemaakt van Whitebread & Slobogin, 2008, LaFave, Israel & King, 2004, maar ook zijn gebruikt Saltzburg & Capra, 2007 en Allen, Hoffmann, Livingston & Stuntz, 2005.

18 Uitspraken van het Hooggerechtshof vanaf 1893 zijn te vinden op de gratis toegankelijke website <http://www.findlaw.com/casocode/supreme.html>. Oudere beslissingen zijn onder meer te vinden op de eveneens gratis toegankelijke website <http://www.law.cornell.edu/supct/cases/historic.htm>.

kaanse recht te selecteren, uit te lichten en in het juiste perspectief te plaatsen, die vanuit Nederlands oogpunt interessant zijn. Een soort landkaart voor juridisch geïnteresseerde toeristen dus, of misschien beter gezegd: ramptoeisten.

Ten aanzien van het vertalen van Amerikaanse termen is terughoudendheid betracht. De aanzienlijke verschillen tussen het strafproces in de Verenigde Staten en Nederland brengen mee dat Nederlandse termen die wel eniger-mate in de buurt komen van Amerikaanse begrippen, toch veelal niet precies de lading dekken.¹⁹ Enige ruwheid in dit opzicht is betracht door de term 'prosecutor' te vertalen met de in Nederland gangbare afkorting voor officier van justitie: OvJ. Onvertaalde Amerikaanse termen zijn in de tekst tussen enkele aanhalingstekens geplaatst, behalve waar zij in kopjes zijn gebruikt. Korte citaten staan tussen dubbele aanhalingstekens en langere citaten zijn tevens in een apart blokje gezet.

19 In zoverre wordt de aanbeveling gevolgd van Pintens, 1998, p. 59, dat de rechtsvergelijker soms de eigenheid van de begrippen uit de bestudeerde rechtsorde dient te herkennen en te erkennen door de vaststelling dat er in de taal van zijn onderzoek geen gepast equivalent voorhanden is.

Het strafvorderlijk stelsel

2.1 Eenheid in verscheidenheid: E Pluribus Unum²⁰

In de Amerikaanse overheidsstructuur heeft niet alleen de federale overheid, maar ook elk van de vijftig afzonderlijke staten wetgevende bevoegdheid op het gebied van het straf- en strafprocesrecht. De wetgevende bevoegdheid van de federale overheid is beperkt tot die domeinen die hem in de federale grondwet zijn toegewezen, bijvoorbeeld op het gebied van belastingen, landsverdediging, buitenlandse handel, faillissementen, de munt en de post.²¹ Hoewel het aantal federale strafbaarstellingen toeneemt,²² ligt bij de staten de primaire verantwoordelijkheid wat betreft het strafbaar stellen van crimineel gedrag, de handhaving en de daarbij te stellen prioriteiten.²³ Slechts ongeveer 2% van het totaal aan strafvervolgingen vindt plaats in de federale strafrechtshetketen.²⁴ In zekere zin bestaan in de Verenigde Staten dus 52 verschillende strafrechtelijke jurisdicties: die van de federale

overheid, de vijftig staten en die van het District of Columbia.²⁵ Elk van deze jurisdicties heeft zijn eigen strafrecht en strafprocesrecht en instellingen belast met opsporing, vervolging, berechting en tenuitvoerlegging, waarin dat recht wordt verwezenlijkt.²⁶

De eenheid op strafprocesrechtelijk gebied wordt evenwel door een aantal factoren bevorderd. Allereerst kan in dit verband worden gewezen op de federale grondwet. Doordat aan de federale grondwet ook in de statelijke rechtspraak toepassing moet worden gegeven, brengt deze mee dat het strafprocesrecht in de verschillende jurisdicties in de kern een flinke mate van overeenstemming vertoont.²⁷ Ook is de Britse common law als gedeeld erfgoed van de staten een factor die de eenheid bevordert, alsmede de omstandigheid dat in het juridisch universitair onderwijs de nadruk ligt op een gemeenschappelijk Amerikaans recht.²⁸ Belangrijk door hun voorbeeldfunctie voor de inrichting van het statelijke strafprocesrecht zijn tevens de in federale

20 "(...) the motto of the United States adopted by Congress in 1782, found on the reverse of all its coins, sums up the central challenge facing the American legal system", aldus Clark, 2002, p. 5-6.

21 Zie Clark, 2002, p. 3 en p. 6 en art. 1 in verbanding met art. 8 van de grondwet van de Verenigde Staten en in het bijzonder ook het Tiende Amendement: "The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States, respectively, or to the people."

22 Zie Blakesley, 2002, p. 340.

23 Zie Segal, Spaeth & Benesh, 2005, p. 120 en Lensing, 1996, p. 13-25.

24 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 4.

25 In dit tussen de staten Maryland en Virginia ingeklemde gebied, dat ten opzichte van de staten een afzonderlijke juridische en bestuurlijke entiteit vormt, is de hoofdstad gevestigd. Het herbergt de belangrijkste instituten van elk van de drie staatsmachten van de federale overheid.

26 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 3-4.

27 "It locks those fifty-two jurisdictions into a basic procedural structure that guarantees a commonality in most of the overarching principles reflected in the fifty-two different processes", aldus LaFave, Israel & King, 2004, p. 4.

28 Clark, 2002, p. 6-7.

strafzaken toepasselijke 'Federal Rules of Criminal Procedure'.²⁹ Ongeveer de helft van de staten heeft een op de 'Federal Rules of Criminal Procedure' geënte regeling van het strafproces. De overige staten leunden bij het opstellen van hun wetgeving minder zwaar op deze federale wetgeving, maar wijken daarvan inhoudelijk slechts in beperkte mate af.³⁰ Dat op de hiervoor aangestipte wijzen de eenheid wordt bevorderd, neemt niet weg dat veel aspecten van het strafproces vooral worden gereguleerd door het recht van de individuele jurisdictie. Zelfs op terreinen waar de federale grondwet dominant is, is het recht van de individuele jurisdictie in het algemeen van belang,³¹ al is het maar vanwege de mogelijkheid een verdergaande bescherming te bieden dan de federale grondwet als minimum dicteert. Hoewel in strafzaken een groot aantal rechtsbronnen een rol kan spelen,³² kan de aandacht voor het onderzoek naar de wijze waarop in het Amerikaanse recht wordt omgegaan met vormfouten vooral gericht blijven op de rechtspraak van het federale

Hooggerechtshof. Het reageren op vormfouten heeft immers, zoals in paragraaf 4.1 nog kort zal worden toegelicht, in hoofdzaak vorm gekregen in zijn rechtspraak.

2.2 Een Amerikaans strafproces

Een beeld van de verschillende fasen van een Amerikaans strafproces is nuttig voor een beter begrip van het besprokene in de volgende hoofdstukken. Hier volgt een summier schets.³³

Onderzoek voorafgaand aan arrestatie

Bij het onderzoek dat aan arrestatie voorafgaat, kunnen allerlei opsporingsmethoden worden gebruikt. Van het horen van getuigen tot het inzetten van een undercoveragent om informatie van de verdachte te verkrijgen. Het kan reactief zijn, dat wil zeggen naar aanleiding van een bekend reeds begaan misdrijf, of proactief; gericht op nog onbekende en/of nog te plegen misdrijven.³⁴ Een bijzondere figuur die hier vermelding verdient, is de

29 Hoewel ook andere federale wetten in veel staten als voorbeeld hebben gediend voor de eigen wetgeving, zoals de 'Federal Speedy Trial Act of 1974', is geen andere federale wet zozeer voorbeeld geweest voor de inrichting van het strafproces in de staten.

30 LaFave, Israel & King, 2004, p. 6. Daar wordt ook gewezen op de 'ABA (American Bar Association) Standards for Criminal Justice', waarop in de rechtspraak van hoger beroepsgerechten ('appellate courts') veelvuldig een beroep wordt gedaan en die onder meer veel zijn gebruikt bij het opstellen van 'court rules'.

31 LaFave, Israel & King, 2004, p. 5.

32 In federale strafzaken: de federale grondwet, federale wetten, 'Federal Rules of Criminal Procedure', lokale 'district court rules', jurisprudentie van federale gerechten en interne regelgeving van het Ministerie van Justitie en andere federale overheidsorganen. In statelijke strafzaken: de federale grondwet, federale wetten, de grondwet van de desbetreffende staat, wetten van die staat, de algemene 'court rules' van de staat, lokale 'court rules', jurisprudentie van de federale en de statelijke gerechten, interne regelgeving van de staat en de bij het strafproces betrokken organen en lokale regelgeving. Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 35-36.

33 In hoofdlijnen zijn hier de in LaFave, Israel & King, 2004, p. 6-23 onderscheiden stappen overgenomen.

34 LaFave, Israel & King, 2004, p. 7-10.

'subpoena'. Dat is een in 'Grand Jury Investigations'³⁵ uit te vaardigen gerechtelijk bevel van de strekking dat een persoon een verklaring dient af te leggen en/of in het bevel gespecificeerd fysiek bewijsmateriaal (bijv. een bepaald document) dat in zijn bezit is, dient over te leggen.³⁶

Arrestatie

De arrestatie van een verdachte kan zo nodig direct plaatsvinden, indien de politie over informatie beschikt die een als 'probable cause'³⁷ te kwalificeren mate van verdenking oplevert, dat die persoon een strafbaar feit heeft begaan. Dan is sprake van een 'warrantless arrest'. Als geen noodzaak tot directe arrestatie bestaat, kan een gerechtelijk arrestatiebevel, een 'arrestwarrant', worden verkregen. Ter verkrijging van een arrestatiebevel zal voor het gerecht het bestaan van 'probable cause' aannemelijk moeten worden gemaakt, bijvoorbeeld door middel van (schriftelijke) verklaringen van getuigen of van opsporingsambtenaren.³⁸

Booking

Onmiddellijk na arrestatie volgt in het algemeen een foullering en wordt de arrestant overgebracht naar een politiebureau of andere detentieplaats. Daar vindt de 'booking' plaats. De naam van de arrestant, zijn aankomsttijd en het feit waarvoor hij is aangehouden worden geregistreerd. Verder wordt de arrestant gefotografeerd en worden vingerafdrukken genomen. Vervolgens mag de arrestant minimaal één telefoongesprek voeren. Bij lichte vergrijpen kan hij direct weer vrij komen door afgifte van een geldbedrag, de zogenaamde 'stationhouse bail', en door ermee in te stemmen op een bepaalde datum voor het gerecht te verschijnen. Bij zwaardere vergrijpen of indien de arrestant niet in staat is te betalen, wordt hij voor een 'magistrate court' gebracht en – na een grondiger foullering – in een 'lockup' geplaatst.³⁹

Onderzoek na arrestatie

Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal het onderzoek na arrestatie meer of

35 De 'Grand Jury' bestaat uit leken en toetst ook de vervolgingsbeslissing van de OvJ. Zij kan ook onderzoek uitvoeren naar mogelijk begane strafbare feiten. 'Grand Jury Investigations' worden vooral uitgevoerd indien (i) getuigen niet willen meewerken met de politie (zij kunnen door een 'subpoena' worden verplicht te verklaren en de 'Grand Jury' kan hen immunitet verlenen mocht de weigering te verklaren voortkomen uit het zichzelf niet willen incrimineren); (ii) het wezenlijke bewijsmateriaal vermoedelijk betreft een 'paper trail' buried in voluminous records of business dealing' (een 'subpoena' kan dan gebruikt worden om bepaalde stukken te doen produceren, in geval de politie geen 'probable cause' heeft voor het uitvoeren van een zoeking) en (iii) ter bevestiging van het publieke vertrouwen in de integriteit van het onderzoek in geval van gevoelig voor het publiek verborgen te houden onderzoek. Zie: LaFave, Israel & King, 2004, p. 11.

36 LaFave, Israel & King, 2004, p. 11.

37 Daarvan is, kort gezegd, sprake bij feiten en omstandigheden "sufficient to warrant a prudent man in believing that the suspect had committed or was committing an offense", zie *Beck v. Ohio*, 379 U.S. 89 (1964). Zie voor gedetailleerder overwegingen over dit onderwerp *Gerstein v. Pugh*, 420 U.S. 103 (1975).

38 LaFave, Israel & King, 2004, p. 11-12.

39 LaFave, Israel & King, 2004, p. 12.

minder uitgebreid zijn. Ook in dit kader kunnen vele opsporingsmethoden worden toegepast.

De vervolgingsbeslissing

In het kader van het al dan niet overgaan tot vervolging kunnen verschillende beslismomenten worden onderscheiden:

1. de beslissing van de politie om op grond van een bepaalde beschuldiging tot arrestatie over te gaan;
2. interne toetsing door de politie voorafgaand aan het indienen van de beschuldiging ('filing charges'). Hierbij kan, eventueel na overleg met de OvJ, worden besloten om geen beschuldiging in te dienen, bijvoorbeeld bij gebrek aan bewijs, of uit (andere) opportuniteitsoverwegingen;
3. toetsing door de OvJ voorafgaand aan het indienen van de beschuldiging: deze voorafgaande toetsing vindt niet in alle jurisdicties in elke zaak plaats, maar hoe ernstiger de feiten des te gebruikelijker is een toetsing door de OvJ. Daarbij kan hij om aller-

lei redenen van het indienen van een beschuldiging afzien,⁴⁰ ook bijvoorbeeld omdat hij wegens de illegale verkrijging van belangrijk bewijs voorziet dat dit zal worden uitgesloten.⁴¹ Als de zaak door de OvJ wordt doorgezet, kan hij bepalen voor welk strafbaar feit de arrestant zal worden vervolgd. Dat kan een minder zwaar feit zijn dan het feit op grond waarvan de arrestatie in de visie van de politie plaatsvond;⁴² en toetsing door de OvJ nadat de beschuldiging is ingediend: dit vindt bijvoorbeeld plaats in het verband van de 'preliminary hearing'.⁴³ De OvJ kan het gerecht verzoeken om niet-ontvankelijkverklaring door middel van een 'nolle prosequi motion'.⁴⁴ Ook in deze fase kan hij de vervolging voor een minder zwaar feit voortzetten.

Indienen van de complaint

In zaken betreffende een 'misdemeanor'⁴⁵ wordt de precieze inhoud van de beschuldiging neergelegd in een 'complaint' en doet deze

40 Deze beslissing van de OvJ om de zaak niet door te zetten, wordt wel 'rejection', 'declination' of 'no-paper' genoemd.

41 Zie ook: Whitebread & Slobogin, 2008, p. 592 en Segal, Spaeth & Benesh, 2005, p. 130.

42 Dit kan gebeuren op grond van vast 'afwaarderingsbeleid', dat inhoudt dat wegens de zwaarte van de wettelijk vastgestelde straffen op bepaalde feiten deze steeds door de OvJ worden afgewaardeerd tot een lichter vergrijp. LaFave, Israel & King, 2004, p. 14.

43 Zie hierna onder 45. Ook kan de OvJ de zaak voorafgaand aan de 'preliminary hearing' van de rol voeren.

44 Volgens de digitale Van Dale Engels-Nederlands, Versie 2.0.1, 2004. In *Klopper v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967) was de in laatstgenoemde staat bestaande 'nolle prosequi with leave' aan de orde, waarbij de verdachte weliswaar wordt ontslagen uit detentie, maar hij onder beschuldiging blijft en tegen hem, zolang de 'nolle prosequi with leave' van kracht is, op elk moment, ter discretie van de OvJ, de vervolging opnieuw kan worden aangevangen. Zie ook Whitebread & Slobogin, 2008, p. 701.

45 In de verschillende jurisdicties worden twee criteria gebruikt om 'felonies' van 'misdemeanors' te onderscheiden. Volgens het ene criterium zijn 'felonies' de strafbare feiten bedreigd met een gevangenisstraf van meer dan een jaar en 'misdemeanors' strafbare feiten met een lager strafmaximum. Volgens het andere criterium wordt het onderscheid bepaald door de plaats waar een eventuele vrijheidsbenemende sanctie wordt ondergaan. 'Felonies' zijn dan de feiten waarvoor de straf wordt ondergaan in een 'penitentiary', 'misdemeanors' de feiten waarvoor de straf wordt ondergaan in 'jail'. Doordat het penitentiar recht veelal bepaalt dat straffen tot een jaar in 'jail' worden tenuitvoergelegd, komt het in de praktijk op hetzelfde neer. LaFave, Israel & King, 2004, p. 7. Zie hierover ook Lensing, 1996, p. 71-73.

dienst gedurende het gehele proces. In zaken betreffende een 'felony' dient de 'complaint' alleen om de beschuldiging te omschrijven voor het 'magistrate court'. Voor het 'trial court' wordt de 'complaint' vervangen door een – door de OvJ uit te brengen – 'information' of een – door de 'Grand Jury' uit te brengen – 'indictment'. De 'complaint' wordt ondertekend door een 'complainant'. Dat is in het algemeen het slachtoffer of de opsporingsambtenaar, die onder ede verklaart dat de feiten in de 'complaint' waar zijn. Door het indienen van een 'complaint' wordt de beschuldigde persoon een 'defendant' in het strafproces. Dit proces leidt in het algemeen tot een veroordeling, een vrijspraak of een niet-ontvankelijkverklaring.⁴⁶ Zaken waarin de verdachte niet beschikbaar is, komen op een inactieve rol ('inactive docket'), of worden niet-ontvankelijk verklaard met dien verstande dat de vervolging later hervat kan worden.⁴⁷

Rechterlijke toetsing van de arrestatie

Deze zogenaamde 'Gerstein-toetsing'⁴⁸ vindt – voorafgaand aan of bij aanvang van de 'first appearance' – alleen plaats in die gevallen waarin de verdachte in hechtenis blijft in afwachting van de terechtzitting ('trial') en de

arrestatie niet heeft plaatsgevonden op grond van een arrestatiebevel, of een 'indictment'.⁴⁹ De rechter toetst of sprake is van een als 'probable cause' te kwalificeren mate van verdenking dat de verdachte het feit heeft begaan waarvan hij wordt beschuldigd.

De first appearance

Als de verdachte na zijn arrestatie gedetineerd is gebleven, dient de 'first appearance', dit is de eerste keer in het proces dat de verdachte voor de rechter verschijnt, in de meeste jurisdicties binnen 24 dan wel 48 uur plaats te vinden.⁵⁰ De rechter controleert eerst of de persoon in de 'complaint' degene is die hij voor zich heeft. Daarna stelt hij deze op de hoogte van de inhoud van de beschuldiging en van zijn rechten (waaronder zijn zwijgrecht en recht op rechtsbijstand). Verder bepaalt de rechter de voorwaarden waaronder de verdachte in vrijheid de uitkomst van het proces mag afwachten. Dit heet: 'to set bail'.⁵¹

De preliminary hearing

Bij de 'preliminary hearing' vindt een toetsing plaats van de vervolgingsbeslissing door de rechter. Hij moet toetsen of het gepresenteerde bewijs 'probable cause' oplevert om

46 'Dismissal'. Zie over dit begrip hierna paragraaf 4.5.1.

47 LaFave, Israel & King, 2004, p. 15.

48 Genoemd naar de zaak *Gerstein v. Pugh*, 420 U.S. 103 (1975), waarin het ging om de vraag of iemand die is gedetineerd in afwachting van zijn proces op grond van een 'prosecutor's information' recht heeft op een rechterlijke vaststelling van 'probable cause' voor toepassing van dat voorarrest. Het Hooggeerechtshof oordeelde dat zulks het geval is, maar dat een beslissing van een rechter in een 'nonadversary proceeding' op grond van schriftelijke getuigenissen en getuigenissen van horen zeggen volstaat.

49 LaFave, Israel & King, 2004, p. 15-16.

50 Is hij tussentijds vrijgelaten, bijvoorbeeld na het voldoen van de zogenaamde 'stationhouse bail', dan kunnen enkele dagen verstrijken tussen arrestatie en 'first appearance'.

51 LaFave, Israel & King, 2004, p. 17-18.

aan te nemen dat de verdachte het feit heeft begaan waarvan hij wordt beschuldigd. Anders dan bij de 'Gerstein-toetsing', waarin de 'probable cause' ook door de rechter is getoetst, heeft de 'preliminary hearing' een adversair karakter. Hier mag ook de verdediging haar visie gemotiveerd uiteenzetten. Acht de rechter 'probable cause' aanwezig, dan stuurt hij de zaak door naar de 'Grand Jury' of, in sommige jurisdicties, direct naar het 'general trial court'.⁵² De rechter kan de vervolging ook slechts laten doorgaan voor een lichter vergrijp, of de zaak niet-ontvankelijk verklaren. In zaken betreffende een 'felony' vindt een 'preliminary hearing' alleen plaats voor zover de verdachte geen afstand heeft gedaan van zijn recht daarop.⁵³ Zij blijft achterwege indien de OvJ voordien een 'Grand Jury indictment' heeft verkregen.⁵⁴

Toetsing door de Grand Jury

Een toetsing door de 'Grand Jury' is alleen verplicht in jurisdicties waarin een 'indictment' vereist is voor vervolging van een 'felony'. In de meeste jurisdicties kan de vervolging, ter keuze van de OvJ, plaatsvinden op grond van een 'indictment' of een 'information' en kan de toetsing door de 'Grand Jury' dus in het algemeen achterwege blijven. De 'Grand Jury'

bestaat uit leken en voert een toetsing uit die vergelijkbaar is met die van de 'preliminary hearing', zij het dat aan de 'Grand Jury' in een besloten zitting alleen de door bewijs gestaafde visie van de OvJ wordt gepresenteerd.⁵⁵ De 'Grand Jury' is niet gebonden aan de beslissing van de rechter tijdens de 'preliminary hearing'.⁵⁶

Het indienen van de indictment of information

De 'indictment' van de 'Grand Jury' of een 'information' van de OvJ wordt ingediend bij het 'general trial court' en vervangt de 'complaint'.

Arraignment⁵⁷ op grond van de information of de indictment

Bij de 'arraignment' wordt de verdachte door het 'trial court', na te zijn geïnformeerd over de tegen hem ingebrachte beschuldiging, gevraagd naar zijn standpunt: 'plea guilty' of 'not guilty' (in sommige jurisdicties is ook een 'nolo contendere'⁵⁸ mogelijk). Veelal neemt een verdachte in dit stadium de positie in niet schuldig te zijn, teneinde een onderhandelingspositie te behouden in eventueel volgende 'plea negotiations'. Het 'trial court' bepaalt dan een datum voor het begin van het onderzoek ter terechtzitting. Voor die datum kan de

52 Dit doorsturen van de zaak heet in beide gevallen een 'bindover'. LaFave, Israel & King, 2004, p. 18.

53 Bijvoorbeeld omdat de verdachte een 'guilty plea' wil aangaan: zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 18.

54 LaFave, Israel & King, 2004, p. 18-19.

55 In Segal, Spaeth & Benesh, 2005, p. 132 over die toetsing: "New York Chief Judge Sol Wachtler's aphorism certainly holds: A prosecutor could get a grand jury to indict a ham sandwich if she were so inclined". Of de variant in Bogira 2005, als weergave van een uitspraak van een OvJ: "If grand jurors were given a napkin, they'd sign it".

56 LaFave, Israel & King, 2004, p. 19.

57 Volgens de digitale Van Dale Engels-Nederlands, Versie 2.0.1, 2004: aanklacht.

58 Volgens de digitale Van Dale Engels-Nederlands, Versie 2.0.1, 2004: verklaring van het afzien van ontkennen.

zaak nog niet-ontvankelijk worden verklaard naar aanleiding van een 'nolle prosequi motion' van de OvJ. Ook kan alsnog een 'guilty plea' worden aangegaan na 'plea negotiations'⁵⁹ tussen verdachte en OvJ. Dat gebeurt in de overgrote meerderheid van alle zaken.⁶⁰ In dat geval volgt geen 'trial' meer, maar wordt alleen door de rechter getoetst of het 'plea agreement' op een deugdelijke wijze tot stand is gekomen.⁶¹

Pre-trial motion

In de periode waarin de OvJ en de verdediging zich op de terechtzitting voorbereiden, kunnen verzoeken tot de rechter worden gericht. Deze verzoeken, die 'pre-trial motions' worden genoemd, kunnen betrekking hebben op 'discovery', dat is het proces waarin de verdediging toegang krijgt tot het zaaksdossier van de OvJ.⁶² Ook kunnen bezwaren tegen de

vervolgning naar voren worden gebracht, bijvoorbeeld gebaseerd op schending van het recht op een 'speedy trial', en kunnen verzoeken worden gedaan, bijvoorbeeld strekkende tot uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs.⁶³ Bezwaren tegen de samenstelling van de jury vallen niet onder de 'pre-trial motions', maar worden behandeld in de als afzonderlijke procesfase beschouwde 'jury selection procedure'.⁶⁴

Het onderzoek ter terechtzitting (trial)

Gemiddeld verstrijken tussen de arrestatie en de terechtzitting tussen de vijf en acht maanden, maar dit kan onder invloed van diverse factoren variëren. Dat laatste geldt ook voor de duur van het onderzoek ter terechtzitting, dat in het algemeen twee à drie dagen duurt. In federale gerechten, waarin veelal zwaardere en complexere feiten worden berecht, duurt

59 In welk kader de OvJ in ruil voor een 'guilty plea' verschillende voordelen kan bieden, zoals een beschuldiging van een minder zwaar feit, 'dismissal' van gerelateerde beschuldigingen of een bepaalde straf (voor zover het 'trial court' daarmee akkoord gaat). LaFave, Israel & King, 2004, p. 20.

60 Dit gebeurt in 60 tot 85% van de 'felony-zaken': LaFave, Israel & King, 2004, p. 20. Bogira, 2005, schetst het beeld dat productiedruk waaronder rechters en OvJ's staan een uiterst ongelukkige combinatie vormt met de druk waaronder de verdachte kan worden gebracht om een 'guilty plea' aan te gaan. Segal, Spaeth & Benesh, 2005, p. 132-133, schrijven over 'plea bargaining': "Because of the large percentage of criminal defendants who plead guilty and the extensive discretion typically granted prosecutors to reduce the charge as part of the deal, prosecutors are often far more important in the disposition of criminal cases than are judges. (...) The latitude enjoyed by prosecutors (...) creates incentives to pleas that otherwise might be labeled coercive. (...) prosecutors can not only lessen charges for those who plead guilty, but add charges for those who refuse to do so. (...) Needless to say, the failures of the plea-bargain system include criminals who are sentenced to far less time than they might otherwise deserve because overburdened prosecutors and judges need to clear cases quickly. This means, however, that even though judges must approve plea bargains, much of the output of the criminal justice system is the result of private bargaining between prosecution and defense attorneys". Zie ook Beijer, 1994.

61 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 739.

62 Zie Segal, Spaeth & Benesh, 2005, p. 133.

63 LaFave, Israel & King, 2004, p. 20.

64 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 776.

het onderzoek ter terechtzitting vaak langer. De verdachte heeft in 'felony-zaken' en in 'misdemeanor-zaken' met een strafbedreiging van zes maanden gevangenisstraf of meer, recht op berechting door een jury. Hij kan afstand doen van dit recht en krijgt dan een 'bench trial'. Dat is een berechting door de rechter, zonder jury.⁶⁵ Tijdens de terechtzitting dient de OvJ bij zijn weergave van de zogenaamde 'case-in-chief' het tegen de verdachte verzamelde bewijs te presenteren. Vervolgens krijgen de verdachte en zijn advocaat de gelegenheid daartegen in te brengen wat tot verdediging kan dienen. Daarbij heeft de verdachte het recht een verklaring af te leggen.⁶⁶ Maakt de verdachte daarvan gebruik, dan wordt dat 'to take the stand' genoemd. Indien hij daarvoor kiest – hij mag ook zwijgen – kan de OvJ vervolgens bij de 'cross-examination' de afgelegde verklaring proberen te ontkrachten. Onder omstandigheden mag de OvJ daarbij als zogenaamd 'impeachment evidence' gebruiken van onrechtmatig verkregen bewijs, dat hij niet mocht gebruiken bij het presenteren van zijn 'case-in-chief'.⁶⁷ In bijna alle jurisdicties moet de beslissing van de jury, die uit minimaal zes personen moet bestaan,⁶⁸ unaniem zijn. Bereikt de jury geen unanimiteit, dan komt er geen uitspraak en kan de zaak opnieuw ter zitting worden aangebracht ('retried').⁶⁹

Strafoplegging

In de meeste jurisdicties bepaalt de rechter de op te leggen straf. In sommige jurisdicties schrijft de wetgeving in bepaalde gevallen voor wat de straf is en wordt de rechter geen keuze gelaten. Meestal gaat de beperking van de mogelijkheden voor de rechter niet verder dan het uitsluiten van bepaalde modaliteiten en het aangeven van een strafmaximum en soms een verplicht minimum.⁷⁰ In een aantal jurisdicties bestaan in dit opzicht ook meer rigide regels. Voor zover de keuze van de strafoplegging ter discretie van de rechter staat, laat deze zich voorafgaand aan het bepalen daarvan in een zogenaamde 'sentencing proceeding' voorlichten door de OvJ en de verdediging over de voor de strafoplegging relevante factoren, die niet gedurende het onderzoek ter terechtzitting aan de orde zijn gekomen.⁷¹

Appel

Strafzaken die zijn afgedaan door het 'trial court' worden, indien hoger beroep is ingesteld, behandeld door een 'intermediate appellate court', tenzij de desbetreffende jurisdictie een dergelijke tweede instantie niet kent, dan wordt het beroep behandeld door de hoogste rechter, veelal het Hooggerechts-hof van de desbetreffende staat.⁷² Het appelgerecht kan een 'reversal' uitspreken van de

65 LaFave, Israel & King, 2004, p. 1141.

66 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 1140.

67 Zie daarover nader paragrafen 5.3.3. en 6.6.2.

68 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 771-772, waar zij verwijzen naar *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78 (1970) en *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223 (1978).

69 LaFave, Israel & King, 2004, p. 21-22.

70 Een extreem voorbeeld daarvan biedt de 'three-strikes you're out'-wetgeving, die bijvoorbeeld in de staat California geldt.

71 LaFave, Israel & King, 2004, p. 22-23.

72 LaFave, Israel & King, 2004, p. 23.

uitspraak van het 'trial court'. In hoger beroep vindt in het algemeen geen herhaling plaats van het onderzoek ter terechtzitting ('trial'), maar wordt door rechters (niet door een jury) beoordeeld of het 'trial court' het recht goed heeft toegepast.⁷³ In dit kader kan op verschillende gronden worden geklaagd over de veroordeling door het 'trial court', bijvoorbeeld over het toelaten of uitsluiten van bepaald bewijsmateriaal of over de afwijzing van een beroep op 'prosecutorial misconduct'.⁷⁴ Wil een dergelijke klacht voor beoordeling in appel in aanmerking komen, dan moet daarop tijdig een beroep zijn gedaan: de meeste kwesties kunnen niet voor het eerst in appel worden voorgelegd. Dit wordt de 'contemporaneous objection rule' genoemd.⁷⁵ Deze is van toepassing op onder meer klachten over de toelating of uitsluiting van bewijs en over 'prosecutorial misconduct'. Het verzuim van een tijdig gedaan beroep wordt beschouwd als een vorm van het doen van afstand. Onder omstandigheden wordt van die hoofdregel afgeweken en wordt desalniettemin getoetst of sprake is van een zogenaamde 'plain error'.⁷⁶ Daarvan is sprake indien de fout evident is en nadelig voor de substantiële rechten van de verdachte. Op de verdachte rust daarvan in het algemeen de bewijslast. Bij

die beoordeling worden de omstandigheden van het geval betrokken. Zelfs indien een 'plain error' komt vast te staan, is het appelgerecht alleen verplicht de verdachte herstel te bieden in gevallen waarin de fout 'seriously affects the fairness, integrity or public reputation of judicial proceedings'.⁷⁷

De zogenaamde 'harmless error rule' brengt mee, dat ook in gevallen waarin het appelgerecht op grond van een tijdig opgeworpen klacht oordeelt dat het 'trial court' een fout heeft gemaakt, niet per definitie 'reversal' volgt. Deze regel strekt ertoe te voorkomen dat veroordelingen vernietigd moeten worden wegens niet wezenlijke gebreken.⁷⁸ Wanneer de fout een schending van een grondwettelijke norm oplevert, mag alleen worden aangenomen dat sprake is van een 'harmless error' indien buiten redelijke twijfel komt vast te staan dat de fout niet van invloed is geweest op de uitkomst van de zaak.⁷⁹ Voor fouten die geen schending van een aan de grondwet ontleend recht opleveren, geldt een soepeler maatstaf.⁸⁰ De 'harmless error rule' vindt toepassing ten aanzien van de meeste soorten fouten, waaronder de toelating van bewijs in strijd met aan het Vierde, Vijfde of Zesde Amendement te ontlelen rechten van de verdachte en gevallen van 'prosecutorial mis-

73 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 877.

74 Onrechtmatig handelen door de OvJ. Zie daarover nader paragraaf 4.5.1.

75 Georgetown Law Journal, 2007, p. 835.

76 Georgetown Law Journal, 2007, p. 842.

77 *United States v. Olano*, 507 U.S. 725 (1993).

78 *Chapman v. California*, 386 U.S. 18 (1967) en *Neder v. United States*, 527 U.S. 1 (1999).

79 *Chapman v. California*, 386 U.S. 18 (1967) en *Mitchell v. Esperanza*, 540 U.S. 12 (2003): "A constitutional error is harmless when it appears beyond a reasonable doubt that the error complained of did not contribute to the verdict obtained."

80 Te weten: "fair assurance (...) that the judgement was not substantially swayed by the error", zie Georgetown Law Journal, 2007, p. 853.

conduct'.⁸¹ Voor een beperkte categorie van rechtsschendingen, de zogenaamde 'structural errors', wordt deze regel buiten toepassing gelaten. Dan volgt een 'automatic reversal'.⁸² Het gaat daarbij om rechten die zo fundamenteel zijn voor een eerlijk proces, dat schending ervan nooit 'harmless' kan worden geacht. Daarbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan schendingen van het recht op rechtsbijstand, het recht op een onpartijdige rechter of het recht op een openbare terechtzitting.⁸³ Vermelding verdient hier nog de zogenaamde 'collateral order doctrine', op basis waarvan appel mogelijk is van sommige beslissingen die voorafgaan aan de eindbeslissing in de hoofdzaak. Het moet daarbij gaan om een oordeel dat het desbetreffende punt definitief beslecht, dat losstaat van de schuldvraag en in feite niet aan de orde kan komen in het kader van een appel tegen de eindbeslissing. Een

voorbeeld van een geval waarin op basis van de 'collateral order doctrine' appel mogelijk is, is de afwijzing van een 'pre-trial motion' strekkende tot de vermindering van een excessief hoge borgsom.⁸⁴

Beroep op het federale Hoogerechtshof
Het federale Hoogerechtshof kent een verlofstelsel. Of het een zaak in behandeling neemt, is in hoofdzaak aan zijn discretionaire bevoegdheid onderworpen.⁸⁵ Aan het Hoogerechtshof kan een verzoek worden gedaan een zaak te behandelen. Indien vier van de negen rechters van de Hoogerechtshof een zaak daarvoor geschikt oordelen, wordt verlof verleend in de vorm van een 'writ of certiorari'.⁸⁶ Wettelijke selectiecriteria bestaan niet, maar het Hoogerechtshof heeft zelf enige globale richtsnoeren geformuleerd.⁸⁷ In de praktijk wordt slechts in ongeveer 1% van de meer

81 Georgetown Law Journal, 2007, p. 855-856.

82 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 899.

83 *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991). Zie ook *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973): "For example, failure to afford a public trial, an impartial jury, notice of charges, or compulsory service can ordinarily be cured by providing those guaranteed rights in a new trial."

84 Georgetown Law Journal, 2007, p. 821-823.

85 Zie daarover nader Gressman e.a., 2007, p. 57 e.v. en Heringa, 1996, p. 14-25.

86 Gressman e.a., 2007, p. 323-328.

87 Zie: Supreme Court Rules, Rule 10: "Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court. A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law." Zie nader Gressman e.a., 2007, hfdst. 4.

dan 9000 verzoeken per jaar verlof verleend.⁸⁸ Soms wordt een beslissing op een verlofverzoek aangehouden om de 'Solicitor-General' zijn mening te laten geven over een verzoek.⁸⁹ De beslissingen van het Hooggerechtshof krijgen meestal de vorm van door de raadsheeren ondertekende individuele 'opinions'. In afwijking daarvan wordt soms gekozen voor een zogenaamde 'per curiam' beslissing. Dan is niet zichtbaar wie de auteur is, maar geldt de tekst als beslissing van het Hooggerechtshof als geheel.⁹⁰ Indien de beslissing is vervat in opinievorm, is er vaak een duidelijke meerderheidsopinie doordat verschillende raadsheeren zich bij een 'opinion' aansluiten, waaraan al dan niet nog 'concurring opinions' of 'dissenting opinions' worden toegevoegd. In uitzonderlijke gevallen kunnen de meningen zozeer verdeeld liggen dat, hoewel zich een meerderheid voor een bepaalde uitkomst heeft gevormd de motiveringen die daartoe leiden zo verschillend zijn, dat moeilijk is vast te stellen hoe het recht op een bepaald punt precies luidt.⁹¹ Het enorme aantal jaarlijks door de Amerikaanse gerechten verwerkte strafzaken en de daaruit voortvloeiende stroom van verzoeken om verlof, brengt mee dat het Hooggerechtshof in feite geen rol heeft als kwaliteitscontroleur in individuele

zaken. Per jaar behandelt het Hooggerechtshof niet meer dan vijftien tot dertig strafzaken.⁹² Zijn invloed op de strafrechtspleging bestaat dus niet in hoofdzaak uit de ingreep in een concrete zaak, maar in de ook voor andere zaken bindende uitleg van het recht. Op de bevoegdheid en positie van het Hooggerechtshof wordt nader ingegaan in paragraaf 2.3 en 2.4.

Federal habeas corpus

Een gedetineerde veroordeelde kan, nadat hij met een beroep op schending van een federaal grondwettelijk recht zonder succes de statelijke appelprocedure heeft doorlopen, een beoordeling door een federale rechter bewerkstelligen door bij een federaal 'district court' een verzoek om een 'writ of habeas corpus' in te dienen, waarin hij de rechtmatigheid van zijn detentie aanvecht.⁹³ Vanwege de beperkte toegang tot het Hooggerechtshof is dit rechtsmiddel in feite meestal de enige rechtsgang die statelijke gevangenen kunnen bewandelen met hun op schending van de grondwet gebaseerde klachten.⁹⁴ Deze mogelijkheid is enerzijds van belang voor een adequate bescherming van federale grondwettelijke rechten in statelijke strafzaken,⁹⁵ maar frustreert anderzijds de finaliteit van

88 Gressman e.a., 2007, p. 57-60.

89 Gressman e.a., 2007, p. 516-517.

90 Meestal gaat het daarbij om unanieme, korte beslissingen over een niet controversieel onderwerp (zie Gressman e.a., 2007, p. 350), maar dat hoeft niet per se het geval te zijn. Zie bijv. de zaak *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

91 Een voorbeeld hiervan biedt de zaak *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600 (2004).

92 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 1049.

93 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 1049. Zie over dit rechtsmiddel ook Bal & Rieter, 2001.

94 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 1049.

95 Zie voor de historische wortels en ontwikkeling van dit rechtsmiddel bijv. Allen, Hoffmann, Livingston & Stuntz, 2007, p. 1576-1578.

veroordelingen en is om die reden aan een groot aantal beperkingen onderworpen.⁹⁶ Zo komen alleen verzoeken voor kennisneming in aanmerking die zien op schendingen die hebben geresulteerd in “a fundamental defect which inherently results in a complete miscarriage of justice or is inconsistent with rudimentary demands of fair procedure”.⁹⁷ Veelvoorkomend zijn verzoeken waarin wordt gesteld dat sprake is geweest van gebrekkige rechtsbijstand,⁹⁸ schending van ‘Miranda-rechten’⁹⁹ of van ‘prosecutorial misconduct’.¹⁰⁰ Van een beroep op schending van het Vierde Amendement bij de bewijsvergaring wordt geen kennis genomen indien dit beroep in de statelijke rechtspraakketen is behandeld, tenzij de verdachte daarbij niet voorzien was van effectieve rechtsbijstand.¹⁰¹

2.3 De federale grondwet en haar Amendementen

2.3.1 Checks and balances ten opzichte van de rechterlijke macht

De huidige Amerikaanse grondwet is in werking getreden op 4 maart 1789. In haar oorspronkelijke vorm, voordat daaraan de verscheidene Amendementen waren toegevoegd, heeft zij vooral betrekking op de toedeling en begrenzing van de taken en macht van de verschil-

lende onderdelen van de federale overheid.¹⁰² Artikel I van de grondwet ziet op de wetgevende macht, die volgens sectie 1 berust bij het Congres, dat zal bestaan uit een Senaat en een Huis van Afgevaardigden. Artikel II heeft betrekking op de uitvoerende macht en legt deze in handen van de President. Artikel III betreft de rechterlijke macht, en behelst in sectie 1 dat deze zal berusten bij “one supreme Court”, alsmede bij door het Congres in het leven te roepen lagere gerechten.

Het model van machtscheiding dat de grondwet in het leven heeft geroepen, legt het Hooggerechtshof op verschillende wijzen aan banden en reikt de andere – politieke – staatsmachten verschillende middelen aan om invloed uit te oefenen op het Hooggerechtshof.

De belangrijkste begrenzing van de rechterlijke macht is de in artikel III, sectie 2 neergelegde beperking van haar bevoegdheid tot het beslissen van “cases and controversies”. Door deze beperking kan het Hooggerechtshof zich niet uitspreken over grondwettelijke kwesties die niet in een daadwerkelijke rechtszaak tussen tegenover elkaar staande partijen aan hem zijn voorgelegd: rechters zijn – anders dan politici – geen ‘self-starters’.¹⁰³ Het doen van uitspraken in de vorm van een advies of over hypothetische kwesties is niet mogelijk door de grondwettelijke gebondenheid van

96 Zie hierover nader Whitebread & Slobogin, 2008, hfdst. 33, p. 1049-1117. Zie recent *Cone v. Bell*, No. 07-1114 (2009).

97 Georgetown Law Journal, 2007, p. 877.

98 Zie voor een recent voorbeeld *Knowles v. Mirzayance*, No. 07-1315 (2009).

99 Zie daarover paragraaf 6.5.2.

100 Zie daarover paragraaf. 4.5.1.

101 Georgetown Law Journal, 2007, p. 879-882.

102 Vgl. Brennan, 1985, p. 217.

103 O'Brien, 2008a, p. 13.

de rechter aan 'cases and controversies'.¹⁰⁴ De beperkingen die deze regel in de praktijk voor de bevoegdheid van het Hooggerechtshof meebrengt, zijn in de rechtspraak over bijvoorbeeld het vereiste van 'standing' en over 'mootness' nader uitgewerkt.¹⁰⁵

Op het soort zaken waarin het Hooggerechtshof bevoegd is te beslissen kan voorts door het Congres invloed worden uitgeoefend. In artikel III, sectie 2 van de grondwet worden de soorten 'cases' en 'controversies' omschreven waarover de rechtsmacht van de federale rechterlijke macht zich uitstrekt. De tweede paragraaf bevat een regeling van wat wij de absolute competentie zouden noemen. Voor enkele soorten zaken is daar bepaald dat het Hooggerechtshof ervan kennisneemt in eerste en enige aanleg.¹⁰⁶ Voor alle andere zaken geldt dat het Hooggerechtshof "shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make". Dat laatste zinsdeel legt het Congres de bevoegdheid in handen om de toedeling van absolute competentie in het leeuwendeel van de zaken te regelen en dus om te bepalen over welke zaken de bevoegdheid van het Hooggerechtshof zich uitstrekt.

Het belangrijkste middel voor de politieke staatsmachten om invloed uit te oefenen op de rechtspraak van het Hooggerechtshof

schuilt in de aan de President in artikel II toebedeelde bevoegdheid om, na advisering en instemming van de Senaat, de federale rechters te benoemen, onder wie ook de 'associate Justices' (hierna: raadsheren) en de 'Chief Justice' (hierna: voorzitter) van het Hooggerechtshof. Door de samenstelling van het Hooggerechtshof te bepalen, hebben de President en de Senaat invloed – al is het vertraagd – op de trend van beslissingen van het Hooggerechtshof:

"The political branches nominate and confirm the Justices, a control of the Court's composition which results in a somewhat lagging political influence over its trend of decision, and any party that prevails in the Federal Government through several presidential terms will gradually tend to impress its political philosophy on the Court."¹⁰⁷

Ook verdient in dit verband te worden vermeld dat de grondwet de politieke staatsmachten de mogelijkheid geeft het aantal raadsheren in het Hooggerechtshof te wijzigen, van welke mogelijkheid in de negentiende eeuw ook verscheidene malen gebruik is gemaakt,¹⁰⁸ en dat het Hooggerechtshof voor zijn financiering afhankelijk is van het Congres. Niet onbelangrijk is tot slot nog dat het Hooggerechtshof voor de tenuitvoerlegging van zijn beslissingen afhankelijk is van de andere staatsmachten. Bekend is de uitspraak van President Jackson

104 R.H. Jackson, 1955, p. 34. Zie ook Heringa, 1996, p. 40.

105 Zie hierover onder de noemer 'justiciability' Gressman e.a., 2007, p. 915 e.v. en Heringa, 1996, p. 12-13 en 43-44. Zie ook de hierna in paragraaf 4.6.2. besproken zaak *Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95 (1983).

106 Dat zijn zaken betreffende ambassadeurs, ministers en consuls en zaken waarin een staat partij is. In die zaken heeft het Hooggerechtshof volgens deze sectie 'original Jurisdiction'. Zie daarover nader Gressman e.a., 2007, hfdst. 10.

107 R.H. Jackson, 1955, p. 33.

108 R.H. Jackson, 1955, p. 33.

toen hij weigerde gevolg te geven aan een beslissing van het Hooggerechtshof: "John Marshall¹⁰⁹ has made his decision – now let him enforce it!"¹¹⁰

2.3.2 De Bill of Rights en de Civil War Amendments

In haar meer dan 200-jarig bestaan is de grondwet achttien keer gewijzigd, hetgeen heeft geresulteerd in de toevoeging van zevenentwintig Amendementen.¹¹¹ Op 15 december 1791 zijn de eerste tien Amendementen in werking getreden, waarvan er negen primair strekken tot waarborging van individuele burgerrechten. Deze Amendementen worden tezamen ook wel de 'Bill of Rights' genoemd.¹¹² Oorspronkelijk strekte de 'Bill of Rights' enkel tot bescherming van burgers tegen de federale overheid en was deze ook alleen in die verhouding van toepassing.¹¹³ Na de burgeroorlog traden achtereenvolgens in 1865 en in 1868 het Dertiende en het Veertiende Amendement in werking. Deze toevoegingen aan de grondwet worden ook wel de 'Civil War Amendments' of 'Reconstruction

Amendments' genoemd. Het Dertiende Amendement maakte een einde aan slavernij in de Verenigde Staten. Het Veertiende Amendement merkte alle personen die in Amerika zijn geboren of die zijn genaturaliseerd aan als "full and equal citizens", ongeacht huidskleur of geslacht.¹¹⁴ Maar ook legde het aan de staten onder meer de volgende negatieve verplichting op: "nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law".¹¹⁵ Deze 'due process'-clausule uit het Veertiende Amendement zou een cruciale rol gaan spelen voor het statelijke strafprocesrecht, omdat op grond daarvan vrijwel de gehele 'Bill of Rights' ook op het statelijke strafprocesrecht van toepassing zou worden geacht. Daarop wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan.

2.4 Het Hooggerechtshof en de federale grondwet

2.4.1 Power of judicial review

In hoogste instantie is de uitleg van de federale grondwet opgedragen aan het Hooggerechts-

109 Destijds voorzitter van het Hooggerechtshof.

110 R.H. Jackson, 1955, p. 34. Zie ook Newton, 2006, over de moeizame implementatie van de beslissing in de zaak *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

111 Fisch, 2002, p. 55. Zie voor een uitgebreide geschiedschrijving van de Amerikaanse federale grondwet A.R. Amar, 2005.

112 Fisch, 2002, p. 55-56. Overigens zijn de meeste rechten uit de 'Bill of Rights' ook opgenomen in de grondwetten van de afzonderlijke staten.

113 O'Brien, 2008b, p. 300.

114 Zie ook A.R. Amar, 2005, p. 351. Met de invoering van dit Amendement werd ook de beruchte Dred Scott-beslissing – *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 – van het Hooggerechtshof uit 1856 tenietgedaan, waarin het oordeelde dat de slaaf Dred Scott geen procedure kon aanspannen om zijn vrijheid te bewerkstelligen omdat hij geen 'person' was, maar 'property'. Zie daarover ook Zinn, 2005, p. 187 en 198.

115 Deze tekst vertoont een sterke gelijkenis met die van het Vijfde Amendement.

hof.¹¹⁶ Zowel de federale als de statelijke gerechten moeten toepassing geven aan de federale grondwet en zijn gebonden aan de interpretatie daarvan door het Hooggerechtshof.¹¹⁷ In 1803 in de zaak *Marbury v. Madison*¹¹⁸ heeft het Hooggerechtshof zijn positie ten opzichte van de andere staatsmachten voor het eerst duidelijk afgebakend, door te overwegen dat alle overheidsinstellingen gebonden zijn aan de grondwet, dat de interpretatie van de grondwet aan de gerechten is en dat de gerechten mitsdien wetgevende en uitvoerende handelingen nietig kunnen verklaren wegens strijd met de grondwet. Deze bevoegdheid van de rechterlijke macht wordt ook wel de ‘power of judicial review’ genoemd¹¹⁹ en strekt zich mede uit over de beoordeling van de grondwettigheid van daden van de President.¹²⁰ Ondanks het aan de uitoefening van deze bevoegdheid inherente spanningsveld,¹²¹ dat het ultieme oordeel over de geldigheid (grondwettigheid) van de producten van de wetgever of het handelen van de uitvoerende macht toekomt aan een orgaan met een minder directe democratische legitimatie, staat al geruime tijd niet meer ter discussie dat de rechterlijke macht deze bevoegdheid toe-

komt:¹²² “It is the very purpose of a Constitution – and particularly of the Bill of Rights – to declare certain values transcendent, beyond the reach of temporary political majorities.”¹²³ De meeste grondwettelijke rechten zijn vervat in bewoordingen die tamelijk veel ruimte laten voor interpretatie. De hiervoor al genoemde ‘due process’-clausule is daarvan een goed voorbeeld,¹²⁴ maar ook het recht op een ‘speedy trial’ krijgt pas inhoud door de invulling die de rechter eraan geeft in concrete gevallen. Steeds veranderende maatschappelijke omstandigheden en technologische ontwikkelingen vereisen van de rechter de nodige creativiteit bij de interpretatie van de grondwet. Het besef dat de rechter bij het interpreteren van de grondwet recht ‘maakt’ en daarbij ook (rechts)politieke overwegingen een rol laat spelen, brachten mee dat het debat zich in de loop van de twintigste eeuw heeft toegespitst op de wijze waarop de rechter – in het bijzonder het Hooggerechtshof – aan zijn taak op dit gebied inhoud geeft. “With a growing appreciation for how judges have made law throughout the twentieth century – from the rise of the academic writings of the American Legal Realists to controversial

116 Zie art. III van de federale grondwet. Zie Fisch, 2002, p. 57. Zie voor een recent voorbeeld *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), waarin duidelijk werd gemaakt dat beslissingen van het Hooggerechtshof waarin het de grondwet interpreteert niet door het Congres terzijde kunnen worden gesteld.

117 Zie art. VI van de federale grondwet en zie Fisch, 2002, p. 54 en 58.

118 5 U.S. 137. Zie nader over de historische context waarin deze beslissing tot stand kwam: Burger, 1972.

119 O’Brien, 2008a, p. 13. Zie ook Heringa, 1996, p. 7.

120 *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

121 “There is no evading the basic inconsistency between popular government and judicial supremacy”, aldus O’Brien, 2008a, p. 16.

122 Burger, 1972, p. 20.

123 Brennan, 1985, p. 215.

124 Zie voor een beschouwing van het Hooggerechtshof in dit verband *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

rulings on school desegregation, (...) abortion, (...) and discrimination against homosexuals (...), among other contested Bill of Rights decisions came ongoing debates over the role of courts, the methods of interpretation, and the politics of judicial selection and appointment".¹²⁵

Over de manier waarop het Hooggerechtshof bij interpretatie van de grondwet te werk gaat en welke grenzen daarbij aan zijn creativiteit zijn gesteld,¹²⁶ bestaat op verschillende niveaus, politiek en juridisch wetenschappelijk, een doorlopend debat. Een van de felst bediscussieerde onderwerpen daarbij betreft de vrijheid die het Hooggerechtshof zich mag veroorloven bij de interpretatie van de grondwet. Hoe 'creatief' mag hij zijn bij het interpreteren van de grondwet? Een vraag die prangend aan de orde is wanneer moet

worden bepaald, of en zo ja, in welke mate aan de grondwet bescherming kan worden ontleend in nieuwe, door de 'framers' onvoorzienne situaties. Een uitvoerige analyse en bespreking van die discussie valt buiten het bestek van dit onderzoek.¹²⁷ Vermeld zij hier dat in hoofdzaak als interpretatieve scholen tegenover elkaar staan 'originalists',¹²⁸ die de grondwet strikt proberen te interpreteren overeenkomstig zijn oorspronkelijke betekenis, en de ook wel als 'non-originalists' aangeduide school waarin de grondwet als een 'living instrument' wordt gezien dat haar kracht en betekenis ontleent aan de mogelijkheid haar toe te passen en daaraan rechten te ontleenen in door de 'framers' onvoorzienne nieuwe feitelijke situaties en maatschappelijke omstandigheden. Ter relativering: "most originalists are faint-hearted and most non-originalists are

125 O'Brien, 2008c, p. 41-42.

126 "(...) unbound judicial [creativity] would make of this Court's members a day-to-day constitutional convention", zo citeert O'Brien, 2008d, p. 135, raadsheer Black's 'dissenting opinion' in *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

127 Een compact overzicht van de discussie en de daarin ingenomen verschillende standpunten is te vinden in D.M. O'Brien (red.), *Judges on judging, views from the bench*, Washington: CQ Press, 2008, en dan vooral in de daarin in deel III opgenomen artikelen van W.H. Rehnquist, R.H. Bork, R.A. Posner, A. Scalia, T. Marshall, W.J. Brennan en G. Breyer. Aan Brennan, 1985, p. 216, is het volgende citaat ontleend: "For the genius of the Constitution rests not in any static meaning it might have had in a world that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with the current problems and current needs." Zie ook Heringa, 1996, p. 117-137.

128 Het volgende citaat is van Rehnquist, 1976, p. 156-157. Hij zet zich af tegen de argumenten in een verzoek bepaalde detentieomstandigheden ongrondwettig te oordelen: "At least three serious difficulties flaw the brief writer's version of the living Constitution. First it misconceives the nature of the Constitution, which was designed to enable the popularly elected branches of government, not the judicial branch to keep the country abreast of times. Second, the brief writer's version ignores the Supreme Court's disastrous experiences when in the past it embraced contemporary, fashionable notions of what a living Constitution should contain. Thirdly, however socially desirable the goals sought to be advanced by the brief writers's version, advancing them through a freewheeling, nonelected judiciary is quite unacceptable in a democratic society."

moderate".¹²⁹ Deze relativering neemt natuurlijk niet weg dat soms – en ook op cruciale punten – scherpe verschillen van opvatting juist wel convergeren met de door de opposanten in deze discussie omarmde uiteenlopende theorieën van constitutionele interpretatie.

Naarmate de rechter meer de grenzen opzoekt van de hem bij interpretatie van de grondwet geboden ruimte en de terreinen waarop hij zich begeeft controversiëler zijn, worden zijn beslissingen vatbaarder voor het ter discussie stellen van de legitimiteit ervan. Met die constatering kan hier worden volstaan. Zij is belangrijk, omdat de vormgeving van het stelsel van reacties op vormfouten en van de in concrete gevallen vereiste reactie, geheel voortkomt uit een interpretatie van de grondwet, die meestal weinig directe aanknopingspunten heeft in de tekst van de verschillende grondwettelijke bepalingen. De volgens het Hooggerechtshof op basis van de grondwet vereiste toepassing van de 'exclusionary rule' bij schendingen van het Vierde Amendement of van de 'Miranda-regels' kunnen daarom als creaties van de rechter worden gezien. Dat laat de gedachte toe dat een andere rechter, al dan niet onder gewijzigde maatschappelijke omstandigheden tot een ander resultaat komt. Indachtig de hiervoor beschreven mogelijkheden voor de andere staatsmachten tot

beïnvloeding van de rechtspraak van het Hooggerechtshof, is interessant om te bekijken in hoeverre controversiële rechtspraak van het Hooggerechtshof betreffende reacties op vormverzuimen in de loop der tijd veranderingen heeft ondergaan. Daaraan wordt in hoofdstuk 3 aandacht besteed.

2.4.2 Aanknopingspunten voor grondwetsinterpretatie

In de argumentatie van het Hooggerechtshof bij interpretatie van de grondwet komt een aantal aanknopingspunten met regelmaat terug.¹³⁰ Deze worden hieronder kort besproken.

*Stare decisis et non quieta movere*¹³¹

Het beginsel van 'stare decisis' houdt in dat wordt vastgehouden aan de lijn die in eerdere rechtspraak is uitgezet.¹³² Dit beginsel dient de rechtszekerheid en draagt eraan bij dat de interpretatie van de grondwet niet verandert bij elke wijziging in de personele samenstelling van het Hooggerechtshof. Het verklaart voor een deel ook waarom in de hiernavolgende hoofdstukken bij de beschrijving van de huidige stand van het recht veelvuldig wordt verwezen naar vrij oude precedënten. Soms is daarin het nog steeds geldende antwoord op een bepaalde rechtsvraag te

129 Het citaat vervolgt met "(that is, would not ascribe evolving content to such clear provisions as the requirement that the President be no less than thirty-five years of age) which accounts for the fact that the sharp divergence between the two philosophies does not produce an equivalently sharp divergence in judicial opinions."

Zie Scalia, 1988.

130 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 87-101.

131 Te vertalen als het blijven bij eerdere beslissingen en laten rusten van afgedane kwesties. Zie Garner, 2004, p. 1443: "To stand by things decided, and not to disturb settled points."

132 LaFave, Israel & King, 2004, p. 87.

vinden, maar soms vormt een dergelijk precedent ook de basis waarop zich een uitgebreide nadere jurisprudentie heeft ontwikkeld. Hoewel het beginsel van 'stare decisis' een zeer belangrijk uitgangspunt vormt, kunnen veranderde opvattingen of omstandigheden het Hooggerechtshof van koers doen veranderen.¹³³

De bedoeling van de grondwetgever

Bij de uitleg van grondwettelijke bepalingen wordt vaak de historische achtergrond ervan en de totstandkominggeschiedenis in de overwegingen betrokken. Vaak is de bedoeling van de grondwetgever daaruit echter niet eenduidig te destilleren of hebben de 'framers' de ter beslissing voorliggende situatie helemaal niet kunnen voorzien. Voor een direct antwoord op de vraag of het Vierde Amendement bescherming biedt tegen kennisneming van computergegevens, heeft het vanzelfsprekend geen zin te zoeken in de totstandkominggeschiedenis van de 'Bill of Rights'. Ook in gevallen waarin de grondwetshistorie wel in een bepaalde richting wijst, is die niet steeds

door het Hooggerechtshof gevolgd. Veranderde opvattingen en omstandigheden en de ruimte die 'open' geformuleerde concepten als 'due process' voor een evoluerende interpretatie bieden, hebben geleid tot beslissingen waarin van oudsher geaccepteerde praktijken ongrondwettig werden geoordeeld.¹³⁴

Waarheidsvinding als prioriteit in het strafproces

Het Hooggerechtshof heeft waarheidsvinding vaak aangemerkt als het centrale doel van het strafproces en daarbij benadrukt dat de verschillende in dat kader aan de grondwet te ontlelen rechten moeten worden uitgelegd op een wijze die dit doel dient of zo min mogelijk frustreert.¹³⁵ In zijn afweging betreffende het al dan niet toepassen van de bewijsuitsluitingsregel betreft het Hooggerechtshof meestal uitdrukkelijk de schade die toepassing van deze regel toe kan brengen aan de waarheidsvinding. Maar ook in de rechtspraak over de toegang tot de 'habeas corpus' procedure komt de focus op waarheidsvinding sterk tot uitdrukking. Bij gebreken in de procesgang

133 Zie voor een recent voorbeeld *Montejo v. Louisiana*, No. 07-1529 (2009), waarin de beslissing in *Michigan v. Jackson*, 475 U.S. 625 (1986) werd overruled en in de meerderheidsopinie onder meer werd overwogen: "(...) the fact that a decision has proved 'unworkable' is a traditional ground for overruling it. *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827 (1991). (...) Beyond workability, the relevant factors in deciding whether to adhere to the principle of stare decisis include the antiquity of the precedent, the reliance interests at stake, and of course whether the decision was well reasoned. *Pearson v. Callahan*, [No. 07-751] (2009)." Zie ook nader over dit onderwerp Heringa, 1996, p. 95-115.

134 LaFave, Israel & King, 2004, p. 91.

135 Zie bijv. *Tehan v. Shott*, 383 U.S. 406 (1966): "The basic purpose of a trial is the determination of the truth", *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984) en voor recente voorbeelden: *Montejo v. Louisiana*, No. 07-1529 (2009) en *Kansas v. Ventris*, 07-1356 (2009), waarin het Hooggerechtshof onderscheidenlijk het recht op rechtsbijstand uit Zesde Amendement en de uit het Vierde Amendement voortvloeiende 'exclusionary rule' beperkter interpreteerde, mede vanwege de zorg dat dit recht en deze remedie de waarheidsvinding kunnen frustreren. Zie over deze beslissingen nader paragrafen 6.4. en 6.6.2.

die de waarheidsvinding negatief kunnen beïnvloeden, is de toegang tot een inhoudelijke beoordeling in deze procedure het minst beperkt. Gewezen kan hierbij worden op de rechtspraak van het Hooggerechtshof dat een beroep op schending van het Vierde Amendement in een 'habeas corpus' procedure in beginsel niet voor kennisneming in aanmerking als op dat beroep in de statelijke rechtsgang is beslist.¹³⁶ Schending van het Vierde Amendement schaadt immers in het algemeen niet de waarheidsvinding. Ook past in dat beeld het in de rechtspraak gehanteerde uitgangspunt dat geen beroep kan worden gedaan op na het onherroepelijk worden van een veroordeling in de rechtspraak ontwikkelde nieuwe strafprocessuele regels, tenzij deze raken aan de "fundamental fairness and accuracy of the proceeding".¹³⁷ Het moet daarbij gaan om een nieuwe regel "central to an accurate determination of innocence or guilt".¹³⁸

Bright line rule dan wel totality of the circumstances test

Bij interpretatie van grondwettelijke rechten rijst vaak de vraag wat voor soort toetsing door de rechter moet worden aangelegd. Een toetsing aan een 'bright line rule', een duidelijke maatstaf waarin slechts een of enkele aspecten in de beoordeling een rol spelen en waarin geen ruimte bestaat voor het meewegen van allerlei in een concrete zaak bestaande nuances. Of toetsing aan een maatstaf waarbij juist alle omstandigheden van het concrete voorliggende geval in de beoordeling moeten

worden betrokken; ook wel een 'totality of the circumstances test' genoemd.

Soms brengt de tekst van de grondwet mee dat een bepaalde keuze voor de hand ligt. Bij de vaststelling van de minimale omvang van een jury ligt in de rede een bepaald aantal vast te stellen, zoals het Hooggerechtshof ook heeft gedaan, al is ook daarbij – in theorie althans – een niet rigide maatstaf denkbaar waarbij oog bestaat voor de omstandigheden van het geval. Bij de toetsing of sprake is van 'probable cause', de voor een zoeking volgens het Vierde Amendement vereiste mate van verdenking, is een maatstaf waarbij veel betekenis toekomt aan de omstandigheden van het geval nauwelijks ontkoombaar.¹³⁹ Soms dwingt de tekst van de grondwet of de aard van de voorliggende vraag minder in een bepaalde richting. De keuze voor een 'bright line rule' kan dan worden ingegeven door andere, bijvoorbeeld pragmatische overwegingen. Daarbij rijst echter de volgende problematiek: het gebrek aan ruimte voor nuanceren bij toepassing van een 'bright line rule' brengt mee dat in sommige gevallen op grond van die wat grove maatstaf een schending van de grondwet moet worden aangenomen, of juist niet, terwijl bij het aanleggen van een fijngevoeliger en daarmee preciezere maatstaf een tegengesteld resultaat zou zijn bereikt. In dit verband worden de termen 'over-inclusiveness' en 'under-inclusiveness' gebruikt. Met die laatste term wordt bedoeld op de mate waarin de bescherming van grondwettelijke rechten tekortschiet,

136 *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976).

137 *Georgetown Law Journal*, 2007, zie nader par. 4.3, p. 885, waar wordt verwezen naar *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989).

138 *Goeke v. Branch*, 514 U.S. 115 (1995).

139 *LaFave, Israel & King*, 2004, p. 93.

doordat zich gevallen voordoen waarin, bij een toetsing met meer oog voor de omstandigheden van het geval, een grondwetsschending zou zijn onderkend. Met de term 'over-inclusive' wordt bedoeld op de spiegelbeeldige situatie, waarin met een genuanceerdere toetsing juist geen grondwetsschending zou zijn aangenomen. Ook dat laatste is problematisch, omdat het een legitimiteitsprobleem in het leven roept. De bevoegdheid van het Hooggerechtshof is immers gebonden aan de grondwet. Zodra daarin niet de grondslag kan worden gevonden voor een regel en zijn rechtsgevolgen, is minder duidelijk waaraan het Hooggerechtshof het gezag ontleent die regel te stellen.

Redenen om te kiezen voor een 'bright line rule' kunnen zijn dat:

1. het doen van de bij een subtieler maatstaf vereiste feitelijke vaststellingen ingewikkeld en daarmee tijdrovend en kostbaar is.
"The key is to be able to say that though cases that do not fit the generalization may arise they are not sufficiently common to justify the time and expense necessary to identify them", aldus LaFave e.a.¹⁴⁰ Een dergelijke afweging kan bijvoorbeeld meebrengen dat in plaats van een maatstaf die een inhoudelijk gedetailleerde beoordeling van geval tot geval noodzakelijk maakt, waarmee dus hoge 'uitvoeringskosten' zijn gemoeid, wordt gekozen voor een minder accurate, maar praktisch beter werkbare maatstaf;
2. het risico van een onjuiste toepassing van

een subtieler maatstaf onaanvaardbaar is vanwege de potentiële nadelige gevolgen daarvan;

3. degenen die de maatstaf moeten toepassen de capaciteiten, expertise of feitelijke mogelijkheden ontberen om met een subtieler maatstaf te werken. Dit laatste argument is bijvoorbeeld mede ten grondslag gelegd aan de in de zaak *Miranda v. Arizona*¹⁴¹ geformuleerde regels, die dagelijks door de politie in elke uithoek van de Verenigde Staten moeten worden toegepast.

LaFave e.a., noemen ook nog

4. de signaalfunctie die van een heldere regel kan uitgaan, en
5. de geringere mogelijkheden tot omzeiling van de bedoeling van de desbetreffende rechtspraak.

Volgens sommige commentatoren waren in het bijzonder die laatste twee argumenten voor het 'Warren Court', wiens oordelen in de statelijke rechtspraak niet steeds op een warm onthaal konden rekenen, redenen om toetsing aan een dergelijke 'bright line rule' voor te schrijven.¹⁴² In de rechtspraak van na het 'Warren Court' is het Hooggerechtshof meestal tot de slotsom gekomen dat "the costs of the over-inclusive or under-inclusive coverage of a bright-line simply outweigh the benefits of the administrative simplicity it would provide".¹⁴³ Dan valt de keuze dus op een maatstaf met meer oog voor de details van een individuele zaak.

¹⁴⁰ LaFave, Israel & King, 2004, p. 94.

¹⁴¹ Zie hierover paragraaf 6.5.2.

¹⁴² LaFave, Israel & King, 2004, p. 95.

¹⁴³ LaFave, Israel & King, 2004, p. 95.

De gepastheid van prophylactic rules

In enkele gevallen heeft het Hooggerechtshof ervoor gekozen bepaalde grondwettelijke rechten van een extra waarborg te voorzien, door bij wijze van voorzorgsmaatregel politie-optreden te binden aan bepaalde niet direct door de tekst van de grondwet voorgeschreven regels, teneinde inbreuken op de onderliggende grondwettelijke rechten te voorkomen. Dergelijke regels worden aangeduid met de term 'prophylactic rules'. Zij kunnen bijvoorbeeld de vorm krijgen van procedurele waarborgen die op straffe van toepassing van de 'exclusionary rule' moeten worden nageleefd,¹⁴⁴ of van een verbod op bepaalde onderzoekspraktijken die gemakkelijk tot inbreuken op grondwettelijke rechten kunnen leiden.¹⁴⁵ Een sprekend voorbeeld van zulke 'prophylactic rules', waarin ook het karakter van voorzorgsmaatregel goed uit de verf komt, biedt de Miranda-rechtspraak. De volgens die rechtspraak vereiste 'Miranda-warnings' ("you have the right to remain silent", etc.) strekken ter bescherming van het door het Vijfde Amendement gewaarborgde 'privilege against self-incrimination'. Een verzuim de vereiste waarschuwing te geven, brengt in beginsel mee dat de afgelegde verklaring niet voor het bewijs mag worden gebruikt, ook al is op het door de grondwet beschermde 'privilege' niet daadwerkelijk inbreuk gemaakt. Critici van deze rechtspraak betwijfelen de legitimiteit ervan: de daarin gegeven regels en voor-

geschreven remedie bij schending ervan volgen immers niet direct uit de grondwet. Anderen hebben juist betoogd dat de in *Miranda* gegeven regels in feite geen uitzonderlijke maatregelen met een problematische legitimiteit zijn, maar dat de wijze waarop bij het formuleren van die regels rekening is gehouden met de praktijksituatie – in dat geval bij politieverhoren – een centraal en noodzakelijk onderdeel vormt van grondwetsinterpretatie. Zo betoogt D.A. Strauss¹⁴⁶ dat een zekere mate van 'prophylaxis' eigen is aan rechtsvorming bij grondwetsinterpretatie, omdat het Hooggerechtshof bij de door hem geformuleerde regels steeds acht moet slaan op de maatschappelijke omstandigheden waarin die regels moeten functioneren. Zuivere grondwettelijke regels bestaan daarom nauwelijks. Hij concludeert na een aantal voorbeelden uit de rechtspraak van het Hooggerechtshof op andere terreinen te hebben besproken:

"(...) in deciding constitutional cases, the courts constantly consider institutional capacities and propensities. That is, to a large extent, what constitutional law consists of: courts create constitutional doctrine by taking into account *both* the principles and values reflected in the relevant constitutional provisions *and* institutional realities."¹⁴⁷

De redenen voor het creëren van 'prophylactic rules' zijn voor een deel vergelijkbaar met de hiervoor genoemde argumenten ten faveure

144 Zie bijv. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) en *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

145 Zie bijv. de in paragrafen 6.4. en 6.5.2.3. nader besproken beslissing *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981), betreffende het verbod een nieuwe ondervraging te initiëren zolang de verdachte zich in hechtenis bevindt, wanneer de verdachte in reactie op 'Miranda-warnings' om bijstand van een advocaat heeft gevraagd. Ook kan bijvoorbeeld worden gewezen op de zogenaamde 'McNabb Mallory-rule', die wordt behandeld in paragraaf 6.3.

146 Strauss, 1988, p. 195.

147 Strauss, 1988, p. 207.

van een 'bright line rule'. Ook de keuze voor het al dan niet formuleren van 'prophylactic rules' berust in de praktijk op een kosten-batenanalyse. Daarin worden bijvoorbeeld betrokken: de waarschijnlijkheid van het optreden van toekomstige grondwetsschendingen (die bijvoorbeeld wordt bepaald door hoe aantrekkelijk het is voor de politie bepaalde rechten van verdachten/burgers te negeren), de ernst van de desbetreffende schendingen en de mogelijkheden tot herstel. Anderzijds wordt acht geslagen op de 'kosten' die een 'prophylactic rule' meebrengt, bijvoorbeeld in termen van de mate waarin daardoor de opsporing wordt bemoeilijkt.¹⁴⁸ Bij een dergelijke afweging stelt de rechter zich vragen als: hoe vaak leidt de bestaande benadering tot daadwerkelijke grondwetsschendingen? Zijn veranderingen in politieoptreden te verwachten die leiden tot minder schendingen? Zijn veranderingen in politieoptreden te verwachten waardoor meer grondwetsschendingen onontdekt blijven? Leidt een andere benadering tot kostenbesparing aan de zijde van gerechten, partijen, getuigen en handhavingsorganen?¹⁴⁹

In de rechtspraak van na het 'Warren Court' is het Hooggerechtshof zeer terughoudend gebleken met het reguleren van de strafrechtspleging door middel van 'prophylactic rules': "It has only sparingly adopted new prophylactic rules or extended old prophylactic rules. Much more frequently, it has rejected the extension of old prophylactic rulings and refused to adopt new prophylactic rulings".¹⁵⁰

Aan het gegeven dat bij schending van een 'prophylactic rule' nog geen inbreuk behoeft te zijn gemaakt op het door die regel beschermde grondwettelijke recht, heeft het Hooggerechtshof in zijn rechtspraak van na het 'Warren Court' ook wel de consequentie verbonden dat remedies zoals de 'exclusionary rule' niet vanzelfsprekend worden toegepast, maar dat voor- en nadelen daarvan worden afgewogen. Ook bij de toetsing of sprake is van een schending van een 'prophylactic rule' moet worden gekozen voor een maatstaf waarbij in meer of mindere mate met de omstandigheden van het concrete geval rekening wordt gehouden. Van een 'prophylactic rule' waarvan de naleving moet worden getoetst aan een 'bright line rule', biedt de beslissing in de zaak *Miranda* een voorbeeld. De voordien op grond van het Vijfde Amendement toegepaste 'due process voluntariness-test', waarbij aan de hand van alle omstandigheden van het geval moest worden beoordeeld of een bekentenis als vrijwillig afgelegd gold,¹⁵¹ werd wat betreft politieverhoren in hechtenis vervangen door een sterk geformaliseerde toetsing. De in de verhoorpraktijk bestaande situatie eiste volgens het Hooggerechtshof deze krachtige en eenvoudig toepasbare aanpak.

Gevolgen voor een efficiënte rechtshandhaving
Het scheppen van extra waarborgen voor de naleving van de rechten van verdachten kan ten koste gaan van de efficiëntie van de strafrechtspleging. In gevallen waarin de grondwet

148 Levinson, 1999, p. 885-887.

149 Vgl. Strauss, 1988, p. 192-193.

150 LaFave, Israel & King, 2004, p. 100.

151 Zie daarover nader paragraaf 6.2.

zonder meer een bepaalde regel voorschrijft, kan de grondwetgever daarmee geacht worden de afweging te hebben gemaakt tussen de belangen van verdachten en het belang van de samenleving bij een efficiënte strafrechtspleging.¹⁵² In veel gevallen waarin de grondwet het Hooggerechtshof meer ruimte laat tot het formuleren van de uit de grondwet voortvloeiende regels, maakt het die afweging zelf. Daarbij zet het de kosten in termen van de mate waarin een bepaalde regel de efficiëntie van de strafrechtspleging aantast, tegenover de baten, in termen van de bescherming die ervan kan worden verwacht tegen inbreuken op de grondwet.

2.4.3 Een eeuw rechtspraak in vogelvlucht

In het artikel “Supreme Swings” gaat D.A. Strauss¹⁵³ met zevenmijlslaarzen door de rechtspraak van het Hooggerechtshof van de afgelopen honderd jaar. Bijzondere aandacht besteedt hij daarbij aan de wisselingen in de door het Hooggerechtshof gekozen uitgangspunten bij zijn interpretatie van de grondwet en bij het gebruik van zijn ‘power of judicial review’.

Strauss hanteert een indeling in drie perioden. Als eerste periode behandelt hij de eerste dertig jaar van de twintigste eeuw, waarin de immigratiecijfers heel hoog waren en de overgang van een agrarische naar een geïndustrialiseerde stedelijke samenleving zijn beslag kreeg. Om verandering te brengen in de

abominabele leefomstandigheden waarin veel werknemers zich in die periode bevonden, werden onder meer op federaal niveau door het Congres wetten aangenomen ter regulering van de arbeidsmarkt.¹⁵⁴ Veel van deze wetten werden door het Hooggerechtshof ongrondwettig verklaard, omdat het Congres daarmee zijn wetgevende bevoegdheid te buiten zou zijn gegaan. Naarmate binnen de samenleving en in de politiek het geloof in de noodzaak van dergelijke federale wettelijke regulering toenam, werden deze beslissingen hoe langer hoe controversiëler. Toen het Hooggerechtshof een aantal wetten nietig verklaarde die door het Congres als onderdeel van President F.D. Roosevelt’s New Deal waren aangenomen, leidde dat tot een scherpe reactie van de President. Hij kwam met een wetsvoorstel – later ook wel aangeduid als het ‘courtpacking plan’¹⁵⁵ – dat hem de bevoegdheid zou geven extra raadsheren te benoemen in het Hooggerechtshof. Daarmee zou hij een meerderheid kunnen smeden die positief tegenover zijn New Deal-wetgeving zou staan. Het wetsvoorstel haalde het niet, maar het Hooggerechtshof wijzigde wel zijn koers en liet vanaf het eind van de dertiger jaren veel sociale wetgeving in stand. Gedurende zijn presidentschap kreeg Roosevelt de gelegenheid een nieuwe voorzitter van het Hooggerechtshof te benoemen en maar liefst acht nieuwe raadsheren.¹⁵⁶ In zijn opvatting moest het Hooggerechtshof in de samenleving een beperkte positie bekleden. Dat was bepalend voor zijn selectie van

¹⁵² LaFave, Israel & King, 2004, p. 101.

¹⁵³ Strauss, 2005.

¹⁵⁴ Wetten betreffende bijvoorbeeld kinderarbeid, minimumloon, werktijden en arbeidsomstandigheden.

¹⁵⁵ Zie daarover ook Heringa, 1996, p. 176-181.

¹⁵⁶ Zie het overzicht op de website van het Hooggerechtshof te vinden onder <http://www.supremecourt.us.gov/about/members.pdf>, geraadpleegd op 14 september 2009.

kandidaten en lijkt een stempel te hebben gedrukt op de latere rechtspraak, waarin het Hooggerechtshof aan de wetgever de ruimte liet de in zijn visie noodzakelijke maatregelen te nemen om de economische depressie het hoofd te bieden. 'Liberalen' stonden in deze periode voor rechterlijke terughoudendheid, terwijl in de daaraan voorafgaande periode 'conservatieven' zich juist activistisch hadden betoond in het ongrondwettig verklaren van beslissingen van de andere – direct gekozen – staatsmachten.¹⁵⁷

De tweede periode die Strauss onderscheidt, ving aan toen aan het eind van de jaren veertig, begin jaren vijftig nieuwe maatschappelijke vraagstukken rezen en de eensgezindheid die het Hooggerechtshof aan de dag had gelegd met betrekking tot de New Deal-wetgeving, verdween. Een belangrijk vraagstuk waarmee het Hooggerechtshof werd geconfronteerd betrof discriminatie jegens Afro-Amerikaanse burgers, maar ook, in samenhang met de wijze waarop de overheid het hoofd beoogde te bieden aan de destijds gevoelde communistische dreiging, het waarborgen van burgerrechten. Ten aanzien van laatstgenoemd onderwerp meende een deel van de raadsheren dat de les van de wijze waarop het Hooggerechtshof met de New Deal-wetgeving was omgegaan luidde, dat het de wetgevende en uitvoerende overheid niet voor de voeten moest lopen. Een ander deel meende dat de vergelijking alleen opging voor terreinen die het beste in de politieke arena beslecht

konden worden, maar niet voor vraagstukken betreffende individuele burgerlijke vrijheden ('civil liberties'). Bij dergelijke kwesties zou het de taak van de rechter zijn te waken tegen onderdrukking van minderheden en mensen met een afwijkende mening: "you can't trust the majority to decide whether the minority gets to speak".¹⁵⁸ De opvatting waarin ervan uit werd gegaan dat voor het Hooggerechtshof een taak was weggelegd op terreinen waarop kon worden aangenomen dat het normale democratische proces er niet goed mee zou kunnen omgaan, kreeg de overhand. Dat had zijn weerslag op bijvoorbeeld het terrein van gelijke rechten voor Afro-Amerikaanse burgers. Het Hooggerechtshof probeerde maatschappelijke barrières voor hen op te heffen. Halverwege de jaren vijftig oordeelde een unaniem Hooggerechtshof onder voorzitterschap van Earl Warren in de zaak *Brown v. Board of Education*¹⁵⁹ de 'separate but equal-doctrine',¹⁶⁰ die in een aantal zuidelijke staten tot een gesegregeerde samenleving had geleid, ongrondwettig. Deze nieuwe bereidheid bij te dragen aan wezenlijke maatschappelijke veranderingen, vertaalde zich ook in de rechtspraak op strafprocesrechtelijk gebied, zoals in paragraaf 3.2.1. nader wordt beschreven.

Het was ook in deze periode dat het Hooggerechtshof de 'due process'-clausule uit het op de statelijke rechtspraak toepasselijke Veertiende Amendement op zodanige wijze ging uitleggen, dat daarin vrijwel de gehele

157 Zie ook: Toobin, 2009.

158 Strauss, 2005, p. 30. Vgl. bijv. ook Brennan, 1985.

159 347 U.S. 483 (1954) statelijke wetgeving die leidde tot gesegregeerde openbare scholen werd strijdig geoordeeld met de 'equal protection' clausule uit het Veertiende Amendement, omdat Afro-Amerikaanse burgers daardoor geen gelijke opleidingskansen hadden.

160 Door het Hooggerechtshof in 1896 gesanctioneerd in de zaak *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537.

'Bill of Rights' geïncorporeerd werd geacht.¹⁶¹ Deze 'due process'-clausule vormde zo de poort waardoor de rechten uit bijvoorbeeld het Vierde, Vijfde en Zesde Amendement, die voordien enkel in de federale rechtspraak toepasselijk waren, hun intrede deden in het statelijke strafprocesrecht. Het Hooggerechtshof heeft de rechten uit de Amendementen die deel uitmaken van de 'Bill of Rights' niet in één greep geïncorporeerd geacht in het Veertiende Amendement, maar heeft van zaak tot zaak beoordeeld wat onder de 'due process'-clausule begrepen moest worden geacht. Als gevolg van dit proces van 'selective incorporation' kan sinds het eind van de jaren zestig op bijna alle waarborgen die de 'Bill of Rights' in de federale strafrechtelijke keten biedt, ook in statelijke strafzaken een beroep worden gedaan. Onder een 'due process' in de zin van het Veertiende Amendement is door het Hooggerechtshof onder meer begrepen een proces waarin men gevrijwaard blijft van 'unreasonable searches and seizures'¹⁶², zoals

bedoeld in het Vierde Amendement en waarin bij schending daarvan de 'exclusionary rule' wordt toegepast.¹⁶³ Ook is het 'privilege against self-incrimination'¹⁶⁴ uit het Vijfde Amendement via het Veertiende Amendement op de statelijke rechtspraak van toepassing. Hetzelfde geldt voor het recht op rechtsbijstand¹⁶⁵ en het recht op een 'speedy trial',¹⁶⁶ beide vervat in het Zesde Amendement.¹⁶⁷

Deze door het Hooggerechtshof gegeven uitleg aan het Veertiende Amendement bracht mee dat voor de statelijke gerechten veel vaker een beroep kon worden gedaan op grondwettelijk gewaarborgde rechten, terwijl aan het Hooggerechtshof in al die gevallen het laatste woord was. De invloed van het Hooggerechtshof op de statelijke rechtspraak – die voordien gering was –¹⁶⁸ is op die manier aanmerkelijk uitgebreid.¹⁶⁹ Mede hierdoor kwam het strafprocesrecht als rechtsgebied sterk tot ontwikkeling. Omdat het Hooggerechtshof tezelfdertijd aan de rechten uit de 'Bill of Rights' een extensieve interpretatie gaf,

161 Zie over dit proces bijv. LaFave, Israel & King, 2004, hfdst. 2 en Whitebread & Slobogin, 2008, p. 1-3, en zie *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

162 Zie *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

163 In *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914) oordeelde het Hooggerechtshof al in federale strafzaken het gebruik van bewijsmateriaal dat door onrechtmatige *search and seizure* is verkregen ontoelaatbaar. In *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949) werd deze regel (nog) niet geacht besloten te liggen in het Veertiende Amendement. In dit opzicht ging het Hooggerechtshof om in *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

164 Dit recht uit het Vijfde Amendement werd in *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964) besloten geacht in het Veertiende Amendement.

165 Zie voor dit recht in zaken betreffende een 'felony': *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) en voor alle zaken waarin een gevangenisstraf kan volgen *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972).

166 Dit recht uit het Zesde Amendement werd in *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967) besloten geacht in het Veertiende Amendement.

167 Blakesley, 2002, p. 341. Zie voor een meer gedetailleerde beschrijving van dit proces van 'selective incorporation' LaFave, Israel & King, 2004, hfdst. 2, p. 43-102.

168 Segal, Spaeth & Benesh, 2005, p. 55-56.

169 O'Brien, 2008b, p. 301.

wordt in dit verband ook wel gesproken van de 'due process revolution'.

Bij het grondwetsconform inrichten van het strafproces in de staten, laat het Hooggerechtshof de afzonderlijke staten overigens wel ruimte.¹⁷⁰ Het Hooggerechtshof geeft alleen de ondergrens aan van de wijze waarop aan de door de federale grondwet gewaarborgde rechten invulling moet worden gegeven. De staten en hun gerechten zijn vrij een verdergaande bescherming te bieden en doen dat in sommige gevallen ook.¹⁷¹

De toegenomen reikwijdte van de macht van het Hooggerechtshof in combinatie met zijn activistische opstelling op terreinen die het voor het normale politieke proces minder geschikt oordeelde, leidde tot uiterst controversiële beslissingen op het gebied van bijvoorbeeld rassendiscriminatie, rechten van verdachten en vrijheid van meningsuiting. Kritiek op het liberale activisme van het Hooggerechtshof en de gevolgen daarvan voor onder meer het strafprocesrecht, vormde dan ook een van de speerpunten van de verkiezingscampagne waarmee R.M. Nixon in 1968 tot President werd gekozen.¹⁷² Daarmee begint de derde door Strauss onderscheiden periode. In zijn campagne beloofde Nixon dat hij als President raadsheren zou benoemen die zich afzijdig zouden houden van controversiële

vraagstukken en die de impopulaire beslissingen van het 'Warren Court' waarin de macht van de politie en de vervolgende autoriteiten aan banden was gelegd, ongedaan zouden willen maken.¹⁷³ Dit vormde bij het zoeken van kandidaten een belangrijk selectiecriteria.¹⁷⁴ In zijn eerste termijn kreeg Nixon de gelegenheid drie nieuwe raadsheren en een nieuwe voorzitter te benoemen. Een van de door Nixon benoemde raadsheren was de latere voorzitter van het Hooggerechtshof William H. Rehnquist. De aanvankelijke opstelling van deze nieuw benoemde raadsheren duidt Strauss als de 'post New Deal Conservative position', die inhoudt dat de samenleving gerund moet worden door direct gekozen politici, niet door rechters. Het 'Warren Court' zou in deze visie met zijn liberale activisme een te prominente plaats hebben ingenomen in het maatschappelijke krachtenveld. In sommige opzichten bewoog het Hooggerechtshof weer meer naar de zijlijn.

Langzaamaan is evenwel de aantrekkingskracht afgebrokkeld van de visie waarin de rechter zich steeds terughoudend zou moeten opstellen. Ten eerste doordat sommige 'activistische' beslissingen zoals *Brown v. Board of Education* na verloop van tijd in steeds bredere kring als hoogtepunten in de geschiedenis van het Hooggerechtshof werden gezien. Zo hield het

170 Zie bijv. het slot van de beslissing in *Gerstein v. Pugh*, 420 U.S. 103 (1975).

171 Zie Segal, Spaeth & Benesh, 2005, p. 142-143, Whitebread & Slobogin, 2008, p. 8, met een concreet voorbeeld op p. 395-396, betreffende het geven van 'Miranda-warnings' aan getuigen voor de 'Grand Jury'. Zie ook: Brennan, 1976, p. 318 en Kaye, 1995, p. 332.

172 In een campagnetoespraak zei hij onder meer: "The cumulative impact of these decisions [Escobedo and Miranda] has been to set free (...) guilty individuals on the basis of legal technicalities. The tragic lesson of guilty men walking free from hundreds of courtroom around the country has not been lost on the criminal community", zie Fridell, 2006, p. 94.

173 Steiker, 1996, p. 2466.

174 Simon, 2007, p. 53.

'Rehnquist Court' in 2000 in de zaak *Dickerson v. United States*¹⁷⁵ de ten tijde van de totstandkoming buitengewoon controversiële beslissing in de zaak *Miranda v. Arizona*¹⁷⁶ van het 'Warren Court' in stand, met onder meer als motivering dat het inmiddels om maatschappelijk geaccepteerde rechtspraak gaat, die door de politie is geïncorporeerd in de dagelijkse werkwijze en die deel is gaan uitmaken van de Amerikaanse cultuur. Behalve door de toegenomen acceptatie voor sommige aanvankelijk omstreden precedënten, werd de opvatting dat het Hooggerechtshof zich een rol aan de zijlijn moest toemeten volgens Strauss ook minder aantrekkelijk, doordat steeds meer 'conservatieven' zijn benoemd in het Hooggerechtshof. Rechterlijk activisme, maar dan met een conservatieve signatuur, kan dan aanlokkelijk worden. Strauss signaleert dan ook dat beoordeeld aan de hand van de inhoud van hun opinies, geen van de raadsheren in het Hooggerechtshof consistent een positie aan de zijlijn bepleit. Samengevat kunnen wisselende perioden worden onderscheiden van conservatief activisme (tot halverwege de jaren dertig), naar liberale terughoudendheid (eind jaren dertig) en van liberaal activisme (onder het 'Warren Court') naar conservatieve terughoudendheid. Liberaal activisme wordt daarbij gekenmerkt door een bereidheid bij het Hooggerechtshof om in de grondwet nieuwe rechten te ontwaren in door de makers van de grondwet niet voorziene situaties, conservatief activisme vooral door een bereidheid progres-

sieve wetgeving nietig te verklaren. Rechterlijke terughoudendheid steunt zowel in conservatieve als in liberale vorm op de gedachte dat de rechter, ten opzichte van de democratisch sterker gelegitimeerde wetgevende en uitvoerende macht, een bescheiden rol past, met dit verschil dat conservatieven en liberalen deze positie op verschillende momenten hebben omarmd.¹⁷⁷

2.5 Slotopmerkingen bij hoofdstuk 2

In dit hoofdstuk is een beeld geschetst van het Amerikaanse strafproces en van de rol daarin van het Hooggerechtshof als hoogste instantie wat betreft de interpretatie van de federale grondwet. Het is aan het Hooggerechtshof om in concrete gevallen de precieze inhoud en betekenis van de veelal 'open' grondwettelijke normen te bepalen. Daarbij heeft het de taak en bevoegdheid om de grondwettigheid van het optreden van de andere staatsmachten te toetsen. De uitleg die het Hooggerechtshof heeft gegeven aan het op de statelijke rechtspraak toepasselijke Veertiende Amendement, leidde tot een belangrijke uitbreiding van zijn invloed op de statelijke strafprocesrechtelijke rechtspraak en heeft de rechtseenheid op nationaal niveau sterk bevorderd.

Het in de loop der jaren toegenomen besef dat het Hooggerechtshof door zijn uitleg van de grondwet recht 'maakt' en dat rechtspolitieke overwegingen daarbij een rol spelen, heeft ertoe geleid dat de wijze waarop het Hoog-

175 530 U.S. 428.

176 384 U.S. 436 (1966), waarin op straffe van bewijsuitsluiting verplicht werd gesteld de zich in hechtenis bevindende verdachte voorafgaand aan zijn verhoor door de politie op zijn rechten te wijzen. Zie nader hierover: Hoofdstuk 6.

177 Zie hierover ook: Toobin, 2009.

gerechtshof van die bevoegdheid gebruikmaakt, op de voet wordt gevolgd. De soms hevige maatschappelijke en politieke kritiek op de rechtspraak van het Hooggerechtshof heeft meegebracht dat veel aandacht bestaat voor de selectie van in het Hooggerechtshof te benoemen raadsheren. De bevoegdheid daartoe van de President, in samenspraak met de Senaat, vormt een van de belangrijkste wijzen waarop de politieke staatsmachten invloed kunnen uitoefenen op de trend van de rechtspraak van het Hooggerechtshof. Opvattingen in de samenleving kunnen op die manier langzaam doorwerken in de rechtspraak. Erg direct is die invloed, mede door het beginsel van 'stare decisis', niet. Het gezag van de grondwet en van het Hooggerechtshof zou ook afnemen, indien de interpretatie van de grondwet vooral afhankelijk zou zijn van de persoonlijke politieke opvattingen van de leden van het Hooggerechtshof. De verschillende aanknopingspunten die door het Hooggerechtshof bij zijn interpretatie van de grondwet vaak worden gebruikt, zoals de tekst en de totstandkomingsgeschiedenis, liggen – althans a prima vista – buiten het vlak van politieke voorkeuren. Maar bijvoorbeeld bij nieuwe technologische ontwikkelingen die de 'framers' van de grondwet niet hebben kunnen voorzien, speelt de bereidheid van het Hooggerechtshof – en de daarvan deel uitmakende individuen – om de grondwet toepasselijk te achten en om op de grondwet waarborgen te baseren waarop verdachten en andere burgers zich kunnen beroepen een

belangrijke rol. Min of meer persoonlijke opvattingen over de balans tussen een effectieve strafrechtspleging en individuele rechten en over de rol die de rechter toekomt in het door middel van interpretatie van de grondwet vormgeven van het strafproces, kunnen dan toch van doorslaggevend belang zijn.

Bij de vormgeving van strafprocessuele rechten staat het belang van de waarheidsvinding, dat door het Hooggerechtshof wordt beschouwd als het hoofddoel van het strafproces, vaak tegenover het waarborgen van belangen van verdachten. In concrete gevallen worden in de argumentatie van het Hooggerechtshof deze belangen tegen elkaar afgewogen. Daarnaast speelt in de argumentatie de invloed op de efficiëntie van de rechtspleging vaak een rol, bijvoorbeeld bij de keuze voor een bepaalde maatstaf.

Een 'bright line rule' als maatstaf is gemakkelijk toepasbaar en dus efficiënt, maar heeft tot nadeel dat zij te grof kan werken. Een maatstaf waarbij alle omstandigheden van het geval in de beoordeling moeten worden betrokken, is precies, maar arbeidsintensief en minder voorspelbaar in zijn uitkomst, waardoor de praktijk minder houvast wordt gegeven. Ook de vraag of bepaalde handelwijzen in de praktijk van de opsporing een extra verdedigingslinie noodzakelijk maken ter voorkoming van inbreuken op grondwettelijke rechten, kan bepalend zijn voor de interpretatie van de grondwet. Dat is de discussie over het al dan niet formuleren van 'prophylactic rules', waarop in hoofdstuk 4 wordt teruggekomen.

Vanwege zijn beperkte capaciteit en het ook in verband daarmee bestaande verlofstelsel, kan het Hooggerechtshof niet van wezenlijke betekenis zijn als controleur van de toepassing van het recht in een kwantitatief belangrijk deel van de individuele strafzaken. Het Hooggerechtshof heeft zijn invloed vooral door de precedentwerking van zijn uitspraken. Hoe minder ruimte die uitspraken laten voor interpretatie of eigen afweging bij de toepassing in de praktijk, hoe directer de invloed van het Hooggerechtshof op die praktijk. Door 'prophylactic rules' te geven op straffe van bewijsuitsluiting en deze te voorzien van een 'bright line rule' als maatstaf en door een rechtsgang open te stellen waarin controle op de naleving mogelijk wordt gemaakt, kan het Hooggerechtshof het meest vergaand bescherming bieden aan grondwettelijke rechten. Maar vanwege de binding van de macht van het Hooggerechtshof aan de grondwet, kan hierbij de vraag rijzen naar de legitimiteit van zulke rechtspraak. Bij toetsing aan de hand van een 'bright line rule' zal in sommige gevallen ook een grondwetsschending worden aangenomen die niet zou zijn geconstateerd bij een preciezer toetsing aan de hand van alle omstandigheden van het geval. In zoverre is een heldere maatstaf 'over-inclusive'. Hij reikt verder dan de grondwet. Datzelfde geldt voor 'prophylactic rules'. Als de resultaten die met de toepassing van deze instrumenten bereikt worden controversieel zijn, kunnen deze een gemakkelijk doelwit vormen van maatschappelijke en politieke kritiek. Interpretatie van de grondwet vereist creativiteit, maar tegelijkertijd geldt: hoe creatie-

ver hoe vatbaarder voor kritiek uit legitimiteits-oogpunt.

Voor een belangrijk deel is het het Hooggerechtshof dat door zijn interpretatie van de grondwet inhoud heeft gegeven aan strafprocessuele rechten en de juridische consequenties die de rechter aan schending van die rechten dient te verbinden. Bewijsuitsluiting als door het Hooggerechtshof voorgeschreven reactie volgt meestal niet direct uit de grondwet, maar is in belangrijke mate het resultaat van een 'creatieve' interpretatie. Voor zover vormvoorschriften en reacties op het verzuim daarvan niet of minder direct uit de tekst van de grondwet volgen, maar door de rechter zijn ontwikkeld kunnen deze, vooral als ze controversieel zijn, onder druk komen te staan. Dergelijke regels en remedies zijn door hun niet-grondwettelijke status vatbaar voor aanpassingen. In de volgende hoofdstukken zal de aandacht mede erop zijn gericht op welke wijze in de rechtspraak van het Hooggerechtshof reflecties zichtbaar zijn van maatschappelijke ontwikkelingen en van veranderingen in de publieke waardering van zijn rechtspraak. Is een en ander van invloed op zijn interpretatie van grondwettelijke rechten en op het stelsel van rechterlijke reacties op schendingen van die rechten? Op grond van hetgeen in dit hoofdstuk is behandeld, is aannemelijk dat de bereidheid van het Hooggerechtshof om aan de grondwet krachtige waarborgen voor verdachten te ontnemen en schending daarvan te voorzien van ingrijpende juridische consequenties, ook als deze nadelig zijn voor de waarheidsvinding, kan fluctueren.

Ontwikkelingen in samenleving en rechtspraak

Public criticism of legal doctrines presents a unique challenge to the judiciary. In articulating those doctrines there is a need – a compelling one – to make decisions reflective of the practicalities of modern life. But there is also a need – one essential to the concept of an independent judiciary – to steel oneself against the inevitable tide of public comment directed at unpopular decisions. Because the Bill of Rights was designed to limit government's reach, even when the government's action is backed by an overwhelming mandate from the people, judicial decisions enforcing those limitations are bound sometimes to be unpopular.

(Stewart, 1983, p. 1392.)

Maatschappelijke veranderingen vormen de achtergrond waartegen de ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hooggerichtshof moeten worden beschouwd en beter kunnen worden begrepen. Kennis ervan plaatst die rechtspraak in perspectief. Omdat het reageren op vormverzuimen een onderwerp is dat sterk in de maatschappelijke – en politieke – belangstelling staat, is het juist bij dit onderwerp interessant te bezien of, en zo ja, op welke wijze veranderende opvattingen in de samenleving hun weerklink hebben gevonden

in de rechtspraak. Daarop ziet dit hoofdstuk. Het gaat daarbij om een tamelijk grove schets. Ontwikkelingen worden in hoofdlijnen weergegeven. Voor zover een gedetailleerder uitwerking van de rechtspraak zinvol is, wordt daarop in de volgende hoofdstukken teruggekomen. Eerst worden in grote trekken de maatschappelijke veranderingen weergegeven die het meest betekenisvol lijken voor de rechtspraak over vormfouten. Daarna wordt een aantal hoofdlijnen in de ontwikkeling in die rechtspraak beschreven.

3.1 Veranderingen in samenleving en strafrechtspleging

Het veelgeprezen¹⁷⁸ boek 'The Culture of Control, Crime and Social Order in Contemporary Society' van D. Garland (2001) biedt een goede basis voor de beschrijving van voor het onderwerp van dit onderzoek relevante maatschappelijke veranderingen.¹⁷⁹ Garland behandelt eerst het samenstel van maatschappelijke ontwikkelingen dat ten grondslag ligt aan veranderingen in de strafrechtspleging in de laatste dertig jaar van de twintigste eeuw in de Verenigde Staten en Groot-Brittannië¹⁸⁰ en andere – wat hij noemt – 'late modern societies',¹⁸¹ aan de kenmerken waarvan ook

178 Zie bijv. Daems, 2009, p. 12.

179 Kanttekeningen die zijn gemaakt bij de analyse van Garland (zie bijv. Tonry, 2004, p. 55), richten zich minder op de beschrijving van bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen die zich feitelijk hebben voorgedaan waar het mij hier om te doen is, dan op de verklaringen die Garland geeft voor het optreden van bepaalde ontwikkelingen in de strafrechtspleging.

180 Als belangrijkste onderliggende krachten wijst hij daarbij op het ontstaan van de voor die periode kenmerkende organisatie van de maatschappij en het domineren in beide onderzochte landen van een op de vrije markt georiënteerde conservatieve politiek. Garland, 2001, p. x en p. 3.

181 De overeenkomsten in maatschappelijke en politieke ontwikkeling brengen mee dat 'late modern societies' met vergelijkbare problemen, risico's en onzekerheden kampen, dat de kritiek op de traditionele misdaadpolitiek vergelijkbaar is en dat de politieke oplossingen in de verschillende landen sterke overeenkomsten vertonen. Garland, 2001, p. ix.

Nederland voldoet.¹⁸² Vervolgens zet Garland uiteen hoe in diezelfde periode in hoog tempo de uitgangspunten zijn verlaten die in de daaraan voorafgaande periode vanaf het eind van de 19^e eeuw vorm hadden gegeven aan de strafrechtspleging.

Een van de kerngedachten in de eerste naoorlogse decennia was dat sociale veranderingen die zouden leiden tot een algemene toename van welvaart, automatisch een afname van misdaad tot gevolg zouden hebben. Misdaad werd voor een belangrijk deel gezien als een gevolg van sociale achterstelling en minder als bepaald door eigen vrije keuze van de dader. Die veronderstelling deed een zekere verantwoordelijkheid op de overheid rusten voor de verbetering van (de sociale positie) van criminelen. Het publiek vertrouwde in deze periode op de kennis en expertise van een leger aan bij de strafrechtspleging betrokken professionals. Van een actieve betrokkenheid van het publiek bij concrete beslissingen die in de verschillende onderdelen van de strafrechtspleging (wetgeving, uitvoering, rechtspraak) werden genomen, was nauwelijks sprake.¹⁸³ Dit beeld veranderde snel vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw.

De 'culture of control', die volgens Garland in de laatste decennia van de twintigste eeuw ontstond, kenmerkt zich wat de strafrechtspleging betreft door vergelding, opsluiting en afschrikking als doelen en is in toenemende mate punitief, expressief en sterk georiënteerd op veiligheid.¹⁸⁴ Uit het brede overzicht dat Garland geeft van de maatschappelijke veranderingen die de Verenigde Staten en Groot-Brittannië vatbaar maakten voor het ontstaan van deze 'culture of control', worden hier een paar punten op de voorgrond geplaatst.¹⁸⁵ Het ontstaan van de informatiemaatschappij is in dit kader van belang. Veralgemeend televisiebezit gaf de mogelijkheid om het publiek op zeer directe wijze te confronteren met onderwerpen of personen. Dit leidde tot een nadruk op emotionele en intieme aspecten van gebeurtenissen en de daarbij betrokken personen.¹⁸⁶ Ook werden instituties aan indringender observatie onderworpen, waarbij het publiek te zien kreeg wat er 'werkelijk gebeurde' achter de schermen. Een en ander droeg bij aan een grotere transparantie en noodzaak tot verantwoording voor sociale- en overheidsinstituties en maakte het tegelijkertijd moeilijker om 'the emotional voice of popular opinion' te negeren.¹⁸⁷ Het publiek

182 Hoewel Garland Nederland expliciet noemt als een 'late modern society' waarin niet de toevlucht is gezocht in dezelfde strategieën en 'levels of control' als in de Verenigde Staten en Groot-Brittannië (zie Garland, 2001, p. 202) lijkt het daarbij, zoals hiervoor in paragraaf 1.2. gezegd, meer te gaan om een verschil in omvang en intensiteit van de veranderingen, dan om een principieel afwijkende aanpak. Vgl. Downes & Van Swaaningen, 2007, p. 31-32.

183 Garland, 2001, p. 48-51.

184 Garland, 2001, p. 198.

185 Garlands interessante analyse is veel breder en omvat mede een beschrijving van a. de dynamiek van kapitalistische productie en vrije markt en de daarmee corresponderende vooruitgang in technologie, transport en communicatie, b. de herstructurering van familielevens en huishouding, c. veranderingen in de sociale ecologie van steden en suburbs, en d. de democratisering van het sociale en culturele leven.

186 Garland, 2001, p. 86.

187 Garland, 2001, p. 157.

kwam sceptischer te staan tegenover deskundigen en hun kennis. Vaste morele waarden en onwrikbare verboden kwamen ter discussie te staan, het gezag van kerk en staat nam af. De afbraak van hiërarchische sociale structuren en gevestigde morele autoriteiten lag mede ten grondslag aan de ontwikkeling van een nieuwe intellectuele cultuur en wereldbeeld: meer sceptisch, pragmatisch en relativerend.¹⁸⁸ Het zijn onder meer deze ontwikkelingen geweest die de basis vormden waarop zich in de genoemde periode de snelle veranderingen in de misdaadpolitiek konden voltrekken.

3.1.1 Voor het reageren op vormverzuimen relevante veranderingen

Als voor het onderwerp van het onderhavige onderzoek belangrijkste veranderingen in de strafrechtspleging in de laatste dertig jaar van de vorige eeuw verdienen de volgende punten uit de analyse van Garland hier te worden belicht.

Veranderde toon in debat over misdaad

Onder invloed van sterk gestegen misdaadcijfers en een daarmee samenhangende toegenomen publieke angst voor misdaad, is het beeld van de delinquent als achtergesteld individu met rechten en behoeften zo goed als verdwenen. Dit heeft plaatsgemaakt voor stereotype beelden van bandeloze jongeren, gevaarlijke 'predatoren' en onverbeterlijke carrièrecriminelen. De achtergrond van beleid is

vaker een uit collectieve woede voortvloeiende eis tot vergelding, dan het zoeken naar een rechtvaardige 'socially engineered' oplossing. "The emotional temperature of policy-making has shifted from cool to hot".¹⁸⁹ Dit komt mede tot uitdrukking in de gebezigde terminologie, waardoor de kloof tussen criminelen en andere burgers wordt vergroot en verscherpt ('war on crime' 'let 'em rot', 'condemn more and understand less', 'sexual predator'). Het moedigt aan om criminelen te zien als 'monstrous creatures' hetgeen, aldus Garland, de aanvaarding bevordert van de enorme toename van het gevangeniswezen.¹⁹⁰ Misdadigers worden aangesproken op de eigen verantwoordelijkheid voor hun gedrag en worden gezien als waardeloze gevaarlijke individuen die zorgvuldig moeten worden beheerst om het publiek te beschermen tegen recidive. De belangen van misdadigers worden beschouwd als tegengesteld aan die van de samenleving.

Toegenomen aandacht voor het slachtoffer

Het slachtoffer heeft een centrale plaats gekregen in de misdaadpolitiek, terwijl sprake is van een afname van de aandacht voor het individu van de dader en voor het daarop toesnijden van de strafrechtelijke reactie. Waar de belangen van het slachtoffer voorheen begrepen werden geacht onder het algemene publieke belang, wordt tegenwoordig aan de belangen en gevoelens van het individuele slachtoffer veel meer aandacht geschonken, zowel in het strafproces als in het politieke- en wetgevingsproces. Wie daarbij 'voor' slacht-

188 Garland, 2001, p. 88.

189 Garland, 2001, p. 11.

190 Garland, 2001, p. 184-185.

offers is, is automatisch ferm 'tegen' criminelen. Rechterlijke kernwaarden als onafhankelijkheid en onbevooroordeeldheid, die positief werden gewaardeerd in de periode waarin de rechter geacht werd bescherming te bieden tegen de uitvoerende overheid, verliezen in de ogen van het publiek hun glans waar de rechter niet blindelings het slachtoffer 'omarmt'.¹⁹¹ Het beeld van het slachtoffer is daarbij met name in de politiek een eigen leven gaan leiden, waarbij, aldus Garland, een nieuwe collectieve betekenis van slachtofferschap is ontstaan.¹⁹²

Bescherming van het publiek gaat boven alles
Een nieuwe nadruk is komen te liggen op de behoefte aan veiligheid, het inkapselen van gevaar en het onderkennen en beheersen van risico's. Andere belangen, zoals het waarborgen van privacy, worden daaraan ondergeschikt geacht. "Insecurity is so profound and so pervasive that traditional concerns about fairness, justice, and equality have become unaffordable luxuries."¹⁹³ De prioriteiten liggen bij bescherming van het publiek door het onder controle houden en hard aanpakken van misdadigers en het vergroten van de zekerheid van bestraffing bijvoorbeeld door het invoeren van minimumstraffen of zelfs het fixeren van straftoemeting. Waar in de jaren zestig van de vorige eeuw van de rechter bescherming werd verlangd tegen de overheid, wordt nu vooral bescherming door de overheid verwacht tegen allerlei veiligheidsrisico's, bij de effec-

tieve bewerkstelling waarvan de rechter vooral geen hordes dient op te werpen.

Garland concludeert:

"There is a relaxation of concern about the civil liberties of suspects, and the rights of prisoners, and a new emphasis upon effective enforcement and control. The call for protection from the state has been increasingly displaced by a demand for protection by the state.

Procedural safeguards (such as the exclusionary rule in the USA and the defendant's right to silence in the UK) have been part-repealed, surveillance cameras have come to be a routine presence on city streets, and decisions about bail, parole or release from custody now come under intense scrutiny. In these matters the public appears to be (or is represented as being) decidedly risk-averse, and intensely focused upon the risk of depredation by unrestrained criminals. The risk of unrestrained state authorities, of arbitrary power and the violation of civil liberties seem no longer to figure so prominently in public concern."¹⁹⁴

Als gevolg hiervan heeft het vervolgingsorgaan in de visie van het publiek de rol van behartiger van gemeenschapsbelangen overgenomen van de rechter, zo signaleert J. Simon: "The traditional prosecutorial model called for deference to judges, but the new prosecutor understands that she has replaced judges as the more trusted agent of the public interest. This also includes an increasing willingness by prosecutors to use the media and speak as a

191 Simon, 2007, zet in dit verband de gekozen 'prosecutor' die de belangen van het publiek vertegenwoordigt tegenover de rechter die in de ogen van het publiek gezien wordt als 'biased' ten opzichte van het slachtoffer en daarmee de samenleving 'by their neutrality', p. 43.

192 Garland, 2001, p. 11.

193 Tonry, 2004, p. 23.

194 Garland, 2001, p. 12. Die laatste observatie strookt met de hierna in paragraaf 3.2.4. weergegeven bevindingen van C.S. Steiker.

voice for the crime victims of the community and to advocate politically for tougher sentences, more prisons, and getting rid of judges who are not sufficiently tough on crime.”¹⁹⁵

Volgens Simon staat tegenover een afgenomen draagvlak voor ingrijpende rechterlijke reacties op onrechtmatige opsporing, een niet eerder vertoonde bereidheid aan de zijde van de met opsporing en vervolging belaste functionarissen om onder de vlag van de ‘war on crime’ beroepsregels te schenden.¹⁹⁶ Het strafrechtelijk stelsel moet vooral effectieve mechanismen bieden om criminelen te beheersen; een maximale veiligheid is het belangrijkste na te streven resultaat. Als moet worden gekozen tussen het blootstellen van het publiek aan risico’s of het onderwerpen van misdadigers aan meer restricties, wordt stevast voor het laatste gekozen. Als gevolg hiervan en zonder dat dit veel discussie oplevert, worden belangen en rechten van verdachten en veroordeelden routinematig genegeerd, aldus Garland. “‘Our’ security depends upon ‘their’ control”, is het devies.¹⁹⁷

Politisering en invloed van populisme

De strafrechtspleging wordt niet meer in vertrouwen overgelaten aan professionals, maar wordt door het publiek nauwgezet gevolgd. Het onderwerp ligt daarbij zeer gevoelig. Elke vergissing wordt opgeblazen tot een schandaal, ook als gevolg van het onrealistische verwachtingenpatroon. Het publiek verwacht bijvoorbeeld dat criminelen maximaal ver-

volgd worden, dat schuldigen altijd gestraft worden, gevaarlijke individuen nooit vrijkomen en gevangenen hun straf volledig uitzitten.

Tegelijkertijd dienen onschuldigen altijd te worden vrijgesproken, dient de ‘rule of law’ gewaarborgd te worden en dat alles tegen zo laag mogelijke financiële kosten.

“The fact that there are serious incompatibilities between these ‘absolute’ imperatives, and that each shining public principle is routinely undermined by the backstage realities – of resource rationing, evidentiary limits, plea negotiations, and sentencing compromises – means that the public is easily scandalized by many of the decisions that are routinely made.”¹⁹⁸

In samenhang met de toegenomen publieke aandacht voor het onderwerp, is de strafrechtspleging een prominent onderwerp in politieke verkiezingscampagnes geworden. Ook is het beleidsproces gepolitiseerd en populistisch geworden. Bij het vormen van beleid wordt meer waarde gehecht aan politiek voordeel en aan de publieke opinie, dan aan het oordeel van deskundigen en de uitkomst van wetenschappelijk onderzoek.

“To be out of touch with public sentiment on this issue is to invite negative headlines and political disaster.”¹⁹⁹

“The escalating public hysteria over violent crime from the 1960s through the present makes it even more ‘politically suicidal’ today to support restrictions on police behaviour than it was before 1961.”²⁰⁰

195 Simon, 2007, p. 43.

196 Simon, 2007, p. 43.

197 Garland, 2001, p. 182.

198 Garland, 2001, p. 112-113.

199 Garland, 2001, p. 203.

200 C.S. Steiker, 1994, p. 820-857.

Popularisering heeft daarbij niet geleid tot polarisering tussen verschillende politieke partijen, maar heeft een brede consensus doen ontstaan omtrent strafrechtelijke maatregelen die worden beschouwd als ferm, handig en populair bij het publiek. "Criminals are among the most vulnerable and viscerally plausible scapegoats and politicians have tried to placate voters' discomforts and win votes by being tough on criminals."²⁰¹ De politisering heeft tevens de verhouding veranderd tussen de politiek en de instituties van de strafrechtspleging. Wetgevers en andere democratisch gekozen overheidsdienaren kunnen in verkiezingen worden afgerekend en zijn directiever geworden. Zo wordt bijvoorbeeld op het gebied van straftoemeting minder overgelaten aan de discretionaire bevoegdheid van de rechter.²⁰²

3.1.2 Invloed van deze veranderingen op het reageren op vormverzuimen

In verband met het voorgaande kunnen verschillende ontwikkelingen worden aangewezen die geacht kunnen worden van invloed te zijn geweest op de wijze waarop de rechter met strafprocessuele vormverzuimen omgaat. Een van de belangrijkste overkoepelende veranderingen lijkt te zijn dat de drang naar vrijheid van overheidsbemoeienis is vervangen, of misschien beter gezegd, tegenwoordig wordt geflankeerd, door een sterke hang naar veiligheid. Die veiligheid dient door de overheid te

worden verschaft en gewaarborgd. Opsporings- en vervolgingsautoriteiten worden daarbij eerder gezien als verschaffers van veiligheid, dan als instanties die met zodanige macht zijn bekleed dat strenge rechterlijke controle op de uitoefening van die macht noodzakelijk is. Regels die de individuele vrijheid beschermen, bijvoorbeeld op het gebied van privacy, maar die aan een efficiënte opsporing en berechting in de weg staan, kunnen daarbij als zinloze – 'I've got nothing to hide'²⁰³ – obstakels worden gezien. Datzelfde geldt voor waarborging door de rechter van grondwettelijke rechten van verdachten, bijvoorbeeld door middel van de 'exclusionary rule'.²⁰⁴ De waardering die de rechter in de jaren vijftig en zestig – in elk geval vanuit sommige groepen in de samenleving – ten deel viel in verband met de actieve rol die hij speelde bij het waarborgen van burgerlijke rechten en vrijheden, lijkt tegenwoordig, in elk geval waar het gaat om ferme reacties op vormverzuimen, grotendeels te zijn verdwenen. De rechter dient er vooral niet aan in de weg te staan dat een misdadiger zijn maximale gerechte straf krijgt. Daarbij past het uitsluiten van betrouwbaar bewijsmateriaal natuurlijk helemaal niet. Ook andere, overigens van de opgekomen hang naar veiligheid niet losstaande ontwikkelingen hebben ertoe bijgedragen dat nog minder wordt aanvaard dat een verdachte op formele gronden vrijuit gaat. Gedacht kan worden aan de toegenomen aandacht voor de belangen van het slachtoffer en de verschui-

201 Tonry, 2004, p. 24

202 Garland, 2001, p. 13-16.

203 Zie Solove, 2007, waar hij in een artikel onder deze titel betoogt dat dit argument als appreciatie van privacybelangen in concrete gevallen het pluriforme karakter van dergelijke belangen veelal miskent.

204 Vgl. Simon, 2007, p. 11, die daarbij ook wijst op de invloed van de demografische ontwikkeling op deze veranderingen.

ving van verbetering van de dader naar vergelding als strafdoel. Het algemene belang wordt vereenzelvigd met het belang van het slachtoffer, dat verondersteld wordt – op basis van het op hem geprojecteerde collectieve beeld – wraak te willen nemen. Aan vergelding als belang van het slachtoffer, kan geen recht worden gedaan indien op formele gronden van (verdere) berechting van de verdachte wordt afgezien. De bij het bepalen van de reactie op een vormverzuim vaak belangrijke afweging van de belangen van de samenleving en het slachtoffer enerzijds tegen de belangen van de verdachte anderzijds, pakt om voormelde redenen gemakkelijker in het nadeel van de verdachte uit. Daarbij speelt ook een rol dat het voordeel van het laten prevaleren van de belangen van de verdachte minder makkelijk meetbaar is, terwijl het nadeel daarvan steeds evident is. Hier werkt ook de sterke opkomst van kosten-baten-afwegingen door.²⁰⁵ Ook een eenzijdige beeldvorming in de massamedia zal het idee van het grote publiek over vormfouten hebben beïnvloed. Dat een verdachte ondanks bepaalde vormfouten toch is veroordeeld, levert geen 'nieuws' op. Een vrijspraak die het gevolg is van een vormverzuim, is daarentegen wel steeds nieuws. Daarnaast hebben de toegenomen aandacht van het publiek en de politisering en popularisering van het strafrecht invloed. Ook de kritischer houding ten opzichte van professionals heeft ertoe geleid dat minder makkelijk wordt aangenomen dat zware sancties op vormverzuimen noodzakelijk

zijn. Er kan wel betoogd worden dat strenge regels noodzakelijk zijn om de integriteit van het strafproces te handhaven, maar zolang geen sprake is van aansprekende meetbare resultaten, is het draagvlak daarvoor gering. Een veel kernachtiger illustratie van de hiervoor besproken ontwikkelingen dan het onderstaande citaat biedt, is moeilijk denkbaar. Het gaat om uitspraken van Senator S. Thurmond van South Carolina in 1968 bij de 'Senate Judiciary Committee hearing' in het kader van de uiteindelijk niet succesvolle nominatie van raadsheer Abe Fortas als kandidaat voor het voorzitterschap van het Hooggerechtshof. Fortas had deel uitgemaakt van het Hooggerechtshof dat in de zaak *Mallory v. United States*²⁰⁶ unaniem had beslist dat een verklaring, ongeacht de betrouwbaarheid ervan, moet worden uitgesloten van het bewijs wanneer deze is afgelegd gedurende een periode van onnodige vertraging tussen de arrestatie van de verdachte en de voorgeleiding voor een 'judicial officer' ter toetsing van de detentie. Thurmond bulderde: "Mallory! Mallory! I want that word to ring in your ears. He raped a woman and confessed it in court and the Supreme Court turned him loose on a technicality – free to commit other crimes!"²⁰⁷

3.2 Schets van ontwikkelingen in de rechtspraak

Analyses van de rechtspraak van de laatste halve eeuw zijn er in de Amerikaanse literatuur

205 Garland, 2001, p. 189.

206 354 U.S. 449 (1957).

207 Ontleend aan Denniston, 2009, in zijn analyse naar aanleiding van de beslissing in de zaak *Corley v. United States*, No. 07-10441 (2009). De spreker refereerde aan *Mallory v. United States*, 354 U.S. 449 (1957), welke zaak wordt behandeld in paragraaf 6.3.

te over. Sommige auteurs zien daarbij in de rechtspraak van de naar hun onderscheidenlijke voorzitters genoemde 'Burger Court' (1969-1986) en 'Rehnquist Court' (1986-2005) een 'counter-revolution' ten opzichte van de 'due process revolution' van het 'Warren Court' (1953-1969). Andere auteurs menen daarentegen dat het met de veranderingen wel meevalt en dat van een 'counter revolution' helemaal geen sprake is. Hierna wordt kort ingegaan op de hoofdlijnen van de ontwikkeling in de rechtspraak van de laatste vijftig jaar. Naast de beschrijving van die ontwikkeling, zoals Whitebread & Slobogin die hebben verweven in hun in dit onderzoek veelvuldig aangehaalde handboek over Amerikaans strafprocesrecht, is daarbij vooral gebruikgemaakt van een aantal verhelderende artikelen van C.S. Steiker en J.D. Bilonis.²⁰⁸

3.2.1 Ontwikkeling van het strafprocesrecht onder het Warren Court

In 1960 nog – zo schrijven Whitebread en Slobogin²⁰⁹ – stond de studie van het strafrecht in de Verenigde Staten in de kinderschoenen. In de strafrechtelijke rechtspraak van het Hooggerechtshof lag de nadruk op de toelaatbaarheid van het gebruik van bekentenissen en op een paar specifieke aspecten van het onderzoek ter terechtzitting. De inrichting van het strafproces werd echter in hoofdzaak overgelaten aan de staten, die daarin uiteenlopende keuzes maakten. Vanaf eind jaren vijftig, begin jaren zestig veranderde dit drastisch

door de activistische opstelling van het liberale 'Warren Court'. Voor de staten werd toen de toenemende invloed van het Hooggerechtshof op het statelijke strafproces duidelijk merkbaar. Het proces van 'selective incorporation' van de rechten uit de 'Bill of Rights' in de 'due process'-clausule van het Veertiende Amendement, had de greep van het Hooggerechtshof op de statelijke rechtspraak enorm versterkt.²¹⁰

En nu legde het Hooggerechtshof een aantal van deze rechten ook nog uit op een wijze waardoor de opsporings- en vervolgingsautoriteiten aan banden werden gelegd, ten faveure de positie van verdachten.

"The Warren Court's expansion of criminal suspects' rights was, in many ways, part of the court's campaign against racial discrimination. Many of the abuses of the criminal-justice system that the court acted against, in decisions that eventually gave rise to things like the famous Miranda warning ("You have the right to remain silent...") came out of the South, and justices saw that the criminal-justice system was being used as a system of racial oppression. The court did not confine its rulings to the South, but the problems were especially virulent there, and they led the justices to conclude that they should change the way the police did their job throughout the nation. And they did."²¹¹

In de rechtspraak van het 'Warren Court' kreeg in het bijzonder de fase voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting veel aandacht. In die fase is de discretionaire ruimte voor de politie en de OvJ het grootst, terwijl hetgeen

208 Steiker, 1996, Bilonis, 2005 en Bilonis, 2006. Zie deze artikelen voor verwijzingen naar verdere literatuur.

209 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 1-2.

210 Zie daarover paragraaf 2.4.3.

211 Strauss, 2005, p. 30.

zich in deze fase afspeelt veelal bepalend is voor de uitkomst van de zaak. Het leeuwen-deel van de zaken wordt immers direct na die fase afgedaan door het aangaan van een 'plea agreement'.

Het 'Warren Court' heeft de rechterlijke controle op de fase van het vooronderzoek en daarmee de bescherming die verdachten in deze fase aan de grondwet kunnen ontleen, langs verschillende lijnen versterkt. Een aantal in 'bright line rules' vervatte procedurele waarborgen voor verdachten werd in het leven geroepen en tegelijkertijd van een krachtig handavingsmechanisme voorzien door bewijsuitsluiting als remedie voor te schrijven bij schendingen van de nieuw geformuleerde regels.²¹² Sprekende voorbeelden hiervan zijn de beslissingen van het Hooggerechtshof in de eerdergenoemde zaak *Miranda v. Arizona*²¹³ uit 1966 en in de zaak *Mapp v. Ohio*²¹⁴ uit 1961. In *Miranda* werd het politieverhoor van verdachten in hechtenis gereguleerd, onder meer door op straffe van bewijsuitsluiting te eisen dat de verdachte van zijn rechten op de hoogte wordt gesteld. In *Mapp* werd toepassing van de bewijsuitsluitingsregel bij schendingen van het Vierde Amendement ook voor de statelijke rechtspraak verplicht gesteld. Ook werd de 'habeas corpus'-procedure onder het 'Warren Court' ruimer opengesteld.²¹⁵ Het belang van een ongehinderde opsporing en efficiënte afdoening van strafzaken werd in deze rechtspraak in sommige opzichten ondergeschikt gemaakt aan andere belangen.

3.2.2 Kritiek op het Warren Court

De activistische en liberale rechtspraak van het 'Warren Court' kende een aantal uiterst controverse beslissingen. De weerstand in een aantal zuidelijke staten tegen *Brown v. Board of Education* was enorm. Ook de door het 'Warren Court' uitgesproken ongrondwettigheid van door een aantal staten voorgeschreven 'school prayer' op openbare scholen leverde het Hooggerechtshof uit verschillende kringen veel kritiek op.²¹⁶ De kritiek ging bijvoorbeeld zelfs zo ver dat halverwege de zestiger jaren langs snelwegen billboards werden geplaatst met teksten als "Save Our Republic. Impeach Earl Warren!" De weerstand had zeker ook betrekking op de rechtspraak op strafprocesrechtelijk gebied. Zo sloeg de beslissing in de zaak *Miranda* bijvoorbeeld bij de politie en de politiek in als een bom:

"Police were thunderstruck. Bernard C. Parks was a rookie police officer in the LAPD when Miranda came down. "The word in the locker room," he said, "was that we were done with effective policing". North Carolina senator Sam Ervin similarly saw the ruling as emboldening criminals and curtailing police, both at the expense of victims. "Enough has been done for those who murder and rape and rob," he harrumphed. "It is time to do something for those who do not wish to be murdered or raped or robbed."²¹⁷

212 Vgl. Bilonis, 2005, p. 993.

213 384 U.S. 436 (1966).

214 367 U.S. 643 (1961).

215 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 1051-1053.

216 *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962). Zie Newton, 2006, p. 394-395.

217 Zie Newton, 2006, p. 368.

Ook andere rechtspraak waarin het 'Warren Court' de bewijsuitsluitingsregel een prominente positie had gegeven, werd bekritiseerd. Vooral vanwege het feit dat toepassing van die regel afbreuk deed aan waarheidsvinding en daarmee aan de inhoudelijke beoordeling van het aan de verdachte gemaakte verwijt. Het toepasselijk oordelen in *Mapp* van de bewijsuitsluitingsregel op de statelijke rechtspraak was ook niet alleen in de verhouding tussen federatie en de staten een grote stap vanwege de inperking van de vrijheid voor de staten. Vooral betekende dit een enorme uitbreiding van het aantal zaken waarin de regel toepasselijk werd en ook van de soorten zaken. Zoals in hoofdstuk 2 opgemerkt, vindt het grootste deel van de vervolgingen plaats in de statelijke strafrechtsketen, terwijl voorts het soort delicten dat in de federale keten wordt vervolgd, verschilt van de in de statelijke keten vervolgde strafbare feiten.²¹⁸ Dat toepassing van de regel de vervolging ter zake van een federaal fraudedelict frustreert, heeft niet dezelfde maatschappelijke impact als het wegens bewijsuitsluiting vrijuit gaan van een lokaal bekende moordenaar of verkrachter. De toegenomen publieke en politieke interesse voor de bewijsuitsluitingsregel kan mede hierdoor worden verklaard.

In de kritiek op het 'Warren Court' dienden beslissingen als *Mapp* en *Miranda*, die door Bilionis ook wel 'liberal totems' worden genoemd,²¹⁹ als kop-van-jut. In de politiek was de kritiek het hevigst vanuit conservatieve kringen, veelal van republikeinse signatuur. De

balans zou te zeer zijn doorgeslagen in het voordeel van verdachten en in het nadeel van politie en OvJ. In het juridisch debat werd de legitimiteit bestreden van het activistische optreden dat de vorm kreeg van op wetgeving lijkende 'over-inclusive' 'bright line rules', die mede door hun 'prophylactic' karakter een verdergaande bescherming zouden bieden dan de grondwet strikt genomen vereiste.

3.2.3 Methode van aanpassen van de rechtspraak

Aanvankelijk was de verwachting dat de belangrijkste innovatieve precedents van het 'Warren Court' op strafprocesrechtelijk gebied, zoals de beslissingen in de zaken *Mapp* en *Miranda* na de personele wijzigingen in het Hooggerechtshof, geen lang leven meer beschoren zouden zijn.²²⁰ Die verwachting is echter niet bewaarheid, ondanks dat alle benoemingen van nieuwe raadsheren en voorzitters in de periode sinds het aftreden van voorzitter Warren in 1969 tot het begin van de jaren negentig zijn gedaan door de opeenvolgende republikeinse presidenten Nixon, Ford en Reagan.

Genoemde precedents maken nog steeds deel uit van het geldende recht. Dat neemt niet weg dat het strafprocesrecht, ook op het terrein van deze precedents, sinds het eind van de jaren zestig ingrijpend is gewijzigd: "the Court has clearly become less sympathetic to claims of individual rights and more accomodating to assertions of the need for

218 Zie A.R. Amar, 1994, p. 788.

219 Bilionis, 2006, p. 1360.

220 Steiker, 1996, p. 2466.

public order".²²¹ Die wijzigingen hebben evenwel op subtieler wijze vorm gekregen dan door de eerdere rechtspraak eenvoudigweg te 'overrulen'. Hoewel op onderdelen ook de omvang van de onder het 'Warren Court' geformuleerde rechten ('rights') is beperkt door een restrictieve interpretatie van de voor toepasselijkheid van die rechten bepalende begrippen,²²² heeft de grootste verandering haar beslag gekregen op het gebied van de aan schending van de verschillende rechten te verbinden rechtsgevolgen ('remedies'). Ook dit heeft niet de vorm gekregen van een algehele afschaffing van de 'exclusionary rule', maar van het in het leven roepen van een variëteit aan wat Steiker noemt 'inclusionary rules'.²²³ Regels die ofwel ter terechtzitting het gebruik toelaten van op ongrondwettige wijze verkregen bewijsmateriaal, ofwel de mogelijkheden beperken om voor de rechter een beroep te doen op schending van de grondwet bij de bewijsverkrijging. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de rechtspraak over:

- a. 'standing': aan dit vereiste om over schending van een grondwettelijk recht te kunnen klagen is een stringentere invulling gegeven;
- b. de 'good faith exception': in de rechtspraak is aanvaard dat bewijssuitsluiting achterwege kan blijven indien een politieambtenaar te goeder trouw afging op een ongeldig rechterlijk zoekingsbevel. Deze exceptie is vervolgens ook op andere situaties toegepast;

- c. 'fruit of the poisonous tree': aan hetgeen moet worden aangemerkt als 'verboden vruchten' van ongrondwettig handelen en uit dien hoofde niet tot het bewijs mag meewerken, is een restrictieve uitleg gegeven;
- d. 'impeachment evidence': het gebruik van op ongrondwettige wijze verkregen bewijsmateriaal in het kader van 'impeachment' – het bestrijden van de ter terechtzitting afgelegde verklaring van de verdachte – is onder omstandigheden toelaatbaar geoordeeld;
- e. de 'harmless error'-doctrine: het aantal situaties en soorten vormfouten dat niet per definitie in appel tot vernietiging leidt, maar waarvan wordt beoordeeld of sprake is van een 'harmless error', in welk geval vernietiging achterwege kan blijven, is toegenomen; en
- f. 'habeas corpus review': de toegang tot toetsing door de federale rechter van de grondwettigheid van detentie gebaseerd op een statelijke veroordeling in het kader van 'habeas corpus review' is beperkt.

Op de meeste van deze voorbeelden wordt in de navolgende hoofdstukken uitgebreider ingegaan. Hier wordt volstaan met deze beknopte opsomming.²²⁴

Op het niveau van de tot de opsporende en vervolgende autoriteiten gerichte gedragsregels – 'conduct rules' – betreffende de grondwettigheid van hun handelen is veel

221 Steiker, 1996, p. 2468.

222 Bijvoorbeeld in het kader van de 'Miranda-rechtspraak' door restrictieve uitleg van het begrip 'custody' of door de eisen aan een geldige 'waiver' te verlagen. Zie hierover nader hoofdstuk 6.

223 Steiker, 1996, p. 2469.

224 Ontleend aan Steiker, 1996, p. 2469.

minder veranderd dan op het niveau van de tot de rechter gerichte beslisregels – ‘decision rules’ – betreffende de aan ongrondwettig handelen te verbinden gevolgen. Volgens Steiker ligt hierin ook voor een belangrijk deel de verklaring voor de academische strijd tussen degenen die betogen dat sedert de ‘due process revolution’ van het ‘Warren Court’ een ‘counter-revolution’ heeft plaatsgevonden en degenen die dit ontkennen:

“(...) the dichotomy between decision rules and conduct rules helps to explain the existence of such a deep academic divide. The proponents and debunkers of the “counter-revolution” hypothesis turn out to *both* be right: the Burger and Rehnquist Courts have accepted to a significant extent the Warren Court’s definitions of constitutional “rights” while waging counter-revolutionary war against the Warren Court’s constitutional “remedies” of evidentiary exclusion and its federal review and reversal of convictions.”²²⁵

De analyse van Steiker wordt in wezen onderschreven door Bilonis waar hij stelt: “Liberal totems remain, but their costs to law and order interests have been brought under control.”²²⁶ Bilonis duidt de ontwikkeling, die zich in de rechtspraak van het Hooggerechtshof in de laatste dertig jaar van de vorige eeuw heeft voltrokken, aan als de “Rehnquist Court Conservative Reformation”. Vooral in de periode waarin W.H. Rehnquist – eerst als raadsheer (vanaf 1972) en later als voorzitter (1986-2005) –

aan het Hooggerechtshof verbonden was, heeft de conservatieve kritiek zijn weg gevonden in de rechtspraak van het Hooggerechtshof.

Ook Bilonis wijst erop dat indringende veranderingen zijn bewerkstelligd in de rechtspraak op strafprocesrechtelijk gebied. Wat betreft de techniek die daarbij door het Hooggerechtshof in zijn beslissingen is gebruikt, stelt hij vast dat in uiteenlopende situaties steeds de ‘kern’ van de ‘periferie’ is onderscheiden. Aan de hand hiervan werden vele nuanceringen aangebracht op de van oorsprong ‘bright line rules’ van *Mapp* en *Miranda*.²²⁷ In die sleutel kan het door het Hooggerechtshof gemaakte onderscheid worden gezien tussen:

- a. ‘rights’, de eigenlijke grondwettelijke rechten en ‘remedies’, de gevolgen van schending van die rechten;
- b. grondwettelijke regels van de eerste orde en jurisprudentiële regels die ter bescherming daarvan dienen (de eerdergenoemde ‘prophylactic rules’)²²⁸;
- c. de ‘trial-fase’ waarin wordt beslist over de schuldvraag en de daaraan voorafgaande en erop volgende fasen;
- d. rechten die strekken tot waarborg van de waarheidsvinding en rechten die andere belangen dienen;
- e. persoonlijke belangen van de verdachte en bredere maatschappelijke belangen bij een behoorlijk functionerend strafrechtelijk systeem.²²⁹

225 Steiker, 1996, p. 2470.

226 Bilonis, 2006, p. 1360 en zie zijn hiervoor genoemde artikel uit 2005. Volgens zijn analyse is overigens inmiddels kort na de laatste eeuwwisseling een nieuwe periode ingeluid, die zich kenmerkt door ‘popularisation’. Dat laat ik hier verder buiten bespreking.

227 Bilonis, 2005, p. 991. Zie over deze ontwikkeling ook: Bal, 1993.

228 Zie paragraaf 2.4.2.

229 Bilonis, 2005, p. 1008-1009.

Bilionis komt daarbij tot de volgende analyse: "For the reformation, the most pivotal dichotomy was the one that differentiates rights and remedies, thereby zoning doctrinal space into a presumptive core and periphery. Standing alone, this dichotomy was powerful enough to produce significant practical conservative reform. It was thus that the exclusionary rule, conceptualized as a remedy for police transgression against the Fourth Amendment right to be free from unreasonable searches and seizures, could be infused with the conservative values of truth finality and authority without disturbing the Fourth Amendment core."²³⁰

De eerbiedigde kern van de precedënten van het 'Warren Court' werd beperkt gehouden door een veelal²³¹ restrictieve interpretatie. Bewijsuitsluiting als rechtsgevolg bij schending van de in deze precedënten geformuleerde rechten werd ingeperkt. In de nadere analyse van de consequenties van vormfouten op de in de hoofdstukken 5, 6, 7 en 8 besproken deelgebieden, wordt die ontwikkeling goed zichtbaar.

Op deze wijze was het Hooggerechtshof in staat veranderingen met een wezenlijke praktische betekenis te bereiken, zonder geconfronteerd te worden met de complicaties en mogelijke kritiek die hem bij het volledig 'overrulen' van de precedënten van het 'Warren Court' zou kunnen treffen, bijvoorbeeld wat betreft het niet in acht nemen van het beginsel van 'stare decisis'. Het 'overrulen' van de bekendste precedënten van het

'Warren Court' zou de reputatie van het Hooggerechtshof en het gezag van zijn rechtspraak hebben geschaad:²³²

"Either the members of the Court sincerely felt bound by the doctrine of stare decisis, or they more calculatingly realized that overruling such a well-known decision might appear to be "political" in exactly the same way in which the Warren Court was maligned for being."²³³ In paragraaf 4.2.1. wordt hierop nader ingegaan.

De veranderingen in de rechtspraak deden de kritiek op het Hooggerechtshof niet verstommen. De kritiek hield aan bijvoorbeeld toen het conservatievere 'Burger Court' niet bereid bleek de precedënten van het 'Warren Court' te overrulen. "Neither Mapp or Miranda helps any innocent person. They help guilty people", om wat stevige retoriek aan te halen van (in dit geval) het door President Reagan benoemde hoofd van het federale Ministerie van Justitie Meese.²³⁴ Nog steeds lijkt bij het algemene publiek het beeld te bestaan, zoals ook in paragraaf 3.1.2. is signaleerd, dat de rechter de politie te zeer aan banden legt. Vermoedelijk speelt daarbij het fenomeen dat Steiker aanduidt als 'acoustic separation', mede een rol.

3.2.4 Acoustic separation van politie en publiek

Uit de voorgaande paragrafen volgt dat het algemene publiek indirect invloed heeft op de

230 Bilionis, 2005, p. 1009.

231 Zie Steiker, 1996, die op een aantal gevallen wijst waarin het Hooggerechtshof juist een uitleg gaf die de reikwijdte van precedënten van het 'Warren Court' vergrootte.

232 Zie ook Levinson, 1999, p. 935, in het bijzonder het citaat in paragraaf 4.2.1.

233 Steiker, 1996, p. 2480.

234 Simon, 2007, p. 57.

samenstelling van het Hooggerechtshof. De gekozen President kiest na advisering door en met instemming van de Senaat de raadsheren en voorzitter van het Hooggerechtshof. Zodoende kunnen breed gedeelde opvattingen in de samenleving van invloed zijn op de koers van de rechtspraak van het Hooggerechtshof. Dat betekent dat een evenwichtige publieke informatievoorziening over de rechtspraak van belang is. Steiker signaleert in dit verband een aantal problemen. Bij haar analyse is het onderscheid tussen de in de vorige paragraaf genoemde 'conduct rules' en 'decision rules' belangrijk.

3.2.4.1 *Onevenwichtig geïnformeerd publiek*

Volgens Steiker heeft het algemene publiek vaak wel enige bekendheid met de tot de opsporingsautoriteiten gerichte gedragsregels. Dat 'Miranda-warnings' gegeven moeten worden en dat een 'warrant' vereist is voor een doorzoeking van een woning, weten ook veel mensen die niet professioneel bij de strafrechtspleging betrokken zijn. De subtiliteit van de regels waarin is vastgelegd wat er moet gebeuren als die gedragsregels zijn geschonden, genieten daarentegen bij het algemene publiek veel minder bekendheid. Gedacht wordt dat elke schending van een gedragsregel een vormfout oplevert op grond waarvan de rechter de verdachte laat lopen. Dat vormfouten in veel gevallen helemaal niet zulke ingrijpende gevolgen hebben, is

onbekend. Dit onevenwichtige beeld wordt veroorzaakt door de afhankelijkheid van het algemene publiek voor zijn informatievoorziening van de massamedia. Die berichten wel tot op zekere hoogte over geldende gedragsregels. Welke – zelfs Nederlandse – televisiekijker kent niet de 'Miranda-warnings'? De beslisregels voor de rechter zijn echter te gecompliceerd om in de massamedia op aantrekkelijke wijze over het voetlicht te worden gebracht:

"The distinction between the use of evidence in the case-in-chief and its use as impeachment evidence (...) require[s] to much knowledge of arcane jargon and a too sophisticated understanding of the legal process to make good drama that is widely accessible."²³⁵

3.2.4.2 *Decision rules gebruikt als conduct rules*

Het gebrek aan kennis bij het publiek is volgens Steiker één kant van het probleem. Een ander aspect is dat rechterlijke 'decision rules' voor de bij de opsporing en vervolging professioneel betrokken partijen door opleiding en ervaring wel zeer bekend zijn. Politieagenten en OvJ's kennen deze beslisregels en de daarmee verband houdende mazen in het door de gedragsregels geweven net. Problematisch wordt het wanneer die kennis ertoe leidt dat zij zich niet meer naar de voor hen geldende gedragsregels richten, maar naar de regels betreffende de gevolgen van schendingen van die gedragsregels: "decision rules will, in

235 Steiker, 1996, p. 2538.

effect, *become conduct rules*".²³⁶ Als vooronderstelling geldt daarbij dat enkel de vrees voor een ingrijpende rechterlijke reactie politie en OvJ tot normconform gedrag kan bewegen. Hoewel dat een tamelijk pessimistische gedachte is, biedt de Amerikaanse praktijk wel enige aanknopingspunten voor de juistheid ervan.

Ten eerste kan er daarbij op worden gewezen dat volgens Steiker onder degenen die onderzoek deden naar alternatieven voor de bewijsuitsluitingsregel 'overwhelming consensus' bestaat "that alternative remedies remain 'sadly inadequate'",²³⁷ als middel om opsporings- en vervolgingsautoriteiten te weerhouden van constitutionele schendingen. Toen het Hooggerechtshof in de zaak *Mapp* bewijsuitsluiting ook aan de staten voorschreef als reactie op schendingen van het Vierde Amendement, overwoog het dat alternatieven 'worthless and futile' waren gebleken. Dat is volgens het onderzoek waarop Steiker wijst, sindsdien niet veranderd.

Voorts kan worden gewezen op een aantal concrete zaken, waarin opsporings- en/of vervolgingsambtenaren precies op de veronderstelde berekenende wijze te werk gingen. Voorbeelden daarvan bieden de in paragraaf 6.6.3.1. besproken zaak *Missouri v. Seibert*,²³⁸ evenals de zaak *United States v. Payner*²³⁹ en het door Steiker aangehaalde voorbeeld uit de lagere rechtspraak *Simpson v. United States*.²⁴⁰

In *Seibert* bleek er door de politie een vaste praktijk van te zijn gemaakt om de verdachte eerst te ondervragen zonder hem 'Miranda-warnings' te geven, om de zo verkregen bekentenis vervolgens te laten herhalen na die 'warnings' alsnog te hebben gegeven. Aanleiding voor deze praktijk was een zaak waarin het Hooggerechtshof in een bijzonder geval had toegelaten dat een na 'Miranda-warnings' afgelegde bekentenis voor het bewijs werd gebruikt, nadat de verdachte daarvoor al had bekend zonder dat hem de 'Miranda-warnings' waren gegeven. In de zaak *Payner* verklaarde de OvJ dat hij opsporingsambtenaren had geïnstrueerd dat alleen de bankmedewerker wiens koffertje met gegevens door hen werd gestolen 'standing' zou hebben om daarover te klagen, terwijl hij geen doelwit van het opsporingsonderzoek vormde. In de zaak *Simpson* verklaarde de verhorende politie-agent met opzet de (hierna in paragraaf 6.4.1. besproken) regel uit de zaak *Massiah v. United States*²⁴¹ te hebben geschonden, dat een verdachte die om bijstand van een raadsman heeft verzocht, niet nader mag worden verhoord buiten aanwezigheid van zijn raadsman, omdat hij wist dat de eventueel verkregen verklaring wel bruikbaar zou zijn als 'impeachment evidence'.

Deze voorbeelden bieden steun aan eerdergenoemde pessimistische gedachte. Vooral de zaak *Seibert*, omdat het daarin niet om een incident bleek te gaan, maar om het beoogde

236 Steiker, 1996, p. 2543.

237 Steiker, 1996, p. 2544.

238 542 U.S. 600 (2004).

239 447 U.S. 727 (1980).

240 632 A.2d 374 (D.C. 1993).

241 337 U.S. 201 (1964).

resultaat van opleiding van politieagenten. Ook wijst Steiker nog op onderzoek waaruit volgde dat politieagenten in het algemeen gedragsregels pas bindend achten indien deze werden gehandhaafd door 'decision rules'.

3.2.4.3 *Potentiële gevolgen van acoustic separation*

Steiker duidt het verschil in informatiepositie tussen het algemene publiek enerzijds en politie en OvJ anderzijds aan met de term 'acoustic separation'. Beide groepen bevinden zich als het ware in geluiddichte afzonderlijke kamers, waarin ze niet kunnen horen welke regels aan de andere groep bekend worden gemaakt.

"The law enforcement community's easy access to decision rules should create concerns that sophisticated law enforcement agents will see some incentives to violate conduct rules when no court-imposed sanction will follow. And the public's lack of access to decision rules should cause us to worry that the public overestimates the court-imposed constraints on law enforcement."²⁴²

Aan het verschil in informatiepositie lijkt een aantal belangrijke nadelen te kleven. Steiker wijst erop dat door de onvolledige kennis in de publieke opinie het beeld kan ontstaan dat rechten van verdachten een veel hogere mate van bescherming genieten dan feitelijk het geval is. Alsmede dat een doeltreffende opsporing en vervolging ernstige hinder

ondervindt van de juridische obstakels die de rechterlijke macht opwerpt. Dat volgt, aldus Steiker, steevast uit opinieonderzoek onder het algemene publiek, net als een groot vertrouwen in politie en beperkte vrees voor 'police over-reaching'. Ook kan zo het idee postvatten dat de potentiële effectiviteit van het strafrecht als middel om allerlei problemen op te lossen heel groot is als de politie maar niet zoveel beperkingen zouden worden opgelegd. Steiker concludeert:

"We should worry that these views reflect a misguided belief that the Supreme Court regulates – indeed, over-regulates – police conduct to such a degree that we have little to fear from out-of-control officers and much more to fear from overly constrained officers, when police-conduct rules are in fact undercut by more invisible decision rules. (...) There is good reason to fear that the public's overestimation of the constraints on law enforcement induced by acoustic separation currently skews public policy. It seems to have become a distinctively American trait to see the police and the criminal justice process as the first line of defense against social decay. Recent transnational studies have revealed that the United States has one of the highest, if not the highest, incarceration rate of the world. (...) Of course, many social and cultural factors play a role in determining public policy. But we should worry about the impact of the public's misperceptions about constitutional constraints on law enforcement."²⁴³

242 Steiker, 1996, p. 2471.

243 Steiker, 1996, p. 2549-2550.

3.3 Slotopmerkingen bij hoofdstuk 3

In dit hoofdstuk werd in grote lijnen zichtbaar dat er parallellen bestaan tussen politieke kritiek die samenhangt met ontwikkelingen in de samenleving en aanpassingen in de rechtspraak van het Hooggerechtshof. Al is het een open deur: maatschappelijke ontwikkelingen corresponderen op dit terrein met veranderingen in het recht.

Het Hooggerechtshof heeft in de loop der jaren door interpretatie van de grondwet inhoud gegeven aan de daarin vervatte rechten van verdachten en de naleving van die rechten gewaarborgd door aan schending daarvan juridische consequenties te verbinden. Voornamelijk het 'Warren Court' toonde zich daarbij in de jaren vijftig en zestig bereid belangen van een efficiënte en effectieve opsporing ondergeschikt te maken aan bepaalde belangen van verdachten.

Maatschappelijke ontwikkelingen in de laatste dertig jaar van de vorige eeuw deden het draagvlak voor een extensieve interpretatie van grondwettelijke rechten van verdachten en voor een krachtige waarborging van die rechten slinken. De liberale rechtspraak van het 'Warren Court' waarin het er niet voor terugdeinsde op een 'regelende' wijze op te treden, werd in de samenleving en in de politiek zwaar bekritiseerd, vooral vanuit conservatieve republikeinse hoek. Verdachten zouden teveel profiteren en de politie zou te zeer aan banden zijn gelegd. De samenleving verlangde vooral beschermd te worden door de over-

heid en hecht minder belang aan bescherming tegen de overheid. De animo voor 'policing the police' nam af. De glans van de rechterlijke rol als beschermer van individuele rechten tegenover een machtige overheid vervloog in de perceptie van het algemene publiek. De positie van het slachtoffer in het strafproces werd belangrijker, net als vergelding in plaats van verbetering als strafdoel. Allemaal ontwikkelingen die meebrachten dat de rechter ervoor moet zorgen dat criminelen zo lang mogelijk worden opgesloten. De acceptatie van reacties op vormverzuimen, die berechting van de verdachte op basis van al het beschikbare bewijsmateriaal verhinderen, nam af.

Bewijsuitsluiting als reactie op ongrondwettige bewijsvergaring werd controversieel en doeltwit van populaire politieke kritiek. Om in deze veranderde context op overtuigende wijze impopulaire reacties op vormverzuimen, die aan waarheidsvinding en bestraffing in de weg kunnen staan, te verantwoorden, is een lastige opgave.

Deze ontwikkelingen lijken hun weerslag te hebben gehad op de rechtspraak van het Hooggerechtshof. Belangrijke precedënten van het 'Warren Court' werden niet overruled, maar op verschillende wijzen werden de aan schending van grondwettelijke rechten te verbinden rechtsgevolgen aan banden gelegd. De toegang tot de rechter om in het strafproces en in de 'habeas corpus' procedure te klagen over grondwetsschendingen werd beperkt. Op de bewijsuitsluitingsregel werden verschillende uitzonderingen gecreëerd en

aan de vraag welk bewijsmateriaal aangemerkt moet worden als de vrucht van ongrondwettig handelen, werd een beperkte uitleg gegeven. In grote lijnen bleven de gedragsregels voor de politie ('conduct rules') daarbij gelijk, maar de beslisregels voor de rechter ('decision rules') veranderden flink. De ruimte voor en de betekenis van 'policing the police' nam daarvoor in sommige opzichten binnen het kader van het strafproces af.

Het reageren op vormverzuimen staat sinds de rechtspraak van het 'Warren Court' in de maatschappelijke en politieke belangstelling. Maar die interesse leidt niet tot een genuanceerd beeld bij het algemene publiek. Dat iemand wordt veroordeeld ondanks gemaakte vormfouten, is nauwelijks nieuws, maar hoe anders is dat met een vrijspraak als gevolg van bewijsuitsluiting. Bij het algemene publiek leidt de selectie door de massamedia en de afhankelijkheid daarvan tot een vertekend beeld. De politie zou door de rechter aan allerlei sterk beperkende gedragsregels zijn gebonden en de rechter zou teveel oog hebben voor bescherming van rechten van verdachten en aan de lopende band wegens 'technicalities' criminelen vrijlaten. Deze onevenwichtige informatievoorziening, bergt volgens Steiker onder meer het risico in zich dat een te rooskleurig beeld ontstaat van de mogelijkheden van het strafrecht als middel om allerlei maatschappelijke problemen op te lossen. Daarnaast wijst zij erop dat de gemakkelijke toegang die degenen die professioneel bij de opsporing en vervolging zijn betrokken

hebben tot 'decision rules' ertoe kan leiden dat deze regels in de praktijk verworden tot gedragsregels. Alleen waar aan schending van gedragsregels een onwenselijk geachte juridische consequentie verbonden is, wordt de gedragsregel nageleefd. Dat is een pessimistische, maar gelet op de daarvoor aangereikte aanknopingspunten, wellicht niet helemaal onrealistische gedachte.

Terzijde zij hier vermeld, dat het juridisch wetenschappelijk debat in de Verenigde Staten vaak opvallend sterk in de sleutel staat van de strijd tussen verschillende stromen of opvattingen. Liberaal tegenover conservatief. Activistisch tegenover terughoudend. Republikeins tegenover democratisch. Vanuit Nederlands (polder-)perspectief bekeek onderzoek in elk geval met enige regelmaat de gedachte dat elk 'Court' ook vooral passende oplossingen zoekt voor de problemen van zijn tijd. Het 'Warren Court' zette rechten van verdachten op de kaart in een tijd waarin dat hoogstnoodzakelijk was. De scherpe kanten van die rechtspraak werden te scherp in een tijd, waarin ook bij de politie meer oog bestond voor rechten van verdachten en alternatieve mechanismen om rechtsschendingen te voorkomen of te redresseren, aan belang wonnen. Het 'Rehnquist Court' vijlde de scherpe kanten eraf en hield daarmee ook het respect voor grondwettelijke rechten in stand. De dynamiek van de samenleving vraagt om dergelijke genuanceerde en voortdurend op de bestaande maatschappelijke omstandigheden toe te snijden rechtspraak, die is

afgestemd op de moderne samenleving en politieorganisatie. Hoewel natuurlijk met enige regelmaat aan het Hooggerechtshof vragen worden voorgelegd waarbij ideologie en persoonlijke opvattingen een belangrijke rol spelen, is het zetten van de rechtspraak over bijvoorbeeld de bewijsuitsluitingsregel in het kader van enkel dergelijke politiek gekleurde individuele voorkeuren mogelijk te beperkt. Steun voor die wat relativerende gedachte kan bijvoorbeeld worden gevonden in het feit dat voorzitter Warren – destijds de republikeinse gouverneur van Californië – is benoemd door de republikeinse President Eisenhower, die dat later overigens zou hebben aangemerkt als “the biggest damned-fool mistake I ever made”.²⁴⁴ Maar ook in het feit dat in Nederland, zonder een dergelijke prominente plaats voor recht als uitkomst van (politieke) strijd, bewijsuitsluiting in de loop der jaren is teruggesnoeid in zijn toepassing.

244 Zie Wikipedia, Engelse versie, onder Earl Warren.

Reageren op vormverzuimen in de praktijk

We cannot assume that exclusion in this context is necessary deterrence simply because we found that it was necessary deterrence in different contexts and long ago. That would be forcing the public today to pay for the sins and in adequacies of a legal regime that existed almost half a century ago.

(Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586, 2006)

In dit hoofdstuk wordt een beeld gegeven van het stelsel van reacties op vormverzuimen en van de wijze waarop dat in de praktijk functioneert. Daarin komen tamelijk concrete vragen aan de orde aan de hand waarvan inzicht wordt geboden in de opzet van het stelsel, zoals: Wie kan een beroep doen op een vormverzuim? Op welke momenten in de procedure kan een beroep worden gedaan op een vormverzuim? Hoe is de bewijslast verdeeld? Wat voor soorten reacties kunnen aan een geconstateerd vormverzuim in het strafproces worden verbonden? Welke alternatieve reactiemogelijkheden bestaan buiten het strafproces? Maar ook wordt het onderwerp op een wat abstracter niveau benaderd. Aandacht wordt bijvoorbeeld besteed aan de wijze waarop de inhoud van grondwettelijke rechten ('rights') wordt beïnvloed door de beschikbare 'remedies' voor rechtsschendingen. Ook

wordt stilgestaan bij de ontwikkeling van en de discussie over verschillende door de rechter in en buiten het strafproces toe te passen 'remedies'. Vanwege zijn belangrijke rol in het Amerikaanse strafproces, gaat de aandacht daarbij in het bijzonder ook uit naar de 'exclusionary rule'.

4.1 Rechtersrecht

In de Verenigde Staten is het de rechter die vorm geeft aan de wijze waarop in het strafproces op vormfouten wordt gereageerd. Althans voor zover het daarbij gaat om schending van normen die zijn neergelegd in de grondwet of daaruit in de interpretatie van het Hooggerechtshof voortvloeien, hetgeen het geval is voor de belangrijkste strafprocessuele normen.²⁴⁵ Onder aanhaling van de bewoordingen van raadsheer Frankfurter uit 1943 formuleerde het Hooggerechtshof in 2009 kernachtig als volgt: "The history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards."²⁴⁶ Grote betekenis komt daarbij toe aan het door het Hooggerechtshof ontwikkelde stelsel van door de rechter aan schending van grondwettelijke rechten te verbinden rechtsgevolgen. De bewoordingen waarin rechten in de grondwet zijn vervat, bieden vaak een tamelijk grote

245 Stuntz, 1997, p. 447, geciteerd in paragraaf 4.5.2.5. Waar handboeken betreffende het Amerikaanse strafprocesrecht het onderwerp behandelen, wordt ook vrijwel uitsluitend ingegaan op de rechtspraak van het Hooggerechtshof.

246 *Corley v. United States*, No. 07-10441 (2009) onder II C, daarbij citerend uit de opinie van raadsheer Frankfurter in de zaak *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943). Een kernachtig citaat kan ook worden ontleend aan *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49 (1949): "(...) the history of the criminal law proves overwhelmingly that brutal methods of law enforcement are essentially self-defeating, whatever may be their effect in a particular case. (...) Law triumphs when the natural impulses aroused by a shocking crime yield to the safeguards which our civilization has evolved for an administration of criminal justice at once rational and effective."

ruimte voor interpretatie. Hun werkelijke inhoud en praktische betekenis krijgen deze rechten daarom pas door toepassing en interpretatie ervan in concrete gevallen. Het Hooggerechtshof heeft door zijn interpretatie van de verschillende grondwettelijke amendementen wezenlijke strafprocessuele rechten gepreciseerd en voorzien van procedurele waarborgen, waarmee het invulling heeft gegeven aan zijn verantwoordelijkheid voor een grondwetconforme strafrechtspleging: "Although the Constitution aims to create a government adaptable to practical exigencies, the framers also feared the arbitrariness and tyranny that could result if power were concentrated in the political branches. Within the constitutional scheme, an important role of the judiciary is to represent the people's continuing interest in the protection of long-term values, of which popular majorities, no less than their elected representatives, might sometimes lose sight. The Constitution thus contemplates a judicial "check" on the political branches not merely to redress particular violations, but to ensure that government generally respects constitutional values – one of the hallmarks of the rule of law."²⁴⁷

De dominantie van het Hooggerechtshof op het terrein van het bepalen van de rechtsgevolgen van vormfouten kent verschillende oorzaken. Natuurlijk speelt zijn positie als hoogste autoriteit, waar het de uitleg van de grondwet betreft een belangrijke rol. Die uitleg bindt zowel de federale als de statelijke wetgevers en rechters. Zodra het Hoog-

gerechtshof heeft geoordeeld dat de bescherming van een bepaald grondwettelijk recht een bepaalde reactie vereist bij schending van dat recht, ligt het buiten de bevoegdheid van de federale en de statelijke wetgever en rechter om een alternatieve afdoening van dergelijke vormverzuimen te regelen, in elk geval voor zover dat alternatief het desbetreffende grondwettelijk recht in mindere mate waarborgt. De wetgever en statelijke rechter mogen dus wel een verdergaande bescherming bieden, maar daarvoor bestaat, zoals in het licht van de in hoofdstuk 3 beschreven ontwikkelingen weinig verrassend mag heten, niet snel een (politieke) meerderheid. De wetgever speelt Mitsdien geen belangrijke rol bij de vormgeving van reacties op vormverzuimen. In gevallen waarin de grondwet een bepaald rechtsgevolg niet rechtstreeks voorschrijft, heeft het Hooggerechtshof de wetgever ook wel de ruimte geboden een ander dan het door het Hooggerechtshof gecreëerde stelsel van waarborgen in het leven te roepen, mits dat een even effectieve bescherming biedt aan de onderliggende grondwettelijke rechten. De zaken *Wolf v. Colorado*²⁴⁸ en *Miranda* zijn voorbeelden daarvan. De wetgeving waartoe deze 'uitnodiging' in de laatstgenoemde zaak heeft geleid, is door het Hooggerechtshof echter voor een belangrijk deel strijdig met de grondwet geoordeeld. Door die wetgeving, waarmee ofwel versoepeling werd beoogd van regels strekkende ter bescherming van grondwettelijke rechten, ofwel verzachting van de gevolgen van vormfouten, zou volgens het

247 Fallon & Meltzer, 1991, p. 1787-1788.

248 338 U.S. 25 (1949).

Hooggerechtshof de grondrechtenbescherming beneden het grondwettelijk vereiste niveau worden gebracht.²⁴⁹

De in het strafproces toe te passen reacties op vormfouten, zoals de 'exclusionary rule' of 'dismissal' van een zaak, zijn door de rechter in het leven geroepen. Het reageren op vormverzuimen heeft zich ontwikkeld tot een zeer gedetailleerd leerstuk, dat vrijwel uitsluitend vorm heeft gekregen in rechtspraak. Een enkele uitzondering daargelaten, staat de rechtspraak van het Hooggerechtshof in het hiernavolgende daarom centraal.

4.2 Interactie tussen recht en remedie

Grondwettelijke rechten worden zowel in de rechtspraak van het Hooggerechtshof als in het juridisch wetenschappelijk debat op verschillende wijzen gecategoriseerd en ontleed. Het Hooggerechtshof onderscheidt, zoals in het vorige hoofdstuk besproken, bijvoorbeeld de kern van een grondwettelijk recht van zijn periferie.²⁵⁰ Ook spreekt het wel van het eigenlijke grondwettelijke recht en daarnaast bestaande niet rechtstreeks uit de grondwet voortvloeiende regels die als voorzorgsmaatregelen ('prophylactic rules') gelden ter bescherming tegen aantasting van dat eigenlijke grondwettelijke recht.²⁵¹ In de literatuur wordt ook wel onderscheid gemaakt tussen 'conduct rules' en 'decision rules'.²⁵² D.L. Levinson²⁵³ gaat in een verhelderend artikel in op het tussen 'rights' (het eigenlijke grondwettelijke recht) en 'remedies' (regels die ertoe

strekken dat recht te waarborgen) gemaakte onderscheid. Hij zet uiteen hoe – in zijn ogen overigens ten onrechte – dit onderscheid in de rechtspraak van het Hooggerechtshof op verschillende manieren een rol speelt.

Hier wordt eerst kort ingegaan op de betekenis die dit onderscheid heeft in de praktijk en in de theorievorming over legitimiteit van oordelen van het Hooggerechtshof zowel in verhouding tot de wetgever als in verhouding tot zijn eigen eerdere rechtspraak. Uitgebreider aandacht wordt vervolgens besteed aan Levinson's belangrijke observaties aangaande de wijze waarop rechten en remedies elkaar wederzijds beïnvloeden.

4.2.1 Onderscheiden van recht en remedie

Verhouding tussen wetgever en rechter

In de verhouding tot de wetgever speelt het onderscheid tussen recht en remedie een rol bij de bevoegdheidsafbakening tussen rechter en wetgever en bij het funderen de bevoegdheid van de rechter om wetten ongrondwettig te oordelen ('the power of judicial review'). Uit *Marbury v. Madison*²⁵⁴ volgt weliswaar dat de rechter het laatste woord heeft over de inhoud van de grondwet, maar de 'Civil War Amendments' geven aan het Congres de bevoegdheid die Amendementen te handhaven ('enforce') door middel van daartoe geschikte wetgeving. Daarbij kan het Congres in het vaarwater van de rechter komen. Bij het bepalen van de grenzen van de bevoegdheid van het Congres, heeft het Hooggerechtshof

249 Zie daarover paragraaf 6.5.2.2.

250 Zie daarover nader paragraaf 3.2.3.

onderscheid gemaakt tussen enerzijds het definiëren van de inhoud van een grondwettelijk recht, hetgeen uitsluitend tot de bevoegdheid van de rechter behoort, en anderzijds de implementatie van die rechten en het voorkomen of herstellen van schendingen daarvan, hetgeen tot de primaire bevoegdheid van het Congres behoort, doch op welk terrein ook de rechter bevoegd is.²⁵⁵ Het onderscheid tussen 'rights' en 'remedies' gaat op die manier hand in hand met de verdeling van de bevoegdheidssferen tussen het Hooggerechtshof en het Congres.

De argumentatie die aan het gemaakte onderscheid ten grondslag ligt, komt erop neer dat de rechter vanwege zijn binding aan rechtsbeginselen en relatieve afzondering van politieke druk bij uitstek gekwalificeerd is tot uitleg van de precieze betekenis van de in de grondwet vervatte rechten.²⁵⁶ De wetgever

bevindt zich daarentegen in een betere positie om de waarborging van die rechten te reguleren, vanwege zijn uitgebreider mogelijkheden tot het doen van feitenonderzoek en tot het bereiken van daarop gebaseerde compromissen, waarin de voor- en nadelen die in de praktijk van bepaald beleid zijn te verwachten tegen elkaar kunnen worden afgewogen.²⁵⁷

Daarnaast geldt dat wanneer het Congres zelf zou kunnen bepalen wat de inhoud van een grondwettelijk recht is, het daarmee in feite de zware voor grondwetswijziging noodzakelijke procedure zou kunnen omzeilen.²⁵⁸

De in het verlengde van deze bevoegdheidsverdeling liggende mogelijkheid voor het Hooggerechtshof om in het kader van 'judicial review' door het Congres gegeven wetten ongrondwettig te verklaren staat, zoals in paragraaf 2.4.1. al aangestipt, op gespannen voet met democratie opgevat in die zin dat de

251 Zie bijv. *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

252 Zie Steiker, 1996, p. 2470.

253 Levinson, 1999, p. 857-940.

254 5 U.S. 137 (1803).

255 Levinson, 1999, p. 863-864. Bij wijze van voorbeeld behandelt hij de beslissing in de zaak *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997), waarin het Hooggerechtshof de Religious Freedom Restoration Act (RFRA) strijdig oordeelde met de grondwet. De RFRA strekte ertoe de rechtspraak van het Hooggerechtshof terug te draaien volgens welke de toelaatbaarheid van wetgeving die de uitoefening van religie beperkt moest worden getoetst aan de vraag of zij algemeen toepasselijk en 'facially neutral' is. De RFRA schreef een andere toetsing voor: "This, the Court decided, was beyond the scope of Congress's enforcement power because "[l]egislation which alters the meaning of the Free Exercise Clause cannot be said to be enforcing the Clause. Congress does not enforce a constitutional right by changing what the right is." Although previous cases had suggested that Congress might in fact have the 'substantive' power to enforce its own interpretation of Fourteenth Amendment rights, the Flores majority limited Congress to legislation that 'deters or remedies constitutional violations,' leaving what counts as a constitutional right or a violation of a right to be determined exclusively by the Court (...)", aldus Levinson.

256 Zie bijv. het citaat uit *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 165 (1952) in paragraaf 4.5.1.1.

257 Levinson, 1999, p. 865.

258 Zo overwoog het Hooggerechtshof in *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

wil van de meerderheid doorslaggevend moet zijn, zogenaamd 'majoritarianism'.

"Worries about the legitimacy of less-democratically-accountable judges trumping the political preferences of more-democratically-accountable legislators – in shorthand, the "counter-majority difficulty" – have haunted modern constitutional law."²⁵⁹

Verschillende theorieën zijn daarom ontwikkeld ter verdediging van de legitimiteit van 'the power of judicial review'. Deze hebben als gemeenschappelijk uitgangspunt dat grondwettelijke rechten kwalitatief van een hogere orde worden geacht dan gewone wetgeving en dat het bij interpretatie van rechten in de grondwet om iets wezenlijk anders gaat dan bij het op grond van politieke en beleidsmatige overwegingen formuleren van gewone wetgeving. Het vaststellen van de precieze inhoud van grondwettelijke rechten kan om die reden beter aan de onafhankelijke rechter worden overgelaten.²⁶⁰ Dat zou niet gelden voor het met gewone wetgeving vergelijkbare bepalen van remedies bij schending van de uit de grondwet gedestilleerde rechten, waarbij pragmatische aspecten ook sterk op de voorgrond treden.²⁶¹ Levinson noemt deze visie een illusie en betoogt dat ook voor grondwettelijke rechten geldt dat zij bedoeld zijn om betekenis te hebben in 'the real world',

zodat hun vorm altijd beïnvloed zal worden door pragmatische overwegingen ten aanzien van implementatie en handhaving:²⁶² "(...) the enterprise of constitutional law, on both sides of the right/remedy line, is as much about public policy as it is about political theory, moral philosophy, or backward-looking interpretation of text or history."²⁶³

Verhouding tot eerdere rechtspraak

In de verhouding van het Hoogerechtshof tot zijn eerdere rechtspraak speelt het onderscheid tussen grondwettelijk recht en de regels ter handhaving daarvan eveneens een belangrijke rol. Hierbij past een verwijzing naar de in het vorige hoofdstuk beknopt beschreven wijze waarop het Hoogerechtshof in de decennia na het 'Warren Court' de inhoud van grondwettelijke rechten ('rights') in belangrijke mate ongewijzigd heeft gelaten, terwijl sprake is geweest van een 'revolutionaire' verandering op het gebied van 'remedies' bij schending van die rechten.²⁶⁴ Op die manier bleef het Hoogerechtshof trouw aan het beginsel van 'stare decisis',²⁶⁵ althans in die zin dat het belangrijke precedënten, waarin over de inhoud van grondwettelijke rechten was beslist, in stand liet. Door deze precedënten niet te overrulen, kon het beeld worden gehandhaafd dat het bij grondwettelijke

259 Levinson, 1999, p. 932.

260 Zie ook de citaten in paragraaf 4.1. en in paragraaf 9.2. van Stewart, 1983.

261 Levinson, 1999, p. 932-933. "Constitutional judgements must be qualitatively different from ordinary legislative and administrative ones, and preferably they should be judgements that courts are uniquely qualified to make. (...) The process of formulating constitutional remedies, on the other hand, is understood to duplicate in important respects ordinary legislative and executive decisionmaking."

262 Levinson, 1999, p. 926.

263 Levinson, 1999, p. 927.

264 Zie Steiker, 1996.

265 Zie paragrafen 2.4.2. en 3.2.3.

rechten om een hogere vorm van recht gaat, waarvan de inhoud niet meebeweegt met de politieke voorkeuren van de oordelende rechters, terwijl toch wijzigingen konden worden doorgevoerd met grote praktische betekenis.²⁶⁶ Of, zoals Levinson het formuleert: “explicit renunciation [of Miranda] by a Court perceived as politically conservative would sacrifice considerable legitimacy, independent of the popularity on the merits of the revoked rights. Eliminating remedies, on the other hand, does not create the same kind of legitimacy problems, not just because remedies are much less visible to the public, but, more importantly, because constitutional theory takes for granted that remedies are expected to change along with political and policy preferences. Stare decisis applies much stronger to rights than to remedies.”²⁶⁷

Juridische theorie

Ook in de juridische theorievorming is geprobeerd te onderscheiden tussen recht en remedie, teneinde de aan de rechter voorbehouden bevoegdheidssfeer van het ‘pure’ grondwettelijke recht af te bakenen van de ‘gewone’ door feiten en praktische aspecten geregeerde regels ter handhaving van dat

recht.²⁶⁸ Het keurslijf van deze theorieën wringt echter in die gevallen waarin de rechter zich min of meer intensief met de remedie bemoeit, of waarin hij zogenaamde ‘prophylactic rules’ formuleert. In beide gevallen schort het dan immers aan het hogere en aan rechterlijke interpretatie voorbehouden karakter van de gegeven regels. Op dergelijke rechtspraak kan dan als kritiek worden gegeven dat het Hooggerechtshof zijn bevoegdheid overschrijdt²⁶⁹ of dat deze politiek gemotiveerd is.²⁷⁰ Dat kan schadelijk zijn voor het aanzien van het Hooggerechtshof.

Levinson echter schaaft deze theorieën, waarin geprobeerd wordt een scherp onderscheid te maken tussen recht en remedie onder de noemer ‘rights-essentialism’ en zet zich daartegen af, omdat hij meent dat daardoor versluierd wordt wat werkelijk gebeurt: “There is no such thing as a constitutional right, at least not in the sense that courts and constitutional theorists often assume. A leading strategy employed by constitutional discourse to legitimate and protect the privileged status of constitutional rights is to segregate sharply the superior realm of rights from the inferior realm of remedies. The right/remedy distinction in constitutional law serves to maintain

266 Levinson, 1999, p. 934, en zie over dit proces verder paragraaf 3.2.3.

267 Levinson, 1999, p. 935.

268 Levinson, 1999, p. 866. Hij wijst hierbij onder meer op de theorie van Monaghan betreffende ‘over-enforcement’ van grondwettelijke rechten door de rechter, waarvan sprake is wanneer de rechter verdergaande eisen stelt dan de grondwet voorschrijft en Sager’s theorie over ‘under-enforcement’, waarvan sprake is wanneer de rechter grondwettelijke rechten niet handhaaft tot aan hun ‘full conceptual boundaries’, alsmede op het werk van Dworkin die, in lijn met het onderscheid tussen recht en remedie onderscheid maakt tussen ‘arguments of principle and arguments of policy’.

269 Levinson, 1999, p. 933. Zie de discussie hierover in bijv. *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000) met ‘dissenting opinion’ van raadsheer Scalia waarbij raadsheer Thomas zich aansloot. Zie ook *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760 (2003).

270 Steiker, 1996, p. 2480.

the illusion that rights are defined by courts through a mystical process of identifying “pure” constitutional values without regard to the sorts of functional, fact-specific policy concerns that are relegated to the remedial sphere. This illusion is fundamental to the self-image and perceived legitimacy of constitutionalism and judicial review. In actual practice of constitutional adjudication, however, the qualitative distinction between rights and remedies blurs, or even dissolves. (...) rights and remedies in constitutional law are interdependent and inextricably intertwined.”²⁷¹

Deze discussie over grondwetsinterpretatie en de daarbij aan de bevoegdheid van de verschillende staatsmachten gestelde grenzen kan hier verder buiten beschouwing blijven. Belangrijk in het kader van het onderhavige onderzoek zijn evenwel Levinson’s observaties betreffende de in de praktijk bestaande wisselwerking tussen de inhoud van grondwettelijke rechten en toepasselijke remedies bij schending van die rechten. Tussen recht en remedie bestaat daardoor een symbiotische relatie.²⁷² Hij duidt de dynamiek in deze onderlinge verhouding aan met de term ‘remedial equilibrium’ en behandelt drie manieren waarop dit in de praktijk vorm krijgt meer uitgebreid, te weten ‘remedial deterrence’, ‘remedial incorporation’ en ‘remedial substantiation’. Daarop wordt hier nader ingegaan. Opmerking

verdient daarbij dat met de besproken wijzen waarop dit ‘uitbalanceren’ vorm krijgt, geen uitputtend overzicht is geboden. Levinson stipt ter illustratie daarvan nog aan dat de toepasselijke remedie bijvoorbeeld tot gevolg kan hebben dat enkel een bepaald soort zaken aan het Hooggerechtshof worden voorgelegd, zodat rechtsvorming vooral in die zaken plaatsvindt hetgeen weer een bredere invloed kan hebben op de ontwikkeling van het desbetreffende grondwettelijke recht.²⁷³

4.2.2 Remedial deterrence

Onder ‘remedial deterrence’ moet worden verstaan dat de rechter de inhoud van een recht op zodanige wijze vorm geeft, dat toepassing van een onwenselijke remedie wordt vermeden. Hoe zwaarder de toepasselijke remedie, hoe terughoudender de rechter zal zijn met het aannemen van een schending van een recht. In zijn meest extreme vorm brengt dit mee dat in gevallen waarin geen levensvatbare remedie beschikbaar is ook het bestaan van een recht niet wordt onderkend.²⁷⁴

“Remedial deterrence reflects simple economics. We should expect that raising the “price” of a constitutional violation by enhancing the remedy will, all things being equal, result in fewer violations. The primary method available to courts for lowering the number of violations

271 Levinson, 1999, p. 857.

272 Levinson, 1999, p. 873, 884 en 914.

273 Levinson, 1999, p. 912.

274 Levinson, 1999, p. 884-885. Als voorbeeld (p. 893) wordt genoemd *Paul v. Davis*, 424 U.S. 693 (1976) waarin een ‘section 1983-vordering’ tot schadevergoeding (zie daarover nader paragraaf 4.6.1.3.) wegens het uitdelen van flyers ter identificatie van actieve winkeldieven met naam en foto werd afgewezen, omdat reputatie niet wordt beschermd door de ‘due process’ clausule. Dit volgens verschillende auteurs moeilijk in de eerdere rechtspraak in te passen oordeel is wel verklaard uit de vrees dat claims op basis van ‘section 1983’ een te grote vlucht zouden nemen.

is to pare back the constitutional right. The same should be true, in the reverse, of lowering the price of constitutional violations by curtailing remedies.”

In dit verband kan verwezen worden naar de constatering van Whitebread & Slobogin dat de zwaarte van de bij het aannemen van een schending van het door het Zesde Amendement gewaarborgde recht op een ‘speedy trial’ vereiste ‘dismissal’, gerechten zeer huiverig maakt een dergelijke schending anders dan in de meest extreme gevallen aan te nemen.²⁷⁵ Levinson geeft verschillende andere voorbeelden. Het eerste heeft betrekking op de al dan niet retroactieve toepassing van nieuwe door het Hooggerechtshof aan de grondwet ontleende strafprocessuele rechten. Totdat het Hooggerechtshof in de zaak *Teague v. Lane*²⁷⁶ als algemene regel formuleerde dat dergelijke nieuwe regels steeds toepasselijk zijn zolang een veroordeling niet onherroepelijk is, maar in het algemeen niet toepasselijk zijn wanneer gewone rechtsmiddelen zijn uitgeput,²⁷⁷ besliste het Hooggerechtshof ‘on a right-by-right basis’ in welke mate deze retroactief werden toegepast. In die rechtspraak werd soms uitdrukkelijk onder ogen gezien dat het niet verbinden van retroactiviteit het

creëren van nieuwe rechten bevordert, en daarvoor soms zelfs een noodzakelijke voorwaarde is, doordat de ‘kosten’ van invoering daardoor tot een aanvaardbaar niveau worden gereduceerd.²⁷⁸ Door bijvoorbeeld in hoofdzaak aan de in *Miranda v. Arizona*²⁷⁹ geformuleerde rechten een retroactieve toepassing te onthouden, vermeed het Hooggerechtshof de ‘remedial deterrent threat’ die uitging van retroactieve toepassing, erin bestaand dat een groot deel van de gevangenen in vrijheid zouden moeten worden gesteld, omdat in hun zaken aan de nieuwe ‘Miranda-rechten’ nog geen toepassing was gegeven.

Levinson onderkent dat in concrete gevallen vaak moeilijk met een grote mate van zekerheid het verband kan worden aangetoond tussen de inhoud van het recht en de toepasselijke remedie,²⁸⁰ maar een sprekend voorbeeld kan worden gevonden in de rechtspraak over zogenaamde ‘Batson-violations’. In *Batson v. Kentucky*²⁸¹ oordeelde het Hooggerechtshof het in strijd met het recht op berechting door een jury uit het Zesde Amendement en de ‘Equal Protection Clause’ uit het Veertiende Amendement indien een OvJ bewerkstelligt dat een lid uit de jury wordt verwijderd, terwijl daaraan raciale motieven ten grondslag liggen.

275 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 704, zie ook hierna paragraaf 8.7.

276 489 U.S. 288 (1989).

277 Zie daarover nader paragraaf 2.2.

278 Levinson, 1999, p. 889, verwijst daarbij onder meer naar *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967) en *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965) en naar Fallon & Meltzer, 1991, p. 1733 en 1738-1749, bevattende een bespreking van retroactiviteit pre en post *Teague*.

279 384 U.S. 436 (1966).

280 “(...) claiming that a right would be different if a different remedy followed entails a counterfactual claim that is ordinarily highly speculative: that the right would have been A rather than B if the remedy had been X rather than Y. (...) Lacking access to the ‘real’ right (even assuming the ontology of such an entity), the best we can do is observe the changes in judicial decisionmaking and test likely causes”, aldus Levinson, 1999, p. 890.

281 476 U.S. 79 (1986). Zie voor een recente beslissing in dit verband *Snyder v. Louisiana*, No. 06–10119 (2008).

Indien de 'trial judge' een schending van deze regel constateert kan hij het desbetreffende jurylid herinstalleren, of kan hij bevelen dat de gehele juryselectieprocedure opnieuw worden aangevangen. Wordt de schending echter eerst in hoger beroep vastgesteld, dan volgt zonder uitzondering een 'reversal', vernietiging, van de veroordeling. 'Batson-violations' behoren tot de beperkte categorie van de zogenaamde 'structural errors': procedurele fouten ten aanzien waarvan niet wordt beoordeeld of sprake is van een 'harmless error'.²⁸² Ook indien de schending vermoedelijk geen invloed heeft gehad op de uitkomst in de strafzaak, moet vernietiging volgen. Dat is een ingrijpend rechtsgevolg, te meer daar het Hoogerechtshof in zijn rechtspraak – waarin in dit verband afwisselend is gewezen op de schade voor de verdachte, voor het verwijderde jurylid en voor de samenleving als geheel – is bewogen in de richting van de visie dat vooral het verwijderde jurylid het slachtoffer is van een 'Batson-violation'. Daardoor rijst in versterkte mate de vraag waarom de veroordeelde het voordeel in de shoot geworpen moet worden van een vernietiging. Een dergelijke vernietiging dient dan niet ter compensatie van door de veroordeelde ondervonden nadeel. Hoge 'kosten' dus, zonder gemakkelijk aanwijsbare rechtvaardiging.²⁸³ De op basis van de werking van 'remedial deterrence' te verwachten effecten treden – zo is uit onder-

zoek gebleken – in de praktijk ook daadwerkelijk op: "the Batson right as applied by trial judges, with a mild remedy, is significantly more expansive than the Batson right as applied by appellate judges, with a severe remedy". Zouden 'Batson-violations' in appel wel onderworpen zijn aan een 'harmless error' toetsing, dan is volgens Levinson te verwachten dat vaker een schending wordt aangenomen.²⁸⁴

Kortom, naarmate de 'kosten' van een recht hoger zijn, en over het gerechtvaardigd zijn daarvan geen overeenstemming bestaat, is te verwachten dat het recht in omvang afneemt door een engere interpretatie, zodat minder vaak een schending hoeft te worden aangenomen, terwijl meer ruimte zal worden gecreëerd om aan schendingen minder hevige gevolgen te verbinden.²⁸⁵ Van dat laatste fenomeen is het formuleren van diverse uitzonderingen op de 'exclusionary rule' een voorbeeld. Net als het uitbreiden van de 'harmless error doctrine'.

G. Calabresi beschrijft in een artikel over de bewijsuitsluitingsregel nog twee interessante effecten van 'remedial deterrence'. Om te voorkomen dat een schuldige verdachte moet worden vrijgesproken, is de rechter geneigd in grensgevallen te oordelen dat rechtmatig is gehandeld. Dit oordeel fungeert vervolgens als precedent voor een volgende zaak en zo wordt bijvoorbeeld steeds verder opgerekt

282 Levinson, 1999, p. 891. Zie over 'structural errors' en de 'harmless error doctrine' ook paragraaf 2.2.

283 Levinson schrijft in dit verband: "As one commentator puts the point, "A prosecutor's illegal courtroom decision to dismiss a juror on account of race or gender should have the same consequences for the defendant as that prosecutor's illegal office decision to fire a secretary on account of race or gender." The fact that reversal is unjustifiable as a matter of compensatory justice, and the fact that it results in convicted criminals going free, makes it seem all the more severe." Levinson, 1999, p. 891.

284 Levinson, 1999, p. 892.

285 Levinson, 1999, p. 915.

wat onder een 'reasonable search' kan worden verstaan, of wat gelden als 'exigent circumstances' die een zoeking zonder 'warrant' toelaatbaar maken. Calabresi noemt dit het 'hydraulic effect' en spreekt van een 'slippery slope'.²⁸⁶ Voorts wijst hij erop dat dit niet alleen speelt bij de uitleg van het recht, maar ook bij het doen van feitelijke vaststellingen. Bij twijfel tussen verschillende verklaringen is de rechter geneigd geloof te hechten aan die lezing van de feiten waarin geen vormfout met een ingrijpend rechtsgevolg behoeft te worden aangenomen.

4.2.3 Remedial incorporation

Het punt dat Levinson onder de noemer 'remedial incorporation' wil maken is dat het Hoogerechtshof, teneinde zijn interpretatie van de grondwet in de praktijk betekenisvol te kunnen laten zijn ter beïnvloeding van overheidshandelen, bij die interpretatie per definitie rekening moet houden met pragmatische aspecten. De uitleg die het Hoogerechtshof geeft aan grondwettelijke rechten moet daarom wel meer regelend van karakter zijn dan de bewoordingen waarin rechten in de grondwet zelf zijn vervat. Als gevolg daarvan kunnen de regels waarin het Hoogerechtshof vorm geeft aan de rechten in de grondwet steeds worden gezien als verdergaand ('over-inclusive') dan de grondwet zelf, dan wel als minder vergaand ('under-inclusive'), afgezet tegen een ultieme implementatie van de in de grondwet gegeven rechten:

"The degree of over- and underinclusiveness of any given constitutional rule will depend on such factors as the administrability and expense of a more precise rule and the error costs of false negatives and false positives. Nothing in the Constitution's text, structure and history, and no amount of philosophizing about values or principles, will help courts to balance such remedial concerns. Yet every constitutional rule takes account of them."²⁸⁷ Een sterk voorbeeld van het betrekken van pragmatische overwegingen in zijn constitutionele rechtspraak bieden de gevallen waarin het Hoogerechtshof het voor een daadwerkelijke bescherming van grondwettelijke rechten noodzakelijk acht 'prophylactic rules' te formuleren.

4.2.4 Remedial substantiation

Met de term 'remedial substantiation' doelt Levinson op het verzwaren of juist minder ingrijpend maken van de aan schending van een recht te verbinden gevolgen. Ook in dit opzicht vormt een recht één geheel met de bijbehorende remedie. Een van de kerngedachten bij 'remedial substantiation' is dat de praktische betekenis van een recht in direct verband staat met de zwaarte van het rechtsgevolg dat aan schending ervan wordt verbonden. De mate waarin een individueel recht wordt geëerbiedigd neemt toe of af naarmate de remedie bij schending in zwaarte toe- of afneemt.²⁸⁸ Bij die gedachte geeft ook Levinson – net als Steiker²⁸⁹ – er blijk van geen groot

286 Calabresi, 2003, p. 112.

287 Levinson, 1999, p. 904.

288 Levinson, 1999, p. 887-888 en p. 904.

289 Zie paragraaf 3.2.4.

vertrouwen te stellen in de spontane bereidheid van politieambtenaren tot eerbiediging van rechten, zonder de dreiging van ingrijpende gevolgen van schending van die rechten.²⁹⁰ Een voorbeeld van 'remedial substantiation', maar dan in omgekeerde vorm, biedt de rechtspraak van het Hooggerechtshof van na het 'Warren Court' op het vlak van strafprocessuele rechten van verdachten, waarin, zoals Levinson het kernachtig formuleert: "the formal shells of (...) [major Warren Court criminal procedure] rights have been maintained while their substance has been eroded by proliferating exceptions to the exclusionary rule, expansion of harmless error doctrine and curtailment of habeas corpus—that is, by diminishing remedies."

De omvang van de daadwerkelijke bescherming die verdachten aan bepaalde rechten, zoals het 'privilege against self-incrimination' uit het Vijfde Amendement konden ontlelen, was door de 'Miranda-rechtspraak' sterk toegenomen. Het Hooggerechtshof heeft dit niveau van bescherming vanwege de daaraan verbonden te hoog geachte 'kosten' teruggebracht. Op dit in hoofdstuk 3 al kort beschreven proces, dat zich ook op verschillende andere gebieden heeft voltrokken, wordt in de volgende hoofdstukken meer specifiek ingegaan.

4.3 Retroactieve toepassing van nieuwe jurisprudentiële regels

Bij het formuleren van nieuwe strafprocessuele regels waaraan verdachten rechten kunnen ontlelen, speelt de mate waarin aan die regels terugwerkende kracht toekomt een rol. Levinson betoogt dat bij een meer tactische benadering de keuze tussen het wel of niet retroactief toepassen van een nieuwe regel niet eenvoudig is:

"For a Justice committed to maximizing (or minimizing) the amount of constitutional criminal procedure protection, (...) the optimal position on retroactivity is not at all obvious. Indeed, the competing considerations of remedial deterrence and remedial substantiation probably account for the odd political alignments of the Justices on the retroactivity question, with nonretroactivity favored both by Justices opposed to the new rights and wanting to limit their application as much as possible, and by Justices hoping to pave the way for even more new rights by lowering the cost."²⁹¹

Tot aan de jaren zestig van de vorige eeuw werden aan nieuwe rechtspraak van het Hooggerechtshof ontleende rechten volledig retroactief toegepast. Dat vloeide voort uit de in common law gewortelde veronderstelling dat de rechter geen nieuw recht creëerde, maar enkel het bestaande recht 'vond'.²⁹² Dat bracht mee dat nieuwe rechtspraak niet alleen

290 Levinson, 1999, p. 911: "More generally, one might doubt the extent to which government officials whose behaviour is governed by constitutional law care much about constitutional rights except as predictors of legal risk, which is a function of remedies—especially in the context of criminal justice where there are strong normative reasons for pushing against constitutional limits."

291 Levinson, 1999, p. 913.

292 Zie de meerderheidsopinie in *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965) onder I.

gold voor de beoordeelde zaak en alle toekomstige vervolgingen, maar ook voor:

1. voordien aangevangen vervolgingen waarin het onderzoek ter terechtzitting nog moest plaatsvinden, of waarin een veroordeling nog aan hoger beroep onderworpen was;
2. zaken waarin de veroordeling onherroepelijk was,²⁹³ maar waarin de mogelijkheid van een 'federal habeas corpus'-procedure nog openstond.²⁹⁴

Omdat laatstgenoemde mogelijkheid zowel ten aanzien van veroordelingen in federale als in statelijke strafzaken bestond zo lang de veroordeelde zich 'in custody'²⁹⁵ bevond, kon nieuwe rechtspraak ook voor heel veel veroordeelden gevolgen hebben.

Het 'Warren Court' achtte beperking van de mogelijkheid van een 'habeas corpus'-procedure niet aangewezen. De kans bestond immers dat zijn innovatieve jurisprudentie onvoldoende in de statelijke rechtspraak zou doordringen indien de mogelijkheid ontbrak om een statelijke veroordeling in een 'habeas corpus'-procedure aan te vechten voor een federale rechter.²⁹⁶ In 1963 verruimde het 'Warren Court' juist de toegang tot de 'habeas corpus'-procedure. In de zaak *Fay v. Noia*²⁹⁷

oordeelde het, in afwijking van eerdere rechtspraak,²⁹⁸ dat de omstandigheid dat een veroordeelde niet ter terechtzitting of in appel een beroep had gedaan op de nieuwe rechtspraak, afgezien van het geval waarin hij geacht moest worden met opzet de statelijke procedures te hebben willen passeren, niet in de weg stond aan beoordeling van dat beroep in een federale 'habeas corpus'-procedure. Het besef dat onbegrensde retroactieve toepassing van nieuwe rechten in combinatie met de ruime toegang tot de 'habeas corpus'-procedure – vooral bij omvangrijker innovaties in de rechtspraak van het Hooggerechtshof – landelijk 'de gevangenissen kon opengooien', bracht het 'Warren Court' ertoe de terugwerkende kracht van nieuwe rechten te beperken.²⁹⁹ Dat gebeurde toen het Hooggerechtshof in 1965 in de zaak *Linkletter v. Walker*³⁰⁰ moest oordelen over de vraag of de nieuwe regel uit *Mapp v. Ohio*³⁰¹ ook van toepassing was op zaken die vóór de uitspraak in de zaak *Mapp* onherroepelijk waren geworden. Het Hooggerechtshof beantwoordde die vraag ontkennend en koos voor een benadering waarin van geval tot geval moest worden beoordeeld of retroactieve toepassing van een nieuwe regel aangewezen was. Daarmee verliet het tevens de gedachte dat de rechter

293 'Final': hetgeen wil zeggen dat gewone appelmogelijkheden zijn uitgeput.

294 LaFave, Israel & King, 2004, p. 86.

295 Daaronder zijn ook begrepen 'persons on probation or parole', aldus LaFave, Israel & King, 2004, p. 86.

296 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 1051-1052.

297 372 U.S. 391 (1963).

298 Rethinking Retroactivity, 2005, p. 1645.

299 LaFave, Israel & King, 2004, p. 86.

300 381 U.S. 618 (1965).

301 367 U.S. 643 (1961), waarin toepassing van de bewijsuitsluitingsregel ook in de statelijke rechtspraak verplicht werd gesteld in geval bij de bewijsvergaring het Vierde Amendement was geschonden.

geen recht 'maakt' maar 'vindt'.³⁰² Bij de afweging van geval tot geval moest acht worden geslagen op de voorgeschiedenis van de nieuwe regel, het doel en de gevolgen ervan en op de vraag of retroactieve toepassing de werking van de regel zou bevorderen of juist hinderen.

In de rechtspraak die op *Linkletter* volgde, probeerde het Hooggerechtshof van geval tot geval de belangen van de overheid bij finaliteit van rechterlijke beslissingen af te wegen tegen de belangen van veroordeelden bij toepassing van grondwettelijke rechten.³⁰³ In de zaak *Stovall v. Denno*³⁰⁴ formuleerde het daarbij als toetsingsfactoren:

- a. het doel van de nieuwe regels;
- b. de mate waarin politieambtenaren zijn afgegaan op de oude regels;
- c. de gevolgen voor de strafrechtspleging van een retroactieve toepassing van de nieuwe regels.

Er werd daarbij uitdrukkelijk geen onderscheid gemaakt tussen wel en niet onherroepelijke zaken. In latere rechtspraak is dat onderscheid wel gemaakt.

In de huidige rechtspraak van het Hooggerechtshof over terugwerkende kracht van nieuwe processuele regels vindt in beginsel geen beoordeling van geval tot geval meer plaats, maar fungeert het al dan niet onherroepelijk zijn van de veroordeling als scheidslijn. Deze rechtspraak bouwt voort op twee

beslissingen, te weten *Griffith v. Kentucky*³⁰⁵ en *Teague v. Lane*.³⁰⁶

Griffith ziet op zaken die ten tijde van de totstandkoming van de nieuwe rechtspraak nog niet onherroepelijk zijn. In al die zaken moet een nieuwe strafvorderlijke regel retroactief worden toegepast, zonder onderscheid te maken tussen statelijke of federale strafzaken of naar gelang de fase waarin de zaken zich bevinden, en zonder de voordien gemaakte uitzondering voor gevallen waarin de nieuwe regel een 'clear break' inhoudt met het voordien geldende recht. Argumenten voor deze benadering in de meerderheidsopinie zijn dat het onthouden van retroactiviteit in niet onherroepelijke zaken strijdt met een integere toepassing van 'judicial review', omdat de rechter dan het geldende recht zou moeten negeren, terwijl daardoor tevens gelijke gevallen ongelijk zouden moeten worden behandeld. Voor onherroepelijke veroordelingen is de huidige lijn uitgezet in de beslissing in de zaak *Teague*. Daarin is bepaald dat nieuwe grondwettelijke regels van strafvordering in het algemeen niet terugwerkend worden toegepast op voordien reeds onherroepelijke veroordelingen. Op die hoofdregel is echter een uitzondering geformuleerd, kort gezegd, voor nieuwe regels die als zij buiten toepassing blijven de waarschijnlijkheid van een terechte veroordeling aanmerkelijk verminderen. Die uitzondering heeft in de rechtspraak van het Hooggerechtshof evenwel nog geen toepassing gevonden.³⁰⁷

302 Zie hierover nader Fallon & Meltzer, 1991, p. 1758-1764.

303 Rethinking Retroactivity, 2005, p. 1645.

304 388 U.S. 293 (1967).

305 479 U.S. 314 (1987).

306 489 U.S. 288 (1989).

307 Zie Rethinking Retroactivity, 2005, p. 1652-1656 voor een beknopte bespreking van elf zaken waarin een beroep op een uitzondering van de in *Teague* gegeven hoofdregel werd afgewezen. Zie ook Heringa, 1996, p. 148.

Het staat de staten overigens wel vrij een ruimere toepassing te geven aan nieuwe grondwettelijke regels dan vereist is op grond van *Teague*.³⁰⁸

Het vorenstaande ziet steeds op gevallen waarin de nieuwe rechtspraak gunstig is voor de verdachte of veroordeelde. Opmerking verdient nog dat in de zaak *Lockhart v. Fretwell*³⁰⁹ is geoordeeld dat voor veroordeelden nadelige nieuwe strafvorderlijke regels in een 'habeas corpus'-procedure retroactief moeten worden toegepast. Ter motivering daarvan werd er in de meerderheidsopinie op gewezen, dat het onthouden van retroactiviteit in 'habeas corpus'-procedures aan voor de veroordeelde gunstige nieuwe regels, voortvloeit uit het onderkennen van het grote belang van staten bij finaliteit van veroordelingen en dat staten moeten kunnen afgaan op de ten tijde van de zaak geldende grondwettelijke regels. Een veroordeelde heeft geen belang bij finaliteit en zal in het algemeen niet kunnen claimen dat hij zijn handelen had afgestemd op de eerder geldende rechtspraak. De argumenten voor het onthouden van retroactiviteit gaan dan, volgens de meerderheidsopinie, niet op.

4.4 Beperking van de toetsing in het strafproces

4.4.1 Politie, OvJ en plea bargaining als zaaksfilters

Zoals al in paragraaf 2.2. aan de orde kwam, heeft de politie invloed op het al dan niet

voortzetten van opsporing en daarmee op de mogelijkheden van vervolging, terwijl vervolgens ook de OvJ op verschillende momenten wijziging kan aanbrengen in het feit waarvoor wordt vervolgd en om opportuniteitsredenen van (verdere) vervolging kan afzien. Daaraan kan bijvoorbeeld ook een overeenkomst tussen de OvJ en de verdachte ten grondslag liggen, waarin is afgesproken dat van (verdere) vervolging wordt afgezien, mits de verdachte geen civiele zaak begint wegens onrechtmatig overheidshandelen bij de arrestatie of in het kader van de vervolging.³¹⁰ Een deel van de zaken waarin sprake is van een vormverzuim zal door deze filterwerking van politie en OvJ de strafrechter niet bereiken. Aannemelijk is voorts dat een veel groter deel van de zaken waarin vormfouten zijn gemaakt uiteindelijk nimmer ter beoordeling van de rechter komen, doordat in verreweg de meeste zaken een 'plea agreement' tot stand komt. Verondersteld kan worden dat bij de manier waarop de politie en de OvJ gebruikmaken van de voor hen bestaande mogelijkheden een zaak niet door te zetten en bij de keuze van de verdachte tot het aangaan van een 'plea agreement', het beeld dat deze partijen hebben van de rechtspraak een belangrijke rol speelt. Bij die laatste gedachte moet echter wel de kanttekening worden geplaatst dat uit S. Bogira's beschrijving van de praktijk³¹¹ lijkt te moeten worden afgeleid dat het leeuwendeel van de verdachten, wegens de uiterst summierre rechtsgeleerde bijstand, die zij krijgen bij het beslissen over het aangaan van een 'plea agreement',

308 *Danforth v. Minnesota*, No. 06-8273 (2008).

309 506 U.S. 364 (1993).

310 Zie *Whitebread & Slobogin*, 2008, p. 596, waar voor een voorbeeld wordt verwezen naar *Town of Newton v. Rumery*, 480 U.S. 386 (1987).

311 Bogira, 2005.

onwetend zijn van vormfouten en van de mogelijke gevolgen daarvan.

4.4.2 Sturing door de rechter

Het Hooggerechtshof heeft diverse mogelijkheden om sturend op te treden ten aanzien van de kwantiteit en de kwaliteit van de vormfouten die in het kader van de beoordeling van de strafzaak ter toets kunnen komen. De mogelijkheid om in een strafzaak een beroep te doen op vormverzuimen is op verschillende manieren begrensd. Eisen kunnen bijvoorbeeld worden gesteld aan de aard van het verzuim wil het voor beoordeling door de rechter in aanmerking kunnen komen, of aan de schade die de verdachte leed of aan de positie van de verantwoordelijke voor de vormfout. Ook het reguleren van de momenten waarop en de procedures waarin een beroep kan worden gedaan op een vormverzuim, alsmede het bepalen van de bewijslastverdeling zijn zulke middelen om de aandacht van de strafrechter te richten. De noodzaak hiertoe bestaat vanwege de beperkte capaciteit van de gerechten. Die beperkte capaciteit moet zo efficiënt en zinvol mogelijk worden benut. Bij de in het

kader van de afbakening van de toetsing te maken keuzes kunnen verschillende andere aspecten een rol spelen, zoals overwegingen betreffende de juiste omvang van rechterlijke toetsing met het oog op de scheiding der machten³¹² of de verhouding tussen de federatie en de staten³¹³ of betreffende de kwaliteit van rechtspraak.³¹⁴ Op een aantal van deze rechterlijke sturingsmechanismen wordt hieronder kort ingegaan.

Standing

Om voor beoordeling in aanmerking te komen in een strafzaak, moet de grondwetsschending zijn begaan door of onder verantwoordelijkheid van een overheidsdienaar en moet daardoor inbreuk zijn gemaakt op door het desbetreffende grondwettelijk recht beschermde belangen van de individuele verdachte.³¹⁵ De federale grondwet strekt er enkel toe om de overheid beperkingen op te leggen. Zij heeft geen betrekking op anderen dan overheidsdienaars.³¹⁶ Handelingen van particulieren of bedrijven die inbreuk maken op rechten, kunnen aanleiding vormen voor een civiele procedure, maar in het kader van een strafzaak kunnen daaraan geen rechtsgevolgen

312 Zie ook Heringa, 1996, p. 45-46, die in dit verband verwijst naar *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737 (1984).

313 In *Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95 (1983) oordeelde het Hooggerechtshof de dreiging van toekomstige schade onvoldoende dringend om federale inmeniging te rechtvaardigen.

314 Zie LaFave, a.w., p. 497, met verwijzing naar *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

315 LaFave, e.a., a.w., p. 497 en zie bijv. *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969). Zie voor uitzonderingen op dit uitgangspunt: *N.A.A.C.P. v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958), waarin een vereniging weigerde haar ledenlijst te openbaren, en *Barrows v. Jackson*, 346 U.S. 249 (1953), waarin op de dreigende inbreuk op constitutionele rechten van anderen een beroep kon worden gedaan. Daar ging het om een vordering tot schadevergoeding wegens contractbreuk op het punt van het in het contract vervatte verbod van gebruik van onroerend goed door 'non-caucasians'.

316 Zie in verband met het Vierde Amendement de vrij uitvoerige beschouwingen van het Hooggerechtshof in *Boyd v. United States*, 115 U.S. 616 (1886).

worden verbonden,³¹⁷ afgezien natuurlijk van het niet gebruiken voor het bewijs van materiaal dat vanwege de manier van verkrijging onbetrouwbaar wordt geoordeeld. Onderdeel van het vereiste van 'standing' is voorts dat de verdachte een persoonlijk belang moet hebben bij de uitkomst van het door hem aangebrachte geschilpunt.³¹⁸ Die eis wordt ook wel in verband gebracht met het rechterlijke bevoegdheidsvereiste dat sprake moet zijn van een 'case' of 'controversy'.³¹⁹ Een meer specifieke uitwerking van de betekenis van het vereiste van 'standing' bij de verschillende in de hoofdstukken 5, 6 en 7 behandelde vormverzuimen is daar opgenomen. In het kader van het recht op een 'speedy trial' levert het vereiste van 'standing' geen onderwerp van discussie op.

Procedurele aspecten

De procedure waarin een beroep moet worden gedaan op vormverzuimen verschilt van staat tot staat. In sommige jurisdicties dient in een 'pre-trial motion' een beroep op bewijsuitsluiting te worden gedaan. In andere jurisdicties is ook toegelaten pas om uitsluiting te vragen zodra de OvJ het desbetreffende bewijs wil opvoeren. De verdachte wordt in het algemeen geacht afstand te hebben gedaan van de

mogelijkheid van een beroep op een vormverzuim, wanneer hij dat niet op het daartoe bestemde tijdstip deed.³²⁰ Strikte handhaving van die regel door het Hooggerechtshof beperkt de toegang tot de rechter met klachten over vormverzuimen. Illustratief in dit verband is ook de rechtspraak over de toegang tot de 'habeas corpus'-procedure.³²¹ Voor een belangrijk deel hangen deze procedurele aspecten zozeer samen met de specifieke inrichting van het Amerikaanse strafproces, dat een uitgebreide weergave in het kader van het onderhavige onderzoek minder zinvol wordt geacht. Alleen aan het slot van hoofdstuk 6 wordt nog enige aandacht geschonken aan de inrichting van de procedure waarin het beroep op een vormfout wordt beoordeeld.³²² Meer in het algemeen verdient opmerking dat het bieden van veel of weinig ruimte om op verschillende momenten een beroep te doen op een vormverzuim en het stellen van strenge of juist minder strenge eisen aan de tijdigheid van dat beroep, middelen zijn waarmee de rechter het procederen over vormfouten kan beïnvloeden.

Bewijslastverdeling

Wat betreft de bewijslast in het kader van de beoordeling van een beroep op een vorm-

317 Vgl. *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921). In die zaak had zijn werkgever verdachtes kantoor doorzocht en overwoog het Hooggerechtshof onder meer: "We assume that the petitioner has an unquestionable right of redress against those who illegally and wrongfully took his property under the circumstances herein disclosed, but with such remedies we are not now concerned."

318 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 497, met verwijzing naar *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

319 Kilian, Costello & Thomas, 2004, p. 1356.

320 LaFave, Israel & King, 2004, p. 538-540.

321 Zie daarover nader paragrafen 2.2. en 3.2.3. en LaFave, Israel & King, 2004, hfdst. 28 en Whitebread & Slobogin, 2008, hfdst. 33.

322 Zie nader over dit onderwerp LaFave, Israel & King, 2004, p. 538-542.

verzuim kan worden onderscheiden tussen de vraag op wie de bewijslast rust en de vraag welke eisen aan het te leveren bewijs worden gesteld. Beide verschillen van geval tot geval. De keuze van de maatstaf waaraan het te leveren bewijs moet voldoen (moeten aan een gestelde vormfout ten grondslag liggende feiten komen vast te staan of is aannemelijkheid daarvan voldoende?), kan een belangrijk middel vormen om het procederen over bepaalde vormfouten te ontmoedigen of juist gemakkelijk te maken.

Bij de keuze op wie de bewijslast rust kunnen uiteenlopende factoren een rol spelen, zoals:³²³

1. welke partij de beste toegang heeft tot de relevante feiten;
2. welke partij met zijn stelling iets wil bereiken (dat kan zowel de OvJ zijn die bepaald bewijsmateriaal wil gebruiken, of de verdachte die bewijsuitsluiting beoogt);
3. het voorkomen van prikkels tot oneigenlijk gebruik van de mogelijkheid een beroep te doen op een vormverzuim;
4. voorkomen dat op de ene partij een omvangrijke bewijslast komt te rusten in gevallen waarin hetzelfde kan worden bereikt door van de andere partij een beperkte bewijslevering te verlangen;
5. de waarschijnlijkheid dat de gebeurtenis waarop een beroep wordt gedaan plaatsvond (soms wordt gewerkt met een presumptie van rechtmatigheid, bijvoorbeeld ten aanzien van een door een 'magistrate' afgegeven 'warrant');

6. het bemoeilijken van het procederen over bepaalde punten '[to] deter spurious allegations wasteful of court time'.³²⁴

Samenvattend kan worden gesteld dat het bij bepaalde vormfouten op de verdachte doen rusten van een zware bewijslast tot gevolg zal hebben dat minder, of in elk geval minder succesvol, zal worden geprocedeerd. Een lichte bewijslast voor de verdachte of het leggen van de bewijslast bij de OvJ kan het procederen over bepaalde vormfouten juist stimuleren. Zie nader over bewijslastverdeling en over verschillende maatstaven die gelden voor de aan het te leveren bewijs gestelde eisen de hoofdstukken 5, 6 en 7.

4.5 Verschillende mogelijke reacties binnen het strafproces

Binnen het kader van het strafproces zijn de enige mogelijke reacties op vormverzuimen: 'dismissal' van de zaak, al dan niet in onherroepelijke vorm, toepassing van de 'exclusionary rule' of, in het kader van de beoordeling in hoger beroep, 'reversal' van een veroordeling, veelal gevolgd door een nieuw proces. De frequentie waarmee 'reversal' van een veroordeling wordt toegepast is sterk beperkt door de ontwikkeling en verruiming van de zogenaamde 'harmless error doctrine'. De 'exclusionary rule' wordt toegepast bij schendingen van zowel het Vierde als het Vijfde Amendement, maar krijgt in die twee contexten een wat verschillende nadere invulling, zoals

323 LaFave, Israel & King, 2004, p. 543.

324 LaFave, Israel & King, 2004, p. 544.

in de hoofdstukken 5 en 6 zal blijken. Vanzelfsprekend kan de bewijsuitsluitingsregel alleen worden toegepast indien het vormverzuim in verband staat met het verkrijgen van bewijsmateriaal. Toepassing van 'dismissal' als reactie op vormverzuimen bij de opsporing en vervolging gebeurt – buiten het kader van schendingen van het recht op een 'speedy trial' en 'entrapment' – zo sporadisch, dat het bijna om een theoretische mogelijkheid gaat. In de praktijk speelt de 'exclusionary rule' als reactie op vormverzuimen in het vooronderzoek daarom de belangrijkste rol. Maar, zoals hierna uitvoeriger zal worden besproken, is ook deze reactie op verschillende wijzen in zijn toepassingsbereik beperkt.

Strafvermindering als reactie op een vormverzuim wordt in de Verenigde Staten niet toegepast. De enige keer dat het Hooggerechtshof zich heeft uitgelaten over strafvermindering in dit verband was in de zaak *Strunk v. United States*.³²⁵ De door het lagere gerecht in die zaak toegepaste strafvermindering in reactie op een schending van het recht op een 'speedy trial' werd door het Hooggerechtshof verworpen. Volgens het Hooggerechtshof is 'dismissal' de enige mogelijke reactie op schending van het recht op een 'speedy trial' als bedoeld in het Zesde Amendement: "severe remedies are not unique in the application of constitutional standards", aldus de meerderheidsopinie. Ook in lagere rechtspraak wordt strafvermindering niet gebruikt als reactie op vormverzuimen en, zo constateert S.B. Starr in een recent artikel waarin zij

voorstelt strafvermindering als mogelijke reactie te gaan hanteren in gevallen van 'prosecutorial misconduct', in de literatuur is de mogelijkheid zo goed als genegeerd.³²⁶ Een uitzondering daarop vormt het voorstel van G. Calabresi om ter vervanging van de 'exclusionary rule' een systeem in te voeren van strafvermindering voor de veroordeelde gekoppeld aan disciplinaire bestraffing van de verantwoordelijke voor de vormfout. In een van de laatste paragrafen van dit hoofdstuk zal in het kader van een bespreking van voorgestelde alternatieven voor de bewijsuitsluitingsregel ook enige aandacht worden besteed aan deze voorstellen van Starr en Calabresi. Eerst wordt de toepassing van 'dismissal' van de zaak als reactie op vormverzuimen behandeld. Vervolgens wordt de aandacht gericht op de 'exclusionary rule' en de voorgestelde alternatieven voor die regel, alsmede op de buiten het strafproces reeds bestaande andere mogelijkheden tot redres van vormfouten.

4.5.1 Dismissal

De term 'dismissal' wordt in de Verenigde Staten in het strafproces gebruikt voor uiteenlopende situaties waarin de vervolging wordt afgebroken.³²⁷ In zoverre kan deze procedurele reactie worden vergeleken met niet-ontvankelijkheid in het Nederlandse strafproces. Om enkele voorbeelden te geven: de beslissing van de OvJ om een zaak niet verder te vervolgen wegens gebrek aan bewijs nadat in

325 412 U.S. 434 (1973).

326 Starr, 2009, p. 1512.

327 Zie Georgetown Law Journal, 2007, p. 257-258.

een 'pre-trial'-procedure bewijs is uitgesloten, wordt een 'dismissal' genoemd.³²⁸ Ook volgt een 'dismissal' wanneer de hernieuwde vervolging ter zake van hetzelfde feit in strijd is met de 'double jeopardy'³²⁹-clausule uit het Vijfde Amendement,³³⁰ of wanneer een verjarings-termijn uit statelijke wetgeving is overschreden.³³¹

Hier gaat het echter om 'dismissal' in de vorm van een door de rechter uitgesproken reactie op een schending van een individueel recht van de verdachte. De mogelijkheid van toepassing van 'dismissal' wordt in dat kader in verband gebracht met verschillende vormen van 'governmental misconduct',³³² een term die zich laat vertalen als: onrechtmatig overheidshandelen. Een breed praktijkoverzicht daarvan is te vinden in het boek *Prosecutorial Misconduct* van B.L. Gershman.³³³ Onderscheiden wordt tussen onrechtmatig handelen in de opsporingsfase: zogenaamd 'investigative misconduct' en onrechtmatig handelen in de vervolgingsfase door de OvJ, zogenaamd 'prosecutorial misconduct'. In beide gevallen kan in beginsel 'dismissal' volgen.³³⁴ Als concrete voorbeelden van onrechtmatige

opsporing noemt Gershman onder meer 'entrapment', kort gezegd, het uitlokken van een misdrijf door een opsporingsambtenaar,³³⁵ 'staged arrests', dat is het veinzen van een daadwerkelijke strafzaak teneinde corruptie bloot te leggen aan de zijde van de professioneel bij de gerechtelijke afdoening van zaken betrokken personen, zoals bij OvJ's, rechters en ondersteunend personeel,³³⁶ maar ook uiteenlopende inbreuken op het 'right to counsel'. Voorbeelden van onrechtmatig handelen door de OvJ zijn het ongelijk behandelen van gelijke gevallen bij de beslissing tot vervolging, bijvoorbeeld om de verdachte te straffen vanwege de uitoefening van zijn rechten, zogenaamde 'vindictive prosecution',³³⁷ het achterhouden van ontlastend bewijsmateriaal, het maken van misbruik van de media of het op een zodanige wijze procederen dat inbreuk wordt gemaakt op het recht van de verdachte op een 'speedy trial'.

In het kader van het onderhavige onderzoek is het niet nodig al deze verschillende vormen van onrechtmatig handelen uitputtend te bespreken. Hier wordt volstaan met een meer algemene nadere beschouwing van de recht-

328 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 592.

329 Die beschermt tegen een tweede vervolging voor hetzelfde feit na daarvoor te zijn veroordeeld of vrijgesproken en tegen meervoudige bestrafing voor hetzelfde feit. Zie Saltzburg & Capra, 2007, p. 1509.

330 Zie bijv. *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93 (1997).

331 Zie bijv. U.S. 2nd Circuit Court of Appeals, *United States v. Kozeny*, No. 073107 (2008) en Supreme Court of California, *Doe v. City of Los Angeles*, No. S142546 (2007).

332 Zie *Georgetown Law Review*, 2007, p. 258.

333 Gershman, 2007.

334 Gershman, 2007, p. 52.

335 Gershman, 2007, p. 3.

336 Gershman, 2007, p. 20. Toepassing van deze opsporingsmethode wordt overigens niet altijd onrechtmatig geacht.

337 Zie hierover Whitebread & Slobogin, 2008, p. 605 e.v. en zie onder meer *Blackledge v. Perry*, 417 U.S. 21 (1974) en *United States v. Goodwin*, 457 U.S. 368 (1982).

spraak over 'dismissal' als mogelijke reactie op onrechtmatige opsporing. In hoofdstuk 7 komt 'dismissal' voorts aan de orde in verband 'entrapment' en in hoofdstuk 8 wordt de mogelijkheid van 'dismissal' als reactie op schending van het recht op een 'speedy trial' behandeld.

4.5.1.1 *Dismissal als reactie op onrechtmatige opsporing*

In de rechtspraak van het Hooggerechtshof is niet uitgesloten dat in zeer uitzonderlijke gevallen 'dismissal' kan worden toegepast in reactie op onrechtmatig opsporingshandelen. Aan de basis van deze rechtspraak staat de beslissing in de zaak *Rochin v. California*³³⁸ uit 1952. In die zaak was tegen de wil van de verdachte een braakmiddel in zijn maag gepompt door in een worsteling zijn mond te openen en een slang in te brengen teneinde hem de twee capsules te laten uitbraken die politieagenten hem hadden zien inslikken. Dit handelen werd door het Hooggerechtshof in strijd geacht met de 'due process'-clausule uit het Veertiende Amendement. "This is conduct that shocks the conscience", aldus het Hooggerechtshof. De maatstaf die het Hooggerechtshof in deze zaak aanlegde bij deze 'due process'-toetsing was of het in de veroordeling resulterende strafproces strijdig was met "those canons of decency and fairness which express the notions of justice of English-speaking peoples even toward those charged with the most heinous offenses". Het gaat daarbij dus

om het handhaven van een behoorlijke, beschaafde strafrechtspleging. De 'due process'-clausule staat in de weg aan strafrechtelijke veroordelingen die zijn gebaseerd op methoden "that offend 'a sense of justice'", aldus het Hooggerechtshof in *Rochin*. Dit lijken op het eerste gezicht stuk voor stuk noties die door hun vaagheid de lagere rechter nogal wat armslag geven bij de toepassing van 'dismissal' in reactie op onrechtmatig opsporingshandelen. In diezelfde beslissing werd echter onderkend dat de strafrechtspleging primair een verantwoordelijkheid van de staten is en dat grote terughoudendheid dient te worden betracht in het begrenzen daarvan op grond van het Veertiende Amendement: "Due Process of law is not to be turned into a destructive dogma against the States in the administration of their systems of criminal justice."

Dat het Hooggerechtshof voor ogen stond om 'dismissal' als reactie op onrechtmatige opsporing slechts een zeer beperkte plaats te geven, volgt ook uit enkele vrij kort na *Rochin* gewezen uitspraken, waarin door het Hooggerechtshof telkens de situatie expliciet van die in *Rochin* werd onderscheiden. De zaken *Irvine v. California*³³⁹ en *Breithaupt v. Abram*³⁴⁰ waren volgens het Hooggerechtshof niet met *Rochin* vergelijkbaar, omdat in die zaken geen sprake was van handelen dat kon worden aangemerkt als het dwingen van de verdachte of van gewelddadig, grof of schokkend optreden.³⁴¹ In *Irvine* waren opsporingsambtenaren meermalen illegaal de woning van de verdachte binnengegaan en hadden zij daar een

338 342 U.S. 165.

339 347 U.S. 128 (1954).

340 352 U.S. 432 (1957)

341 Vgl. Gershman, 2007, p. 31.

microfoon geïnstalleerd waarmee gesprekken werden afgeluisterd waarin de verdachte zichzelf belastte. In *Breithaupt* was een van de bewusteloze verdachte afgenomen bloedmonster gebruikt voor zijn veroordeling ter zake van een verkeersdelict.

Een beknopte maar tamelijk algemene uiteenzetting van de ruimte voor 'dismissal' in het stelsel van reacties op vormverzuimen, gaf het Hooggerechtshof in de unanieme beslissing *United States v. Morrison*.³⁴² In die zaak hadden politieagenten, nadat de verdachte een raadsman in de arm had genomen, tot tweemaal toe in afwezigheid van die raadsman geprobeerd om de medewerking van de verdachte te krijgen, echter zonder succes. Het 'Court of Appeals' nam een schending van het Zesde Amendement aan³⁴³ en oordeelde dat 'dismissal with prejudice', hetgeen wil zeggen dat een nieuwe vervolging uitgesloten is, de passende sanctie was, ongeacht of het gewraakte politiehandelen een tastbaar nadelig effect op de verdediging had gehad. Het Hooggerechtshof, veronderstellenderwijs uitgaande van de door het 'Court of Appeals' vastgestelde schending van het Zesde Amendement, oordeelde dat 'dismissal' in dit geval evident niet passend was. Het overweegt daarbij dat het 'right to counsel' weliswaar van fundamenteel belang is, maar dat ook de noodzaak moet worden onderkend het belang te waarborgen van de samenleving bij strafrechtelijke handhaving. Ook voor zaken waarin sprake is van een schending van het Zesde Amendement geldt daarom volgens het Hooggerechtshof als algemene regel:

"Remedies should be tailored to the injury suffered from the constitutional violation and should not unnecessarily infringe on competing interests."

Daarbij tekent het aan dat schendingen van het 'right to counsel' zonder enig gevolg kunnen blijven wanneer sprake is van een 'harmless error'. Vervolgens overweegt het Hooggerechtshof:

"Our approach has thus been to identify and then neutralize the taint by tailoring relief appropriate in the circumstances to assure the defendant the effective assistance of counsel and a fair trial. The premise of our prior cases is that the constitutional infringement identified has had or threatens some adverse effect upon the effectiveness of counsel's representation or has produced some other prejudice to the defense. Absent such impact on the criminal proceeding, however, there is no basis for imposing a remedy in that proceeding, which can go forward with full recognition of the defendant's right to counsel and to a fair trial. More particularly, absent demonstrable prejudice, or substantial threat thereof, dismissal of the indictment is plainly inappropriate, even though the violation may have been deliberate. (...) This has been the result reached where a Fifth (...) Amendment violation has occurred, (...) and we have not suggested that searches and seizures contrary to the Fourth Amendment warrant dismissal of the indictment. The remedy in the criminal proceeding is limited to denying the prosecution the fruits of its transgression."

342 449 U.S. 361 (1981).

343 Zie in dit verband paragraaf 6.4.1.

Kortom, het unanieme Hooggerechtshof houdt de ruimte voor het toepassen van 'dismissal' als reactie op een vormverzuim zeer beperkt. Bewijsuitsluiting of het vernietigen van de veroordeling met de mogelijkheid van een nieuw proces zijn in beginsel de in het strafproces toe te passen reacties op grondwetschendingen, ook indien die schendingen met opzet zijn begaan.

Het Hooggerechtshof sloot in *Morrison* niet geheel uit dat 'dismissal' onder uitzonderlijke omstandigheden kan volgen, maar in de praktijk worden kennelijk niet of nauwelijks zaken vervolgd waarin zich dergelijke omstandigheden voordoen, getuige het ontbreken van nadere rechtspraak van het Hooggerechtshof in dit kader. Als reactie op 'investigative misconduct', zo schrijft Gershman, wordt 'dismissal' slechts zeer spaarzaam en behoedzaam toegepast. De sporadische praktijkgevallen waarnaar hij verwijst als voorbeelden van 'dismissal' in reactie op een 'due process'-schending, zijn enkel ontleend aan lagere rechtspraak. Hij verwijst onder meer naar een zaak waarin de verdachte was ontvoerd en gemarteld, maar geeft meer voorbeelden van zaken waarin geen 'dismissal' volgde, ondanks dat bijvoorbeeld sprake was van ontvoering van de verdachte, of van onnodig geweld bij de arrestatie van de verdachte, van het gebruik van peperspray om de verdachte te dwingen drugs uit te spugen of van de toepassing van fysiek geweld om vingerafdrukken af te nemen en de verdachte aan een 'line-up' te laten deelnemen.³⁴⁴ Gershman constateert dat bij

de afweging of 'dismissal' dient te volgen, gerechten de ernst van de door de overheid veroorzaakte schade afwegen tegen de kosten voor de samenleving van het verhinderen van vervolging. Gershman komt tot de volgende uiteenzetting van de manier waarop in de praktijk in het strafproces aan 'investigative misconduct' al dan niet juridische consequenties worden verbonden:

"Although deterrence of governmental misconduct is one of the principal objectives of dismissal, the Supreme Court had admonished lower courts that remedies should be tailored to fit the violation, and that, in the absence of prejudice, the extreme sanction of barring prosecution should be reserved for the truly outrageous case. If a new trial can be ordered in lieu of dismissal, courts ordinarily invoke this lesser sanction. This course is most likely if the investigative misconduct was revealed during trial and resulted in the introduction of tainted evidence, or the disclosure of constitutional violations. If investigative misconduct is exposed before trial, and no tainted evidence has been uncovered, the only options available may be to permit the trial to proceed or to bar the prosecution entirely. Nevertheless, short of an absolutely shocking case – perhaps involving governmental violence or extensive immersion in criminal conduct – a finding of prejudice or evidentiary taint is indispensable for a reversal, and more so for a dismissal."³⁴⁵ Voor een goed begrip van de verdere ontwikkeling van de *Rochin*-rechtspraak, of beter gezegd het ontbreken daarvan, is mede van

344 Gershman, 2007, p. 31-32.

345 Gershman, 2007, p. 53.

belang te onderkennen dat deze zaak werd beslist voordat in 1961³⁴⁶ toepassing van de 'exclusionary rule' aan de staten werd voorgeschreven als sanctie op schending van het Vierde Amendement. De terreinwinst voor de bewijsuitsluitingsregel zal ook hebben bijgedragen aan het beperkt blijven van de plaats die 'dismissal' inneemt in het stelsel van reacties op vormfouten. Door de incorporatie van het Vierde en het Vijfde Amendement en de daarbij behorende 'exclusionary rule', nam de behoefte aan 'dismissal' als reactie af. Een sprekend voorbeeld in dit verband biedt de zaak *California v. Bracamonte*,³⁴⁷ waarin het Hooggerechtshof van California in een met *Rochin* vergelijkbare situatie oordeelde dat dit een 'unreasonable search and seizure' oplevert als bedoeld in het Vierde Amendement wegens het ontbreken van een 'warrant', zodat de uitgebrachte ballonnen met heroïne van het bewijs moeten worden uitgesloten. Aan de vraag of het opsporingshandelen strijdig is met 'due process'-maatstaven, komt het vervolgens niet meer toe. Vermelding verdient hier nog dat in de lagere rechtspraak soms aan verdachten een verdergaande bescherming is geboden tegen onrechtmatige opsporing dan het Hooggerechtshof voorschrijft. Gershman wijst erop dat in de lagere rechtspraak soms ook betekenis wordt toegekend aan inbreuken die zijn gemaakt op de rechten van derden, terwijl

volgens de algemene lijn in de rechtspraak van het Hooggerechtshof geen beroep kan worden gedaan op de schending van de rechten van een ander.³⁴⁸ In bijvoorbeeld de zaak *United States v. Payner*³⁴⁹ oordeelde het Hooggerechtshof dat geen 'due process'-kwestie aan de orde was, omdat geen inbreuk was gemaakt op rechten van de verdachte.³⁵⁰

4.5.2 Exclusionary rule

De 'exclusionary rule', die in dit onderzoek ook wordt aangeduid als de bewijsuitsluitingsregel, houdt in dat bewijsmateriaal dat is verkregen met schending van de grondwet of een ter bescherming daarvan strekkende jurisprudentiële regel, niet voor het bewijs mag worden gebruikt in een strafzaak tegen degene op wiens recht inbreuk is gemaakt.³⁵¹ De regel wordt bij schendingen van het Vierde, het Vijfde en het Zesde Amendement toegepast. Omdat de regel in het kader van de verschillende Amendementen een uiteenlopende ontwikkeling heeft doorgemaakt, wordt ook wel gesproken van 'exclusionary rules'. In deze paragraaf staat het functioneren van de bewijsuitsluitingsregel in het kader van het Vierde Amendement centraal. Dat Amendement biedt bescherming tegen 'onredelijke' vormen van zoeking en inbeslagneming. Bewijsuitsluiting is nog steeds de belangrijkste reactie op schending van het Vierde Amende-

346 Zie *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643.

347 15 Cal. 3d 394 (1975).

348 Zie hierover nader paragraaf 4.4.2.

349 447 U.S. 727 (1980). In die zaak hadden opsporingsambtenaren ingebroken in een hotelkamer van een bankbestuurder en uit zijn koffertje vele documenten gekopieerd, waarvan er één cruciaal was voor de vervolging van de verdachte voor het doen van een onjuiste aangifte inkomstenbelasting.

350 Gershman, 2007, p. 32-33.

351 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 19.

ment, ook al heeft zij een aantal nadelen, waaronder dat de vervolging na toepassing van de regel soms niet kan worden voortgezet of resulteert in een vrijspraak.³⁵² Deze nadelen, waarop hieronder nader zal worden ingegaan, hebben geleid tot een ontwikkeling in de rechtspraak, waarin de toepassing van de regel op verschillende manieren is ingeperkt. Voorts brengen deze nadelen mee dat de discussie over de regel en het zoeken naar alternatieven voortduurt. In deze paragraaf wordt de bewijsuitsluitingsregel in het kader van het Vierde Amendement nader onderzocht. Eerst wordt daarbij de historische ontwikkeling beschreven van het ontstaan van de regel in de federale rechtspraak tot de incorporatie ervan in de statelijke rechtspraak. Ook wordt beschreven hoe in de rechtspraak van het Hoogerechtshof de aan de regel ten grondslag gelegde theorie is veranderd, en hoe daarmee ruimte werd gecreëerd voor de ontwikkeling van verschillende uitzonderingen op de bewijsuitsluitingsregel. Op die 'excepties' wordt in de hoofdstukken 5 en 6 nader ingegaan. Vervolgens komt de discussie aan bod tussen de voor- en tegenstanders van de bewijsuitsluitingsregel, waarbij een overzicht van de veronderstelde voor- en nadelen van de regel wordt gegeven. Daarna worden bestaande en voorgestelde alternatieven en supplementen op de regel behandeld en wordt gezien of en zo ja, in

hoeverre die een genoegzame vervanging van de bewijsuitsluitingsregel kunnen vormen.

4.5.2.1 *Ontwikkeling tot grondwettelijk voorgeschreven regel*

In de periode voorafgaand aan en ten tijde van de totstandkoming van het Vierde Amendement was een civielrechtelijke actie tegen de degene die onbevoegd een woning binnendrong of papieren doorzocht het rechtsmiddel dat het slachtoffer van een dergelijke zoeking, althans in theorie, ten dienste stond. Bewijsuitsluiting was in dit verband, ook bij de 'framers' van het Vierde Amendement, niet bekend. In de wetshistorie is dan ook geen directe steun te vinden voor de 'exclusionary rule'.³⁵³ Op grond van common law was de wijze waarop bewijsmateriaal was verkregen in het algemeen niet van belang voor de beoordeling van de bruikbaarheid.³⁵⁴

Het Vierde Amendement leidde een hoofdzakelijk slapend bestaan,³⁵⁵ totdat het Hoogerechtshof in 1886 in de zaak *Boyd v. United States*³⁵⁶ voor het eerst bewijsuitsluiting voorschreef bij schending daarvan. Eigenlijk was dat een atypisch geval. In die zaak werd een factuur van het bewijs uitgesloten die de betrokkene op grond van een 'subpoena' had moeten overleggen. In 1914 in *Weeks v. United States*,³⁵⁷ een federale strafzaak waarin de verdachte terecht stond op verdenking van

352 Er volgt dan een "dismissal of charges", zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 19.

353 Zie Kamisar, 1983, p. 571-579, en A.R. Amar, 1994, 786-792.

354 Zie A.R. Amar, 1994, p. 786, en vgl. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). Een uitzondering hierop vormde de rechtspraak over afgedwongen bekentenissen. Zie daarover paragraaf 6.1.

355 LaFave, Israel & King, 2004, p. 106.

356 116 U.S. 616.

357 232 U.S. 383 (1914), zie voor een andere zaak uit de beginperiode van toepassing van de regel ook *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

illegale gokpraktijken, werd de bewijsuitsluitingsregel toegepast ten aanzien van documenten die in beslag waren genomen bij een zoeking in verdachte woning in strijd met het Vierde Amendement. Over het ontstaan van de bewijsuitsluitingsregel schreef P. Stewart, voormalig raadsheer in het Hooggerechtshof: "The actual birth of the exclusionary rule was not the product of a spirited debate over the various alternative doctrinal bases for such a rule. (...) None of the three³⁵⁸ Supreme Court cases credited with producing the rule focused on whether the exclusionary rule, as we know it, should exist – yet somehow, in 1914, after all three cases had been decided, the rule was established."³⁵⁹

In 1949 lagen in de zaak *Wolf v. Colorado*³⁶⁰ de vragen voor of het recht gevrijwaard te blijven van onredelijke 'searches' en 'seizures' uit Vierde Amendement geïncorporeerd moest worden geacht in de op de staten toepasselijke 'due process'-clausule uit het Veertiende Amendement en of de bewijsuitsluitingsregel ook in de statelijke rechtspraak bij schending van het Vierde Amendement moest worden toegepast. Het Hooggerechtshof beantwoordde de eerste vraag bevestigend, maar schreef de bewijsuitsluitingsregel nog niet als verplichte reactie voor aan de

staten. Daarbij maakte het Hooggerechtshof voor het eerst een onderscheid tussen de inhoud van het door de grondwet gewaarborgde recht en de vraag of bij schending al dan niet bewijsuitsluiting moest volgen.³⁶¹ Het kwam tot de conclusie dat toepassing van de bewijsuitsluitingsregel een van de verschillende mogelijke manieren is om naleving van het Vierde Amendement te bereiken,³⁶² maar dat geen van deze manieren als grondwettelijk vereist kon worden aangemerkt, zodat de staten ook andere – mits effectieve – maatregelen konden treffen. Ongeveer twaalf jaar later was het onder het 'Warren Court' met die ruimte voor de staten om andere effectieve maatregelen te treffen echter gedaan. In de zaak *Mapp v. Ohio*,³⁶³ betreffende een statelijke strafzaak waarin een huiszoeking was verricht zonder 'warrant', oordeelde het Hooggerechtshof in 1961 in krachtige bewoordingen dat andere maatregelen, voor zover die in de staten waren getroffen, 'worthless and futile' bleken. Een 'due process' in de zin van het Veertiende Amendement vereiste volgens het Hooggerechtshof voortaan dat met schending van het Vierde Amendement verkregen bewijsmateriaal van het bewijs moest worden uitgesloten. Voortaan was in die gevallen dus ook in de statelijke rechtspraak bewijsuitsluiting

358 Stewart, 1983, p. 1374, verwijst naast de twee hiervoor genoemde zaken ook naar *Adams v. New York*, 192 U.S. 585 (1904), waarin de verdediging een beroep deed op de bewijsuitsluitingsregel, maar het Hooggerechtshof dit afwees met een motivering "that (...) seemed to bury the exclusionary rule – even before its birth was recognized".

359 Stewart, 1983, p. 1372.

360 338 U.S. 25.

361 Zie Stewart, 1983, p. 1378.

362 Interne disciplinaire maatregelen tegen de betrokken politieambtenaar en civiel procederen werden als alternatieven genoemd in de meerderheidsopinie. In zijn 'dissenting opinion' bestreed raadsheer Murphy dat dit reële volwaardige alternatieven waren.

363 367 U.S. 643.

verplicht. “Mapp was needed to give Wolf teeth”, zo merken Whitebread & Slobogin hierover snedig op.³⁶⁴

Als verklaring voor de invoering van de bewijsuitsluitingsregel wijst Y. Kamisar erop dat sinds de totstandkoming van het Vierde Amendement de praktijk van opsporing sterk was veranderd. De meeste ‘searches’ en ‘seizures’ vonden inmiddels plaats zonder controle vooraf, zodat een betekenisvolle controle achteraf noodzakelijk was geworden: “(...) the Court must keep pace with the realities of the criminal justice system”.³⁶⁵

Voorafgaand aan *Mapp* had het Hooggeretshof al wel de zogenaamde ‘silver platter-doctrine’ afgewezen, waardoor met schending van het Vierde Amendement door statelijke overheidsfunctionarissen verkregen bewijsmateriaal, niet in een federaal strafproces mag worden gebruikt.³⁶⁶ Als ‘final touch’ in het proces van ‘constitutionalisering’ van de bewijsuitsluitingsregel³⁶⁷ noemen Whitebread & Slobogin de zaak *Ker v. California*,³⁶⁸ waarin werd uiteen-

gezet dat de in de statelijke rechtspraak geboden bescherming minimaal moet voldoen aan de door de federale grondwet aan verdachten geboden bescherming. Of sprake is van een onredelijke ‘search’ of ‘seizure’ dient daarom naar de maatstaven van het federale recht te worden beoordeeld. Ook op dit terrein mag in de statelijke rechtspraak de overheid aan strengere maatstaven worden gebonden. Bij schending van andere dan door de grondwet gedicteerde regels is echter niet op basis van de grondwet bewijsuitsluiting vereist.³⁶⁹

4.5.2.2 De aanvankelijk principiële grondslag van bewijsuitsluiting

Voor de reikwijdte van de ‘exclusionary rule’ is de grondslag ervan bepalend. Aanvankelijk zette het Hooggeretshof in zijn rechtspraak niet scherp uiteen wat de grondslag was voor toepassing van de bewijsuitsluitingsregel.³⁷⁰ In zijn rechtspraak spelen verschillende argumenten een rol:

364 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 3, voetnoot 17.

365 “Otherwise the majestic fourth amendment would look like a huge whale stranded helplessly on the beach after the tide has gone out”, aldus Kamisar, 1983, p. 580. Hij wijst er daarbij op dat het leeuwendeel van de ‘searches’ en ‘seizures’ zonder ‘warrant’ plaatsvindt en dat zelfs wanneer wel voorafgaand een ‘warrant’ wordt verstrekt, de betekenis van de bijbehorende toetsing beperkt is vanwege onder meer het gebrek aan tijd bij de rechter en zijn lijdelijke houding in samenhang met het gegeven dat geen sprake is van een adversaire procedure.

366 Zie *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960).

367 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 22.

368 374 U.S. 23 (1963).

369 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 23, zij verwijzen daarbij naar *Cady v. Dombrowski*, 413, U.S. 433 (1973). Zie ook *Virginia v. Moore*, No. 06-1082 (2008).

370 “In fact, no decision by the Court has ever fully explored the possible alternative doctrinal bases for the rule, and the justifications for the rule seem to have changed subtly over time—usually without any explicit recognition by the justices involved”, aldus Stewart, 1983, p. 1372, over de aanvankelijke rechtspraak over de bewijsuitsluitingsregel. Zie ook Kamisar, 1983, p. 601.

- 'Police deterrence', oftewel het weerhouden van de politie van ongrondwettig gedrag.³⁷¹
- Het handhaven van rechterlijke integriteit, door te voorkomen dat rechters in zekere zin medeplichtig worden aan schendingen van fundamentele individuele rechten wanneer zij met schending van de grondwet verkregen bewijsmateriaal toe zouden laten.³⁷²
- Het handhaven van de integriteit van de overheid in het strafproces,³⁷³ die eist dat de overheid niet mag profiteren van zijn eigen onrechtmatige gedrag en dit ook zichtbaar moet maken om het publieke vertrouwen in de overheid niet te ondermijnen.³⁷⁴

Zo overwoog het Hooggerechtshof in de zaak *Mapp* in 1961 nog:³⁷⁵

"There are those who say, as did Justice (then Judge) Cardozo, that under our constitutional exclusionary doctrine "[t]he criminal is to go

free because the constable has blundered." (...). In some cases this will undoubtedly be the result. But, as was said in *Elkins*, "there is another consideration – the imperative of judicial integrity". The criminal goes free, if he must, but it is the law that sets him free. Nothing can destroy a government more quickly than its failure to observe its own law, or worse, its disregard of the charter of its own existence. As Mr. Justice Brandeis, dissenting, said in *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 485 (1928): "Our Government is the potent, the omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. . . . If the Government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy.""

Opvallend is de principiële toonzetting van de argumenten voor de toepassing van bewijsuitsluiting in de oudere rechtspraak. Bewijsuitsluiting werd geassocieerd met de plicht van de rechterlijke macht om ter handhaving

371 Die sinds *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974) dominante doelstelling werd eerder ook genoemd in *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960), en *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

372 Zie *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960), waarin werd overwogen dat bij toelating van zulk bewijs rechters "become accomplices in the willful disobedience of a Constitution they are sworn to uphold". Dit medeplichtighedsargument werd bijv. ook gebezigd in *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943), *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) en *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

373 In krachtige bewoordingen tot uitdrukking gebracht in bijv. de 'dissenting opinion' van raadsheer Brandeis bij *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928): "Decency, security, and liberty alike demand that government officials shall be subjected to the same rules of conduct that are commands to the citizen. In a government of laws, existence of the government will be imperiled if it fails to observe the law scrupulously. (...) To declare that in the administration of the criminal law the end justifies the means-to declare that the government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal-would bring terrible retribution. Against that pernicious doctrine this court should resolutely set its face."

374 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 108.

375 *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

van de 'rule of law' individuen te beschermen tegen inbreuken op hun grondwettelijke rechten. De bewijsuitsluitingsregel werd gezien als het enige effectieve middel dat de rechter hiervoor ter beschikking stond. Het weerhouden van de politie van toekomstig ongrondwettig gedrag speelde in de rechtspraak een ondergeschikte rol, terwijl het redresseren van de inbreuk die op de individuele rechten van de verdachte was gemaakt op de voorgrond stond. Het gebruik van bewijsmateriaal werd in deze visie ook als een afzonderlijke schending van de grondwet gezien: uitsluiting van het bewijs was dus een grondwettelijk recht.³⁷⁶

4.5.2.3 *De huidige pragmatische grondslag van bewijsuitsluiting*

In de moderne visie van het Hoogerechtshof op de bewijsuitsluitingsregel, die vooral in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw vaste vorm heeft gekregen in zijn rechtspraak, geldt bewijsuitsluiting niet als een grondwettelijk recht van de verdachte, maar als een door de rechter ontwikkelde remedie. Bewijsuitsluiting strekt ter waarborging van de aan het Vierde Amendement te ontnemen rechten, maar uitsluitend door het daarvan op de politie uitgaande 'deterrent effect'. Of bewijsuitsluiting wordt toegepast in reactie op schending van het Vierde Amendement "presents a question, not of rights, but of remedies", aldus het Hoogerechtshof.³⁷⁷ Deze benadering, die door sommigen wel als de 'deconstitutionalisation' van de bewijs-

uitsluitingsregel is aangemerkt,³⁷⁸ bakent het toepassingsbereik in sterke mate af. Bewijsuitsluiting is daardoor immers geen automatisch gevolg van een grondwetsschending, maar afhankelijk van een waardering van het te verwachten effect op politiehandelen.

Het is nogal een stap om te komen van de zo principiële benadering die in de vorige paragraaf is beschreven, naar de pragmatische aanpak die de huidige rechtspraak over de bewijsuitsluiting kenmerkt. In de literatuur worden verschillende factoren onderscheiden die het Hoogerechtshof hebben bewogen tot het bereiken van die omslag. M. Cloud wijst op de invloed van een veranderde juridische theorievorming, waarin onder meer afweging van belangen een prominentere plaats kreeg:

"The Court's shift from traditional theories that emphasize judicial review and individual rights to instrumentalist methods like interest balancing was in large part the product of a more fundamental change in legal theory. Beginning in the late 1960s, pragmatist legal theory replaced the rights-based theories that had dominated Fourth Amendment jurisprudence for nearly a century. In practice, application of these pragmatist ideas in the Fourth Amendment context has produced judicial decisions generally deferential to government power. One product of that change in theory has been that Fourth Amendment rights frequently are treated as mere interests which are easily 'outweighed' when balanced against the government's social policy arguments".³⁷⁹

376 Zie Cloud, 1999, p. 845, die daarbij onder meer verwijst naar *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

377 Zie *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

378 Zie Kamisar, 1983, p. 653.

379 Cloud, 1999, p. 851.

In samenhang hiermee kan hier ook worden gewezen op de in hoofdstuk 3 besproken maatschappelijke, politieke en juridische ontwikkelingen die een beperkter toepassing van de bewijsuitsluitingsregel door het Hooggerechtshof in de rede deden liggen en in het bijzonder op de in paragraaf 3.2.3. besproken voordelen van de techniek van het beperken van de gevallen waarin deze remedie moet worden toegepast. Het aanpassen van de grondslag van de remedie is in dat kader een effectief middel, door de algemene toepasbaarheid ervan. Daarmee kon het Hooggerechtshof de lagere rechtspraak sterk beïnvloeden, veel meer dan met beslissingen waarvan de uitkomst in hoge mate wordt bepaald door de specifieke omstandigheden van het geval. Kamisar benadrukt in dit verband de cruciale rol van de beslissing in de zaak *Wolf*, waarin voor het eerst onderscheid werd gemaakt tussen de noodzaak van bescherming tegen onredelijke vormen van 'search' en 'seizure' en daarvan afzonderlijk te beoordelen noodzaak al dan niet de bewijsuitsluitingsregel toe te passen.³⁸⁰

In 1969 werd in de meerderheidsopinie in *Alderman v. United States*³⁸¹ voor het eerst uitdrukkelijk³⁸² door het Hooggerechtshof overwogen dat de toepassing van de 'exclusionary rule' afhankelijk moet worden gesteld van een afweging van de kosten en baten. Daarbij werd aan de kostenzijde de inbreuk

genoemd die toepassing van de bewijsuitsluitingsregel, door verzwakking van de zaak, maakt op het algemene belang bij de vervolging van verdachten van misdaden op basis van al het bewijsmateriaal dat kan bijdragen aan de waarheidsvinding. Aan de batenzijde werd uitsluitend acht geslagen op de mate waarin van een uitbreiding van de bewijsuitsluitingsregel het effect kon worden verwacht van weerhouden van de politie van schendingen van het Vierde Amendement. Het gegeven dat sprake is van een schending van het Vierde Amendement, bracht in die benadering dus niet meer automatisch mee dat bewijsuitsluiting moest worden toegepast.³⁸³

Belangrijk is ook de zaak *United States v. Calandra*³⁸⁴ uit 1974. In de meerderheidsopinie werd overwogen dat bewijsuitsluiting niet een persoonlijk recht van de verdachte is,³⁸⁵ maar een door de rechter ontwikkelde remedie die ertoe strekt de politie ervan te weerhouden inbreuk te maken op aan het Vierde Amendement te ontnemen rechten.³⁸⁶ Dit werd in 1984 in *United States v. Leon*³⁸⁷ herhaald:

"The wrong condemned by the Amendment is "fully accomplished" by the unlawful search or seizure itself, *ibid.*, and the exclusionary rule is neither intended nor able to "cure the invasion of the defendant's rights which he has already suffered." (...). The rule thus operates as "a judicially created remedy designed to safeguard Fourth Amendment rights generally

380 Kamisar, 1983, p. 616.

381 394 U.S. 165.

382 Stewart, 1983, p. 1390.

383 Zie ook *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983), *Herring v. United States*, No 07-513 (2009).

384 414 U.S. 338.

385 Zie ook *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984) en *Herring v. United States*, No 07-513 (2009).

386 Stewart, 1983, p. 1390.

387 468 U.S. 897.

through its deterrent effect, rather than a personal constitutional right of the party aggrieved.”

Aan deze benadering heeft het Hooggerechtshof sindsdien vastgehouden. Eerder gehanteerde argumenten met een meer principieel karakter, zijn als grondslag voor bewijsuitsluiting, althans in de meerderheidsopinies, niet meer gebruikt. De vraag of in een bepaald geval toepassing moet worden gegeven aan de bewijsuitsluitingsregel is van een principieel kader verplaatst naar een pragmatische afweging van de ‘kosten’ daarvan in de voorliggende categorie van gevallen tegen de te verwachten ‘baten’ in termen van enkel het weerhouden van onrechtmatig politieoptreden. ‘Police-deterrence’ is sinds *Calandra* de enige door het Hooggerechtshof aanvaarde basis voor toepassing van de bewijsuitsluitingsregel,³⁸⁸ die in de visie van het Hooggerechtshof bijvoorbeeld ook niet strekt tot bestraffing van fouten van rechters.³⁸⁹

Aan de kostenzijde gelden in de rechtspraak van het Hooggerechtshof als belangrijkste posten de schade die de regel toebrenghet aan

de waarheidsvinding met als mogelijk gevolg dat schuldige en potentieel gevaarlijke verdachten worden vrijgelaten. Dit nadeel heeft het Hooggerechtshof als substantieel³⁹⁰ aangemerkt en als “something that offends basic concepts of the criminal justice system”.³⁹¹ Het Hooggerechtshof is daarom zeer terughoudend met uitbreiden van de toepassing van de regel.³⁹² De ‘deterrence benefits’ moeten daarvoor opwegen tegen de kosten van de bewijsuitsluitingsregel.³⁹³ “The rules costly toll upon truth-seeking and law enforcement presents a high obstacle for those urging its application”.³⁹⁴ Alleen in die gevallen waarin de bedoeling van de bewijsuitsluitingsregel geacht wordt daarmee op de meest doeltreffende wijze te worden gediend, komt de regel voor toepassing in aanmerking.³⁹⁵ Wanneer geen aanmerkelijk preventief effect is te verwachten in termen van het weerhouden van de politie van grondwetsschendingen, blijft toepassing van de bewijsuitsluitingsregel achterwege.³⁹⁶ Daarbij heeft het Hooggerechtshof er ook op gewezen dat een ongenueanceerde toepassing van de bewijsuitsluitings-

388 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 19 en 23.

389 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

390 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987), *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006) en *Herring v. United States*, No 07-513 (2009).

391 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), *Herring v. United States*, No 07-513 (2009).

392 *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157 (1986), *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

393 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006) en *Herring v. United States*, No 07-513 (2009).

394 *United States v. Havens*, 446 U.S. 620 (1980), *United States v. Payner*, 447 U.S. 727 (1980), *Pennsylvania Board of Probation and Parole v. Scott*, 524 U.S. 357 (1998), *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006) en *Herring v. United States*, No 07-513 (2009).

395 *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974) en *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

396 *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976), *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), *Pennsylvania Board of Probation and Parole v. Scott*, 524 U.S. 357 (1998) en *Herring v. United States*, No 07-513 (2009).

regel schadelijk kan zijn voor het imago van de strafrechtspleging:

"The substantial social costs exacted by the exclusionary rule for the vindication of Fourth Amendment rights have long been a source of concern." Our cases have consistently recognized that unbending application of the exclusionary sanction to enforce ideals of governmental rectitude would impede unacceptably the truth-finding functions of judge and jury." (...). An objectionable collateral consequence of this interference with the criminal justice system's truth-finding function is that some guilty defendants may go free or receive reduced sentences as a result of favorable plea bargains. Particularly (...) when law enforcement officers have acted in objective good faith or their transgressions have been minor, the magnitude of the benefit conferred on such guilty defendants offends basic concepts of the criminal justice system. (...) Indiscriminate application of the exclusionary rule, therefore, may well "generat[e] disrespect for the law and administration of justice." (...) Accordingly, "[a]s with any remedial device, the application of the rule has been restricted to those areas where its remedial objectives are thought most efficaciously served." ³⁹⁷

Van een 'reflexive application' van de bewijsuitsluitingsregel bij schending van het Vierde Amendement zoals in *Mapp*, is al lang geen sprake meer.³⁹⁸ De moderne uitgangspunten liggen ook aan de basis van de in hoofdstuk 5 nader beschreven ontwikkelingen in de recht-

spraak, zoals het aannemen van de 'good faith'-exceptie, het onder omstandigheden accepteren van het gebruik van met schending van het Vierde Amendement verkregen bewijsmateriaal als 'impeachment evidence', maar ook aan meer specifieke regels, zoals de regel dat bewijsuitsluiting alleen wordt toegepast in de procedure waarop de agent ten tijde van de door hem begane schending van de grondwet het oog had.³⁹⁹

De tegenwoordig in dit kader noodzakelijke afweging heeft de toepassing van de bewijsuitsluitingsregel sterk van de omstandigheden van het geval afhankelijk gemaakt. Daardoor kan de uitkomst van tijd tot tijd veranderen. Of toepassing van de bewijsuitsluitingsregel noodzakelijk is, hangt dan bijvoorbeeld af van de vraag of andere adequate correctiemechanismen bestaan die voldoende verzekeren dat grondwettelijke rechten worden gerespecteerd. Daarbij kan ook acht worden geslagen op veranderingen in de effectiviteit van bepaalde alternatieve remedies, zoals schadevergoedingsacties of strafrechtelijke vervolging van agenten wegens inbreuken op grondrechten.⁴⁰⁰ Het zware middel dat bewijsuitsluiting vormt, kan daardoor gereserveerd worden voor uitsluitend die gevallen waarin niet met andere, minder ingrijpende, middelen kan worden volstaan. Zodoende kan de toepassing ervan tamelijk precies worden afgestemd op de voorliggende situatie en op de feitelijke maatschappelijke omstandigheden waarin de regel functioneert. In dit verband kan bijvoorbeeld de zaak *Mapp* uit 1961, waarin alternatieven

397 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

398 *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995) en *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

399 *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976).

400 Vgl. *Stewart*, 1983, p. 1385 en zie *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

voor de bewijsuitsluitingsregel nog betekening-loos werden geoordeeld, worden gelegd naast de hierna te bespreken zaak *Hudson v. Michigan*⁴⁰¹ uit 2006, waarin juist het bestaan van alternatieve wijzen om normconform gedrag aan de zijde van de politie bevorderen als een van de argumenten werd genoemd, waarom van bewijsuitsluiting kon worden afgezien.

Op het afhankelijk stellen van de toepassing van de bewijsuitsluitingsregel van een afweging van de kosten en baten is wel als kritiek geuit dat de toepassing afhankelijk is van een toevallige meerderheid in het Hooggerechtshof. De kosten en baten laten zich niet objectief meten, zodat de waardering daarvan, en dus de uitkomst van de afweging, sterk afhankelijk is van persoonlijke opvattingen.⁴⁰²

4.5.2.4 De huidige werkwijze van het Hooggerechtshof

Heldere voorbeelden van de wijze waarop het Hooggerechtshof tegenwoordig in zijn rechtspraak afweegt of de bewijsuitsluitingsregel moet worden toegepast, bieden de zaken *Hudson v. Michigan*⁴⁰³ uit 2006 en *Herring v. United States*⁴⁰⁴ uit 2009. Door deze zaken aan een nadere beschouwing te onderwerpen, wordt een goed beeld gekregen van de huidige werkwijze van het Hooggerechtshof. Onderwerp en invalshoek zijn in beide zaken telkens wat anders. Ook dat maakt gezamenlijke bespreking de moeite waard.

In *Hudson* lag de vraag voor of de bewijsuitsluitingsregel ook toegepast zou moeten worden op schending van de regel dat de politie zich voorafgaand aan het binnentreden van een woning als zodanig bekend moet maken, de zogenaamde 'knock and announce rule'. Het Hooggerechtshof oordeelde de bewijsuitsluitingsregel niet toepasselijk. In *Herring* ging het om de reikwijdte van de 'good faith'-exceptie: de uitzonderingssituatie waarin ondanks schending van het Vierde Amendement geen bewijsuitsluiting hoeft te volgen, omdat de opsporingsambtenaar te goeder trouw afging op onjuiste informatie. Het Hooggerechtshof gaf een ruime uitleg aan deze exceptie.

Hierna worden eerst de overwegingen in de meerderheidsopinie en in de bijbehorende 'concurring' en 'dissenting opinions' tamelijk ruim weergegeven, telkens voorafgegaan door een korte beschrijving van de feiten. Daarna volgt een beknopte analyse.

Hudson v. Michigan

In deze zaak waren politieagenten ter uitvoering van een huiszoekingsbevel Hudson's woning binnengegaan met schending van de uit het Vierde Amendement voortvloeiende 'knock and announce rule'. In eerste aanleg was zijn beroep op bewijsuitsluiting in verband daarmee gehonoreerd, maar nadat in een interlocutoir appel deze beslissing was vernietigd, werd Hudson alsnog veroordeeld wegens drugsbezit, welke veroordeling in

401 547 U.S. 586 (2006).

402 Kamisar, 1983, p. 621, en A.R. Amar, 1994, p. 757-758. "(...) unlawfully obtained evidence must be excluded whenever five votes say so."

403 547 U.S. 586 (2006).

404 No. 07-513 (2009).

appel werd bekrachtigd. Het Hooggerechtshof boog zich over de vraag of schending van de 'knock and announce rule' tot bewijsuitsluiting moet leiden.

De meerderheidsopinie is geschreven door raadsheer Scalia. Daarin wordt vooropgesteld dat de 'knock and announce rule' een uit het Engelse common law voortkomende regel is, waarvan het Hooggerechtshof in eerdere rechtspraak heeft bepaald dat deze deel uitmaakt van de in het Vierde Amendement besloten liggende waarborgen. Verder wordt vastgesteld dat deze regel in de praktijk vele vragen oproept, niet alleen wat betreft de toepasselijkheid, maar ook wat betreft de precieze eisen die op grond daarvan aan agenten moeten worden gesteld, maar dat dergelijke vragen 'happily' niet voorliggen in deze zaak, waarin de partijen de door de lagere rechter vastgestelde schending van de regel niet hebben bestreden, en het enkel gaat om de vraag of in een dergelijk geval bewijsuitsluiting moet volgen. Vervolgens wordt het in de vorige paragraaf beschreven toetsingskader uiteengezet, waarna een educatieve reeks gedachteoefeningen volgt, die elk voor zich de conclusie kan dragen dat geen bewijsuitsluiting behoeft te volgen.

Eerst wordt erop gewezen dat een noodzakelijke, doch op zichzelf niet toereikende voor-

waarde voor bewijsuitsluiting is, dat het bewijsmateriaal zonder het onrechtmatig handelen niet zou zijn verkregen ('but for causality'). Geconcludeerd wordt dat aan die voorwaarde in dit geval niet is voldaan. Of de fout bij het binnentreden was begaan of niet, de agenten zouden het zoekingsbevel hebben uitgevoerd en de drugs en het wapen hebben gevonden.

Vervolgens leert de meerderheidsopinie dat zelfs als de wijze van binnentreden hier als 'but for cause' zou worden aangemerkt voor het aantreffen van de contrabande, dit niet automatisch leidt tot de conclusie dat dit ook kan worden aangemerkt als 'fruit of the poisonous tree'.⁴⁰⁵ Het causaal verband tussen de normschending en de bewijsverkrijging kan daarvoor onder omstandigheden te dun worden geacht ('attenuated').⁴⁰⁶ De vraag daarbij is of het bewijsmateriaal is verkregen door 'exploitation' van de aanvankelijke grondwetschending, of op een daarvan zodanig te onderscheiden wijze dat het geacht kan worden vrij te zijn van de smet van die grondwetsschending.⁴⁰⁷ Van 'attenuation' kan bovendien ook sprake zijn wanneer het belang tot bescherming waarvan de geschonden grondwettelijke waarborg strekt, niet is gediend met de toepassing van bewijsuitsluiting.⁴⁰⁸ Daarom wordt aandacht besteed aan

405 Verwezen wordt naar *Segura v. United States*, 468 U. S. 796 (1984).

406 Verwezen wordt naar *United States v. Ceccolini*, 435 U. S. 268 (1978). Zie nader paragraaf 5.3.1.1.

407 Verwezen wordt naar *Wong Sun v. United States*, 371 U. S. 471 (1963). Zie nader paragraaf 5.3.1.

408 Als voorbeeld wijst het Hooggerechtshof op de beslissing in de zaak *New York v. Harris*, 495 U.S. 14 (1990) waar Harris in strijd met de grondwet in zijn woning was gearresteerd, maar het uitsluiten van het bewijs van de buiten de woning door Harris afgelegde verklaring niet het doel zou dienen van de regel die de arrestatie in de woning ongrondwettig maakte: "The warrant requirement for an arrest in the home is imposed to protect the home, and anything incriminating the police gathered from arresting Harris in his home, rather than elsewhere, has been excluded, as it should have been; the purpose of the rule has thereby been vindicated."

de vraag welke belangen met de 'knock and announce rule' worden gediend. Daarbij wordt geconstateerd dat de 'knock and announce rule' strekt ter bescherming van lijf en leden, omdat een onaangekondigd binnentreden geweld kan uitlokken van de zijde van de bewoner die in de veronderstelling kan verkeren zichzelf te moeten verdedigen. Ook strekt deze regel ter bescherming van eigendommen en van die aspecten van privacy en menselijke waardigheid waarop inbreuk kan worden gemaakt door een onverwacht binnentreden. De 'knock and announce rule' strekt er echter niet toe te voorkomen dat de overheid het in de 'warrant' omschreven bewijsmateriaal kan vinden en in beslag kan nemen. De conclusie dat de in dit geval geschonden belangen niets te maken hebben met inbeslagname van bewijsmateriaal, voert op zichzelf tot de slotsom dat de bewijsuitsluitingsregel niet van toepassing is.

Toch wordt nog overgegaan tot het afwegen van de kosten en de baten van toepassing van de bewijsuitsluitingsregel in situaties als de onderhavige. Begonnen wordt met een inventarisatie van de kosten die door de meerderheid van het Hoogerechtshof aanmerkelijk worden geacht. Bij het grote nadeel dat altijd kleeft aan het uitsluiten van relevant bewijsmateriaal, te weten het risico van vrijlating van gevaarlijke criminelen, komt hier dat een niet aflatende vloed gegenereerd zou worden van verweren waarin een beroep wordt gedaan op schending van de 'knock and announce rule': "The cost of entering this lottery would be

small, but the jackpot enormous: suppression of all evidence, amounting in many cases to a get-out-of-jail-free card. Courts would experience as never before the reality that "the exclusionary rule frequently requires extensive litigation to determine whether particular evidence must be excluded."

Daarbij wordt erop gewezen dat de feitelijke vaststellingen die in dat kader vereist zijn om een beroep op bewijsuitsluiting te kunnen beoordelen complex zijn, anders dan bijvoorbeeld het geval is bij de vraag of de 'Miranda-regels' zijn nageleefd.

Een andere 'kostenpost' wordt gezien in de potentieel te grote mate van 'police-deterrence'. Om bewijsuitsluiting te voorkomen zouden agenten langer wachten met binnentreden, hetgeen niet alleen veelvuldig zal leiden tot de vernietiging van bewijsmateriaal, maar in sommige gevallen ook tot vermijdbaar geweld.

Vervolgens behelst de meerderheidsopinie een inventarisatie van de 'baten', in termen van de mate waarin daarvan verwacht kan worden dat de politie van schendingen van de regel kan worden afgehouden. Daarbij wordt vooropgesteld dat de waarde van 'deterrence' afhankelijk is van de sterkte van bestaande prikkels tot het schenden van de regel. Als dergelijke prikkels niet sterk zijn, is hevige 'deterrence' ook niet nodig. Relevant is dan dat anders dan schending van het 'warrant-vereiste' – hetgeen soms kan leiden tot de verkrijging van bewijsmateriaal dat zonder die schending niet was verkregen – schending van

de 'knock and announce rule' hoogstens kan leiden tot het voorkomen van het vernietigen van bewijsmateriaal of van levensgevaarlijk verzet door de bewoners. Dat zijn gevaren die, wanneer het redelijke vermoeden bestaat dat zij zich kunnen manifesteren onder de bestaande rechtspraak een uitzondering op de 'knock and announce rule' toelaten. De waarde van 'police-deterrence' is dus gering. Overwogen wordt dat ook wanneer de stelling van Hudson waar zou zijn, dat zonder bewijsuitsluiting de politie op geen enkele andere wijze wordt weerhouden van schendingen van de 'knock and announce rule', dit op zichzelf geen toereikend argument vormt voor toepassing van de bewijsuitsluitingsregel. Ook de omstandigheid dat eerder in andere context en lang geleden bewijsuitsluiting noodzakelijk werd geoordeeld is geen toereikend argument: "That would be forcing the public today to pay for the sins and inadequacies of a legal regime that existed almost half a century ago."

Dan volgt een opsomming van de factoren die tegenwoordig normconform gedrag aan politiezijde bevorderen. Ten eerste wordt gewezen op de mogelijkheid van een schadevergoedingsactie op grond van 42 U.S.C. §1983, waarbij het argument van Hudson dat het lastig zou zijn een advocaat te vinden voor deze zaak, verworpen wordt onder verwijzing naar de inmiddels bestaande mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand en de ontwikkelingen in de praktijk op dit terrein waaronder het bestaan van in 'civil-rights' claims

gespecialiseerde advocatenkantoren. Het Hooggerechtshof meent dat civiele aansprakelijkheid een effectieve bijdrage levert aan het weerhouden van agenten van normschending. Ten tweede wordt aandacht besteed aan de toegenomen professionaliteit van de politie in de afgelopen vijftig jaar, waarin mede de nadruk is komen te liggen op interne discipline. Er bestaat in toenemende mate bewijs voor dat de politie grondwettelijke rechten serieus neemt. Omvangrijke hervormingen hebben plaatsgevonden op het gebied van educatie, training van en supervisie over agenten. Er zijn veel leermiddelen beschikbaar en wanneer agenten onvoldoende worden opgeleid kan dat leiden tot aansprakelijkheid van de gemeente waar zij in dienst zijn. Voorts bestaat de politiestaf tegenwoordig uit professionals, waardoor het onwaarschijnlijk is dat interne disciplineren, die aan een succesvolle carrière in de weg kan staan, geen invloed heeft. Daarnaast bestaat tevens bewijs dat verschillende vormen van toetsing van politiehandelen door burgerfora een positieve invloed heeft.

"In sum, the social costs of applying the exclusionary rule to knock-and-announce violations are considerable; the incentive to such violations is minimal to begin with, and the extant deterrents against them are substantial – incomparably greater than the factors deterring warrantless entries when Mapp was decided. Resort to the massive remedy of suppressing evidence of guilt is unjustified."

In deel IV van de meerderheidsbeslissing, dat

niet door raadsheer Kennedy wordt onderschreven, wordt er nog op gewezen dat de bereikte conclusie ondersteund wordt door de eerdere uitspraken in de zaken *Segura v. United States*,⁴⁰⁹ *New York v. Harris*,⁴¹⁰ en *United States v. Ramirez*.⁴¹¹

In *Segura* was sprake van ongrondwettig binnentreden zonder 'warrant', waarna de agenten 19 uur wachtten op een 'warrant' en pas tot doorzoeking overgingen nadat deze was verkregen. In die zaak oordeelde het Hooggerechtshof dat alleen het door de schending verkregen bewijsmateriaal voor uitsluiting in aanmerking kwam en onderscheidde het de resultaten van het onrechtmatige binnentreden van de daaropvolgende rechtmatige doorzoeking. Het zou, aldus Scalia's opinie, bizar zijn bij het handelen in de onderhavige zaak, waarin met een 'warrant' is binnengetreten, strikter te zijn dan in *Segura*, waarin werd geoordeeld dat de doorzoeking in geen enkel verband stond ('wholly unrelated') tot het binnentreden.

In de zaak *Harris* waren de rechten van de verdachte geschonden door hem in strijd met het Vierde Amendement in zijn woning zonder 'warrant' te arresteren, maar werd de later door hem op het politiebureau afgelegde verklaring niet van het bewijs uitgesloten. In die zaak stond de onrechtmatige arrestatie weliswaar aan het begin van de keten van gebeurtenissen die leidde tot het afleggen van de verklaring die kon worden beschouwd als het resultaat van een arrestatie en de daaropvolgende ondervraging in hechtenis, maar

werd geoordeeld dat deze niet de 'vrucht' was van het feit dat de arrestatie in de woning plaatsvond in plaats van elders. Iets vergelijkbaars is in *Hudson* aan de hand: de vondst van de drugs en het vuurwapen was het resultaat van de zoeking op grond van een geldige 'warrant'. Zij was geen 'vrucht' van het feit dat het binnentreden niet vooraf was gegaan van een juiste naleving van de 'knock and announce rule'.

In de zaak *Ramirez* oordeelde het Hooggerechtshof dat vernieling van eigendommen (i.c. een raam) bij de uitvoering van een 'search' in strijd kan zijn met het Vierde Amendement, ook al is het binnentreden op zichzelf rechtmatig. Wanneer de vernieling onredelijk is, moet worden vastgesteld of er een 'sufficient causal relationship' bestaat tussen de onredelijke vernieling en de vondst van het bewijsmateriaal om bewijsuitsluiting te rechtvaardigen. "What clearer expression could there be of the proposition that an impermissible manner of entry does not necessarily trigger the exclusionary rule?", aldus deel IV van de meerderheidsopinie.

In zijn "opinion concurring in part I-III and concurring in the judgment" benadrukt raadsheer Kennedy dat de bewijsuitsluitingsregel op zichzelf als gevestigde regel waarvan het bereik is bepaald in de rechtspraak van het Hooggerechtshof, niet ter discussie staat. De bij het Vierde Amendement centraal staande bescherming van privacy en veiligheid in de woning zijn onverminderd belangrijk. Mede in

409 468 U. S. 796 (1984).

410 495 U. S. 14 (1990).

411 523 U. S. 65 (1998).

het licht van de andere methoden tot redres is bewijsuitsluiting hier echter geen passende reactie. Daarbij wijst raadsheer Kennedy er ook op dat het niet gaat om de beoordeling van een wijd verbreide praktijk van structurele schendingen van de 'knock and announce rule' en op het ontbreken van het vereiste causale verband, al meent hij dat de zaken *Segura* en *Harris* hier niet relevant zijn.

In de 'dissenting opinion' van raadsheer Breyer, waarbij de raadsheren Stevens, Souter en Ginsburg zich aansloten, wordt in de uitkomst van de meerderheidsopinie een wezenlijke afwijking van de eerdere rechtspraak gezien. Of de 'knock and announce rule' is nageleefd, is volgens die rechtspraak onderdeel van de toetsing op grond van het Vierde Amendement van de redelijkheid van een 'search' en 'seizure', terwijl bewijsmateriaal dat is verkregen bij een onredelijke zoeking van het bewijs moet worden uitgesloten, omdat zonder die reactie de grondwettelijke waarborg een holle regel wordt. Tot zover wordt het betoog in hoofdzaak gegrond op de rechtspraak tot en met *Mapp*. Vervolgens wordt betoogd dat er sinds die beslissing geen betekenisvolle alternatieve wijzen zijn ontwikkeld om grondwetsconform gedrag van de politie te verzekeren. Daarbij wordt erop gewezen dat schadevergoedingsacties geen werkend alternatief vormen. De veronderstelling in de meerderheidsopinie dat dit wel zo zou zijn, wordt aangemerkt als "a support-free assumption that *Mapp* and subsequent cases

make clear does not embody the Court's normal approach to difficult questions of Fourth Amendment law". Daarbij wordt erop gewezen dat in de meerderheidsopinie niet één zaak wordt genoemd waarin schadevergoeding is toegekend wegens schending van de 'knock and announce rule', terwijl aanwijzingen bestaan dat wel degelijk sprake is van een wijdverbreid patroon van schendingen van deze regel.

Vervolgens wordt erop gewezen dat het Hooggerechtshof slechts enkele uitzonderingen op de bewijsuitsluitingsregel heeft aanvaard, te weten:

1. wanneer niet of nauwelijks het met de regel nagestreefde effect wordt bereikt, welke gedachte ten grondslag lag aan de 'good faith'-exceptie en aan het soms toegelaten gebruik van ongrondwettig verkregen bewijsmateriaal in 'impeachment procedures';
2. wanneer het gaat om het gebruik van zulk bewijsmateriaal in andere procedures dan bij het onderzoek ter terechtzitting ('trial') in een strafzaak.

Geen van die situaties doet zich hier voor. Ook zijn de kosten waarop in de meerderheidsopinie wordt gewezen, niet anders dan in andere zaken waarin bewijsuitsluiting is voorgeschreven. De manier waarop in de meerderheidsopinie met causaliteit wordt omgegaan, wordt evenmin overtuigend geacht. Het voor de zoeking vereiste binnentreden is 'onlosmakelijk gekarakteriseerd' door de daarbij

begane schending van de 'knock and announce rule'. "(...) separating the 'manner of entry' from the related search slices the line too finely." Een verkeerde uitleg zou worden gegeven aan de 'independent source doctrine' en de 'inevitable discovery doctrine'. Daarbij is immers niet bepalend wat hypothetisch gesproken zou *kunnen zijn gebeurd* als de politie niet onrechtmatig zou hebben gehandeld, maar wat *zou zijn gebeurd*

1. ongeacht (niet eenvoudigweg: zonder) het onrechtmatige handelen en
2. onafhankelijk van dat onrechtmatige handelen.

"The question is not what the police might have done had they not behaved unlawfully. The question is what did they do. Was there set in motion an independent chain of events that would have inevitably led to the discovery and seizure of the evidence despite, and independent of that behaviour? The answer is "no."

Dat de politie beschikte over een 'warrant', doet daaraan in de visie van de 'dissenters' niet af, omdat geen sprake was van een op zichzelf ook mogelijke 'warrant' die de politie bevoegd maakte tot het uitvoeren van een zoeking zonder naleving van de 'knock and announce rule'. Miskend wordt dat de zoeking door de wijze van binnentreden onrechtmatig is en dat bewijs dat wordt gevonden bij een dergelijke zoeking volgens vaste rechtspraak moet worden uitgesloten.

Voorts wordt 'attenuation' in de vorm dat het

belang dat de geschonden norm beoogd te beschermen, niet is gediend met bewijsuitsluiting, nieuw genoemd. Er is voor die vorm van 'attenuation' geen steun te vinden in eerdere rechtspraak. Ook wordt geen recht gedaan aan het gewicht van het belang van privacy in de woning, ter bescherming waarvan de 'knock and announce rule' mede strekt. Vervolgens wordt ingegaan op het in de meerderheidsopinie gemaakte punt dat wanneer bewijsuitsluiting de reactie zou zijn op schending van de regel, dit kan leiden tot te afwachtend politieoptreden (zogenaamde 'over-deterrence'). Daarvan wordt geoordeeld dat deze kritiek zich in feite tegen de 'knock and announce rule' richt, terwijl de rechtspraak over die regel al de nodige ruimte biedt om ervan af te wijken als de omstandigheden daar aanleiding toe geven. Als de OvJ in deze zaak had ingezet op het aanwezig zijn van een situatie waarin het niet vereist was te kloppen en zichzelf bekend te maken, zou dat betoog zijn aanvaard en was om die reden geen bewijsuitsluiting gevolgd.

De zaken *Segura*, *Harris* en *Ramirez* worden in de 'dissenting opinion' onderscheiden van de voorliggende zaak. Anders dan in *Segura* is hier geen van het onrechtmatig handelen onafhankelijke gebeurtenis die het verband tussen dat handelen en de bewijsverkrijging doorbreekt. De vergelijking met *Harris* gaat niet op omdat de schending van de 'knock and announce rule' in dit geval de zoeking in de woning onrechtmatig maakt, terwijl bij die zoeking het bewijsmateriaal is aangetroffen. In

Harris was het in de woning verkregen bewijsmateriaal uitgesloten, maar werd alleen de op het politiebureau afgelegde verklaring toelaatbaar geoordeeld. In *Ramirez* was het binnentreden zelf rechtmatig. Hier niet.

Dat in dit geval de kosten van de bewijsuitsluitingsregel niet opwegen tegen de baten is een oordeel dat de 'dissenters' niet delen, gelet op het belang van de 'knock and announce rule', de richting waarin eerdere rechtspraak wijst en het gebrek aan andere betekenisvolle middelen om normconform politiehandelen te bevorderen. Afgesloten wordt met de volgende overweging:

"(...) our Fourth Amendment traditions place high value upon protecting privacy in the home. They emphasize the need to assure that its constitutional protections are effective, lest the Amendment 'sound the word of promise to the ear but break it to the hope.' They include an exclusionary principle, which since *Weeks* has formed the centerpiece of the criminal law's effort to ensure the practical reality of those promises. That is why the Court should assure itself that any departure from that principle is firmly grounded in logic, in history, in precedent, and in empirical fact. It has not done so."

Herring v. United States

In de zaak *Herring* werd *Herring* door agenten in 'Coffee County' gearresteerd, omdat de database van het naburige 'Dale County' aangaf dat een arrestatiebevel tegen hem uitstond. Bij *Herring* werden drugs en een

vuurwapen aangetroffen. Vervolgens bleek dat het desbetreffende arrestatiebevel al maanden eerder ingetrokken was, maar dat verzuimd was die informatie in de database te verwerken. In eerste aanleg werd wel een schending aangenomen van het Vierde Amendement, maar werd de bewijsuitsluitingsregel niet toepasselijk geacht. Ook in appel werd *Herring's* beroep op bewijsuitsluiting verworpen onder verwijzing naar de 'good faith'-exceptie uit *United States v. Leon*,⁴¹² waarin politieagenten te goeder trouw waren afgegaan op een door een magistraat verstrekte 'warrant', die later ongeldig bleek te zijn. Het Hooggerechtshof beantwoordde de vraag of in dit geval, waarin de politie te goeder trouw is afgegaan op onjuiste informatie uit een politiedatabase, bewijsuitsluiting moest volgen.

In de door voorzitter *Roberts* geschreven meerderheidsopinie wordt na een samenvatting van de feiten, wederom eerst het in de vorige paragraaf weergegeven beoordelingskader uiteengezet, waarin het aankomt op een afweging van de kosten van bewijsuitsluiting tegen de in termen van 'police-deterrence' te verwachten baten. In dat verband wordt overwogen dat die baten het grootst kunnen worden geacht waar het gaat om opzettelijke schendingen, welke gedachte onder meer ook ten grondslag ligt aan de beslissing in de zaak *Leon*. In die zaak werd beslist dat de bewijsuitsluitingsregel niet van toepassing is indien de agenten handelden 'in objectively reasonable reliance' op de later ongeldig verklaarde 'warrant'. Na een bespreking van de verdere

412 468 U. S. 897 (1984).

rechtspraak over de 'good faith'-exceptie wordt geconstateerd dat daarin vooralsnog de vraag onbeantwoord is gebleven of bewijsuitsluiting moet volgen indien politiepersoneel verantwoordelijk is voor de onjuiste informatie waarop de agenten zijn afgegaan.

Bij de beantwoording van die vraag wordt er eerst op gewezen dat de zin van toepassing van de bewijsuitsluitingsregel in verband staat met de mate van schuld aan politiezijde ten aanzien van de desbetreffende schending.

Een waardering van de 'flagrancy of the police misconduct' is daarom een belangrijk onderdeel van de beantwoording van de voorliggende vraag.⁴¹³ Vervolgens worden enkele oudere beslissingen behandeld, die aanleiding gaven tot de ontwikkeling van de bewijsuitsluitingsregel, waaronder *Weeks* en *Mapp*, waarbij wordt vastgesteld dat daarin telkens sprake was van opzettelijke en grove schendingen van het Vierde Amendement.

"An error that arises from nonrecurring and attenuated negligence is thus far removed from the core concerns that led us to adopt the rule in the first place. (...) To trigger the exclusionary rule, police conduct must be sufficiently deliberate that exclusion can meaningfully deter it, and sufficiently culpable that such deterrence is worth the price paid by the justice system. As laid out in our cases, the exclusionary rule serves to deter deliberate, reckless, or grossly negligent conduct, or in some circumstances recurring or systemic negligence. The error in this case does not rise to that level."

Deze analyse wordt vervolgens nader gemotiveerd aan de hand van een bespreking van de zaak *Franks v. Delaware*,⁴¹⁴ waarin het eveneens ging om onjuiste door de politie verstrekte informatie en waarin onachtzaamheid aan politiezijde geen bewijsuitsluiting rechtvaardigde.

Benadrukt wordt nog dat het gaat om een objectieve analyse aan de hand van alle omstandigheden van het geval en niet om een onderzoek naar het 'subjectieve bewustzijn van de arresterende agenten'.

Het voorgaande wil niet zeggen dat alle fouten in het kader van het bijhouden van databestanden immuniteit van de bewijsuitsluitingsregel genieten. Indien bijvoorbeeld de politie aantoonbaar roekeloos is geweest bij het bijhouden van een systeem waarin uitstaande arrestatiebevelen zijn opgenomen of welbewust onjuiste informatie aan een dergelijk systeem toevoegt om de basis te leggen voor onrechtmatige arrestaties, is bewijsuitsluiting zeker aangewezen. De vrees dat deze beslissing zal leiden tot het opzettelijk onwetend houden van agenten, is daarom ongegrond. Wat betreft de verwijzing in de 'dissenting opinion' naar de mogelijke onbetrouwbaarheid van een aantal hier niet relevante databases geldt, dat ook het afgaan op een onbetrouwbaar 'warrant system' roekeloos kan zijn. Er is echter geen bewijs dat de fouten in het systeem van 'Dale County' wijdverbreid zijn. Verscheidene getuigenverklaringen in deze zaak wijzen juist op het tegendeel.

413 Verwezen wordt naar *United States v. Peltier*, 422 U. S. 531 (1975), *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987).

414 438 U.S. 154 (1978), zie daarover nader paragraaf 5.3.4.

"In light of our repeated holdings that the deterrent effect of suppression must be substantial and outweigh any harm to the justice system (...) we conclude that when police mistakes are the result of negligence such as that described here, rather than systemic error or reckless disregard of constitutional requirements, any marginal deterrence does not "pay its way." (...). In such a case, the criminal should not "go free because the constable has blundered."

In de 'dissenting opinion' van raadsheer Ginsburg, waarbij de raadsheren Stevens, Souter en Breyer zich hebben aangesloten, wordt op twee gronden van de meerderheidsopinie afgeweken. Ten eerste vanwege de andere visie op de betekenis en de rol van de bewijsuitsluitingsregel en ten tweede vanwege de andere waardering van de ernst van fouten in politiebestanden.

Wat betreft het eerste punt wordt in de 'dissenting opinion' uiteengezet dat wordt uitgegaan van 'a more majestic conception' van het Vierde Amendement en de bijbehorende bewijsuitsluitingsregel. Aan de bewijsuitsluitingsregel wordt een ruimere werking toegedacht. Zij strekt niet alleen tot het weerhouden van de politie van toekomstige opzettelijke of flagrante inbreuken op het Vierde Amendement. De regel dient ook andere doelen, zoals het waarborgen van de integriteit van de rechtspraak ('avoid the taint of partnership in official lawlessness') en het verzekeren aan de burgers – elk van hen een potentieel slacht-

offer van onrechtmatig overheidshandelen – dat de overheid niet profiteert van zijn eigen onrechtmatig gedrag, waardoor de kans op het ondermijnen van het vertrouwen in de overheid wordt geminimaliseerd. De bewijsuitsluitingsregel wordt voorts de enige beschikbare en tevens een zeer effectieve remedie geacht: daarvan valt te verwachten dat de zorgvuldigheid van het bijhouden van gegevensbestanden meer aandacht krijgt. Met betrekking tot het tweede punt wordt opgemerkt dat elektronische gegevensbestanden het zenuwstelsel vormen van de tegenwoordige strafrechtshandhaving. Het risico dat daarin fouten worden gemaakt is niet gering, terwijl de gevolgen daarvan ingrijpend kunnen zijn. Weinig geruststellend wordt de opmerking in de meerderheidsopinie geacht dat in geval van roekeloze, opzettelijke of stelselmatige onjuistheden wel bewijsuitsluiting volgt, omdat

1. door de beperking tot gevallen van roekeloosheid slachtoffers als Herring zonder remedie blijven voor de schending van hun aan het Vierde Amendement te ontnemen rechten;
2. betwijfeld kan worden of daarmee voor de politie voldoende prikkels bestaan de gegevensbestanden up-to-date te houden;
3. het bewijs daarvan niet of nauwelijks te leveren zal zijn.

Kortom:

"Negligent recordkeeping errors by law enforcement threaten individual liberty, are

susceptible to deterrence by the exclusionary rule, and cannot be remedied effectively through other means.”

In een afzonderlijke ‘dissenting opinion’ van raadsheer Breyer, waarbij raadsheer Souter zich aansloot, wordt nog een verschil benadrukt met eerdere gevallen waarin een beroep op de ‘good faith’-exceptie aan bewijsuitsluiting in de weg stond. In die gevallen ging het steeds om fouten aan de zijde van de rechter en niet om fouten aan politiezijde. Dat verschil is relevant, omdat

1. de bewijsuitsluitingsregel ertoe strekt onrechtmatig politiehandelen te voorkomen, niet ter vermindering van vergissingen van rechter of rechtbankpersoneel;
2. geen aanwijzingen bestaan dat de rechter of rechtbankpersoneel geneigd zijn het Vierde Amendement niet na te leven, of dat zij onvoldoende respect hebben voor het recht, zodat de extreme sanctie van bewijsuitsluiting uit dien hoofde gerechtvaardigd zou zijn, en
3. niet verwacht werd dat toepassing van de bewijsuitsluitingsregel grote invloed zou hebben op het rechtbankpersoneel dat verantwoordelijk is voor het informeren van de politie dat een ‘warrant’ ongeldig is verklaard, aangezien zij geen deel uitmaken van het opsporingsapparaat en geen belang hebben bij de uitkomst van individuele strafvervolgingen.
4. Tot slot wordt erop gewezen dat het trekken van de scheidslijn tussen fouten aan de zijde van de rechter en fouten aan

politezijde eenvoudiger toepasbaar is voor de lagere rechter, dan de ‘case-by-case’ benadering van de meerderheidsopinie, waarbij steeds een onderzoek naar de mate van schuld aan politiezijde noodzakelijk is.

Een eerste observatie die de beslissingen *Hudson* en *Herring* oproepen is dat de kritiek op de tegenwoordig bij toepassing van de bewijsuitsluitingsregel gemaakte afweging van kosten en baten – “unlawfully obtained evidence must be excluded whenever five votes say so” –⁴¹⁵ wel begrijpelijk is. In beide zaken is sprake van een krappe meerderheid en komen de verschillen met de minderheid voor een belangrijk deel voort uit verschil in waardering van de kosten en baten van toepassing van de bewijsuitsluitingsregel, al valt op dat in de ‘dissenting opinion’ van raadsheer Ginsburg nog aan een principiële opvatting omtrent de regel wordt vastgehouden, waarin voor weging van voor- en nadelen minder ruimte lijkt te bestaan.

Interessant is verder dat beide beslissingen illustreren hoe nauw de toepassing van de bewijsuitsluitingsregel of het achterwege laten daarvan kan worden toegesneden op de omstandigheden van het geval. Ook markeren de beslissingen de voortschrijdende ontwikkeling in de toepassing van de bewijsuitsluitingsregel. In zijn ‘concurring opinion’ bij de zaak *Hudson* benadrukt raadsheer Kennedy dat de bewijsuitsluitingsregel op zichzelf niet ter discussie staat. Klaarblijkelijk gaf de motivering

415 A.R. Amar, 1994, p. 757-758.

van de meerderheidsopinie hem aanleiding tot het maken van die opmerking.⁴¹⁶ Wanneer het Hooggerechtshof in meer gevallen betekenis toe gaat kennen aan de tamelijk breed uitgemeten toegenomen betekenis van alternatieve manieren ter bevordering van norm-conform gedrag aan politiezijde, kan dat een nieuwe lijn vormen waarlangs het bereik van de bewijsuitsluitingsregel kan worden ingeperkt.⁴¹⁷ Diezelfde potentie heeft de argumentatie in de zaak *Herring*, waarin aan de mate van schuld aan de zijde van de inbreukmakende politieambtenaar grote betekenis wordt toegekend. Ook daarvoor geldt dat wanneer die gedachtegang wordt doorgetrokken in de gehele rechtspraak over de bewijsuitsluitingsregel, daarvan een sterk beperkend effect kan uitgaan.⁴¹⁸

4.5.2.5 *Discussie over voor- en nadelen van bewijsuitsluiting*

"If there is a litmus test to distinguish between so-called liberals and so-called conservatives in the United States, it is the exclusionary rule. More than one's views on abortion, more than one's views on law and economics, more than one's views on *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), one's position on the exclusionary rule is viewed as a reliable indicator of the side on which one is situated. To liberals, it is a pillar of privacy; it is essential to protect individuals

from predations on the part of the police. To conservatives, it is an absurd rule through which manifestly dangerous criminals are let out because the courts prefer technicalities to truth."⁴¹⁹

De sedert de jaren zestig van de vorige eeuw bestaande discussie over de bewijsuitsluitingsregel tussen voor- en tegenstanders van de regel in het algemeen en van toepassing van de regel in concrete gevallen, is tot op heden niet verstomd. Whitebread & Slobogin wijzen als reden daarvoor aan, dat de bewijsuitsluitingsregel ondanks de vele beperkingen waaraan deze door ontwikkelingen in de rechtspraak is onderworpen, nog steeds meebrengt dat het meeste ongrondwettig verkregen bewijsmateriaal wordt uitgesloten van gebruik in de ('trial')fase van het strafproces waarin over de schuld van de verdachte wordt beslist.⁴²⁰

In de discussie kan onderscheid worden gemaakt tussen argumenten met een meer principiële aard en argumenten met een vooral utilitair karakter. Bij principiële argumenten kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de door de ene partij betrokken stelling dat voor de bewijsuitsluitingsregel geen steun is te vinden in de grondwet,⁴²¹ terwijl de andere partij juist stelt dat de grondwet toepassing van de bewijsuitsluitingsregel vereist.⁴²² Dit deel van de discussie, dat voor een belangrijk deel parallellen vertoont met die tussen de

416 Zie ook Bal, 2007.

417 Vgl. *Harvard Law Review*, 2006, p. 174-183, waarin de argumentatie in de zaak *Hudson* zelfs in potentie als opmaat voor algehele afschaffing van de 'exclusionary rule' wordt gezien.

418 Vgl. de analyse van deze beslissing in Goldstein, 2009 en in *Harvard Law Review*, 2009, p. 153-162.

419 Calabresi, 2003, p. 111.

420 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 50.

421 Zie bijv. A.R. Amar, 1994, p. 757-758.

422 Zie Kamisar, 1983, p. 581-589.

'originalists' en de 'non-originalists',⁴²³ wordt hier vanwege de hoge mate waarin dit is toegesneden op de Amerikaanse situatie, buiten beschouwing gelaten.⁴²⁴ Met het oog op het doel van dit onderzoek is het interessanter de discussie over de praktische voor- en nadelen van de regel nader uit te lichten. Ook daarbij lopen de meningen sterk uiteen. Wat de ene partij in deze discussie als een nadeel ziet, wordt door de andere partij juist als een voordeel beschouwd. Het soms mede politiek gemotiveerd zijn van de stellingname en de dynamische sleutel waarin het Hooggerechtshof de bewijsuitsluiting heeft geplaatst sinds het de toepassing daarvan afhankelijk heeft gesteld van een afweging van de kosten en baten, vormen ook verklaringen voor het voortduren van de discussie en voor de soms scherpe toon daarvan.

Hieronder wordt een opsomming gegeven van de belangrijkste punten van kritiek op de bewijsuitsluitingsregel en van de reactie daarop. De kritiek blijkt voor een deel terecht op nadelen van de bewijsuitsluitingsregel te wijzen, maar is voor een ander deel gebaseerd op oneigenlijke argumenten. De voordelen van de bewijsuitsluitingsregel komen ook aan bod.

1. *De bewijsuitsluitingsregel frustreert de waarheidsvinding en staat daarmee in de weg aan berechting van criminelen die door de uitsluiting van betrouwbaar bewijsmateriaal worden vrijgelaten en in*

*de gelegenheid worden gesteld nieuwe slachtoffers te maken*⁴²⁵

Dit wordt door voorstanders van de regel niet ontkend, al wordt hiervan wel gezegd dat de kritiek zich zou moeten richten op het Vierde Amendement en niet op de bewijsuitsluitingsregel.

"Much of the criticism leveled at the exclusionary rule is misdirected; it is more properly directed at the Fourth Amendment itself. It is true that, as many observers have charged, the effect of the rule is to deprive the courts of extremely relevant evidence, often direct evidence of the guilt of the defendant. But these same critics sometimes fail to acknowledge that, in many instances, the same extremely relevant evidence would not have been obtained had the police officer complied with the commands of the Fourth Amendment in the first place."⁴²⁶

Ook wordt wel aangevoerd dat het inmiddels minder vaak voorkomt dat de bewijsuitsluitingsregel tot vrijspraak leidt vanwege de in de rechtspraak ontwikkelde uitzonderingen op de regel en de restrictieve uitleg van grondwettelijke rechten. Toepassing van de regel is beperkt tot die gevallen waarin zij het meest doeltreffend is. De veelvuldig aangehaalde kritiek van rechter Cardozo: "the criminal is to go free because the constable has blundered" is, zo stelt Y. Kamisar, verouderd en zou moeten worden geherformuleerd: "nowadays the criminal only goes free if and when the constable has blundered badly".⁴²⁷

423 Zie daarover paragraaf 2.4.1.

424 Zie voor een overzicht Slobogin, 1999, p. 423-441.

425 Kamisar, 1983, p. 655.

426 Stewart, 1983, p. 1392.

427 Kamisar, 2003, p. 133.

Verder wordt aangevoerd dat aan deze kritiek vaak de veronderstelling ten grondslag ligt dat veelvuldig moordenaars en verkrachters de dans ontspringen, maar dat empirisch onderzoek uitwijst dat bewijsuitsluiting in zulke zaken zeer zelden voorkomt. Bewijsuitsluiting komt in de praktijk vooral voor in gevallen van ongrondwettige zoeking in drugszaken of zaken betreffende illegaal wapenbezit. Als verklaring hiervoor wordt geopperd dat in zwaardere zaken de politie professioneler te werk gaat, maar dat het ook kan zijn dat de druk om in die zaken tot een veroordeling te komen, zo groot is, ook op de rechter, dat de uiterste moeite wordt gedaan om een weg te vinden om tot een veroordeling te komen.⁴²⁸

2. *De bewijsuitsluitingsregel heeft geen empirisch aantoonbaar positief effect*⁴²⁹

Aangevoerd wordt dat het uitvoeren van een betrouwbare empirische meting ondoenlijk is: hoe stel je vast dat iets niet gebeurd is – dat een grondwettelijk recht niet is geschonden – en dat de bewijsuitsluitingsregel daarvoor de reden is? Ook kan geen zinvolle vergelijking worden gemaakt tussen het verschil in de mate van naleving van de grondwet door opsporingsambtenaren in staten met of zonder bewijsuitsluitingsregel, nu de regel

sinds *Mapp* in alle staten moet worden toegepast.⁴³⁰ Empirisch onderzoek op dit punt wijst niet duidelijk in de ene of andere richting.⁴³¹ Een meerderheid van de leden van het Hooggerechtshof is echter bereid geblijven aan te nemen dat de regel de prikkel vermindert om in strijd te handelen met het Vierde Amendement.⁴³² Daarvoor bestaan overtuigende argumenten. Kamisar wijst erop dat voor het antwoord op de vraag of de regel werkt, bepalend is welke werking men van de regel verwacht.⁴³³ Hij betoogt daarbij dat de bewijsuitsluitingsregel niet zozeer gericht is op het weerhouden van de individuele politieagent door hem persoonlijk af te schrikken.⁴³⁴ De regel werkt door middel van via de politieorganisatie bevorderde naleving van het recht, zogenaamde ‘systemic deterrence’. De politieorganisatie richt zich, zo blijkt in de praktijk, direct naar nieuwe rechtspraak van het Hooggerechtshof, vooral ook omdat het de uitsluiting van bewijsmateriaal wenst te voorkomen.⁴³⁵ Bewijsuitsluiting is geen doel op zichzelf, maar een middel om te bereiken dat de uitvoerende en de wetgevende overheidsmachten zich aan het recht houden en dit implementeren.⁴³⁶ En in dat doel slaagt de regel volgens Kamisar glansrijk.⁴³⁷

428 Kamisar, 2003, p. 132-133.

429 Kamisar, 1983, p. 658.

430 Zie Grant, 1991, p. 186, met verdere verwijzingen.

431 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 50 en zie nader voor wel bekende cijfers Slobogin, 1999, p. 364-392.

432 LaFave, Israel & King, 2004, p. 106.

433 Kamisar, 1983, p. 658.

434 “As a device for directly deterring burglaries a rule that burglars only had to give up their ill-gotten gains on those occasions when they were caught would be a failure, too”, aldus Kamisar, 1983, p. 659.

435 Zie voor een aantal overtuigende voorbeelden Kamisar, 1983, p. 660-661, en Kamisar, 2003, p. 126.

436 Kamisar, 1983, p. 666.

437 Zie Kamisar, 2003, p. 123-125 en vgl. Stuntz, 1997, p. 448.

3. *De bewijsuitsluitingsregel biedt alleen schuldigen bescherming*⁴³⁸

Tegen deze kritiek wordt ingebracht dat zij miskent dat de beoogde werking van de bewijsuitsluitingsregel niet ziet op de ingreep in het voorliggende geval, maar in het daarvoor voorkomen van toekomstige inbreuken op het Vierde Amendement, door voor de politie de prikkel weg te nemen in strijd met dit Amendement te handelen. Daarvan profiteert de hele samenleving.⁴³⁹

4. *De bewijsuitsluitingsregel werkt vaak disproportioneel, omdat geen onderscheid wordt gemaakt naar de aard van het delict of de intentie van degene die de grondwetsschending begaat*⁴⁴⁰

Voorstanders van de regel zullen in dit verband kunnen wijzen op de ontwikkeling in de rechtspraak van bijvoorbeeld de 'good faith'-exceptie,⁴⁴¹ waardoor inmiddels wel rekening wordt gehouden met de intentie van de opsporingsambtenaar. Ook kan worden gewezen op de hiervoor genoemde gegevens dat de regel zelden wordt toegepast in zwaardere zaken.

5. *De bewijsuitsluitingsregel doet afbreuk aan de inhoud van grondwettelijke rechten.*
"Judges do not like excluding bloody

*knives, so they distort doctrine, claiming the Fourth Amendment was not really violated"*⁴⁴²

Dat dit effect optreedt wordt niet ontkend, maar aangevoerd wordt dat dit evenzeer geldt voor elk betekenisvol alternatief voor de bewijsuitsluitingsregel: "Whenever the rules are enforced by meaningful sanctions, our attention is drawn to their content. The comfort of Freedom's words spoken in the abstract is always disturbed by their application to a contested instance. Any rule of police regulation enforced in fact will generate pressures to weaken the rule."⁴⁴³

6. *De bewijsuitsluitingsregel lokt uit tot het afleggen van meinedige verklaringen door politieagenten over hun optreden*⁴⁴⁴

Empirisch onderzoek wijst inderdaad uit dat het afleggen van meinedige verklaringen door politieagenten teneinde aan toepassing van de bewijsuitsluitingsregel te ontkomen, regelmatig voorkomt, en dat aannemelijk is dat rechters om dezelfde reden welbewust dergelijke verklaringen voor waar aannemen,⁴⁴⁵ of de politie het voordeel van de twijfel geven.⁴⁴⁶

Tegen dit kritiekpunt wordt ingebracht dat de bewijsuitsluitingsregel ondanks zijn imperfecties het enige effectieve middel is dat de

438 Zie: A.R. Amar, 1994, p. 797, Lungren, 1996, p. 700 en LaFave, Israel & King, 2004, p. 106.

439 LaFave, Israel & King, 2004, p. 106.

440 Kamisar, 1983, p. 655.

441 Zie over die uitzondering op de bewijsuitsluitingsregel de hiervoor besproken zaak *Herring* en paragraaf 5.3.2.

442 Zie A.R. Amar, 1994, p. 799, Calabresi, 2003, p. 112, Kamisar, 2003, p. 134, en zie nader over dit effect paragraaf 4.2. betreffende 'remedial equilibration'.

443 Zo wordt M. Paulsen geciteerd door Kamisar, 2003, p. 134.

444 Kamisar, 2003, p. 130-131 en Calabresi, 2003, p. 113.

445 Kamisar, 2003, p. 130-131.

446 Calabresi, 2003, p. 113.

politie aan restricties onderwerpt en dat elke andere betekenisvolle reactie evenzeer – om deze te ontwijken – een prikkel op zou leveren tot het plegen van meeneed.⁴⁴⁷

7. *Bewijsuitsluiting komt soms als een verrassing door onduidelijkheid van de maatstaven die worden toegepast in het kader van het Vierde Amendement en die bepalen of handelen daarmee in strijd is of niet*⁴⁴⁸

Hiertegenover wordt wel gesteld dat het op zichzelf een legitiem punt van zorg is,⁴⁴⁹ maar dat daaraan niet te ontkomen valt, omdat de aard van de toetsing aan het Vierde Amendement in de context van opsporing door politie dit meebrengt. Waar normaal gesproken de kloof tussen illegaal gedrag en goed gedrag groot is, is dit bij politieonderzoek soms een minimaal onderscheid: "(...) a search based on (just barely) probable cause may be commendable even while a search that misses the probable cause line by a hair is unconstitutional. Enforcing any legal line that slices so finely is likely to be hard."⁴⁵⁰

8. *De bewijsuitsluitingsregel is schadelijk voor het imago van de grondwet*⁴⁵¹ *en van de rechtspraak vanwege de vrijlating van criminelen*⁴⁵²

Daartegenover wordt wel gesteld dat het zonder reactie blijven van door de rechter gecon-

stateerde schendingen van de grondwet het imago van het Vierde Amendement, de overheid in het algemeen en de rechter in het bijzonder ook geen goed doet.⁴⁵³ Stuntz wijst zelfs op een voordeel van de zichtbaarheid van de gevolgen van de bewijsuitsluitingsregel, te weten dat het de rechter confronteert met de gevolgen van de grondwettelijke regels die hij voor de politie creëert:

"To a degree unsurpassed around the world, the United States has given judges (more precisely, judges have given themselves) the job of writing and enforcing the rules that cover day-to-day criminal law enforcement – not just the outer boundaries defining outrageous behaviour, but ordinary rules for ordinary searches and seizures. These judges are often unelected and almost always less politically accountable than officials in the other branches of government, and they have no particular expertise in the system they regulate. Even if this institutional arrangement is necessary, it creates the potential for bad lawmaking. The exclusionary rule is a useful check on that potential, a way of limiting counter-majoritarian excess. Judges who write rules that prevent the capture of the occasional rapist are forced to see an occasional rapist walk away as a result of those rules. And the rest of us can see it, too. That may serve to rein in overly aggressive judicial lawmakers."⁴⁵⁴

447 Kamisar, 2003, p. 130-131.

448 LaFave, Israel & King, 2004, p. 106.

449 LaFave, Israel & King, 2004, p. 106.

450 Stuntz, 1997, p. 445.

451 Zie A.R. Amar, 1994, p. 799: "When rapists are freed, the people are less secure in their houses and persons and they lose respect for the Fourth Amendment." Zie ook Slobogin, 1999, p. 391.

452 Zie bijv. het Hoogerechtshof in Leon.

453 Zie het citaat in paragraaf 4.5.2.2. uit *Mapp*.

454 Stuntz, 1997, p. 447.

9. *De bewijsuitsluitingsregel legt de politie te zeer aan banden legt: de regel 'handcuffs the police'.*⁴⁵⁵

Ook tegen deze kritiek wordt wel ingebracht dat zij verkeerd is geadresseerd. Het is niet de bewijsuitsluitingsregel die politiehandelen bepaalde restricties oplegt, maar het Vierde Amendement. Het is dan niet de rechter die door toepassing van de bewijsuitsluitingsregel de politie aan banden legt, maar de grondwetgever die het Vierde Amendement aannam.⁴⁵⁶ Overigens valt daar weer tegenin te brengen dat de grondwetgever niet aan bewijsuitsluiting heeft gedacht als reactie op schending van het Vierde Amendement, zodat de verantwoordelijkheid daarvoor toch bij de rechter ligt.

Ook wordt wel erop gewezen dat de regel juist een goede balans oplevert tussen het gevaar van 'under-deterrence', waarvan sprake is als te weinig reden bestaat tot naleving van de grondwet, en 'over-deterrence', waarvan sprake is als de dreiging van sancties zo groot is dat politieagenten niet meer durven op te treden in grensgevallen. "Overdeterrence is a serious concern here because in this area, close-to-the-line conduct is often very good."⁴⁵⁷ Een steviger toepassing van alternatieve methoden tot handhaving van het Vierde Amendement, zoals schadevergoeding en disciplinaire bestraffing van agenten, hebben daarom vermoedelijk sterke nadelige effecten.

"If an officer faces serious loss whenever he makes a bad arrest, he will make fewer bad arrests, but also many fewer good ones."⁴⁵⁸

Stuntz merkt daarbij op dat het laten dragen van de lasten door de politieorganisatie in plaats van door de individuele politieman niets oplost, omdat dat wegens het Amerikaanse model van financiering van de politie uiteindelijk leidt tot minder politie op die plaatsen waar de kans op een schadevergoedingsactie het grootst is.⁴⁵⁹

Bewijsuitsluiting heeft tot voordeel dat de politieagent niet meer verliest dan hij won met zijn illegale optreden, zodat het gevaar van 'over-deterrence' gering is. Daardoor hoeven rechters ook niet te vrezen dat toepassing van de regel ertoe leidt dat de politie te zeer geremd wordt. Uit dat oogpunt hoeft toepassing van de regel niet gereserveerd te worden voor de ernstigste gevallen, maar kan de hele linie van het Vierde Amendement worden bestreken. Dat geeft de rechter ook de mogelijkheid om recht te ontwikkelen waarin precies wordt gedefinieerd waar de grenzen liggen die de grondwet stelt. "These virtues – the ability to deter without overdetering, coupled with the ability to define the law – are very substantial indeed."⁴⁶⁰

455 LaFave, Israel & King, 2004, p. 106.

456 LaFave, Israel & King, 2004, p. 106.

457 Stuntz, 1997, p. 445. Zie over 'over-' en 'under-deterrence' ook Slobogin, 1999, 406-420.

458 Stuntz, 1997, p. 445.

459 Stuntz, 1997, p. 446.

460 Stuntz, 1997, p. 446.

10. *De bewijsuitsluitingsregel legt een onevenredig groot beslag op schaarse capaciteit van onder meer rechters en advocaten, die daardoor niet aan andere mogelijk belangrijker zaken of aspecten van zaken toekomen*⁴⁶¹

De bewijsuitsluitingsregel stuurt de aandacht op verschillende manieren in een bepaalde richting. Dat geldt op het niveau van het soort zaken: om bewijs te kunnen uitsluiten moet immers als gevolg van de grondwetsschending bewijsmateriaal zijn aangetroffen. Dat brengt mee dat de aandacht uitgaat naar vragen als: Waarnaar mag de politie zoeken? Waar mag gezocht worden en wanneer? Over welke informatie moet de politie beschikken voordat tot zoeking mag worden overgegaan? Het recht op het terrein van het doorzoeken van dashboardkastjes is daardoor sterk ontwikkeld, terwijl over het gebruik van dodelijk politie-geweld nauwelijks rechtspraak bestaat.⁴⁶² Ook op het niveau van de verdeling van de aandacht tussen verschillende zaken door de bij de rechtspraak professioneel betrokkenen en op het niveau van de mate waarin aan verschillende aspecten van een individuele zaak aandacht wordt besteed, heeft de bewijsuitsluitingsregel sturende effecten. In 80% van de zaken is sprake van door de overheid gefinancierde rechtsbijstand. Zware overbelasting van advocaten wat betreft het aantal te behandelen zaken is daarbij de norm, zodat zij gedwongen zijn uiterst selectief te werken. "The effect is a little like a major battle's impact on a nearby military

hospital: as the casualties pile up, it takes an even more serious injury to get a doctor's attention."⁴⁶³ Voor een beroep op de bewijsuitsluitingsregel is veelal geen nader onderzoek nodig. De feiten staan al in het dossier. Het kost dus weinig moeite om een beroep te doen op bewijsuitsluiting, terwijl de voordelen van een succesvol beroep voor de verdachte groot kunnen zijn. Stuntz spreekt het vermoeden uit dat beroepen op bewijsuitsluiting daarbij, vanwege de keuzes in tijdsbesteding waartoe advocaten gedwongen zijn, in de plaats komen van andere verweren, zoals die betreffende de schuld van de verdachte, welke verweren veelal meer onderzoek vergen. Dit heeft niet alleen invloed op het samenstel van verweren dat een individuele verdachte aanvoert, maar ook op de keuzes voor de zaken waarin wel of niet een verweer wordt gevoerd.

"By vastly raising the number of Fourth Amendment claims litigated – by making Fourth Amendment claims so attractive – the exclusionary rule probably reduces the number of valid self defense claims raised or potential alibi witnesses interviewed. That is a serious cost. It suggests that the exclusionary rule not only frees the occasional guilty defendant; it may contribute to jailing the occasional innocent one. The problem extends to appellate courts as well. Judges too must ration their time and attention, and more time devoted to some kinds of claims tends, at the margin, to mean less time devoted to something else."⁴⁶⁴

461 Stuntz, 1997, p. 450-454, zie ook Slobogin, 1999, p. 400-405, waar hij de voordelen in dit verband van een schadevergoedingsactie boven bewijsuitsluiting bespreekt.

462 Stuntz, 1997, p. 450.

463 Stuntz, 1997, p. 453.

464 Stuntz, 1997, p. 454.

11. De bewijsuitsluitingsregel staat in de weg aan de ontwikkeling van betekenisvolle alternatieven⁴⁶⁵

Tegen deze kritiek op de bewijsuitsluitingsregel wordt aangevoerd dat het de geschiedenis miskent. In de periode van bijna vijftig jaar tussen het aannemen van de bewijsuitsluitingsregel in federale strafzaken in de zaak *Weeks* en het dwingend voorschrijven van de regel aan de staten in de zaak *Mapp*, is in geen enkele jurisdictie een betekenisvol alternatief ontwikkeld voor de bewijsuitsluitingsregel, terwijl hetzelfde geldt voor de periode tussen *Wolf*, waarin het Hooggerechtshof de staten uitdrukkelijk aanspoorde 'even effectieve' alternatieve bescherming te bieden aan het Vierde Amendement en *Mapp*.⁴⁶⁶

Kamisar zet in dit verband overtuigend uiteen dat niet te verwachten valt dat de politiek tegenwoordig meer geneigd zou zijn om effectieve middelen ter bescherming van het Vierde Amendement in te voeren dan destijds het geval was. Hij wijst er daarbij op dat de ontplooiende politieke initiatieven enkel ertoe strekken de bescherming te verminderen en dat dit ook een rationeel te verwachten uitkomst is van politieke processen:

"Almost everyone has an interest in controlling crime. Only young men, disproportionately black, are at significant risk of erroneous prosecution for garden-variety felonies. Abuses of police search and seizure or interrogation powers rarely fall upon middle aged, middleclass citizens. So long as the vast bulk of police and prosecutorial power targets the

relatively powerless (and when will that be otherwise?), criminal procedure rules that limit public power will come from the courts or they will come from nowhere."⁴⁶⁷

4.6 Alternatieve en supplementaire reacties buiten het strafproces

Naast de hiervoor besproken binnen het strafproces mogelijke remedies voor schendingen van grondwettelijke rechten, 'dismissal' en de 'exclusionary rule', bestaat een aantal andere mogelijkheden tot redres van schendingen van grondwettelijke rechten. Hier worden achtereenvolgens besproken als mogelijkheden waarbij een rechter betrokken is: schadevergoeding, verbodsactie en strafrechtelijk optreden tegen overheidsdienaren, en als mogelijkheden waaraan geen rechter te pas komt: interne toetsing, 'civilian review boards', Ombudsman en wel voorgestelde vormen van quasi-juridische toetsing. Ook wordt aandacht besteed aan een voorstel om de mogelijkheid van strafvermindering in te voeren als alternatief voor bewijsuitsluiting.

4.6.1 Schadevergoeding

Het soort procedure dat gevolgd moet worden en de daarin bestaande mogelijkheden om schadevergoeding te krijgen, zijn afhankelijk van of de verweerder een representant is van de federale of een statelijke overheid en of een individu wordt aangesproken of een overheidsorgaan.⁴⁶⁸

465 Zie voorzitter Burger in zijn 'concurring opinion' bij *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976).

466 Steiker, 1994, p. 849-853 en Kamisar, 2003, p. 126-127.

467 Kamisar, 2003, p. 128.

468 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 52.

4.6.1.1 *Federale functionarissen: Bivens action*

In 1971 schiep het Hooggerechtshof in *Bivens v. Six Unknown Named Agents*⁴⁶⁹ de mogelijkheid van een schadevergoedingsactie tegen individuele federale agenten wegens schending van het Vierde Amendement of een andere grondwettelijke bepaling. Deze mogelijkheid kan ook worden benut als geen strafvervolg-ing plaatsvindt tegen degene op wiens rechten inbreuk is gemaakt. In zijn 'dissenting opinion' wijst voorzitter Burger erop dat deze mogelijkheid 'een van de gaten opvult' van de 'suppression doctrine'. Op de eiser rust de last te bewijzen dat de functionaris heeft gehandeld in de uitoefening van zijn bediening – maar daaraan worden geen hoge eisen gesteld –⁴⁷⁰ en dat hij rechten heeft geschaad die de eiser kan ontlenen aan een grondwettelijke bepaling. Sommige functionarissen komt absolute immuniteit toe, zoals rechters en OvJ's, andere kunnen alleen een beroep doen op zogenaamde 'qualified immunity'.⁴⁷¹ Deze laatste

vorm van immuniteit beschermt de functionaris tegen aansprakelijkheid indien ten tijde van zijn handelen daarvoor geen duidelijke regels ('clearly established rule') bestonden of indien zulke regels wel bestonden, maar het daarmee strijdige handelen was gebaseerd op een redelijke interpretatie van die regels.⁴⁷² Het gaat daarbij om een objectieve toetsing. Dat brengt mee dat een agent die bewust in strijd handelt met het Vierde Amendement aan aansprakelijkheid kan ontkomen indien zijn handelen objectief beschouwd 'legally reasonable' was.⁴⁷³

De mogelijkheid van een 'Bivens-actie' strekt ertoe individuele overheidsfunctionarissen te weerhouden van ongrondwettig handelen. Om daaraan geen afbreuk te doen, is de mogelijkheid van een 'Bivens-actie' tegen een overheidsorgaan niet aanvaard. Waarschijnlijk zou vanwege de betere verhaalsmogelijkheden dan steeds het overheidsorgaan worden aangesproken, waardoor afbreuk zou worden gedaan aan het 'deterrent effect' ten aanzien van individuele functionarissen.⁴⁷⁴

469 403 U.S. 388 (1971).

470 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 52: "an act is said to be within the scope of an official's authority if such an act is 'within the outer perimeter of his line of duty'".

471 Zie voor een opsomming van factoren die bepalend worden geacht bij het maken van dit onderscheid *Butz v. Economou*, 438 U.S. 478 (1978). Zie hierover ook Bonnes, 2009.

472 *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800 (1982).

473 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 54, verwijzen daarbij naar *Anderson v. Creighton*, 483 U.S. 635 (1987). Zie over 'qualified immunity' ook de recente beslissing *Safford United School District v. Redding*, No. 08-479 (2009), waarin het Hooggerechtshof samenvatte: "A school official searching a student is "entitled to qualified immunity where clearly established law does not show that the search violated the Fourth Amendment." *Pearson v. Callahan*, [No. 07-751] (2009). To be established clearly, however, there is no need that "the very action in question [have] previously been held unlawful." *Wilson v. Layne*, 526 U. S. 603 (1999). (...). But even as to action less than an outrage, "officials can still be on notice that their conduct violates established law ... in novel factual circumstances." *Hope v. Pelzer*, 536 U. S. 730, 741 (2002)."

474 *FDIC v. Meyer*, 510 U.S. 471 (1994) ten aanzien van federale overheidsorganen en *Correctional Services Corporation v. Malesko*, 534 U.S. 61 (2001) voor private ondernemingen die een federale overheidstaak uitoefenen. Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 56

4.6.1.2 Federaal overheidsorgaan: *Federal Tort Claims Act*

De Federal Tort Claims Act (hierna: FTCA) biedt de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen van een orgaan van de federale overheid wegens (i) beschadiging of verlies van eigendommen, of al dan niet dodelijk letsel dat is (ii) veroorzaakt door “negligent or wrongful” handelen (iii) begaan door een werknemer van het federale overheidsorgaan in de uitoefening van zijn bediening (iv) in een staat waarin het desbetreffende handelen ook tot aansprakelijkheid van een private persoon zou hebben geleid.⁴⁷⁵

De betere verhaalsmogelijkheden vormen een duidelijk voordeel van een ‘FTCA-actie’. Zij kan ook gelijktijdig met een ‘Bivens-actie’ worden ingediend. Door de ‘FTCA-actie’ kan de eiser dan zijn kans op verhaal verbeteren, terwijl hij door de ‘Bivens-actie’ het individu kan raken dat inbreuk heeft gemaakt op zijn grondwettelijke rechten.⁴⁷⁶ Een ‘FTCA-actie’ kan niet worden ingediend met betrekking tot grondwetschendingen die buiten de Verenigde Staten plaatsvonden.⁴⁷⁷

4.6.1.3 Statelijke functionarissen en overheidsorganen: *U.S.C. § 1983*

Op grond van § 1983 United States Code⁴⁷⁸ kunnen statelijke overheidsfunctionarissen aansprakelijk worden gesteld voor schending van de grondwet en andere wetten. Deze mogelijkheid is in 1871 in het leven geroepen als onderdeel van de ‘Civil Rights Act’ en staat ook wel bekend als de ‘Ku Klux Klan Act’, omdat een van de belangrijkste doelen ervan was om een aansprakelijkheidsgrond te creëren voor misstanden in de zuidelijke staten. De bepaling leidde een slapend bestaan, totdat het Hooggerechtshof in 1961 in *Monroe v. Pape*⁴⁷⁹ oordeelde dat het handelen van een politieagent ook kan gelden als ‘under color of state law’, zoals bedoeld in § 1983, wanneer dat handelen juist een schending van het statelijke recht oplevert. Sedertdien is veel geprocedeerd op basis van deze bepaling. In de rechtspraak die dat heeft opgeleverd, is onder meer geoordeeld dat de bepaling alleen ziet op intentionele rechtsschendingen.⁴⁸⁰ Net als bij een ‘Bivens-actie’ komt overheidsfunctionarissen een beroep toe op ‘qualified

475 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 55.

476 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 55.

477 *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

478 Opgenomen in titel 42, hfdst. 21.1 en luidend als volgt: “Every person who under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, Suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia.”

479 365 U.S. 167 (1961).

480 *Daniels v. Williams*, 474 U.S. 327 (1986).

immunity' ten aanzien van handelen dat redelijk moet worden geoordeeld in het licht van 'established legal standards'.⁴⁸¹ Daarbij mag ook worden afgegaan op rechtspraak van federale gerechten buiten het district waarin de agenten werkzaam zijn.⁴⁸² De absolute immuniteit voor OvJ's strekt zich uit over de wijze waarop zij van hun discretionaire bevoegdheden gebruikmaken, maar gaat niet zo ver dat ook valse ter terechtzitting afgelegde verklaringen eronder vallen, of het geven van met de grondwet strijdige aanwijzingen aan politieagenten.⁴⁸³

Staatelijke overheidsorganen kunnen op grond van § 1983 worden aangesproken, indien het handelen dat een grondwetsschending oplevert door officieel gebruik of beleid is gesanctioneerd.⁴⁸⁴ Het bewijs van dat laatste kan soms moeilijk zijn.⁴⁸⁵ Opmerking verdient dat ook een gebrek aan opleiding of training van politieagenten kan leiden tot aansprakelijkheid van overheidsorganen onder § 1983, maar dan moet dat wel hebben geleid tot opzettelijke onverschilligheid aangaande de rechten van degenen met wie de desbetreffende agenten in contact komen.⁴⁸⁶ Dat dit het geval is, wordt niet snel aangenomen, omdat aansprakelijk-

heid op deze grond dan te gemakkelijk zou uitdijen, daar de eiser veelal wel iets zal kunnen aanvoeren wat het overheidsorgaan had kunnen doen om de schending te voorkomen.⁴⁸⁷

4.6.2 Verbodsactie

De mogelijkheden van een verbodsactie ('injunction') zijn zeer beperkt en daarmee ook de betekenis ervan als middel om de overheid tot grondwetsconform handelen te bewegen. Vanzelfsprekend biedt deze mogelijkheid geen soelaas voor inbreuken die al hebben plaatsgevonden. Daar komt bij dat de deur om voorafgaand aan een (nieuwe) inbreuk een verbod te krijgen op het desbetreffende handelen, door het Hooggerechtshof maar op een heel klein kiertje is gezet. Hoewel een verbodsactie in theorie een nuttig middel zou kunnen zijn ter regulering van politieoptreden, is het dat niet in de praktijk. Het biedt dus ook geen volwaardig alternatief voor de bewijsuitsluitingsregel.⁴⁸⁸

In *Los Angeles v. Lyons*⁴⁸⁹ vorderde Lyons een toekomstig verbod op het toepassen van 'chokeholds' (een verstikkend soort houdgreep) buiten gevallen waarin direct levens-

481 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 58.

482 Zie *Pearson v. Callahan*, No. 07-751 (2009), in welke beslissing ook werd geoordeeld dat de rechter in zijn motivering niet steeds als eerste stap hoeft vast te stellen hoe het recht luidt, zoals in *Saucier v. Katz*, 533 U.S. 194 (2001) nog was geoordeeld, maar dat hij onder omstandigheden ook mag volstaan met de vaststelling dat geen 'clearly established law' is geschonden.

483 Zie voor een recente beslissing *Van de Kamp v. Goldstein*, No. 07-854 (2009) en zie met nadere rechtspraakverwijzingen Whitebread & Slobogin, 2008, p. 59.

484 *Monell v. Department of Social Services of New York*, 436 U.S. 658 (1978).

485 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 60-61, met rechtspraakverwijzingen.

486 *City of Canton v. Harris*, 489 U.S. 378 (1989).

487 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 62.

488 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 66.

489 461 U.S. 95 (1983).

gevaarlijk geweld dreigt. Lyons was door de politie van Los Angeles halt gehouden en stelde dat zonder dat hij daartoe aanleiding had gegeven, op hem een zogenaamde 'chokehold' was toegepast, waardoor hij bewusteloos raakte en zijn strottenhoofd was beschadigd. Hij voerde aan dat politieagenten routinematig 'chokeholds' toepasten in situaties waarin voor hen geen dreiging van potentieel dodelijk geweld bestond, dat talloze personen daardoor reeds gewond waren geraakt, dat bij Lyons de gerechtvaardigde vrees bestond, dat hij bij gelegenheid van een toekomstig contact met politieagenten opnieuw zonder dit zelf uit te lokken aan een 'chokehold' onderworpen kon worden en dat aldus sprake was van een dreigende schending van verscheidene door de grondwet gewaarborgde rechten. Het gerecht in eerste aanleg verbood hierop de toepassing van 'chokeholds' in gevallen waarin geen dreiging bestond van ernstig lichamelijk of dodelijk letsel. Het appelgerecht bevestigde deze uitspraak.

Het Hooggerechtshof oordeelde echter dat de federale gerechten niet bevoegd waren over de vordering van eiser te oordelen, omdat niet was voldaan aan het vereiste dat sprake is van een 'case or controversy', zoals art. III van de grondwet voorschrijft.⁴⁹⁰ Daarvoor moet een eiser aantonen dat hij als gevolg van het bestreden overheidsbeleid schade ondervindt of de onmiddellijke dreiging van schade bestaat, alsmede dat het gaat om (dreigende) schade die 'real and

immediate' is en die geen hypothetisch of op gissingen berustend karakter draagt. Daarbij geldt de omstandigheid dat iemand in het verleden is blootgesteld aan onrechtmatig gedrag niet op zichzelf als toereikend bewijs van een bestaande 'case or controversy' in gevallen waarin geen sprake is van voortdurende en nog bestaande nadelige gevolgen. Toegepast op de zaak van Lyons oordeelde het Hooggerechtshof dat de omstandigheid dat mogelijkwerwijs in 1976 door politieambtenaren onrechtmatig een 'chokehold' op hem zou zijn toegepast geen 'reële directe' dreiging opleverde dat hij opnieuw staande zou worden gehouden en zonder daartoe aanleiding te geven op onrechtmatige wijze tot bewusteloosheid zou worden verstikt. Het Hooggerechts-hof voegde daaraan nog toe dat, zelfs indien veronderstellenderwijs zou worden aangenomen dat art. III van de grondwet niet aan ontvankelijkheid van zijn eis in de weg stond, een verbod desalniettemin onmogelijk was, omdat hij niet erin was geslaagd het vereiste bewijs van 'onherstelbare schade' te leveren. Dat bewijs kan niet geleverd worden geacht indien niet wordt aangetoond dat er een 'reële directe' dreiging bestaat dat eiser opnieuw in zijn rechten zal worden geschaad. Ook de omstandigheid dat voor eiser de mogelijkheid bestaat schadevergoeding te vorderen maakt dat geen sprake is van onherstelbare schade.

"(...) recognition of the need for a proper balance between state and federal authority counsels restraint in the issuance of injunctions

490 Zie daarover paragraaf 2.3.1.

against state officers engaged in the administration of the State's criminal laws in the absence of irreparable injury which is both great and immediate", aldus het Hooggerechtshof in *Lyons*.

4.6.3 Strafbaarstelling van onrechtmatig overheidshandelen

Veel staten kennen strafbaarstellingen van illegaal politiehandelen, zoals onrechtmatig binnentreden. Vervolgingen op grond van die bepalingen zijn echter zeldzaam. Daarbij speelt een rol dat opzet in het algemeen een bestanddeel is van de delictsomschrijving, waardoor veroordeling niet mogelijk is in geval van handelen te goeder trouw, terwijl het bestaan daarvan bij een strafvervolgning niet objectief wordt getoetst, maar subjectief.⁴⁹¹

Naast de strafbaarstellingen in het statelijke recht bevat het federale recht in 18 U.S.C. § 242⁴⁹² een strafbaarstelling ter zake van het opzettelijk schenden van iemands grondwettelijke rechten. Het opzetvereiste in deze bepaling brengt volgens het Hooggerechtshof mee dat de verdachte de specifieke bedoeling moet hebben gehad om iemands grondwettelijke rechten te schenden ("the defendant must have had or been motivated by a specific intent to deprive a person of his constitutional

rights").⁴⁹³ Het moet daarbij gaan om schending van een grondwettelijke regel die 'clearly established' is.⁴⁹⁴ Vervolging op grond van deze bepaling is, aldus Whitebread & Slobogin, door deze strikte interpretatie van het Hooggerechtshof en de terughoudendheid van OvJ's om politieambtenaren te vervolgen, zeldzaam en heeft alleen tot veroordelingen geleid in een handvol gevallen van werkelijk schandelijk politieoptreden.⁴⁹⁵ Saltzburg & Capra verklaren de terughoudendheid in het overgaan tot vervolging van politieagenten ook uit de mate waarin OvJ's voor hun normale taakuitoefening afhankelijk zijn van de medewerking van het politiekorps. Ook wijzen zij erop dat jury's onwillig zijn agenten te veroordelen, tenzij het gaat om heel ernstige feiten.⁴⁹⁶ Ook een aantal andere, voor een deel specifiek op federale agenten gerichte, federale strafbaarstellingen⁴⁹⁷ zijn, zoals Whitebread & Slobogin het noemen, 'relatively impotent'. Zij concluderen dan ook, dat strafbaarstellingen geen effectief middel vormen ter sturing van politiegedrag.⁴⁹⁸

4.6.4 Reacties waarbij geen rechter betrokken is

Whitebread & Slobogin noemen als andere vormen van beoordeling van politiehandelen waarbij de rechter niet wordt betrokken:

491 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 66.

492 Zie voor een van commentaar voorziene tekst <http://www.gpoaccess.gov/uscode/>.

493 *Screws v. United States*, 325 U.S. 91 (1945).

494 *United States v. Lanier*, 520 U.S. 259 (1997).

495 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 67. Een ook hier wel bekend voorbeeld dat Saltzburg & Capra, 2007, p. 599, in dit verband noemen is de zaak van de door politieagenten in elkaar geslagen Rodney King.

496 Saltzburg & Capra, 2007, p. 599.

497 Zie 18 U.S.C. §2234, §2235 en §2236.

498 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 68.

1. interne toetsing in het kader van een klachtenregeling;
2. toetsing door burgerfora: 'civilian review boards';
3. Ombudsman; en
4. 'quasi-judicial review'.

Ad 1. Hoewel de voordelen van adequate interne toetsing, vooral in termen van acceptatie, groot zouden kunnen zijn, blijkt dit in de praktijk niet effectief, volgens Whitebread & Slobogin. Ten eerste worden potentiële klagers veelal ontmoedigd door bestaande procedurele horden, ten tweede blijken sancties mild en inconsistent te worden toegepast en ten derde is niet te verwachten dat in deze procedure de meer subtiele privacyschendingen geadresseerd zullen worden, omdat de individuele burger noch het politiekorps veel oog zal hebben voor de mogelijke gevolgen van zulke privacyschendingen in bredere maatschappelijke zin.⁴⁹⁹

Ad 2. De leden van een 'civilian review board' staan los van de politieorganisatie. Zij kunnen de gegrondheid van klachten beoordelen, ook waar deze geen juridische basis hebben, en aanbevelingen doen om disciplinaire maatregelen te nemen tegen de in de klacht betrokken agent. Erg succesvol zijn deze raden in het algemeen niet, als gevolg van tegenwerking door politie en een gebrek aan inhoudelijk (agenten klagen dat dergelijke raden geen verstand hebben van politiewerk) en formeel gezag.⁵⁰⁰

Ad 3. Een Ombudsman is, zoals bekend, een onafhankelijke instantie die de behoorlijkheid van overheidshandelen toetst en die aanbevelingen kan doen ter verbetering van door hem geconstateerde feilen. Omdat de nadruk ligt op de beoordeling van beleid en toegepaste procedures en niet op het onderzoeken van het handelen en de schuld van een individuele politieagent, is het 'afschrikkend effect' volgens Whitebread & Slobogin zeer indirect.⁵⁰¹

Ad 4. Onder 'quasi-judicial review' moet worden verstaan de wel voorgestelde mogelijkheid om de Ombudsman in de gelegenheid te stellen om in geval van door hem geconstateerd onrechtmatig handelen een advocaat op kosten van de overheid te laten procederen tegen de desbetreffende agent(en). Dit ten einde zijn beoordeling meer 'tanden' te geven. Tot op heden is dit voorstel in geen enkele staat geïmplementeerd.⁵⁰²

4.6.5 Strafvermindering als alternatief voor bewijsuitsluiting

Interessant is te zien dat in de Verenigde Staten in de recente literatuur verschillende voorstellen zijn gedaan om strafvermindering toe te passen als alternatief voor de bewijsuitsluitingsregel.

G. Calabresi stelde in 2003 voor om in een aparte procedure, nadat het onderzoek ter terechtzitting is afgerond en een veroordeling is uitgesproken, mogelijk te maken om te klagen over de wijze van bewijsverkrijging met

499 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 69-70.

500 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 70.

501 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 71.

502 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 71.

als inzet de mogelijkheid van strafvermindering. Voor verdachten blijft dan een prikkel bestaan om te procederen over de rechtmatigheid van de bewijsverkrijging, terwijl het effect van vervorming van het recht – dat bij bewijsuitsluiting optreedt omdat de rechter aan toepassing daarvan probeert te ontkomen – lang zo sterk niet zal zijn. Strafvermindering zou daarbij gekoppeld moeten worden aan een automatische bestraffing van de betrokken agent die navenant in hevigheid toeneemt naarmate de ernst van de grondwetschending of de mate van schuld aan de zijde van de agent groter is.⁵⁰³

In zijn reactie op dit voorstel wijst Kamisar erop dat niet kan worden verwacht dat politieagenten zich door het vooruitzicht van strafvermindering zullen laten weerhouden van ongrondwettig handelen. Hoewel hij ervan overtuigd is dat de politie niet onverschillig staat tegenover de uitkomst van een strafzaak in termen van een veroordeling of vrijspraak, acht hij onaannemelijk dat de politie erin is geïnteresseerd of de verdachte tot vijf, tien of twaalf maanden gevangenisstraf wordt veroordeeld. Vanuit het perspectief van de politie telt dat de verdachte is veroordeeld en dat hun optreden resultaat heeft gehad: “their illegal actions paid off”.⁵⁰⁴ De effectiviteit van het voorstel van Calabresi wat betreft het beïnvloeden van politiegedrag, zo stelt Kamisar vast, moet daarom komen van de individuele bestraffing van de agent en daarin heeft hij weinig fiducia: “the police are politically powerful, and judges have historically

been loath to closely supervise and sanction them”.⁵⁰⁵ Zijns inziens valt daarom te verwachten dat wanneer de politie denkt dat een dergelijk systeem van directe individuele bestraffing echt zal werken, zij zich daartegen zal verzetten met het argument dat dat leidt tot ‘over-deterrence’. En hoewel de politie geen invloed heeft op de geheel aan de discretie van de rechter onderworpen toepassing van de bewijsuitsluitingsregel, kan zij via de politiek wel mede de vorm bepalen van alternatieven voor die regel: “(...) the exclusionary rule is not something the police can fight and defeat in the political arena – it is a remedy that judges control and can apply without being dependent upon the actions of other branches of government”. Voor zover dit onderdeel van het voorstel van Calabresi al ooit in betekenisvolle vorm zou worden aangenomen, is het gevaar levensgroot dat het in de praktijk niet wordt toegepast, maar een papieren bestaan zal leiden. Daarbij wijst Kamisar als voorbeeld naar de afwijzing van toepassing van de bewijsuitsluitingsregel in *INS v. Lopez-Mendoza*,⁵⁰⁶ waarbij er in de meerderheidsopinie onder meer op werd gewezen dat de INS (Immigration and Naturalization Services) een eigen stelsel heeft waarin INS-agenten instructie krijgen over de eisen die het Vierde Amendement aan hun optreden stelt en dat een procedure kent voor het onderzoeken en bestraffen van agenten die dit Amendement schenden. Het bestaan van dit programma en deze procedure voor bestraffing verminderden volgens het Hoog-

503 Calabresi, 2003, p. 116-117.

504 Kamisar, 2003, p. 135-136.

505 Vgl. Starr, 2009, p. 1512.

506 468 U.S. 1032 (1984).

gerechtshof de meerwaarde van toepassing van de bewijsuitsluitingsregel. "The trouble was, as dissenting Justice White was quick to point out, that the Lopez-Mendoza majority failed to cite a single instance in which INS procedures had been invoked."⁵⁰⁷ Mocht een voorstel als dat van Calabresi daadwerkelijk voet aan de grond krijgen, dan lijkt het Kamisar verstandig niet direct de bewijsuitsluitingsregel af te schaffen, maar eerst na een aantal jaren met het nieuwe stelsel te hebben gewerkt, te evalueren of dat inderdaad de gewenste invloed op politiehandelen heeft.⁵⁰⁸ Van nog recenter datum is het voorstel van S.B. Starr uit 2009 om strafvermindering toe te passen als een remedie voor 'prosecutorial misconduct'. Zij acht de argumenten van Kamisar tegen strafvermindering plausibel waar het gaat om sturing van het gedrag van politieambtenaren, maar meent dat ze niet opgaan ten aanzien van de OvJ, omdat deze wel geïnteresseerd is in de hoogte van de opgelegde straf.⁵⁰⁹ Een nadere bespreking van haar voorstellen gaat het bestek van dit onderzoek te buiten.

4.6.6 Andere remedies toereikend ter vervanging van bewijsuitsluiting?

Van de verschillende hiervoor besproken andere mogelijkheden tot redres van schendingen van constitutionele rechten lijkt de mogelijkheid van een schadevergoedingsactie het meest betekenisvol, maar ook daarvoor

geldt dat succesvolle schadevergoedingsacties zeldzaam zijn. Saltzburg & Capra vatten als volgt kernachtig samen: "The two major problems involved in civil actions against police for violation of constitutional rights are first, winning, and second, collecting on judgment."⁵¹⁰ Een en ander heeft verschillende redenen. Vaak is het bewijs van opzet aan de zijde van de overheidsfunctionaris moeilijk te leveren en zal zijn beroep te goeder trouw te hebben gehandeld slagen. Een andere horde vormt het feit dat procederen duur is, slachtoffers veelal arm zijn en de schade vaak gering is.⁵¹¹ Maar als de schade een grotere omvang heeft, vormt een probleem dat meestal alleen de individuele politieagent kan worden aangesproken, terwijl die zelden veel verhaal zal bieden. Alleen in de ernstigste gevallen kan een overheidsorgaan met succes worden aangesproken. Het bestaan van de mogelijkheid van een schadevergoedingsactie biedt in zoverre dus maar een zeer geringe impuls tot normconform gedrag. Ook wordt wel gewezen op de remmende werking van het besef zelf ook geen schone handen te hebben, dat meebrengt dat verdachten afzien van het indienen van een vordering tot schadevergoeding.⁵¹² Veel slachtoffers van onrechtmatig politiehandelen zijn geen 'sympathieke eisers', hetgeen de kans op succes bij een jury verkleint: "'Respectable' persons have the greatest chance of recovering, because they will not be tainted by their past, but the 'respectable' person is

⁵⁰⁷ Kamisar, 2003, p. 137-139.

⁵⁰⁸ Kamisar, 2003, p. 140.

⁵⁰⁹ Starr, 2009, p. 1512-1513.

⁵¹⁰ Saltzburg & Capra, 2007, p. 595.

⁵¹¹ Zie daarover nader Saltzburg & Capra, 2007, p. 596.

⁵¹² Whitebread & Slobogin, 2008, p. 63-64.

probably least likely to be subject to arbitrary arrest and harassment, and thus least likely to require a tort remedy”, aldus Saltzburg & Capra.⁵¹³

In zijn rechtspraak verwijst het Hooggerechtshof soms naar de mogelijkheid tot het verdienen van schadevergoeding wanneer het toepassing van de bewijsuitsluiting te ver vindt gaan,⁵¹⁴ maar kennelijk ziet het er geen volwaardig alternatief in voor alle situaties waarin de bewijsuitsluitingsregel wordt toegepast. Dat is in elk geval ook het tamelijk eenstemmige geluid dat uit de literatuur opstijgt.⁵¹⁵ In dat kader wordt er ook wel op gewezen dat beide remedies een verschillend doel dienen. Een schadevergoedingsactie neemt de ‘smet’ die rust op van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal (en hetgeen als vrucht daarvan wordt vergaard) niet weg. Maar de bewijsuitsluitingsregel biedt geen financiële compensatie en helemaal geen compensatie voor een onschuldige op wiens rechten inbreuk is gemaakt.⁵¹⁶ Voorts geldt, dat hoewel beide remedies beogen de overheid tot normconform gedrag te bewegen, zij verschillen in adressant van hun ‘afschrikkende’ werking. Bij een succesvolle schadevergoedingsactie is het

in het algemeen de individuele politieagent die moet boeten, terwijl de bewijsuitsluitingsregel vooral ook het doel van de politieorganisatie en de OvJ kan frustreren. Omdat een schadevergoedingsactie maar zo zelden succes heeft, kan de invloed ervan op politiegedrag minimaal worden geacht. De werking van de bewijsuitsluitingsregel is minder beperkt, zowel in omvang als in effectiviteit. De toepassing is minder afhankelijk van toevallige aan de persoon van het slachtoffer of de ‘dader’ verbonden factoren die bepalend zijn voor het al dan niet indienen van een vordering tot schadevergoeding en voor het succes daarvan. De bewijsuitsluitingsregel, die bijvoorbeeld ook niet verlangt dat sprake is van een ‘clearly established rule’ noopt tot een hogere graad van normconformiteit dan de dreiging van vorderingen tot schadevergoeding.⁵¹⁷ De regel is ook duidelijk van invloed op het onderwijs aan politieagenten. Whitebread & Slobogin concluderen over de betekenis van de supplementen op en alternatieven voor de bewijsuitsluitingsregel:

“Despite periodic criticism of the exclusionary evidence rule and despite the existence of several ‘alternative’ remedies for unconstitu-

513 Saltzburg & Capra, 2007, p. 596.

514 Zie bijv. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984) waarin het Hooggerechtshof in zijn kosten-batenafweging omtrent toepassing van de bewijsuitsluitingsregel betrok: “Significant disincentives to obtaining evidence illegally – including the possibility of departmental discipline and civil liability – also lessen the likelihood that the ultimate or inevitable discovery exception will promote police misconduct. See *Bivens v. Six Unknown Federal Narcotics Agents*, 403 U.S. 388, 397 (1971)” en zie de in paragraaf 4.5.2.4. besproken zaak *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

515 Saltzburg & Capra, 2007, p. 595-600, Whitebread & Slobogin, 2008, p. 63. Opmerking verdient dat A.R. Amar, 1994, p. 812-815, een aantal voorstellen heeft gedaan om de effectiviteit van de mogelijkheid van schadevergoeding te vergroten, waaronder het opheffen van immuniteit, het vergroten van de mogelijkheden tot aansprakelijkstelling van overheidsorganen en het invoeren van zogenaamde ‘punitive damages’.

516 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 63.

517 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 64.

tional police conduct, the rule remains one of the fundamental institutions of the American criminal law system. Only the exclusionary rule can serve the dual purpose of deterring police misconduct and maintaining the judiciary's 'clean hands' when the government seeks to employ unconstitutionally obtained evidence to attach criminal stigma. Current civil, criminal, and non-judicial remedies can supplement the rule's deterrent impact but are either too cumbersome or too indirect in their effect to act as a complete substitute for it."⁵¹⁸

Slotom lijkt te moeten zijn dat er belangrijke nadelen kleven aan de bewijsuitsluitingsregel, maar dat de regel ook grote voordelen heeft ten opzichte van andere bestaande of voorgestelde mogelijkheden om politiegedrag te beïnvloeden. Zonder betekenisvolle reactie op schending van het Vierde Amendement doemt de waarschuwing uit de zaak *Weeks* op dat de rechten uit dit Amendement dan verworpen tot niet meer dan 'a form of words'. De bewijsuitsluitingsregel kan in het Amerikaanse stelsel van strafvordering vooralsnog niet gemist worden als middel om de politie tot normconformiteit te bewegen, maar van geval tot geval moet worden beoordeeld of de baten van toepassing van de regel de kosten rechtvaardigen. Dat is een weging waarvan de uitkomst in de loop der tijd kan veranderen.

Tegen de achtergrond van de scherpte van het debat⁵¹⁹ tussen de voor- en de tegenstanders van de 'exclusionary rule' kan de door het Hoogerechtshof ingenomen positie in zekere

zin als gematigd worden beschouwd. Hij hangt geen principiële theorie aan waarbij elke schending van de grondwet tot bewijsuitsluiting moet leiden, maar ziet vooralsnog geen zodanig betekenisvol alternatief, dat serieus over algehele afschaffing van de regel lijkt te worden nagedacht.

"The bottom line is not clear. The literature on this subject (on both sides) tends to assume that this is an easy issue, that suppressing illegally seized evidence is either obviously good or obviously bad. In truth it is neither. The exclusionary rule is, by a wide margin, the best legal tool available for regulating the police. But it distorts the rest of the criminal justice system. Perhaps this argues for keeping the rule, but within fairly narrow bounds – a direction in which the law has been moving for the past two decades."⁵²⁰

4.7 Slotopmerkingen bij hoofdstuk 4

In dit hoofdstuk is het in de Verenigde Staten bestaande stelsel behandeld van binnen en buiten het strafproces bestaande mogelijkheden om te reageren op vormfouten. Daarbij gaat het wat betreft de reacties binnen het strafproces om een vrijwel geheel door het Hoogerechtshof door interpretatie van de grondwet ontwikkeld stelsel. Het Hoogerechtshof geeft vorm aan de inhoud van grondwettelijke rechten ('rights') en bepaalt de juridische gevolgen van schending daarvan ('remedies'). Met dit stelsel van reacties op vormverzuimen beoogt het Hoogerechtshof

518 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 73. Zie uitgebreider over de mogelijkheid van een vordering tot schadevergoeding LaFave, p. 356-578.

519 Zie bijv. de 'dissenting opinion' van raadsheer Brennan bij de zaak *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

520 Stuntz, 1997, p. 444.

bescherming te bieden aan grondwettelijke rechten, teneinde hun praktische betekenis te waarborgen.

Strafvermindering als reactie op vormverzuimen in het vooronderzoek is door het Hooggerechtshof niet aanvaard. Alleen 'dismissal' van een zaak of bewijsuitsluiting kunnen binnen het strafproces worden toegepast. 'Dismissal' is in 1952 als mogelijke reactie op onrechtmatige opsporing aanvaard voor de meest schokkende gevallen, maar de direct al zeer beperkt gehouden ruimte voor die reactie is door de opkomst van de bewijsuitsluitingsregel nog verder beperkt. De meeste gevallen van ongrondwettig optreden in het kader van de opsporing worden behandeld in de sleutel van een beroep op bewijsuitsluiting. 'Dismissal' is daardoor buiten het kader van schendingen van het recht op een 'speedy trial' of van een geslaagd beroep op 'entrapment' (in jurisdicties waar dat als een procesrechtelijk vraagstuk wordt gezien)⁵²¹ tot op grote hoogte een theoretische mogelijkheid. Daarbij is ook belangrijk dat het Hooggerechtshof van oordeel is dat de reactie zo nauw mogelijk moet aansluiten bij het desbetreffende vormverzuim. 'Dismissal' is vanuit dat perspectief vaak een te grove reactie, omdat zij niet alleen de vrucht van het ongrondwettig handelen treft, maar de hele vervolging van tafel veegt. Dat doet veelal geen recht aan de vereiste evenwichtige afweging van de verschillende betrokken belangen, waarop de reactie op een vormverzuim geen ongerechtvaardigd zware

inbreuk moet maken. Als geen sprake is van onherstelbare schade aan het recht van de verdachte op een eerlijk strafproces, is er volgens het Hooggerechtshof geen reden voor 'dismissal' van de zaak, ook niet als opzettelijk de rechten van de verdachte zijn geschonden. Voorts speelt daarbij een rol dat het oordeel over opportuniteit van een vervolging in beginsel berust bij de uitvoerende macht. Een ruim gebruik van 'dismissal' als reactie past niet goed bij de terughoudendheid die in dit opzicht van de rechter mag worden verlangd. Bewijsuitsluiting is vergeleken met 'dismissal' een preciezer instrument. Het treft niet de gehele vervolging, maar raakt alleen datgene wat door schending van de grondwet aan bewijsmateriaal is verkregen. Ook kent bewijsuitsluiting een betere balans in het problematische spanningsveld van 'over-' of 'under-deterrence' door rechterlijke reacties. Indien aan ongrondwettig handelen ingrijpende consequenties worden verbonden, bijvoorbeeld voor individuele opsporingsambtenaren, bestaat het risico dat zij in grensgevallen niet meer durven op te treden, terwijl dat soms juist zeer wenselijk is. Dan is sprake van 'over-deterrence': de mogelijk volgende rechterlijke reactie schrikt te zeer af. Van 'under-deterrence' is juist sprake als de politie zich aan een reactie weinig tot niets gelegen laat liggen. Strafvermindering als reactie op ongrondwettige opsporing is in de literatuur daarmee wel in verband gebracht. Bewijsuitsluiting kan bij gebreke van even effectieve alternatieven voorlopig niet worden

521 Zie paragraaf 7.1.

gemist: dat lijkt te kunnen gelden als de voorlopige stand van zaken in de uitgebreide en doorlopende discussie over de bewijsuitsluitingsregel. Erkend wordt dat de regel belangrijke nadelen heeft, maar de voordelen ten opzichte van alternatieven leiden tot handhaving van de regel, zij het zo beperkt mogelijk. Daarmee is de bewijsuitsluitingsregel nog steeds – zoals Jörg in 1989 al schreef – belangrijk als drijfveer achter de normering van bevoegdheden.⁵²² Behalve de schade die bewijsuitsluiting kan toebrengen aan de waarheidsvinding en de schade die dit oplevert voor het imago van de – in de ogen van het publiek: criminelen op ‘technicalities’ vrijspreekende – strafrechter, kan als nadeel van de regel ook worden gewezen op de sturende effecten die ervan uitgaan ten aanzien van de aandacht van de bij het strafproces professioneel betrokken partijen.

De toepassing van de bewijsuitsluitingsregel heeft sinds het ‘Warren Court’ een ontwikkeling doorgemaakt. Die ontwikkeling tekent zich scherp af in de rechtspraak over het Vierde Amendement. Van een principieel recht van de verdachte heeft de bewijsuitsluitingsregel zich in dat kader ontwikkeld tot een op pragmatische gronden toe te passen remedie.

De huidige rechtspraak van het Hooggerichtshof over de bewijsuitsluitingsregel is wat betreft schendingen van het Vierde Amendement gebaseerd op de volgende grondslagen:

- a. De regel is door de rechter gecreëerd en vormt zelf geen onderdeel van de door

het Vierde Amendement beschermde rechten.

- b. De regel is gericht op opsporingsambtenaren, niet op rechters, en vindt zijn enige rechtvaardiging in de mate waarin door toepassing ervan opsporingsambtenaren weerhouden worden van het schenden van de grondwet.
- c. Het nut van toepassing van de regel wordt van geval tot geval beoordeeld en is een empirisch vraagstuk, waarbij het gaat om het afwegen van de ‘kosten’ tegen de uitsluitend in termen van het weerhouden van opsporingsambtenaren van grondwetsschendingen te definiëren ‘baten’.
- d. Het bezigen van met schending van het Vierde Amendement verkregen bewijsmateriaal levert geen afzonderlijke schending van de grondwet op.⁵²³

De tegenwoordig in dit kader noodzakelijke afweging heeft de toepassing van de bewijsuitsluitingsregel sterk van de omstandigheden van het geval afhankelijk gemaakt. De toepassing verschilt daardoor niet alleen van geval tot geval, maar kan ook van tijd tot tijd veranderen.⁵²⁴ Of toepassing van de bewijsuitsluitingsregel noodzakelijk is, hangt dan bijvoorbeeld af van de vraag of er andere adequate correctiemechanismen bestaan die voldoende verzekeren dat grondwettelijke rechten worden gerespecteerd. Daarbij kan ook acht worden geslagen op veranderingen in de effectiviteit van bepaalde alternatieve remedies, zoals schadevergoedingsacties of strafrechtelijke

⁵²² Jörg, 1989.

⁵²³ Cloud, 1999, p. 836.

⁵²⁴ Vgl. Stewart, 1983, p. 1385: “it is only natural that, as the threat to those liberties guaranteed by the fourth amendment changes, so also must the focus of the courts’ inquiry into the adequacy of remedies for violations of those liberties.”

vervolgning van agenten wegens inbreuken op grondrechten. Het zware middel dat bewijsuitsluiting vormt, kan daardoor gereserveerd worden voor uitsluitend die gevallen waarin niet met andere, minder ingrijpende, middelen kan worden volstaan. Zodoende kan de toepassing ervan tamelijk precies worden afgestemd op de voorliggende situatie en op de feitelijke maatschappelijke omstandigheden waarin de regel functioneert.

Gelet op de nieuwe in recente uitspraken uitgezette lijnen waarlangs de toepassing van de bewijsuitsluitingsregel aan verdere beperkingen kan worden onderworpen, kan worden vastgesteld dat dit proces van afstemming in de rechtspraak ook tegenwoordig niet stilstaat.

Behalve door zijn rechtspraak over de grondslagen van de bewijsuitsluitingsregel heeft het Hoogerechtshof ook andere middelen benut om de kwaliteit en kwantiteit van aan de rechter binnen het kader van het strafproces voor te leggen klachten te sturen. Daarbij kan worden gewezen op de interpretatie van grondwettelijke rechten. Door bijvoorbeeld de eisen aan een geldige 'waiver' van 'Mirandarechten' naar beneden bij te stellen, heeft het invloed op de situaties waarin het zin heeft om over een schending van die rechten te klagen. Ook kan in dit verband worden gewezen op het ontwikkelen van uitzonderingen op de bewijsuitsluitingsregel, het strikt toepassen van het vereiste van 'standing', het beperken van de toegang tot de 'habeas corpus'-procedure, het bepalen van de maatstaven waaraan

bijvoorbeeld het bewijs van een schending moet voldoen alsmede door de verdeling van de bewijslast en het stellen van eisen aan de timing van een beroep op een vormverzuim. Dit zijn allemaal middelen die het Hoogerechtshof heeft benut om invloed uit te oefenen op hetgeen onderwerp kan zijn van een procedure over juridische consequenties van vormfouten.

Ook is in dit hoofdstuk de wisselwerking aan de orde gekomen tussen de inhoud van grondwettelijke rechten en de op schending van die rechten volgende remedie. Het daarbij als 'remedial deterrence' aangemerkte effect brengt mee dat naarmate de juridische consequenties van schending van een grondwettelijk recht heviger zijn, minder gemakkelijk een schending van dat recht wordt aangenomen. De omvang van een recht slinkt dus onder invloed van een ingrijpende remedie. De invloed van deze wisselwerking doet zich zowel gevoelen op het niveau van de juridische kwalificatie van feitelijke situaties, als op het niveau van de vaststelling van de feiten.

Feiten die tot het oordeel leiden dat sprake is van een schending worden minder gemakkelijk aannemelijk geacht en vastgestelde feitelijke situaties worden minder gemakkelijk geoordeeld een schending op te leveren. Bij deze processen speelt voorts een wel als 'hydraulic' aangeduid effect een rol, dat hierin bestaat dat in het ene grensgeval wordt geoordeeld dat van een schending geen sprake is, welke beslissing weer tot uitgangspunt dient voor het oordeel in een volgend grensgeval,

et cetera. Anderzijds blijkt uit onderzoek dat de naleving van grondwettelijke rechten en dus de praktische betekenis van die rechten voor verdachten navenant toe- of afneemt naarmate de ernst van de remedie en/of de waarschijnlijkheid dat deze volgt toe- of afneemt. Het besef van het optreden van dergelijke effecten moet een rol spelen bij de keuze van de aan schendingen van grondwettelijke rechten te verbinden rechtsgevolgen, maar maakt die keuze niet eenvoudiger. Iets vergelijkbaars geldt voor het vraagstuk van de al dan niet retroactieve toepassing van nieuwe door de rechter ontwikkelde aan de grondwet te ontleen rechten. Activistisch rechterlijk optreden verdraagt zich niet goed met een ruime retroactieve toepassing van nieuwe rechten. Het geven van terugwerkende kracht aan nieuw ontwikkelde rechten, zoals in *Miranda*, zou de gevangenisdeuren als het ware openzetten. Onder het 'Warren Court' is de retroactieve toepassing van nieuwe rechtspraak daarom al beperkt. Alleen op ten tijde van de uitspraak van het Hoogerechtshof nog niet onherroepelijke veroordelingen wordt het nieuwe recht toegepast, ook voor zover de politie in die zaken met de nieuwe regels nog geen rekening heeft kunnen houden. Onherroepelijk veroordeelden profiteren echter in beginsel niet van nieuwe jurisprudentiële regels. De daarop volgens het Hoogerechtshof bestaande uitzondering voor gevallen waarin onder de oude rechtspraak de waarschijnlijkheid van een terechte veroordeling aanmerkelijk minder moet

worden geacht, is nimmer toegepast. Vastgesteld kan worden dat het stelsel van reacties op vormverzuimen, met de daarin bestaande mogelijkheden tot sturing van de kwantiteit en kwaliteit van klachten over vormverzuimen, al met al een fijnmazig geheel vormt met veel knoppen waaraan de rechter al rekening houdend met veranderingen in de opsporingspraktijk en in de samenleving kan draaien, teneinde de reactie op vormfouten binnen het strafproces daarop af te stemmen. Hoe die 'fine-tuning' met betrekking tot verschillende strafprocessuele rechten in de loop der jaren zijn beslag heeft gekregen, komt in de volgende hoofdstukken meer gedetailleerd aan de orde.

Search en seizure

Ulysses desires to be self-restrained; he wants to be tied up because he knows that he might not be able to control himself.

Privacy protections represent society tying itself to the mast.

Privacy certainly protects the individual, but not because of some inherent value of respect for personhood. Instead privacy protects the individual because of the benefits it confers on society.

(Solove, 2008, p. 98.)

5.1 Privacy als beschermd belang

In dit hoofdstuk gaat het voor een belangrijk deel om vormverzuimen waarbij inbreuk wordt gemaakt op de privacy. De inhoud van dat begrip is onder anderen geanalyseerd door

D.J. Solove in zijn recente boek 'Understanding Privacy'.⁵²⁵ Hij waarschuwt dat zonder scherp beeld van de uiteenlopende gevallen waarin privacybelangen aan de orde kunnen zijn, het risico bestaat dat deze belangen niet adequaat worden onderkend,⁵²⁶ of in de afweging tegen andere belangen te gemakkelijk het onderspit delven.⁵²⁷ Praktisch bruikbare theorievorming is daarom van groot belang.⁵²⁸ Waar de gangbare theorievorming over privacy volgens Solove wordt gekenmerkt door een abstracte top-down-benadering, die leidt tot een te beperkt, te ruim of te vaag begrip van privacy⁵²⁹ om wetgever en rechtspraak voldoende houvast te bieden, kiest hijzelf een bottom-up-benadering door de activiteiten waarbij privacyproblemen in de praktijk rijzen te analyseren⁵³⁰ en te categoriseren.⁵³¹

525 Solove, 2008.

526 Solove, 2008, p. 2 en 171.

527 Solove, 2008, p. 7 en 76.

528 Solove, 2008, p. 39.

529 Solove, 2008, hfdst. 2, p. 12-38.

530 Solove, 2008, p. 9. De analyse heeft betrekking op vrijwel elke geïndustrialiseerde 'information-age'-samenleving, zie p. 183.

531 Solove, 2008, op p. 9-11 komt hij tot de volgende op p. 101-170 uitgewerkte indeling: 1. *Informatiegaring*: a. surveillance: het bekijken, beluisteren of opnemen van activiteiten van personen; b. ondervraging: verschillende vormen van bevraging of vissen naar informatie. 2. *Informatieverwerking*: a. koppelen: het combineren van verschillende stukjes informatie over personen; b. identificatie: het leggen van verbanden tussen informatie en personen; c. onveiligheid: het onvoldoende beveiligen van opgeslagen informatie tegen lekken of toegang door onbevoegden; d. hergebruik: het gebruiken van informatie voor andere doeleinden dan waarvoor het is verzameld, zonder toestemming van het betrokken individu; e. uitsluiting: het ongewis houden van het betrokkene individu omtrent de informatie die anderen over hem hebben en het niet laten participeren in de wijze waarop met die informatie wordt omgesprongen. 3. *Informatieverspreiding*: a. schenden van vertrouwen: het niet nakomen van de belofte verkregen informatie vertrouwelijk te behandelen; b. openbaren: het onthullen van waarheidsgetrouwe informatie die van invloed is op iemands reputatie; c. blootgeven: het onthullen van iemands naakte lichaam, verdriet of lichamelijk functioneren; d. vergrote toegankelijkheid: het doen toenemen van de toegankelijkheid van informatie; e. chantage: het dreigen persoonlijke informatie te onthullen; f. toeëigening: het gebruiken van iemands identiteit teneinde de doelen en belangen van een ander te dienen; g. verdraaiing: het verspreiden van valse of misleidende informatie over iemand. 4. *Indringen*: a. indringen: handelingen die inbreuk maken op iemands persoonlijke levenssfeer in fysieke zin, maar ook bijvoorbeeld door observatie of verhoor. Daarbij gaat het om de ongewenste aanwezigheid of activiteiten van een ander die inbreuk maken op 'the right to be let alone'; b. 'decisional interference': het zich bemoeien met persoonlijke beslissingen.

Privacybelangen conflicteren vaak met wezenlijke andere belangen, terwijl niet van absolute waarden sprake is.⁵³² De waarde die bij de dan noodzakelijke belangenafweging aan het waarborgen van privacy moet worden toegekend verschilt van geval tot geval: dat is inherent aan het pluriforme karakter van privacy.⁵³³ Als uitgangspunt bij de weging dient volgens Solove te worden beoordeeld wat de voordelen zijn voor de samenleving van het waarborgen van privacy in de desbetreffende situatie, anders gezegd, welke activiteiten worden daardoor beschermd en mogelijk gemaakt.⁵³⁴ Als de beschermde activiteiten in hoofdzaak voordelig moeten worden geacht voor de samenleving, dan dient het gegeven dat ook sommige nadelige activiteiten van die bescherming profiteren, niet per se doorslaggevend te worden geacht.⁵³⁵ Bij de waardering van privacybelangen gaat het dus niet om de persoonlijke belangen van het individu, maar staat het belang van de samenleving als geheel centraal:⁵³⁶ "Privacy protections emerge from society's recognition that without some limitations, the community can be suffocating to individuals. Privacy is thus a protection of the individual for the good of society."⁵³⁷ Indien de toepassing van de bewijsuitsluitingsregel op basis van het Vierde Amendement enkel wordt gezien als het waarborgen van de

privacybelangen van de individuele verdachte, is moeilijk te rechtvaardigen waarom die belangen zwaarder zouden moeten wegen dan de veiligheidsbelangen van de rest van de samenleving. De reden voor dergelijke waarborgen is dan ook veeleer gelegen in het beschermen van de samenleving tegen excessieve machtsuitoefening door de overheid en in het voorkomen van lichtvaardige of onge-rechtvaardigde inbreuken op de privacy.⁵³⁸

5.2 Bescherming tegen onredelijke searches en seizures

Het Vierde Amendement biedt bescherming tegen onredelijke 'searches' en 'seizures'. Onder die begrippen valt een veelheid aan opsporingsmethoden, reikend, wat betreft het begrip 'search', van doorzoeking van woningen tot telefoontap en, wat betreft het begrip 'seizure', van inbeslagneming tot arrestatie. Ik laat deze termen onvertaald bij gebreke van een Nederlands equivalent dat de lading dekt. Bij de bescherming tegen onredelijke 'searches' gaat het vooral om privacybelangen. Bij de bescherming tegen onredelijke 'seizures' spelen daarnaast soms ook 'possesory interests' of, waar het de 'seizure' van een persoon betreft, de persoonlijke bewegingsvrijheid een rol.⁵³⁹ Deze bescherming is niet alleen in federale strafzaken van toepassing, maar ook

532 Solove, 2008, p. 187.

533 Solove, 2008, p. 173.

534 Solove, 2008, p. 78, 84-85 en 173.

535 Solove, 2008, p. 99.

536 Solove, 2008, p. 92 en 98.

537 Solove, 2008, p. 94.

538 Solove, 2008, p. 179.

539 Zie *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984).

in statelijke strafzaken, via de 'due process'-clausule van het Veertiende Amendement.⁵⁴⁰ Een positieve regeling van de bevoegdheid tot het toepassen van opsporings- en controlebevoegdheden die een 'search' of 'seizure' opleveren, is te vinden in federale en statelijke wetgeving,⁵⁴¹ maar die wordt hier buiten beschouwing gelaten. Het onderzoek is in dit hoofdstuk beperkt tot de grenzen die het Vierde Amendement stelt en tot de wijze waarop het Hooggerechtshof de naleving van die grenzen waarborgt.

Voorwaarden voor de toepasselijkheid van het Vierde Amendement zijn dat de inbreuk op de privacy :

1. het gevolg is van overheidshandelen, en
2. een inbreuk vormt op wat in de samenleving als een 'reasonable expectation of privacy' wordt beschouwd.

Om in een strafzaak een beroep te kunnen doen op een schending van het Vierde Amendement geldt voorts als voorwaarde

3. dat sprake is van een inbreuk op de 'legitimate expectation of privacy' van de verdachte.

In het vervolg van deze paragraaf wordt eerst aandacht besteed aan deze algemene beper-

kingen aan de reikwijdte van de bescherming van het Vierde Amendement. Als uitgangspunt geldt dat schending van dit Amendement bij de bewijsverkrijging leidt tot bewijsuitsluiting, maar op die hoofdregel bestaat een flink aantal uitzonderingen. Op die uitzonderingen wordt in paragraaf 5.3. ingegaan. Whitebread & Slobogin merken op dat het Hooggerechtshof in de loop der jaren verscheidene interpretatielagen heeft toegevoegd aan de tekst van het Vierde Amendement en dat men, zonder schema om deze beslissingen te analyseren, gemakkelijk kan verdwalen in een doolhof aan zaken dat consistent noch begrijpelijk lijkt.⁵⁴² Om dat te voorkomen, neem ik in de hiernavolgende tekst gedeeltelijk de door hen gehanteerde structuur over.

5.2.1 Overheidshandelen

Het Vierde Amendement strekt er volgens het Hooggerechtshof blijkens zijn oorsprong en totstandkominggeschiedenis⁵⁴³ enkel toe om de overheid beperkingen op te leggen. Het heeft geen betrekking op anderen dan overheidsdienaren.⁵⁴⁴ Wanneer door een private partij op eigen initiatief onrechtmatig door een 'search' en/of 'seizure' bewijsmateriaal

540 In *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949) werd het recht gevrijwaard te blijven van onredelijke 'search' en 'seizure' geacht in het Veertiende Amendement besloten te liggen: "The security of one's privacy against arbitrary intrusion by the police – which is at the core of the Fourth Amendment – is basic to a free society. It is therefore implicit in 'the concept of ordered liberty' and as such enforceable against the States through the Due Process Clause." Zie in dit verband ook paragraaf 2.2.

541 Zie voor een overzicht van de federale wetgeving op het gebied van strafvorderlijk onderzoek van telecommunicatie bijv. Smits, 2006, p. 165-378.

542 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 113.

543 Zie de vrij uitvoerige beschouwingen van het Hooggerechtshof in *Boyd v. United States*, 115 U.S. 616 (1886).

544 *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921). In die zaak had zijn werkgever verdachtes kantoor doorzocht. "We assume that the petitioner has an unquestionable right of redress against those who illegally and wrongfully took his property under the circumstances herein disclosed, but with such remedies we are not now concerned."

wordt verkregen dat aan de overheid ter beschikking wordt gesteld, staat het de overheid vrij dit materiaal in een strafzaak voor het bewijs te gebruiken.⁵⁴⁵ Dit uitgangspunt heeft in de Verenigde Staten rechtspraak opgeleverd over de volgende vragen:

1. *Wanneer is sprake van een private partij?*

Daarvan is geen sprake indien het gaat om een 'government official', aan welk begrip in dit verband een vrij ruime uitleg is gegeven.⁵⁴⁶ Niet alleen opsporingsambtenaren vallen onder de werking van het Vierde Amendement. Ook met inspectie op het gebied van veiligheid en gezondheid belaste ambtenaren⁵⁴⁷ en medewerkers van een openbare school⁵⁴⁸ zijn in dit verband als overheidsdienaar aangemerkt. 'Institutionalized private searchers', ofwel private partijen die routinematig als onderdeel van hun normale werkzaamheden 'searches' en 'seizures' uitvoeren, zoals beveiligings- en bewakingspersoneel, vallen daarentegen niet

onder de werking van het Vierde Amendement, tenzij in het concrete geval sprake is van overheidsbemoeienis.⁵⁴⁹ In het bijzonder wat betreft de laatstgenoemde categorie private partijen is in de literatuur kritiek uitgeoefend op het in de rechtspraak gehanteerde scherpe onderscheid aan de hand van de vraag of sprake is van overheidsbemoeienis.⁵⁵⁰ E.E. Joh wijst er op dat private verleners van 'policing services'⁵⁵¹ in de Verenigde Staten in aantal minstens driemaal de omvang hebben van de overheidspolitie en dat het steeds moeilijker wordt de functies, verantwoordelijkheden en uiterlijke verschijningsvorm van overheidspolitie en private verleners van politiediensten te onderscheiden. Ook wijst zij erop dat tussen hen in toenemende mate sprake is van samenwerking⁵⁵² en dat veel in deze private sector werkzame personen afkomstig zijn van de overheidspolitie. Naar haar oordeel is "the boundary between private and public (...) more permeable and fluid than the distinction

545 *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921), *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971), *Walter v. United States*, 447 U.S. 649 (1980).

546 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 115.

547 *Camara v. Municipal Court*, 387 U.S. 523 (1967).

548 *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

549 Zo hebben de meeste lagere gerechten bijvoorbeeld beveiligings- en bewakingspersoneel en verzekeringsinspecteurs niet gebonden geacht aan het Vierde Amendement: Whitebread & Slobogin, 2008, p. 116. Joh, 2004, p. 106, wijst in dit verband onder meer op de zaak *People v. Zelinski*, waarin het Hoogerechtshof van Californië in 1979 een fouillering van een winkeldief door beveiligingspersoneel waarbij heroïne werd aangetroffen wel onrechtmatig oordeelde en – mede de toenemende rol van privaat beveiligingspersoneel in aanmerking nemend – bewijsuitsluiting voorschreef, nu het beveiligingspersoneel door verder te gaan dan de inbeslagname van goederen in 'plain view', 'went beyond their employer's private interests'. Deze beslissing werd echter reeds in 1982 een dode letter door een wijziging van de grondwet van Californië waarbij de uitsluiting van bewijsmateriaal, afgezien van die gevallen waarin federaal recht zulks eiste, werd verboden.

550 Zie bijv. Ziff, 1967 en Joh, 2004.

551 'Private policing' definieert zij als: "lawful forms of organized for-profit personnel services whose primary objective include the control of crime, the protection of property and life, and the maintenance of order", p. 55.

552 Joh, 2004, p. 71.

in law implies". Voorts constateert Joh dat private verlening van politiediensten nauwelijks is gereguleerd en wijst zij erop dat in het kader van de toepasselijkheid van het Vierde Amendement gehanteerde scherpe scheiding tussen private partijen en overheidsdienaren een sterke stimulans oplevert om als overheids-politie te profiteren van de resultaten van handelen van private partijen, dat de overheidspolitie verboden is. In de literatuur is wel bepleit om de bewijsuitsluitingsregel ook toe te passen ten aanzien van deze 'institutionalized private searchers', teneinde handelen overeenkomstig het Vierde Amendement te bevorderen. Daarbij werd onderkend dat het moet gaan om private partijen die zo regelmatig 'searches' en 'seizures' uitvoeren dat zij met regels op dat vlak bekend zouden kunnen zijn, maar ook, dat het gaat om partijen die een substantieel belang hebben bij strafrechtelijke veroordeling, zodat zij bewijsuitsluiting willen voorkomen.⁵⁵³ Buiten die gevallen kan van de bewijsuitsluitingsregel niet het daarmee beoogde effect worden verwacht. Joh bepleit vooral meer aandacht voor nadere regulering van de private verlening van politiediensten,

zonder voor het anker van uitbreiding van de bewijsuitsluitingsregel te gaan liggen.

2. *Wanneer is sprake van handelen op eigen initiatief door de private partij?*

Dat is niet het geval als de 'search' door de private partij op verzoek van de overheid plaatsvindt of indien de 'search' als een gezamenlijk optreden van private partij en overheid kan worden beschouwd,⁵⁵⁴ bijvoorbeeld omdat overheidsfunctionarissen daarbij assisteren. En ook niet wanneer door een private partij uitgevoerde drug- of alcohol-controles geacht kunnen worden min of meer direct voort te vloeien uit door de overheid gegeven regels.⁵⁵⁵ Daarentegen behoeft de omstandigheid dat een private partij op grond van door de politie verstrekte informatie tot een 'search' overgaat, niet per se te betekenen dat de 'search' niet op eigen initiatief van de private partij plaatsvindt.⁵⁵⁶ Ook in dit verband is in de literatuur de aandacht gevestigd op het gevaar dat de politie private partijen gebruikt teneinde niet te hoeven voldoen aan de door het Vierde Amendement gestelde eisen.⁵⁵⁷

553 Ziff, 1967, p. 614-615.

554 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 120.

555 *Skinner v. Railway Labor Executives Association*, 489 U.S. 602 (1989). In die zaak ging het om door de 'Federal Railroad Administration' afgekondigde regelgeving op grond van de regelgevende bevoegdheid op het gebied van veiligheidsvoorschriften van de 'Secretary of Transportation'. Op basis van deze regelgeving bestond voor het spoorwegbedrijf een bevoegdheid, maar geen plicht, om ten aanzien van het personeel adem- of urineanalyses uit te voeren. Toch werd het uitvoeren van deze tests niet als handelen van een private partij op eigen initiatief beschouwd.

556 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 116.

557 Zie bijv. Joh, 2004, p. 115, en Whitebread & Slobogin, 2008, p. 117. Daarbij halen zij een geval aan waarin de politie aan een luchthavenmedewerker te kennen gaf in een bepaalde niet afgehaalde tas geïnteresseerd te zijn, vanwege hun vermoeden dat deze toebehoorde aan een drugsverdachte. In aanwezigheid van de politie werd de tas door de medewerker doorzocht om de identiteit van de eigenaar te achterhalen, waarbij (vermoedelijk) heroïne werd aangetroffen. Het gerecht oordeelde het Vierde Amendement niet van toepassing omdat de politie noch had verzocht om de zoeking noch fysiek daaraan had meegedaan en de medewerker handelde in lijn met zijn normale verplichtingen toen hij de tas doorzocht met het oog op identificatie van de eigenaar.

3. *Welk overheidshandelen is gerechtvaardigd ná een private 'search' of 'seizure'?*

Als een private partij door haar aangetroffen bewijsmateriaal ter beschikking stelt van de overheid, is geen sprake van een opvolgende 'search' van dat materiaal door de overheid indien geen sprake is van een significante uitbreiding van de reeds door de private partij verrichte 'search'. In dit kader werd door het Hooggerechtshof het met een videoprojector door de FBI afspelen van filmmateriaal dat door een private partij ter beschikking was gesteld, die enkel de op een obscene inhoud duidende verpakking van dit materiaal had gezien, beoordeeld als een verdergaande 'search', waarvoor een 'warrant' vereist was.⁵⁵⁸ Zolang echter het handelen van de politie haar niet in staat stelt meer te onthullen dan al duidelijk is geworden gedurende de 'search' door de private partij, is het Vierde Amendement niet van toepassing.⁵⁵⁹

4. *Of, en zo ja, wanneer kan het Vierde Amendement van toepassing zijn op handelen van een buitenlandse overheid?*⁵⁶⁰

Handelen van buitenlandse autoriteiten, ook wanneer dit gebeurt op verzoek van de Amerikaanse autoriteiten, valt niet onder het Vierde Amendement. De gedachte daarbij is dat van buitenlandse autoriteiten kennis noch naleving van Amerikaans recht kan worden verlangd, terwijl van bewijssluiting – normaal gesproken de enig mogelijke reactie in het strafproces op schending van het Vierde Amendement – geen afschrikwekkende werking kan worden verwacht.

Zowel LaFave e.a. als Whitebread & Slobogin menen dat de situatie anders kan liggen indien sprake is van een zo nauwe betrokkenheid van Amerikaanse autoriteiten bij de uitvoering van buitenlandse opsporingshandelingen, dat de daarbij opgetreden fouten direct aan hen zijn toe te rekenen.⁵⁶¹ Gewezen moet hier nog worden op de beperking die hierin bestaat dat het woord 'people' in het Vierde Amendement ziet op de personen die deel uitmaken van de nationale gemeenschap of die daarmee zodanig verbonden zijn, dat zij beschouwd kunnen worden als daarvan deel uitmakend. Zo vielen door DEA-agenten in Mexico samen met Mexicaanse autoriteiten zonder 'warrant' uitgevoerde huiszoeken niet onder het Vierde Amendement, omdat de verdachte eigenaar van de woningen een Mexicaan was die niet beschouwd kon worden deel uit te maken van de Amerikaanse nationale gemeenschap.⁵⁶²

5.2.2 Reasonable expectation of privacy als maatstaf

Aanvankelijk heeft het Hooggerechtshof in zijn rechtspraak bij het bepalen van de reikwijdte van het Vierde Amendement aangeknoopt bij de taalkundige betekenis van de begrippen 'search' en 'seizure' en was, om van een 'search' te kunnen spreken, een fysieke inbreuk vereist op een van de in de bepaling omschreven beschermde gebieden.⁵⁶³ Dat bracht het

558 *Walter v. United States*, 447 U.S. 649 (1980).

559 *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984).

560 Zie uitgebreider over die vraag: Whitebread & Slobogin, 2008, p. 113-119.

561 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 122 en Whitebread & Slobogin, 2008, p. 119.

562 *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990). Zie in dit verband ook Van der Wilt, 2000.

563 Zie LaFave, Israel & King, 2004, 127.

Hooggerechtshof er bijvoorbeeld in 1928 toe in de zaak *Olmstead v. United States*⁵⁶⁴ het tappen van telefoonlijnen buiten het huis en het erf van de verdachte niet als een ‘search’ aan te merken, waardoor dit buiten de bescherming van het Vierde Amendement viel. Deze ernstig bekritiseerde⁵⁶⁵ lijn is door het Hooggerechtshof losgelaten. In de zaak *Katz v. United States*,⁵⁶⁶ werd het Vierde Amendement van toepassing geoordeeld op een vanuit een openbare telefooncel gevoerd gesprek. Deze beslissing markeert een omslag in de benadering van het Vierde Amendement, omdat van een fysieke inbreuk, zoals in *Olmstead* nog geëist, geen sprake was. Het Hooggerechtshof overwoog onder meer: “The Government’s activities in electronically listening to and recording the petitioner’s words violated the privacy upon which he justifiably relied while using the telephone booth and thus constituted a ‘search and seizure’ within the meaning of the Fourth Amendment. The fact that the electronic device employed to achieve that end did not happen to penetrate the wall of the booth can have no constitutional significance.” Sedertdien wordt een tweeledige toets aangelegd bij de vraag of bepaald handelen moet worden aangemerkt als een ‘search’:

1. had de verdachte in concreto een ‘expectation of privacy’? Daarbij speelt een belangrijke rol in hoeverre de verdachte de verkregen informatie aan publieke waarneming blootstelt;⁵⁶⁷ en
2. is sprake van een ‘reasonable expectation of privacy’? Dat wil zeggen een verwachting die de samenleving, naar het oordeel van het Hooggerechtshof, bereid is als redelijk te erkennen.⁵⁶⁸ LaFave e.a. stellen dat het bij deze toets in wezen gaat om de waardering of het onderwerpelijke overheidsoptreden aan constitutionele beperkingen onderhevig dient te zijn om een vrije en open samenleving te waarborgen.⁵⁶⁹

Opmerking verdient hier nog dat voor sommige opsporingsmethoden die onder het begrip ‘seizure’ vallen, zoals arrestatie van personen, andere maatstaven gelden.⁵⁷⁰

5.2.2.1 Diverse opsporingsmethoden

In de rechtspraak van het Hooggerechtshof over het Vierde Amendement is een breed scala aan opsporingsmethoden aan de orde gekomen. Daarin is onder meer bepaald dat het Vierde Amendement zich niet uitstrekt over: aan undercoveragenten verstrekte informatie; een ‘subpoena’⁵⁷¹ betreffende aan een

⁵⁶⁴ 277 U.S. 438.

⁵⁶⁵ Zie Solove, 2008, p. 64.

⁵⁶⁶ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

⁵⁶⁷ Zie in dit verband *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967): “What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection. (...) But what he seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected.”

⁵⁶⁸ Zie de ‘concurring opinion’ van raadshoof Harlan bij *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) en zie bijv. *California v. Ciraolo*, 476 U.S. 207 (1986) en *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 227 (2001).

⁵⁶⁹ LaFave, Israel & King, 2004, p. 129. Zie ook, in wat andere bewoordingen, Whitebread & Slobogin, 2008, p. 139.

⁵⁷⁰ Zie paragraaf 5.2.5.1.

⁵⁷¹ Zie hierover paragraaf 2.2.

bank overgelegde stukken met financiële informatie; het door een telefoonbedrijf vastgelegde overzicht van gebelde telefoonnummers; het verkrijgen van een 'voicesample' ten behoeve van stemherkenningonderzoek of geschreven tekst voor schriftonderzoek; waarnemingen in het open veld, buiten de directe omgeving ('curtilage') van de woning,⁵⁷² ook al wordt daarbij een omheind terrein betreden; observatie vanuit de lucht van de directe omgeving van de woning; vondsten in/van objecten waarvan afstand is gedaan, bijvoorbeeld in verlaten auto's, in een hotelkamer-vuilmniszakje kort voor het uitchecken of in ondoorzichtige vuilmniszakken die aan de straat zijn gezet; vondsten in/van objecten waarvan geen afstand is gedaan, maar waar de verpakking de inhoud prijsgeeft, zoals een wapenkoffer of een transparante fles; gevallen waarin de politie de beschikking krijgt over een object door op te treden als een normale klant; gevallen van gecontroleerde aflevering, waarbij in het kader van de grenscontrole een rechtmatige zoeking heeft plaatsgevonden

waarbij drugs zijn aangetroffen en de opnieuw ingepakte zending wordt afgeleverd en vervolgens definitief in beslag genomen en weer wordt geopend.⁵⁷³ In al deze gevallen is dus geen sprake van een 'reasonable expectation of privacy'.

Ook bestaat een uitgebreide rechtspraak over gevallen waarin gebruik is gemaakt van 'technische' hulpmiddelen, uiteenlopend van een hondenneus tot satellietfotografie. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de volgende factoren een rol kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag of door gebruikmaking van een dergelijk hulpmiddel een inbreuk is gemaakt op een 'reasonable expectation of privacy':⁵⁷⁴

a. *De aard van de geobserveerde plaats*

De woning geniet van oudsher de meeste bescherming.⁵⁷⁵ Maar bijvoorbeeld geen 'search' is: het met behulp van een 'beeper' volgen van iemands bewegingen op de openbare weg, met een zaklamp het interieur van een auto of een schuur in open veld inspec-

572 Bij het bepalen of sprake is van een zo nauw met de woning verbonden gebied ('curtilage') dat het valt onder de bescherming van het Vierde Amendement, toetst het Hooggerechtshof aan de hand van de volgende factoren: de afstand van dit gebied tot de woning, of dit gebied is gelegen binnen een de woning omringende omheining, de aard van het gebruik van het gebied en hetgeen is ondernomen om het gebied te beschermen tegen waarnemingen door passanten. Zie: *United States v. Dunn*, 480 U.S. 294 (1987): "We do not suggest that combining these factors produces a finely tuned formula that, when mechanically applied, yields a 'correct' answer to all extent-of-curtilage questions. Rather, these factors are useful analytical tools only to the degree that, in any given case, they bear upon the centrally relevant consideration – whether the area in question is so intimately tied to the home itself that it should be placed under the home's 'umbrella' of Fourth Amendment protection. Applying these factors to respondent's barn and to the area immediately surrounding it, we have little difficulty in concluding that this area lay outside the curtilage of the ranch house."

573 Voor een meer precieze beschrijving en voor vindplaatsen in de rechtspraak van de hier genoemde gevallen kan worden verwezen naar Whitebread & Slobogin, 2008, p. 119-131. Zie ook Bal & Bell, 1998.

574 Zie voor onderstaande voorbeelden nader en met verwijzingen naar rechtspraak: Whitebread & Slobogin, 2008, p. 131-137.

575 Zie Solove, 2008, p. 58-61.

teren en observatie van de 'curtilage' van een bedrijf met een verrekijker. Daarentegen is het met een 'beeper' volgen van bewegingen in een woning wel een 'search'.

b. *De aard van de geobserveerde activiteit*
Opsporingshandelingen die alleen de aanwezigheid van illegale substanties kunnen onthullen en geen ander 'private fact', zoals het uitvoeren van een narcotest of het snuffelen door een drugshond,⁵⁷⁶ maken geen inbreuk op een legitiem privacybelang, en vallen dus niet onder het Vierde Amendement.

c. *Hetgeen door de betrokkene is ondernomen om zijn privacy te waarborgen*
Whitebread & Slobogin achten dit een problematische wegingsfactor, omdat het de constitutionele waarborgen verkleint voor degenen die niet de financiële mogelijkheden hebben om hun privacy te beschermen, terwijl het stimuleren van zulke maatregelen het open karakter van de samenleving schaadt.⁵⁷⁷

d. *Publieke toegankelijkheid van het punt vanwaar wordt waargenomen*
De openbare weg is in beginsel een 'lawful vantage point'. Ook privéterrein buiten de directe omgeving van een woning kan een dergelijk punt zijn en zelfs een punt dat wel is gelegen binnen de directe omgeving van de woning kan als zodanig gelden, mits dit waar-

nemingspunt algemeen toegankelijk is voor het publiek.

e. *De beschikbaarheid en de aard van de gebruikte technologie*
Hoe minder algemeen beschikbaar en hoe hoger ontwikkeld, hoe eerder met het desbetreffende technische hulpmiddel een inbreuk kan worden gemaakt op de 'reasonable expectation of privacy'.

f. *De mate waarin de gebruikte technologie de zintuiglijke waarneming versterkt*
Het gebruik van een verrekijker maakt minder spoedig inbreuk op de 'reasonable expectation of privacy' dan het gebruik van een satellietfotografie of een hulpmiddel waarmee door muren kan worden gekeken.

5.2.2.2 Overheidstoezicht

De mate waarin bepaalde personen⁵⁷⁸ of plaatsen onder toezicht van de overheid staan, is ook van invloed op de omvang van de 'reasonable expectation of privacy'. Deze is bijvoorbeeld beperkt voor degene die zich aan de internationale grens⁵⁷⁹ begeeft of degene die een – immers sterk gereguleerde – wapenhandel drijft.⁵⁸⁰ Een gevangene heeft in zijn cel zelfs helemaal geen 'reasonable expectation of privacy' in het kader van het Vierde Amendement.⁵⁸¹

576 Zie *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005). Zie kritisch over de nadruk in de afweging op de aard van de informatie: Solove, 2008, p. 68.

577 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 134-135.

578 Zie bijvoorbeeld over personen 'on parole': *Samson v. California*, No. 04-9728 (2006).

579 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 137. Zie ook *United States v. Flores-Montano*, 541 U.S. 149 (2004).

580 *United States v. Biswell*, 406 U.S. 311 (1972).

581 *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517 (1984).

5.2.2.3 Voorbeeld van de gemaakte afweging: *Kyllo v. United States*

De zaak *Kyllo v. United States*⁵⁸² kan goed dienen om inzichtelijk te maken hoe de afweging of sprake is van een 'reasonable expectation of privacy' in een concreet geval werkt. Het Hoogerechtshof oordeelde in die zaak dat het gebruiken van een 'thermal imaging device', een warmtebeeldkijker,⁵⁸³ ten aanzien van de woning van de verdachte een inbreuk op zijn 'reasonable expectation of privacy' oplevert. Er is daarbij dus sprake van een 'search' waarvoor in beginsel een 'warrant' nodig is. Kyllo werd ervan verdacht hennep te kweken in zijn woning. Door middel van een warmtebeeldkijker werd zonder daartoe strekkende 'warrant' zijn woning gescand door een opsporingsambtenaar gezeten in een auto tegenover zijn woning. Daarbij kwam aan het licht dat de garage van Kyllo relatief heet was in vergelijking met de rest van zijn huis en met de woningen van buren. Mede op grond hiervan werd een 'warrant' verleend om de woning aan een huiszoeking te onderwerpen. Daarbij werd in de garage van Kyllo een hennepkwekerij aangetroffen. Het 'District Court' stelde vast dat het gebruikte apparaat 'non-intrusive' is, geen straling uitzendt, een globaal beeld geeft van de warmte-uitstraling aan de buitenkant van het huis, en dat het geen personen of activiteiten liet zien binnen

de woning, dat met het apparaat niet door muren kan worden gekeken en dat geen privacygevoelige details van de woning geobserveerd waren. Op grond hiervan oordeelde het 'District Court' het gebruik van de warmtebeeldkijker geen 'search', de daarbij verkregen informatie rechtmatig verkregen en de mede op grond van die informatie verstrekte 'warrant' geldig. In hoger beroep bevestigde het 'Court of Appeals' deze uitspraak. Daartoe overwoog het dat de verdachte geen concrete 'expectation of privacy' aannemelijk had gemaakt, omdat hij geen poging had ondernomen om de aan zijn woning ontsnappende warmte te verbergen, terwijl ook overigens geen sprake was van inbreuk op een 'reasonable expectation of privacy', omdat het gebruikte apparaat geen privacygevoelige details van Kyllo's leven blootlegde, maar alleen amorfe hete plekken op het garagedak en de buitenmuur toonde.

Het Hoogerechtshof begint zijn overwegingen met de vaststelling dat het recht om zich in zijn woning terug te trekken en daar te zijn gevrijwaard van een op onredelijke⁵⁸⁴ gronden binnendringende overheid behoort tot 'the very core' van het Vierde Amendement. Verder overweegt het Hoogerechtshof – na te hebben onderkend dat de in deze zaak gebruikte technologie een relatief onnauwkeurig beeld gaf – dat het bij de in zijn uitspraak te formuleren regel in aanmerking

582 533 U.S. 227 (2001). Een met de kleinst mogelijke meerderheid genomen beslissing.

583 Een Agema Thermovision 210 om precies te zijn.

584 Daarbij moet hier worden opgemerkt dat een 'search' ten aanzien van een woning zonder 'warrant' in beginsel onredelijk is: *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 227 (2001) onder II.

neemt dat hoger ontwikkelde technieken al in gebruik of in ontwikkeling zijn.⁵⁸⁵ "The question we confront today is what limits there are upon this power of technology to shrink the realm of guaranteed privacy." In die sleutelzette de meerderheid van het Hooggerechtshof de zaak.

Vervolgens formuleert het als regel dat in gevallen waarin de overheid een apparaat gebruikt, dat niet algemeen door het publiek wordt gebruikt, om details van een woning te onderzoeken die zonder gebruikmaking van dat apparaat niet bekend zouden kunnen worden zonder fysiek binnen te treden, sprake is van een 'search' die, indien verricht zonder 'warrant', vermoed wordt onredelijk te zijn. In zijn motivering legt het Hooggerechtshof sterk

de nadruk op de bijzondere status van de woning in het kader van het Vierde Amendement⁵⁸⁶ en op de principiële onjuistheid van het maken van onderscheid tussen details met betrekking tot de woning die wel of niet privacygevoelig zijn, omdat in beginsel alles in de woning bescherming verdient tegen de spiedende ogen van de overheid. Het maken van een dergelijk onderscheid zou volgens het Hooggerechtshof ook onwerkbaar zijn in de praktijk.⁵⁸⁷

"We have said that the Fourth Amendment draws "a firm line at the entrance to the house", Payton, 445 U.S. at 590. That line, we think, must be not only firm but also bright – which requires clear specification of those methods of surveillance that require a warrant.

585 Voetnoot 3 bij de beslissing houdt in dit verband het volgende in: "The ability to 'see' through walls and other opaque barriers is a clear, and scientifically feasible, goal of law enforcement research and development. The National Law Enforcement and Corrections Technology Center, a program within the United States Department of Justice, features on its Internet Website projects that include a 'Radar-Based Through-the-Wall Surveillance System,' 'Handheld Ultrasound Through the Wall Surveillance,' and a 'Radar Flashlight' that 'will enable law officers to detect individuals through interior building walls.' www.nlectc.org/techproj/ (visited May 3, 2001). Some devices may emit low levels of radiation that travel 'through-the-wall,' but others, such as more sophisticated thermal imaging devices, are entirely passive, or 'off-the-wall' as the dissent puts it."

586 "The Fourth Amendment's protection of the home has never been tied to measurement of the quality or quantity of information obtained. In *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961), for example, we made clear that any physical invasion of the structure of the home, 'by even a fraction of an inch,' was too much (...)."

587 "To begin with, there is no necessary connection between the sophistication of the surveillance equipment and the 'intimacy' of the details that it observes—which means that one cannot say (and the police cannot be assured) that use of the relatively crude equipment at issue here will always be lawful. The Agema Thermovision 210 might disclose, for example, at what hour each night the lady of the house takes her daily sauna and bath – a detail that many would consider 'intimate'; and a much more sophisticated system might detect nothing more intimate than the fact that someone left a closet light on. We could not, in other words, develop a rule approving only that through-the-wall surveillance which identifies objects no smaller than 36 by 36 inches, but would have to develop a jurisprudence specifying which home activities are 'intimate' and which are not. And even when (if ever) that jurisprudence were fully developed, no police officer would be able to know in advance whether his through-the-wall surveillance picks up 'intimate' details—and thus would be unable to know in advance whether it is constitutional."

While it is certainly possible to conclude from the videotape of the thermal imaging that occurred in this case that no 'significant' compromise of the homeowner's privacy has occurred, we must take the long view, from the original meaning of the Fourth Amendment forward."

Het Hooggerechtshof acht de met de warmtebeeldkijker verkregen gegevens het resultaat van een onrechtmatige 'search', zodat deze gegevens niet gebruikt mogen worden. Vervolgens wijst het Hooggerechtshof de zaak terug naar het 'District Court' om te onderzoeken of de overige omstandigheden die ten grondslag lagen aan de 'warrant' ten behoeve van de huiszoeking, zelfstandig 'probable cause' opleverden en uit dien hoofde de 'warrant' konden dragen. In de 'dissenting opinion' van raadsheer Stevens, waarbij de voorzitter Rehnquist en de raadsheren O'Connor en Kennedy zich aansloten, wordt het in de beoordeling betrekken van toekomstige technologische ontwikkelingen onnodig, onverstandig en niet in overeenstemming met het Vierde Amendement geacht en wordt geoordeeld dat het gebruik van de warmtebeeldkijker in casu geen 'search' oplevert – "the (...) privacy interest is at best trivial" – en alleszins 'redelijk' is.

5.2.2.4 *Kritiek op de rechtspraak van het Hooggerechtshof*

Een belangrijk voordeel van de door het Hooggerechtshof gehanteerde toets is de

ruimte die deze biedt voor toepassing op nieuwe technologische of maatschappelijke ontwikkelingen. Als nadeel van die flexibiliteit is door raadsheer Scalia wel gewezen op het min of meer arbitraire karakter van de beslissingen van het Hooggerechtshof.⁵⁸⁸ De beslissing in de zojuist besproken zaak *Kyllo* – waarin Scalia overigens zelf de meerderheidsbeslissing concipieerde – illustreert dat. Empirisch onderzoek naar welke verwachtingen de samenleving bereid is als redelijk te erkennen, is praktisch niet goed uit te voeren, terwijl in die gevallen waarin geprobeerd is zulk onderzoek te doen, bleek dat de opvattingen in de samenleving niet strookten met de beslissingen van het Hooggerechtshof.⁵⁸⁹ Solove betoogt dan ook dat empirische vaststellingen bij deze toets niet doorslaggevend kunnen zijn. Daarbij wijst hij er ook op dat de overheid verwachtingen kan beïnvloeden door in bepaalde situaties veelvuldig inbreuk te maken op de privacy, waardoor de leden van een samenleving niet meer op privacy rekenen:

"Thus we should look not just to what our expectations of privacy actually are (a purely descriptive test) but to what our expectations of privacy should be (a normative test)."⁵⁹⁰

Kritiek bestaat ook op de zogenaamde 'third party'-doctrine,⁵⁹¹ die inhoudt dat wie vrijwillig aan een ander informatie verschaft, daarmee het door hemzelf in te schatten risico neemt dat die ander deze informatie aan de overheid doorspeelt. Hieraan wordt bijvoorbeeld een argument ontleend om geen 'reasonable expectation of privacy' aan te nemen ten

588 Zie zijn 'dissenting opinion' bij *Minnesota v. Carter*, 525 U.S. 83 (1998), waarin hij constateert dat het Hooggerechtshof met deze toets zijn particuliere opvattingen over wat redelijk is tot regel verheft.

589 Solove, 2008, p. 72.

590 Solove, 2008, p. 74.

591 Solove, 2008, p. 139.

aanzien van hetgeen aan een undercover-agent wordt prijsgegeven, maar ook ten aanzien van de aan de bank verstrekte gegevens en de gegevens van de telefoonmaatschappij. De 'third party'-doctrine is gegrond op de gedachte dat zodra informatie bij derden bekend is, deze niet meer geheel geheim is. "Under the secrecy paradigm, courts often view privacy as a binary status – information is either completely private or completely public. Accordingly, once information is released into the public domain, it is no longer private."⁵⁹²

Solove meent dat in de analyse ook oog zou moeten bestaan voor andere aspecten van privacy, in het bijzonder de veronderstelling dat de aan een ander verstrekte gegevens vertrouwelijk zouden worden behandeld.⁵⁹³ Vergelijkbare kritiek heeft Solove op de rechtspraak van het Hoogerechtshof aangaande verschillende vormen van surveillance. Door veelal beslissende betekenis toe te kennen aan het onderscheid tussen het openbare of private karakter van hetgeen wordt waargenomen, wordt te zeer gefocust op één aspect van privacy. Verzuimd wordt de nadelige effecten die observatie kan hebben, ook wanneer deze plaatsvindt in een openbare setting, in

de beoordeling te betrekken.⁵⁹⁴ Dat wil niet zeggen dat de uitkomst van de afweging per se anders zou moeten zijn, maar door enkel beslissend te achten of iets privaat of openbaar is, bestaat te weinig oog voor andere relevante privacyaspecten.

Whitebread & Slobogin achten het argument van een vrijwillig genomen risico uit de 'third party'-doctrine aanvaardbaar in undercoverkwesties, maar volstrekt onrealistisch waar het de bank of het telefoonbedrijf betreft, gelet op de tegenwoordige bestaande praktische noodzaak om van dergelijke diensten gebruik te maken.⁵⁹⁵ Ook staan zij bij observaties vanuit de lucht kritisch tegenover de redenering dat de verdachte geen 'reasonable expectation of privacy' toekomt, omdat hetgeen vanuit de lucht voor derden waarneembaar is bewust door hem zou zijn prijsgegeven aan het publiek.⁵⁹⁶

5.2.3 Het vereiste van standing: legitimate expectation of privacy

Uitgangspunt is, dat alleen degene op wiens eigen constitutionele rechten inbreuk is gemaakt, in de positie verkeert om daarover in rechte te klagen.⁵⁹⁷

592 Solove, 2008, p. 150.

593 Solove, 2008, p. 139.

594 Solove, 2008, p. 110-112.

595 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 123.

596 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 127. Zie bijv. *Florida v. Riley*, 488 U.S. 445 (1989) waarin met een helikopter was gevlogen tot 120 meter boven een binnen de directe omgeving van de woning van de verdachte gelegen hennepplantage en *Dow Chemical v. United States*, 476 U.S. 227 (1986) waarin met een geavanceerde camera luchtfoto's waren gemaakt van een fabrieksterrein.

597 Zie bijv. *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969). Zie voor uitzonderingen op dit uitgangspunt: *N.A.A.C.P. v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958) waarin een vereniging weigerde haar ledenlijst te openbaren, en *Barrows v. Jackson*, 346 U.S. 249 (1953) waarin op de dreigende inbreuk op constitutionele rechten van anderen een beroep kon worden gedaan. Daar ging het om een vordering tot schadevergoeding wegens contractbreuk op het punt van het in het contract vervatte verbod van gebruik van onroerend goed door 'non-caucasians'.

"This standing rule is premised on a recognition that the need for deterrence and hence the rationale for excluding the evidence are strongest where the Government's unlawful conduct would result in imposition of a criminal sanction on the victim of the search."⁵⁹⁸

Het Hooggerechtshof heeft aan dit vereiste van 'standing'⁵⁹⁹ streng de hand gehouden. Uitbreidingen van de kring van personen die in het strafproces kunnen klagen over inbreuken op de grondwet, die bijvoorbeeld zouden voortvloeien uit de hierna genoemde 'target' theorie of de 'automatic standing' theorie, heeft het Hooggerechtshof afgewezen. Om te kunnen klagen over een inbreuk op het Vierde Amendement moet de verdachte een 'legitimate expectation of privacy' hebben. Daarvoor is vereist (i) een 'reasonable expectation of privacy' waarop (ii) ten aanzien van de individuele verdachte inbreuk is gemaakt.⁶⁰⁰ In de praktijk schuiven deze punten veelal ineen in de vraag of de desbetreffende verdachte een 'reasonable expectation of privacy' had.⁶⁰¹ Het Hooggerechtshof heeft in dit verband over-

wogen dat het vruchtbaarder is de aandacht in het bijzonder te richten op de inhoudelijke vraag naar het bestaan van een 'reasonable expectation of privacy', dan om als voorafgaande toets met allerlei subtiliteiten afzonderlijk aandacht te besteden aan de vraag of iemand 'standing' heeft, zoals gebeurde vóór de beslissing in de zaak *Katz v. United States*.⁶⁰² Niettemin is nog steeds een inbreuk vereist op de door de verdachte persoonlijk aan het Vierde Amendement te ontlelen rechten en treedt dat punt in de rechtspraak af en toe op de voorgrond.

In zijn praktische toepassing brengt het vereiste van standing mee dat bijvoorbeeld mededaders niet met succes kunnen klagen over ten laste van hen gebruikt bewijsmateriaal dat is verkregen door middel van een 'search' waarbij niet jegens hen zelf inbreuk is gemaakt op het Vierde Amendement.⁶⁰³

In de zaak *Rakas v. Illinois*⁶⁰⁴ heeft het Hooggerechtshof aan de hand van de eis dat het moet gaan om een inbreuk op een de verdachte persoonlijk uit hoofde van het Vierde

598 *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

599 Zie over dit vereiste meer in het algemeen paragraaf 4.4.2.

600 Zie bijv. *Minnesota v. Olson*, 495 U.S. 91 (1990) en *Minnesota v. Carter*, 525 U.S. 83 (1998).

601 Zie bijv. *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978): "Rigorous application of the principle that the rights secured by this Amendment are personal, in place of an notion of 'standing', will produce no additional situations in which evidence must be excluded" en *Minnesota v. Carter*, 525 U.S. 83 (1998). LaFave, Israel & King, 2004, p. 497, menen evenwel dat de vraag of de betrokkene 'standing' heeft, duidelijk is te onderscheiden van de vraag of überhaupt een 'search' heeft plaatsgevonden en dat beide vragen afzonderlijk aandacht verdienen.

602 389 U.S. 347 (1967).

603 Zie bijv. *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969), met verwijzingen naar verdere rechtspraak: "There is no necessity to exclude evidence against one defendant in order to protect the rights of another. (...) we are not convinced that the additional benefits of extending the exclusionary rule to other defendants would justify further encroachment upon the public interest in prosecuting those accused of crime and having them acquitted or convicted on the basis of all the evidence which exposes the truth", aldus het Hooggerechtshof. Zie ook *United States v. Padilla*, 508 U.S. 77 (1993).

604 439 U.S. 128 (1978).

Amendement toekomend recht, de zogenaamde 'target'-theorie afgewezen.⁶⁰⁵ Volgens deze theorie zou degene op wie een 'search' of 'seizure' is gericht daarover steeds in rechte kunnen klagen, ongeacht of daarmee in concreto zijn uit het Vierde Amendement voortvloeiende rechten zijn geschonden. In *Rakas* oordeelde het Hooggerechtshof dat de passagiers in een vluchtauto die werd bestuurd door de eigenaar van die auto geen 'standing' hadden om op te komen tegen de 'search' van de auto, waarbij in het handschoenvakje patronen waren aangetroffen en onder de passagiersstoel een afgezaagd geweer. In zijn argumentatie wees het Hooggerechtshof er onder meer op dat zij niet stelden eigenaar of bezitter van de auto of de in beslag genomen goederen te zijn en dat zij er niet in waren geslaagd aan te tonen een 'legitimate expectation of privacy' te hebben wat betreft de ruimte onder de passagiersstoel en het handschoenvakje. Ook de theorie van 'automatic standing' voor gevallen waarin de verdachte is beschuldigd van het voorhanden hebben van bijvoorbeeld drugs,⁶⁰⁶ en waarin de verdachte niet zou hoeven te verklaren dat de drugs van hem zijn om 'standing' te hebben, is door het Hooggerechtshof afgewezen.⁶⁰⁷ Een 'possesory

interest' is vereist. Daarbij verdient wel opmerking dat in de zaak *Simmons v. United States*⁶⁰⁸ is uitgemaakt dat een dergelijke verklaring in het kader van 'pre-trial proceedings' strekkende tot bewijsuitsluiting 'inadmissible' is 'on the issue of guilt'. De verdachte die om bewijsuitsluiting te bewerkstelligen in een 'pre-trial proceeding' verklaart dat de in beslag genomen drugs van hem zijn, kan dit in het uiteindelijke strafproces dus niet worden tegengeworpen.

Met een beroep op het algemeen belang dat de overheid zich dient te onthouden van onredelijke 'searches' en 'seizures', is wel bepleit om niet zo streng vast te houden aan het vereiste dat op de persoonlijke rechten van de verdachte inbreuk moet zijn gemaakt,⁶⁰⁹ maar dat betoog is door het Hooggerechtshof niet gevolgd. Daarvoor wegen de nadelen van een ruimere mogelijkheid op te komen tegen vermeende schendingen van het Vierde Amendement in de visie van het Hooggerechtshof te zwaar.⁶¹⁰

Om een indruk te krijgen van de concrete uitwerking van het door het Hooggerechtshof gehanteerde vereiste van een persoonlijke inbreuk, volgt hier een korte bespreking van enkele zaken waarin dit vereiste op de voorgrond trad.

605 Zie *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978).

606 Welke theorie in *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960) nog min of meer werd aanvaard.

607 *United States v. Salvucci*, 448 U.S. 83 (1980). De in een procedure tot bewijsuitsluiting afgelegde verklaring van de verdachte mag echter niet worden gebruikt in het proces waarin over zijn schuld of onschuld wordt beslist.

608 390 U.S. 377 (1968).

609 Zie de in zoverre 'dissenting opinion' van raadshere Fortas bij *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969).

610 Zie bijv. *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969). In die zaak wees het Hooggerechtshof er tevens op dat op grond van bestaande wetgeving het onrechtmatig elektronisch observeren, waaronder begrepen afluisteren en telefoontappen, een ernstig misdrijf oplevert. Zie ook *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978), waarin onder meer werd gewezen op de juridische mogelijkheden van de niet-verdachte om schadevergoeding te claimen in verband met een inbreuk op zijn constitutionele rechten.

United States v. Jeffers:⁶¹¹ In deze vóór *Katz v. United States*⁶¹² gegeven beslissing werd de verdachte geacht 'standing' te hebben om op te komen tegen de 'search' waarbij drugs waren aangetroffen, die volgens de verdachte zijn eigendom waren, in de hotelkamer waarin zijn tantes woonden en waarvan de verdachte een sleutel had en waarvan hij naar eigen goeddunken gebruik mocht maken.⁶¹³

Jones v. United States:⁶¹⁴ Daarin werd Jones, die elders woonde, maar die zich bevond in het appartement van een vriend, van wie hij de sleutel had gekregen en waar hij een nacht had geslapen en waar hij een pak en hemd had hangen, geacht 'standing' te hebben om op te komen tegen de 'search' van dat appartement, die plaatsvond toen de vriend enkele dagen van huis was, waarbij in een vogelnest onder een zonnesherm⁶¹⁵ drugs en bijbehorende parafernalia waren aangetroffen.⁶¹⁶

Mancusi v. DeForte:⁶¹⁷ Deze beslissing van na

*Katz v. United States*⁶¹⁸ betreft een zoeking in het kantoor van vakbondsmedewerker DeForte. Uit zijn kantoor, dat hij deelde met andere vakbondsmedewerkers, waren bij een zoeking onder zijn protest geschriften in beslag genomen die eigendom waren van de vakbond. Het Hooggerechtshof oordeelde dat DeForte's kantoor in het licht van de omstandigheden van het geval een plaats was ten aanzien waarvan hem een 'reasonable expectation of privacy' toekwam.

Alderman v. United States:⁶¹⁹ In die zaak overwoog het Hooggerechtshof dat de verdachte gerechtigd is tot een beroep op uitsluiting van het bewijsmateriaal dat voortspruit uit elektronische observatie die in strijd is met diens aan het Vierde Amendement te ontnemen rechten. Van dat laatste zou sprake zijn indien de overheid onrechtmatig de conversaties zou hebben afgeluisterd waaraan de verdachte heeft deelgenomen of die plaatsvonden in of om de

611 342 U.S. 48 (1951): "To hold that this search and seizure were lawful as to the respondent would permit a quibbling distinction to overturn a principle which was designed to protect a fundamental right", aldus het Hooggerechtshof.

612 De vraag of de verdachte 'standing' had, werd toen dus nog duidelijker afzonderlijk behandeld.

613 De politie was overgegaan tot de doorzoeking van de hotelkamer, omdat de beveiligingsfunctionaris van het hotel hen ervan op de hoogte had gesteld dat hem door ene Roberts \$ 500 was geboden om hem toe te laten in de desbetreffende hotelkamer, omdat betrokkene in die kamer 'some stuff stashed' zou hebben.

614 362 U.S. 257 (1960).

615 Een agent had gezien dat de verdachte daar iets verborg.

616 Daartoe overwoog het Hooggerechtshof onder meer dat "anyone legitimately on premises where a search occurs may challenge its legality". In *Rakas* nuanceerde het Hooggerechtshof deze regel uit *Jones* door te overwegen dat die regel "cannot be taken in its full sweep beyond the facts of that case".

617 392 U.S. 364 (1968).

618 "The Court's recent decision in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, also makes it clear that capacity to claim the protection of the Amendment depends not upon a property right in the invaded place but upon whether the area was one in which there was a reasonable expectation of freedom from governmental intrusion. The crucial issue, therefore, is whether, in light of all the circumstances, DeForte's office was such a place", aldus het Hooggerechtshof.

619 394 U.S. 165 (1969).

woning of bedrijfspand van de verdachte, ongeacht of de verdachte daarbij aanwezig was.

Rawlings v. Kentucky:⁶²⁰ In die zaak werd Rawlings die, nadat de politie was binnengetrepen in een woning waarin hij met een aantal anderen op bezoek was, snel zijn drugs in het handtasje van een ander stopte, geacht niet te kunnen klagen over de 'search' ten aanzien van de inhoud van dat tasje. Het Hooggerechtshof zette daarbij aan de hand van een uitvoerige opsomming van de omstandigheden van het geval⁶²¹ uiteen waarom Rawlings geen 'legitimate expectation of privacy' had ten aanzien van het tasje ten tijde van de 'search'.

Minnesota v. Carter:⁶²² In die zaak overwoog het Hooggerechtshof dat een logé in de woning van een ander wel een 'reasonable expectation of privacy' heeft,⁶²³ maar een niet logerende gast niet. In die zaak was door een politieagent toen hij door een raam van de woning keek waargenomen dat de verdachte, die in die woning te gast was, met anderen bezig was drugs te verpakken. Bij de beantwoording van de vraag of de verdachte een 'legitimate expectation of privacy' had ten aanzien van de plaats waar de 'search' heeft plaatsgevonden komt het steeds aan op

een beoordeling aan de hand van de omstandigheden van het geval. Of de verhouding van de verdachte tot de plaats waar de 'search' heeft plaatsgevonden zodanig is dat hij anderen de toegang tot die plaats kan ontzeggen, speelt daarbij een belangrijke rol evenals de verhouding van de verdachte tot het in beslag genomen.⁶²⁴ Of de verdachte kan klagen op grond van het Vierde Amendement, kan soms ook van andere factoren afhankelijk zijn, zoals de vraag of een geldige toestemming is gegeven tot het uitvoeren van de zoeking of de vraag of hij is onderworpen aan een 'seizure'. Daarop wordt in de navolgende paragrafen ingegaan.

5.2.4 Toestemming

Een 'search' die plaatsvindt na een daartoe gegeven toestemming is, aldus het Hooggerechtshof in de zaak *Schneckloth v. Bustamonte*,⁶²⁵ een grondwettelijk toelaatbare en volstrekt legitieme vorm van doelmatig politieoptreden. Een dergelijke 'search' is niet 'unreasonable' in de zin van het Vierde Amendement. Bewijsuitsluiting is dan dus niet aan de orde, tenzij moet worden geoordeeld dat de toestemming niet 'voluntarily' is gegeven. Voor de uitleg van dit begrip heeft het

620 448 U.S. 98 (1980).

621 Rawlings kende de eigenaresse van het tasje nog maar een paar dagen, hij had nooit eerder haar tas proberen te gebruiken, hij had niet het recht anderen de toegang tot dat tasje te ontzeggen. De eigenaresse van het tasje had verklaard dat een vriend van haar toegang tot haar tasje had en die morgen nog in het tasje naar een haarborstel had gezocht. Niet gezegd kan worden dat Rawlings de gebruikelijke maatregelen heeft genomen om zijn privacy te waarborgen en hij heeft verklaard niet de verwachting te hebben gehad dat de politie niet in het tasje zou zoeken. Zie *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980) onder IIA.

622 525 U.S. 83 (1998).

623 Zie ook *Minnesota v. Olson*, 495 U.S. 91 (1990).

624 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 132-136.

625 412 U.S. 218 (1973).

Hooggerechtshof in voormelde beslissing aangeknoopt bij zijn rechtspraak over door verdachten afgelegde verklaringen waarin zij zichzelf hebben belast. Aan dat kader ontleende het onder meer de volgende overwegingen:

"The notion of voluntariness (...) is itself an amphibian (...) It cannot be taken literally to mean a 'knowing' choice. Except where a person is unconscious or drugged or otherwise lacks capacity for conscious choice, all incriminating statements – even those made under brutal treatment – are 'voluntary' in the sense of representing a choice of alternatives. On the other hand, if 'voluntariness' incorporates notions of 'but-for' cause, the question should be whether the statement would have been made even absent inquiry or other official action. Under such a test, virtually no statement would be voluntary because very few people give incriminating statements in the absence of official action of some kind. It is thus evident that neither linguistics nor epistemology will provide a ready definition of the meaning of 'voluntariness'."⁶²⁶

Volgens het Hooggerechtshof is zijn uitleg van het begrip 'voluntariness' een compromis dat is gebaseerd op een afweging van de belangen die op het spel staan bij ondervraging van

verdachten door de politie. Enerzijds is zulke ondervraging een belangrijk middel in het kader van de verwezenlijking van het materiële strafrecht. Anderzijds bestaat het besef dat onbehoorlijke politiemethoden een serieuze bedreiging vormen voor een rechtvaardige rechtspleging.⁶²⁷

Bij de beoordeling of 'vrijwillig' toestemming is gegeven voor een 'search' dient een toetsing plaats te vinden aan de hand van alle omstandigheden van het geval, vergelijkbaar met de 'due process voluntariness test', die hierna in paragraaf 6.2. is beschreven.⁶²⁸ Daarbij moet ook acht worden geslagen op eventuele meer subtiële, al dan niet in vragen van de politie besloten liggende, vormen van dwang en op de mogelijke kwetsbaarheid van degene die toestemming verleent.⁶²⁹ Wetenschap bij de verdachte van de mogelijkheid om toestemming te weigeren, is daarbij één van de in de beoordeling te betrekken factoren, maar niet per se een vereiste. Een 'knowing and intelligent waiver' is niet vereist. De gevallen waarin het Hooggerechtshof een dergelijke 'waiver' eist, zien bijna zonder uitzondering op constitutionele rechten die ertoe strekken een eerlijk proces te waarborgen. Het Vierde Amendement strekt niet tot waarborging van die rechten, maar tot bescherming van de

626 *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973).

627 *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973).

628 Zie voor een recent voorbeeld *United States v. Drayton*, No. 01-631 (2002). In die zaak overwoog het Hooggerechtshof onder meer dat niet expliciet wijzen op de mogelijkheid tot weigeren niet tot gevolg heeft dat de 'search' een vermoeden van onrechtmatigheid aankleeft.

629 Het Hooggerechtshof noemt in *Schneckloth* als voorbeeld van een geval waarin de mate van dwang aan een geldige toestemming in de weg stond de situatie in *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968). In die zaak gaf een '66-year-old Negro widow', die in een tamelijk geïsoleerde landelijke omgeving woonde, toestemming om haar huis te doorzoeken aan vier blanke agenten die zeiden over een 'warrant' te beschikken, zonder dat de OvJ later stelde dat de agenten ook werkelijk over een 'warrant' beschikten.

privacy tegen arbitraire inbreuken door de politie. Dat maakt het belang van de 'waiver' bij deze te onderscheiden rechten volgens het Hooggerechtshof onvergelijkbaar.⁶³⁰ Opmerking verdient hier nog dat door het Hooggerechtshof in *Schneckloth* werd benadrukt dat die beslissing alleen zag op toestemming gegeven door personen die zich niet in politiehechtenis bevonden. In *United States v. Watson*⁶³¹ werd echter ook de door een persoon in 'custody' – zij het op de openbare weg – gegeven toestemming geldig geoordeeld.⁶³²

Ook derden kunnen onder omstandigheden geldig toestemming verlenen tot een 'search' van de woning of een 'seizure' van goederen van een ander. In *Coolidge v. New Hampshire*⁶³³ gaf een daartoe niet gedwongen echtgenote wapens en kleding aan de politie die aan haar echtgenoot toebehoorden. In *Frazier v. Cupp*⁶³⁴

werd bewijsmateriaal dat werd aangetroffen bij een 'search' van de tas die de verdachte deelde met zijn neef, naar aanleiding van daartoe door de neef gegeven toestemming, bruikbaar geoordeeld. De verdachte had zelf het risico kunnen inschatten dat zijn neef toestemming zou geven tot het doorzoeken van de tas.⁶³⁵ Voorwaarde voor een geldig door een derde gegeven toestemming is dat deze het gemeenschappelijke gezag⁶³⁶ uitoefende over de te doorzoeken plaats of daartoe in een andere 'sufficient relationship' stond.⁶³⁷ Het bestaan van een gemeenschappelijke gezagsverhouding op basis waarvan geldig toestemming tot een 'search' kan worden gegeven, berust niet "upon the law of property, with its attendant historical and legal refinements",⁶³⁸ maar veeleer op gemeenschappelijk gebruik door personen "generally having joint access or control for most purposes, so

630 *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973). LaFave, Israel & King, 2004, p. 251, noemen als punt van kritiek op *Schneckloth* onder meer dat het Hooggerechtshof nooit op bevredigende wijze zou hebben uitgelegd waarom het 'waiver concept' wel van toepassing zou zijn op rechten betreffende het onderzoek ter terechtzitting, maar niet ten aanzien van het recht op privacy en dat het daarmee voorbij gaat aan zijn eigen rechtspraak dat "no system of criminal justice can, or should, survive if it comes to depend for its continued effectiveness on the citizens' abdication through unawareness of their constitutional rights".

631 423 U.S. 411 (1976).

632 Wel drukt de beslissing *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), waarin onder meer is overwogen dat 'compulsion' inherent is aan 'custodial surroundings' een stempel op de beoordeling van de 'voluntariness' van de gegeven toestemming in gevallen waarin degene die toestemming geeft zich in politiehechtenis bevindt. Zie in dit verband ook LaFave, Israel & King, 2004, p. 253-254.

633 403 U.S. 443 (1971).

634 394 U.S. 731 (1969).

635 Zie daarover ook paragraaf 5.2.2.4.

636 Vertaling van: "common authority".

637 *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974).

638 Zie *Chapman v. United States*, 365 U.S. 610 (1961), waarin is overwogen dat een verhuurder niet geldig toestemming kan verlenen tot de doorzoeking van een huis van zijn huurder en *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964), waarin werd overwogen dat een nachtwaker van een hotel geen geldige toestemming kan verlenen tot de doorzoeking van de hotelkamer van een gast.

that it is reasonable to recognize that any of the co-inhabitants has the right to permit the inspection in his own right and that the others have assumed the risk that one of their number might permit the common area to be searched".⁶³⁹ De toets die dus moet worden aangelegd wat betreft het bestaan van gemeenschappelijke gezagsverhouding is tweeledig; (i) kon degene die toestemming gaf dit doen 'in his own right', en (ii) heeft de verdachte 'assumed the risk' dat de ander de toestemming zou geven.⁶⁴⁰ Bij het eerste onderdeel van deze toetsing zijn de feitelijke en niet de civielrechtelijke verhoudingen beslissend.

Op de betekenis van toestemming door een derde ziet ook de recente zaak *Georgia v. Randolph*.⁶⁴¹ In die zaak gaf de ex-vrouw van de verdachte toestemming tot doorzoeking van de echtelijke woning.⁶⁴² De verdachte, die daarbij aanwezig was, had echter op ondubbelzinnige wijze de toestemming daartoe geweigerd. Het Hoogerechtshof oordeelde de

'search' onrechtmatig jegens de verdachte.⁶⁴³ De redelijkheid van een 'search' op grond van een daartoe gegeven toestemming door één van de gerechtigden tot een plaats "is in significant part a function of commonly held understanding about the authority that co-inhabitants may exercise in ways that affect each other's interests", aldus het Hoogerechtshof in laatstgenoemde beslissing. Als de politie ten tijde van de gegeven toestemming in redelijkheid heeft kunnen aannemen dat degene die toestemming verleende daartoe gerechtigd was, is ook wanneer achteraf komt vast te staan dat zulks niet het geval was, geen sprake van onrechtmatig optreden.⁶⁴⁴ Over gevallen waarin degene die toestemming gaf daartoe psychisch niet in staat was, heeft het Hooggerechtshof zich nog niet expliciet uitgelaten. Door de lagere gerechten wordt wel als maatstaf gehanteerd of de desbetreffende agenten in redelijkheid hebben kunnen concluderen dat geldig toestemming werd gegeven.⁶⁴⁵

639 Zie voetnoot 7 bij de beslissing *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974).

640 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 255.

641 No. 04-1067 (2006).

642 Om de precieze verhouding van de ex-echtelieden tot de woning aan te geven, volgt hier een citaat uit de in de beslissing van het Hooggerechtshof weergegeven feiten: "Respondent Scott Randolph and his wife, Janet, separated in late May 2001, when she left the marital residence in Americus, Georgia, and went to stay with her parents in Canada, taking their son and some belongings. In July, she returned to the Americus house with the child, though the record does not reveal whether her object was reconciliation or retrieval of remaining possessions."

643 In een 'dissenting opinion' van voorzitter Roberts, waarbij raadsheer Scalia zich aansloot, wordt betoogd dat degene die informatie, stukken of plaatsen deelt met een ander 'assumes the risk' dat die ander de overheid daartoe toegang verleent: "Just as Mrs. Randolph could walk upstairs, come down, and turn her husband's cocaine straw over to the police, she can consent to police entry and search of what is, after all, her home, too."

644 *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990).

645 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 251. Zie voor een nadere bespreking van een aantal vragen in verband met door derden gegeven toestemming LaFave, Israel & King, 2004, p. 256-260.

5.2.5 Toetsing aan het redelijkheidsvereiste van het Vierde Amendement: *probable cause* en *warrant*

Indien sprake is van een 'search' en/of 'seizure' door de overheid waarbij inbreuk is gemaakt op een 'reasonable' en 'legitimate expectation of privacy' van de verdachte, is voldaan aan de eisen om in een strafproces een beroep te kunnen doen op het Vierde Amendement. De vraag rijst dan of het overheidsoptreden de toets aan die bepaling kan doorstaan: anders gezegd, of de 'search' of 'seizure' 'reasonable' is.⁶⁴⁶ Als uitgangspunt geldt daarbij dat een 'search' zonder geldige 'warrant' niet 'redelijk' is. Aan een 'warrant' worden als eisen gesteld dat deze:

1. is uitgegeven door een neutrale en onafhankelijke beslissers;⁶⁴⁷
2. is gebaseerd op 'probable cause'⁶⁴⁸ dat hetgeen wordt gezocht zich bevindt in de te doorzoeken plaats, ondersteund door een onder ede afgelegde verklaring;⁶⁴⁹

3. een nauwkeurige omschrijving bevat van de te doorzoeken plaats en de in beslag te nemen voorwerpen; en
4. wordt uitgevoerd binnen een redelijke termijn.⁶⁵⁰

Op het uitgangspunt dat een 'warrant' vereist is, bestaat een flink aantal uitzonderingen voor min of meer bijzondere gevallen. In die gevallen zijn 'searches' zonder 'warrant' niet 'onredelijk'. Er bestaan bijvoorbeeld uitzonderingen voor gevallen waarin het eisen van een 'warrant' onpraktisch of onmogelijk is en voor gevallen waarin geen wezenlijke inbreuk wordt gemaakt op de privacy. Ook op het 'probable cause'-vereiste bestaan uitzonderingen, zodat een 'search' redelijk kan zijn zonder 'warrant' en met minder dan 'probable cause'. Bij het bepalen of met minder dan 'probable cause' genoeg kan worden genomen, spelen een rol: de ernst van de inbreuk van de zoeking; de aard van de onderzochte strafbare feiten; de moeilijkheid om die strafbare feiten op te

646 Vgl. raadsheer Blackmun in zijn 'concurring opinion' bij *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980).

647 Dat is niet: de 'Attorney General' tevens 'chief prosecutor': *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971), of een andere 'executive officer of Government': *United States v. United States District Court*, 407 U.S. 297 (1972), of een 'justice of the peace' die \$ 5,- krijgt voor een toegewezen verzoek om een 'warrant' en niets voor een afgewezen verzoek: *Connolly v. Georgia*, 429 U.S. 245 (1977). Ook kan uit het feitelijke optreden van een 'magistrate' blijken dat hij niet is opgetreden als neutrale en onafhankelijke beslissers: *Lo-Ji Sales Inc. v. New York*, 442 U.S. 319 (1979). Ook een 'law clerk' kan onder omstandigheden als beslissers optreden: *Shadwick v. City of Tampa*, 407 U.S. 345 (1972).

648 Beoordeeld moet worden of de feiten en omstandigheden van het geval toereikend zijn om een 'person of reasonable caution' gerechtvaardigd te doen geloven dat zich voor inbeslagname vatbare objecten bevinden op de plaats waar de zoeking zal plaatsvinden: zie *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983) en *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949). Zie over dit onderwerp uitgebreider: LaFave, Israel & King, 2004, p. 141-157 en Whitebread & Slobogin, 2008, p. 162-171.

649 Teneinde vervolging mogelijk te maken bij verstrekken van valse informatie: LaFave, Israel & King, 2004, p. 161.

650 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 160-167 en Whitebread & Slobogin, 2008, p. 177.

sporen als ‘probable cause’ vereist zou zijn, en de mate waarin het vereisen van ‘probable cause’ aan efficiënt overheidshandelen in de weg zou staan.⁶⁵¹ Een bespreking van de gevallen waarin geen ‘warrant’ en/of ‘probable cause’ vereist worden, valt buiten het bestek van dit boek.⁶⁵² Alleen wordt hier nog kort de zogenaamde ‘stop-and-frisk-doctrine’ aangestipt, mede omdat daarop in het volgende hoofdstuk zal worden teruggegrepen.

5.2.5.1 Stop and frisk

Er bestaan allerlei vormen van contact tussen politieagenten en burgers die geen ‘seizure’ opleveren van de burger door de politie en

die dus zonder ‘warrant’ en zonder ‘probable cause’ toelaatbaar zijn.⁶⁵³ Er is pas sprake van een ‘seizure’ zodra zich een situatie voordoet waarin een redelijk persoon zich niet vrij voelt de interactie met de politie te beëindigen.⁶⁵⁴ De zaak *Terry v. Ohio*⁶⁵⁵ stond aan het begin van de ontwikkeling van deze inmiddels uitgebreide rechtspraak over gevallen waarin zonder ‘warrant’ en met minder dan ‘probable cause’ uitgevoerde ‘stops’ niet in strijd werden geacht met het Vierde Amendement. In genoemde zaak oordeelde het Hoogerechtshof de daar aan de orde zijnde ‘investigatory detention’ – kortdurend door een agent beletten om in vrijheid zijn weg te vervolgen – rechtmatig, mits deze is gegrond

651 Een recent voorbeeld biedt *Arizona v. Gant*, No. 07-542 (2009) waarin werd geoordeeld dat de politie direct na een arrestatie zonder ‘warrant’ een motorvoertuig mag doorzoeken, wanneer de arrestant zich binnen reikafstand van het motorvoertuig bevindt en de politie “reasonable belief” koestert dat zich in het motorvoertuig bewijsmateriaal bevindt ter zake van het feit waarvoor de arrestatie plaatsvond.

652 Er bestaat rechtspraak over verschillende vormen van het ophouden van personen voor onderzoeksdoeleinden, rechtmatige arrestatie zonder voorafgaande ‘warrant’, ‘searches’ die aansluitend op een arrestatie worden uitgevoerd, inbeslagname van goederen ‘in plain view’, ‘searches’ en ‘seizures’ die gerechtvaardigd zijn wegens dringende omstandigheden, ‘searches’ van voertuigen, schepen en containers, ‘searches’ aan de grens en op zee, etc. Zie hiervoor LaFave, Israel & King, 2004 en Whitebread & Slobogin, 2008, hfdst. 4 t/m 14.

653 Zie voor een uitgebreid overzicht van voorbeelden uit de rechtspraak *Georgetown Law Journal*, 2007, p. 39.

654 *Kaupp v. Texas*, 538 U.S. 626 (2003), waarin een ‘seizure’ werd aangenomen, daar de omstandigheden waaronder de interactie met de politie plaatsvond een redelijk persoon zou doen denken dat hij niet vrij was “to ignore the police presence and go about his business”: dat leek overigens tamelijk evident, nu de verdachte om 3 uur ‘s morgens uit zijn slaapkamer werd gehaald en zonder kleding of schoenen met handboeien om van uit zijn huis in een politieauto werd gezet. In *United States v. Drayton*, 536 U.S. 194 (2002), werd geen ‘seizure’ aangenomen in een geval waarin politieagenten in een bus willekeurige passagiers vragen stelden en om toestemming vroegen om een ‘search’ uit te voeren, omdat een redelijk persoon zich vrij zou hebben gevoeld de verzoeken af te wijzen of de interactie anderszins te beëindigen.

655 392 U.S. 1 (1968). In die zaak had een politieagent Terry en twee anderen ‘afgelegdrag’ zien vertonen voor een bepaalde winkel en hen – zich als politieagent bekendmakend – aangesproken. Toen zij mompelend antwoordden pakte de agent Terry vast omdat hij vreesde dat ze gewapend waren en voerde hij een fouillering aan de kleding (‘pat-down’) uit. Daarbij trof hij een vuurwapen aan hetgeen leidde tot een proces-verbaal wegens het dragen van een verboden wapen.

op een 'reasonable suspicion', hetgeen een lichtere maatstaf is dan 'probable cause'.⁶⁵⁶ Daarbij benadrukte het Hooggerechtshof dat de noodzaak van de 'search' en 'seizure' moet worden afgewogen tegen de inbreuk die daardoor wordt gemaakt op de rechten van de onderzochte. Op grond van deze toets kunnen zwaarwegende belangen aan overheidsszijde een kortdurende 'investigatory detention' rechtvaardigen, zonder dat sprake is van 'probable cause'.⁶⁵⁷ Deze vorm van politieoptreden wordt ook wel een 'Terry-stop' genoemd.

Factoren die een rol spelen bij de beoordeling of sprake is van een 'seizure' zijn:

- a. de duur van de vrijheidsbelemmering;
- b. of het politiehandelen bedreigend was;
- c. of de betrokkene door de politie is aangeraakt;
- d. of de vrijheidsbelemmering in de openbare ruimte plaatsvond of in een besloten ruimte; en
- e. of het politieoptreden een redelijk, onschuldig persoon de indruk zou hebben gegeven dat hij niet vrij was te vertrekken of verzoeken van de politie af te wijzen.⁶⁵⁸

Het gaat daarbij dus om een objectieve toets. Een recent voorbeeld van een zaak waarin het ging om de vraag of sprake was van een 'seizure' biedt de beslissing *Brendlin v. California*.⁶⁵⁹ Daarin werd geoordeeld dat zolang een 'traffic stop' duurt alle inzittenden van een

auto als 'seized' gelden. Dat betekent dat, anders dan het Hooggerechtshof van California had geoordeeld, ook de inzittenden de grondwettigheid van de 'traffic stop' kunnen aanvechten. Brendlin was inzittende en stond gesignaleerd wegens een 'parole violation', terwijl in de auto drugs en bijbehorende parafernalia werden aangetroffen, welke vondst aan zijn veroordeling ten grondslag werd gelegd. Dat Brendlin de grondwettigheid van de 'traffic stop' kan aanvechten, wil overigens nog niet zeggen dat ook bewijsuitsluiting moet volgen van hetgeen na de ongrondwettige 'stop' is aangetroffen. In zijn analyse van deze zaak wijst V.D. Amar erop dat het verband tussen de schending en de vondst van bewijsmateriaal 'attenuated' kan zijn of dat de ontdekking van de 'parole violation' 'inevitable' was. Ook zou, indachtig *Hudson v. Michigan*,⁶⁶⁰ geoordeeld kunnen worden dat de mogelijkheid van een civiele actie voldoende bescherming biedt of zou de gedachtegang uit *Rakas v. Illinois*⁶⁶¹ kunnen worden gevolgd dat de passagier geen 'standing' heeft bij gebreke van een door hem gestelde 'property interest'.⁶⁶²

5.3 Exclusionary rule en fruit-doctrine

Bewijsuitsluiting als reactie op schending van het Vierde Amendement treft zowel het bewijsmateriaal dat is verkregen als direct resultaat van een onrechtmatige 'search' als bewijsmateriaal dat daardoor daarna (indirect)

⁶⁵⁶ Zie ook *Alabama v. White*, 496 U.S. 325 (1990).

⁶⁵⁷ Zie *Georgetown Law Journal*, 2007, p. 40.

⁶⁵⁸ Zie *Whitebread & Slobogin*, 2008, p. 295.

⁶⁵⁹ No. 06-8120 (2007).

⁶⁶⁰ 547 U.S. 586 (2006). Zie paragraaf 4.5.2.4.

⁶⁶¹ 439 U.S. 128 (1978). Zie paragraaf 5.2.3.

⁶⁶² V.D. Amar, 2007b. Zie ook zijn eerdere commentaar op deze zaak: V.D. Amar, 2007a.

is verkregen en dat ook wel ‘fruit of the poisonous tree’ wordt genoemd.⁶⁶³ Hieronder zal eerst worden besproken wat in de rechtspraak van het Hooggerechtshof wordt gerekend tot de ‘vergiftigde vruchten’ en hoe overig ná een schending van het Vierde Amendement verkregen bewijsmateriaal daarvan wordt onderscheiden. Daarna volgt een bespreking van een aantal uitzonderingen op de bewijsuitsluitingsregel.

5.3.1 Vruchten van schending van het Vierde Amendement

De zaak *Wong Sun v. United States*⁶⁶⁴ biedt een goede ingang voor een bespreking van de grenzen van hetgeen geldt als vrucht van het ongrondwettig handelen. In die zaak had de feitenrechter de arrestatie van J.W. Toy onrechtmatig geoordeeld. Direct na arrestatie verklaarde Toy dat hij wist dat J. Yee heroïne in zijn bezit had. Vervolgens werd in Yee’s woning binnengetrokken. Yee overhandigde de agenten enkele buisjes met heroïne. Op het politiebureau verklaarde Yee dat hij de drugs van Toy en ene Sea Dog had ontvangen. Toy verklaarde vervolgens dat Sea Dog Wong Sun was. Wong Sun werd gearresteerd en weer vrijgelaten. Enkele dagen later werden Toy, Yee en Wong Sun verhoord op het politiebureau. Wong Sun bekende daarbij dat hij heroïne bij Yee had gebracht en deze bij Yee thuis had gerookt. Wong Sun en Toy klaagden voor het Hooggerechtshof over de afwijzing van hun verzoeken om uitsluiting van het ver-

kregen bewijsmateriaal (de afgelegde verklaringen en de gevonden heroïne), omdat dit telkens als vrucht van de onrechtmatige arrestatie van Toy zou gelden.

Bij het maken van het onderscheid tussen bewijsmateriaal dat als vrucht van de schending van het Vierde Amendement van het bewijs moet worden uitgesloten en ander bewijsmateriaal moet de vraag worden gesteld of het bewijsmateriaal verkregen is door ‘exploitation’ van het onrechtmatig handelen. Dan volgt bewijsuitsluiting. Maar als het bewijsmateriaal is verkregen op grond van ‘means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint’, dan blijft bewijsuitsluiting achterwege. Dat laatste kan het geval zijn indien:

1. de overheid van het desbetreffende materiaal ook kennis heeft gekregen uit een zelfstandige andere bron (‘independent source doctrine’);⁶⁶⁵
2. het ongrondwettige optreden geacht wordt in zo ver verwijderd verband te staan tot de verkrijging van het desbetreffende bewijsmateriaal dat de smet van dat optreden dat bewijsmateriaal niet treft: de smet is als het ware vervlogen⁶⁶⁶ (‘attenuation exception’).⁶⁶⁷ Op de precieze inhoud en praktische betekenis van deze excepties op de bewijsuitsluitingsregel wordt in de hiernavolgende paragrafen nader ingegaan.

Het Hooggerechtshof heeft benadrukt dat bewijsmateriaal niet als ‘fruit of the poisonous

⁶⁶³ *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

⁶⁶⁴ 371 U.S. 471 (1963).

⁶⁶⁵ Zie ook *Silverthorne Lumber Co v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

⁶⁶⁶ Vertaling van: “has become so attenuated as to dissipate the taint”.

⁶⁶⁷ Zie *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).

tree' moet worden beschouwd, enkel omdat het niet aan het licht zou zijn gekomen zonder het ongrondwettige politieoptreden.⁶⁶⁸ In dit kader overwoog het Hooggerechtshof eerder al dat 'sophisticated argument' meestal wel een causaal verband kan aanwijzen,⁶⁶⁹ maar dat is dus niet genoeg. Causaal verband tussen de grondwetsschending en de bewijsverkrijging is een noodzakelijke voorwaarde, maar is op zichzelf niet voldoende.⁶⁷⁰ Het Hooggerechtshof oordeelde wat betreft Toy dat de door hem in zijn slaapkamer direct na zijn arrestatie afgelegde verklaringen als vruchten van de onrechtmatige arrestatie van het bewijs moesten worden uitgesloten. Het betoog van de overheid dat deze verklaringen het resultaat waren van een 'intervening independent act of free will', werd verworpen met een beroep op de omstandigheden dat Toy door zes of zeven agenten was achternagezet tot in zijn slaapkamer, waar zijn vrouw en kinderen lagen te slapen, alwaar hij direct werd geboeid en gearresteerd. "Under such circumstances it is unreasonable to infer that Toy's response was sufficiently an act of free will to purge the primary taint of the unlawful invasion", aldus het Hooggerechtshof. Ook het aantreffen van de heroïne bij Yee mag volgens het Hooggerechtshof niet jegens Toy worden gebruikt, omdat deze heroïne is verkregen door de 'exploitation' van het onrechtmatig handelen jegens Toy. Wat betreft Wong Sun oordeelde het Hooggerechtshof dat zijn, na vrijwillig naar het

politiebureau te zijn teruggekomen, afgelegde bekentenis jegens hem tot het bewijs kan worden gebruikt omdat hier het verband tussen de ongrondwettige arrestatie van Toy en de bekentenis zo dun is geworden dat de smet van die onrechtmatigheid deze bekentenis niet treft. Anders dan ten aanzien van Toy mag het aantreffen van de heroïne bij Yee wel jegens Wong Sun worden gebruikt. Volgens het Hooggerechtshof was bewijsuitsluiting in de zaak jegens Toy enkel vereist vanwege het nauwe verband tussen de schending van het Vierde Amendement jegens Toy en de van hem verkregen informatie. De inbeslagneming van de heroïne maakte geen inbreuk op een persoonlijk recht van Wong Sun.⁶⁷¹ Een recent voorbeeld van toepassing van deze rechtspraak biedt de zaak *Kaupp v. Texas*,⁶⁷² waarin de verdachte zonder 'probable cause' was gearresteerd, waarna hij in een verhoor op het politiebureau een belastende verklaring aflegde. Onder verwijzing naar *Wong Sun* oordeelde het Hooggerechtshof dat bewijsuitsluiting moest volgen tenzij het afleggen van de verklaring kon worden gezien als "an act of free will [sufficient] to purge the primary taint of the unlawful invasion."

5.3.1.1 Attenuation exception

Uitgangspunt is dat bewijsmateriaal dat is verkregen als gevolg van onrechtmatig handelen van het bewijs wordt uitgesloten. De vraag is echter welk materiaal nog geldt als materiaal

668 De 'but-for'-theorie (waarin enkel het bestaan van een conditio sine qua non verband tussen de onrechtmatigheid en de bewijsverkrijging steeds voldoende is om tot bewijsuitsluiting te verplichten) werd daarmee afgewezen.

669 *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).

670 Zie ook *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984).

671 Zie in dit verband ook paragraaf 5.2.3.

672 538 U.S. 626 (2003).

dat als gevolg van het onrechtmatig handelen is verkregen. De ‘attenuation’-exceptie ziet op de grens tussen welk materiaal nog geldt als door voorafgaand onrechtmatig handelen ‘vergiftigd fruit’ en welk nadien verkregen materiaal geacht moet worden vrij te zijn van de smet van het eerdere onrechtmatig handelen. Als van ‘attenuation’ sprake is, blijft bewijsuitsluiting achterwege. Deze uitzondering op de bewijsuitsluitingsregel is al in 1939 in *Nardone v. United States*⁶⁷³ door het Hooggerechtshof geformuleerd. In die zaak werd overwogen dat de feitenrechter met inachtneming van de betrokken belangen zal moeten beoordelen of het verband tussen de onrechtmatigheid en het verkregen materiaal zo nauw is dat bewijsuitsluiting gerechtvaardigd is of dat het verband ‘ha[s] become so attenuated as to dissipate the taint’.⁶⁷⁴ Bij die beoordeling kunnen verschillende factoren een rol spelen. In *Brown v. Illinois*⁶⁷⁵ werd door het Hooggerechtshof de gedachte verworpen dat het

geven van ‘Miranda-warnings’ per se betekent dat het verband tussen de onrechtmatigheid en de nadien afgelegde verklaring is verbroken. Dat ‘Miranda-warnings’ zijn gegeven vormt niet meer dan één (weliswaar belangrijke) factor die de feitenrechter moet betrekken in zijn beoordeling van het verband tussen de onrechtmatigheid en de afgelegde verklaring.⁶⁷⁶ Andere factoren zijn:

1. Het tijdsverloop tussen onrechtmatige arrestatie en de bekentenissen.
2. Eventuele tussenkomende omstandigheden.⁶⁷⁷
3. De ernst van het onrechtmatig handelen die mede wordt bepaald door de vraag of sprake is van een doelbewuste grondwets-schending.⁶⁷⁸

Met inachtneming van deze factoren oordeelde het Hooggerechtshof in *Taylor v. Alabama*⁶⁷⁹ dat ook de zes uur nadien afgelegde bekentenis als vrucht van de onrechtmatige arrestatie

673 308 U.S. 338 (1939).

674 Oftewel, dat het ongrondwettige optreden geacht wordt in zo ver verwijderd verband te staan tot de verkrijging van het desbetreffende materiaal, dat de smet van dat optreden dat materiaal niet treft.

675 422 U.S. 590 (1975).

676 Zie ook *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979).

677 Hierbij verwijst het Hooggerechtshof naar de zaak *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356 (1972), waarin de hechtenis van de verdachte na een beweerdelijk onrechtmatige arrestatie was getoetst door een ‘committing magistrate’ en verdachte vervolgens had deelgenomen aan een confrontatie in een ‘line-up’. De deelname aan de ‘line-up’ was hier geen ‘exploitation’ van de aangevochten arrestatie, maar uitgevoerd “by means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint”.

678 In *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975), werd de door de verdachte ongeveer twee uur na zijn met het Vierde Amendement strijdige arrestatie afgelegde verklaring, ondanks de daaraan voorafgaand gegeven ‘Miranda-warnings’, als vrucht van die arrestatie gezien. De later op de dag afgelegde tweede verklaring was de vrucht van de eerste verklaring. In zijn overwegingen betrok het Hooggerechtshof dat er geen tussenkomende omstandigheden waren en dat de onrechtmatige arrestatie ‘had a quality of purposefulness’.

679 457 U.S. 687 (1982). Zie *Kaupp v. Texas*, No. 02-5636 (2003) voor een vrij recent geval van een verklaring die – tenzij na terugwijzing feiten komen vast te staan waaruit het tegendeel volgt – als het resultaat van de ‘exploitation’ van een onrechtmatige arrestatie van het bewijs moet worden uitgesloten.

gold. Dat Taylor in de tussentijd tot drie keer toe 'Miranda-warnings' kreeg en bezoek ontving van zijn vriendin en een ander leverde geen relevante interveniërende gebeurtenissen op. Net zo min als de omstandigheid dat aan de hand van bij Taylor afgenomen vingerafdrukken (die ook als vrucht van de onrechtmatige arrestatie werden beschouwd) was vastgesteld dat deze overeenkwamen met de bij de beroving, waarvan hij werd verdacht, aangetroffen vingerafdrukken, op grond waarvan een arrestatiebevel werd uitgevaardigd. Onder omstandigheden wordt geoordeeld dat een verband tussen de schending van het Vierde Amendement en de bewijsverkrijging ontbreekt, zoals in *New York v. Harris*,⁶⁸⁰ waarin de verdachte zonder arrestatiebevel, maar met 'probable cause' in zijn woning was gearresteerd alwaar hij een bekentenis aflegde, die hij op het politiebureau herhaalde. Het ontbreken van een arrestatiebevel was onrechtmatig en bracht mee dat in de woning vergaard bewijsmateriaal moest worden uitgesloten,⁶⁸¹ maar de detentie van de verdachte ten tijde van zijn ondervraging op het bureau was niet onrechtmatig. Door de bestaande 'probable cause' had de politie een rechtvaardiging om de verdachte te ondervragen en was de buiten zijn woning afgelegde bekentenis geen gevolg van de 'exploitation' van het onrechtmatig binnentreden van zijn woning. De in *Brown* onderscheiden toetsingsfactoren zien op een na arrestatie verkregen verklaring,

maar lenen zich ook voor toepassing in andere gevallen, zoals blijkt uit de zaak *United States v. Ceccolini*,⁶⁸² waarin naar aanleiding van een onrechtmatige 'search' vragen waren gesteld aan een getuige, die de verdachte vervolgens belastte. In die zaak werd acht geslagen op het grote tijdsverloop tussen de 'search' en de tot het bewijs gebezigde belastende getuigenverklaring en op de omstandigheid dat de onrechtmatige 'search' niet tot doel had om een getuige á charge te vinden. Dat de intentie van degene die het Vierde Amendement schond steeds een belangrijke rol speelt, is hierdoor te verklaren dat de bewijsuitsluitingsregel ertoe strekt overheidsdienaren te weerhouden van onrechtmatig gedrag. Vooral indien de overheidsfunctionaris met het oog op bewijsverkrijging onrechtmatig handelt, kan van toepassing van bewijsuitsluiting worden verwacht dat de functionaris in het vervolg afziet van het desbetreffende handelen.⁶⁸³ Ook wordt van 'attenuation' gesproken indien er wel een direct verband is tussen de fout en de bewijsverkrijging, maar het belang tot bescherming, waarvan de geschonden norm strekt, niet is gediend met toepassing van de bewijsuitsluitingsregel.⁶⁸⁴ De vraag of de smet van een schending van het Vierde Amendement bepaald nadien verkregen bewijsmateriaal nog aankleeft, kent vaak geen eenduidig antwoord. Dat blijkt wel uit de omstandigheid dat bij de beslissingen van het Hooggerechtshof hierover vaak in een

680 495 U.S. 14 (1990).

681 De in de woning afgelegde bekentenis was door de lagere rechter wel van het bewijs uitgesloten.

682 435 U.S. 268 (1978).

683 Vgl. Whitebread & Slobogin, 2008, p. 27.

684 Vgl. *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

‘dissenting opinion’ op grond van een andere waardering van dezelfde feiten een tegen-gestelde conclusie wordt bereikt.⁶⁸⁵

5.3.1.2 *Independent source doctrine*

Ook de in 1920 in *Silverthorne Lumber Co v. United States*⁶⁸⁶ geïntroduceerde ‘onafhankelijke-brondoctrine’ behelst een beperking van de bewijsuitsluitingsregel. Bewijsmateriaal dat is verkregen nadat onrechtmatig is gehandeld, maar waarvan de verkrijging kan worden beschouwd als het resultaat van handelen dat geheel los kan worden gezien van het onrechtmatig handelen, behoeft niet van het bewijs te worden uitgesloten. De ‘onafhankelijke-brondoctrine’ is niet iets wezenlijk anders dan de hiervoor besproken ‘attenuation’-exceptie, maar vormt daarmee een vloeiende overgang. Het verschil met de hierna te bespreken ‘inevitable discovery’-exceptie zit daarin dat de andere oorzaak voor de bewijsver verkrijging hier niet hypothetisch is. Een goed voorbeeld biedt de zaak *Segura v. United States*,⁶⁸⁷ waarin agenten met schending van het Vierde Amendement, want zonder

‘warrant’, in de woning van de verdachte waren binnengetroten. In de woning arresteerden zij de verdachte en een medeverdachte, voerden zij een ‘limited security check’ uit en zagen daarbij ‘in plain view’ verscheidene drugsparafernalia. De verdachte en zijn medeverdachte werden afgevoerd. In afwachting van een ‘warrant’ om de woning te doorzoeken bleven twee agenten in het appartement om de situatie te bevroeren. Negentien uur later kwam de ‘warrant’ en werd bij een doorzoeking van het appartement cocaïne en administratie betreffende drugstransacties aangetroffen. Het Hooggerechtshof oordeelde dat de cocaïne en de administratie waren verkregen gedurende een niet onrechtmatige doorzoeking gegrond op een geldige ‘warrant’. Bij het aanmerken van deze doorzoeking als een onafhankelijke bron, nam het Hooggerechtshof in aanmerking dat de ‘warrant’ was verstrekt op grond van informatie die was verkregen voorafgaand aan het onrechtmatig binnentreden en die daarvan geheel los stond (een getuige had verklaard dat hij van Segura cocaïne had gekocht en dat vermoedelijk meer cocaïne in zijn appartement aanwezig was).⁶⁸⁸

685 Zie bijvoorbeeld de ‘dissenting opinions’ bij *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975) en *Taylor v. Alabama*, 457 U.S. 687 (1982).

686 251 U.S. 385 (1920): “The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all. Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government’s own wrong cannot be used by it in the way proposed.”

687 468 U.S. 796 (1984).

688 De zaak *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988) biedt een vergelijkbaar geval, zij het dat in die zaak tijdens het bevroeren na het onrechtmatig binnentreden direct het bewijsmateriaal werd aangetroffen. Ook in die zaak werd de bewijsver verkrijging bij een vervolgens op grond van een geldige ‘warrant’ (die niet was gegrond op tijdens het onrechtmatige binnentreden verkregen informatie) uitgevoerde ‘search’ gezien als voortspuitend uit een onafhankelijke bron.

Als kritiek op deze doctrine is wel geuit dat zij de politie stimuleert om onrechtmatig binnen te treden en vervolgens, als blijkt dat zich in de ruimte waarin is binnengetreden contrabande bevindt, te proberen op grond van informatie die los staat van de bij het binnentreden verkregen informatie, een 'warrant' te krijgen: "The police thus know in advance that they have little to lose and much to gain by forgoing the bother of obtaining a warrant and undertaking an illegal search", aldus raadsheer Marshall in zijn door de raadsheren Stevens en O'Connor gesteunde 'dissenting opinion' bij de zaak *Murray v. United States*.⁶⁸⁹ In dit verband wijzen Whitebread & Slobogin op de naar hun inzicht suspecte praktijk bij lagere gerechten, waarin 'warrants' in stand worden gehouden die gedeeltelijk op onrechtmatig verkregen informatie zijn gegrond, mits de rechtmatig verkregen informatie de 'warrant' zelfstandig kan dragen. Deze benadering bevordert naar hun inzicht dat de politie in grensgevallen verzoeken om een 'warrant' aanvult met onrechtmatig verkregen informatie.⁶⁹⁰

5.3.1.3 *Inevitable discovery exception*

In de omschrijving van de 'inevitable discovery'-exceptie worden, om het onderscheid met de 'independent source'-exceptie te verduidelijken, wel de termen 'hypothetical independent source' gebezigd.⁶⁹¹ Het gaat hier om gevallen waarin het verkrijgen van bewijsmateriaal feitelijk het resultaat is van ongrondwettig

handelen, maar bewijsuitsluiting achterwege blijft op grond van de meer of minder hypothetische vaststelling dat het desbetreffende bewijsmateriaal ook zonder de grondwets-schending zou zijn gevonden.

Deze uitzondering op de bewijsuitsluitingsregel is door het Hooggerechtshof aanvaard in de zaak *Nix v. Williams*.⁶⁹² In een met schending van het – door het Zesde Amendement gewaarborgde – recht op rechtsbijstand uitgevoerde 'interrogation', gaf de van moord verdachte Williams aan waar hij zijn slachtoffer had achtergelaten en bracht hij de politie daarheen. Op dat moment was een systematische zoekactie aan de gang door 200 vrijwilligers in het gebied waar het slachtoffer lag. Het Hooggerechtshof oordeelde dat bewijsuitsluiting niet aangewezen is, indien de OvJ "can establish by a preponderance of evidence that the information ultimately or inevitably would have been discovered by lawful means". Daarvan was volgens het Hooggerechtshof in die zaak sprake, omdat de vrijwilligers de locatie van het slachtoffer naderden en zij het slachtoffer gevonden zouden hebben als de verdachte de politie niet voordien naar het slachtoffer zou hebben geleid. In de 'dissenting opinion' bij deze beslissing van raadsheer Brennan, waarbij raadsheer Marshall zich aansloot, wordt de eis, die is gesteld aan het bewijs van de onvermijdelijkheid van de ontdekking, te licht geoordeeld. In het verlengde van die kritiek stellen Whitebread & Slobogin dat deze exceptie beperkt zou moeten worden tot

689 487 U.S. 533 (1988).

690 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 47.

691 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 47-48.

692 467 U.S. 431 (1984). Zie over deze zaak ook Lensing, 1985.

gevallen waarin de OvJ kan aantonen dat ten tijde van het onrechtmatig handelen al een rechtmatig onderzoek gaande was door anderen dan degenen die onrechtmatig handelden, welk onderzoek tot de bewijsverkrijging zou hebben geleid.⁶⁹³ Dit is de zogenaamde 'active pursuit doctrine'.⁶⁹⁴ De lagere rechtspraak is hierover verdeeld.⁶⁹⁵ In de literatuur is wel de kritiek geuit dat de 'active pursuit doctrine' te formalistisch is. S.E. Hessler bijvoorbeeld propageert in navolging van verschillende uitspraken van lagere gerechten toepassing van de 'independent circumstances test', waarin als voorwaarde voor toepassing van de 'independent discovery exception' geldt dat "the fact or likelihood which makes discovery inevitable arise from circumstances other than those disclosed by the illegal search itself".⁶⁹⁶ In die benadering is het gaande zijn van een rechtmatig onderzoek ten tijde van de bewijsverkrijging op onrechtmatige gronden geen absoluut vereiste.

5.3.2 Good faith exception

Als uitzondering op de 'exclusionary rule' werd door het Hooggerechtshof in 1984 de 'good faith'-exceptie aanvaard in de zaak

United States v. Leon.⁶⁹⁷ Bewijsmateriaal dat was verkregen bij een 'search' op grond van een, naar later bleek bij gebreke van 'probable cause' ongeldige 'warrant', mocht toch tot het bewijs worden gebruikt. Voorwaarden daarvoor zijn dat de politieagenten die de 'warrant' uitvoeren objectief beschouwd handelen in 'good faith' ten aanzien van de geldigheid daarvan, zowel wat betreft het daaraan ten grondslag liggen van 'probable cause' als wat betreft de omstandigheid dat deze is uitgegeven door een onafhankelijke 'magistrate'. Het Hooggerechtshof plaatste deze zaak in het in eerdere rechtspraak⁶⁹⁸ ontwikkelde kader waarbinnen de voor- en nadelen van toepassing van de bewijsuitsluitingsregel tegen elkaar worden afgewogen. Omdat van toepassing van de bewijsuitsluitingsregel op objectief beschouwd redelijk handelen van een politieagent niet het met deze regel beoogde effect kan worden verwacht, bleef toepassing van deze regel hier achterwege.⁶⁹⁹

In aansluiting hierop verdient *Massachusetts v. Sheppard*⁷⁰⁰ te worden vermeld. In die zaak was voor de 'warrant' een verkeerd formulier gebruikt. De politieagent die de 'warrant' had verzocht wist dit, maar de 'magistrate' had hem verzekerd had dat hij de nodige aanpas-

693 Embregts, 2000, p. 17, schrijft dat het Hooggerechtshof deze eis stelt.

694 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 49.

695 Zie Hessler, 2000, p. 244.

696 Hessler, 2000, p. 246, en 262-265.

697 468 U.S. 897 (1984).

698 Zie daarover paragraaf 4.5.2.3.

699 "In the ordinary case, an officer cannot be expected to question the magistrate's probable-cause determination or his judgment that the form of the warrant is technically sufficient. Once the warrant issues, there is literally nothing more the policeman can do in seeking to comply with the law. Penalizing the officer for the magistrate's error, rather than his own, cannot logically contribute to the deterrence of Fourth Amendment violations", aldus het Hooggerechtshof in *Leon*.

700 468 U.S. 981 (1984).

singen zou doen en dat het dan goed zou zijn. Ook in die zaak bracht de ‘good faith’-exceptie mee dat geen bewijsuitsluiting hoefde te volgen van het bewijsmateriaal dat was verkregen op grond van de (achteraf) ongeldig geoordeelde ‘warrant’.⁷⁰¹ Wel blijft bewijsuitsluiting geboden indien de ‘magistrate’ die de ‘warrant’ verleent, is misleid door informatie waarvan de aanvrager van de ‘warrant’ wist of moest weten dat deze vals was, of indien de ‘magistrate wholly abandoned his detached and neutral judicial role’, of indien de ‘warrant’ kennelijk ongeldig is, bijvoorbeeld vanwege een tekortschietende omschrijving van de te doorzoeken plaats of de in beslag te nemen goederen, zodat de uitvoerende agenten redelijkerwijs niet kunnen menen dat deze geldig is. In de hiervoor besproken gevallen ging het om handelen in goed vertrouwen op de geldigheid van een ‘warrant’. Daarnaast is de

‘good faith’-exceptie ook van toepassing geacht in gevallen waarin werd gehandeld op grond van nadien ongrondwettig verklaarde wetgeving,⁷⁰² of op grond van onjuiste informatie in een door een gerecht beheerd computersysteem.⁷⁰³ En, in de in paragraaf 4.5.2.4. uitvoerig behandelde zaak *Herring v. United States*,⁷⁰⁴ in een geval waarin de onjuiste informatie was opgenomen in een door de politie zelf beheerde databank.

Ook een onjuiste inschatting door de politie-agent op grond van zijn eigen waarneming behoeft niet mee te brengen dat zijn handelen strijdt met het Vierde Amendement. Het Hoog-gerechtshof wees er in *Illinois v. Rodriguez*⁷⁰⁵ op, dat het redelijkheidvereiste van het Vierde Amendement niet eist dat de in de praktijk noodzakelijke met het vaststellen van de feiten verweven beoordelingen – bijvoorbeeld van de ‘magistrate’ die de ‘warrant’ uitgeeft of van

701 “...we refuse to rule that an officer is required to disbelieve a judge who has just advised him, by word and by action, that the warrant he possesses authorizes him to conduct the search he has requested.” En “An error of constitutional dimensions may have been committed with respect to the issuance of the warrant, but it was the judge, not the police officers, who made the critical mistake. (...) Suppressing evidence because the judge failed to make all the necessary clerical corrections despite his assurances that such changes would be made will not serve the deterrent function that the exclusionary rule was designed to achieve”, aldus het Hoog-gerechtshof.

702 Zie *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31 (1979), waarin het ging om een ‘search’ op grond van een verdenking van overtreding van wetgeving die later ongrondwettig werd geoordeeld. Bij die ‘search’ werden drugs aangetroffen voor het bezit waarvan de verdachte werd vervolgd. Zie ook *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987), in welke zaak het ging om een ‘search’ op grond van een later ongrondwettig verklaard wettelijke regeling die ‘warrantless administrative searches’ toestond.

703 *Arizona v. Evans*, No. 93-1660 (1995). Zie voor kritiek op deze beslissing H.A. Jackson, 1996.

704 No. 07-513 (2009).

705 497 U.S. 177 (1990). Zie in dit verband ook *Maryland v. Garrison*, 480 U.S. 79 (1987). In die zaak had de ten aanzien van één appartement gegeven ‘warrant’ betrekking op een hele verdieping, die – naar later bleek – verdeeld was in twee appartementen. De ‘search’ van beide (niet duidelijk gescheiden) appartementen werd geldig geoordeeld: “the officers’ failure to realize the overbreadth of the warrant was objectively understandable and reasonable”, “the objective facts available to the officers at the time suggested no distinction” tussen de twee appartementen.

de politieagent die er uitvoering aan geeft – steeds juist zijn, maar alleen dat zij steeds ‘reasonable’ zijn:

“Because many situations which confront officers in the course of executing their duties are more or less ambiguous, room must be allowed for some mistakes on their part. But the mistakes must be those of reasonable men, acting on facts leading sensibly to their conclusions of probability.”⁷⁰⁶

Op de ‘good faith’-exceptie is kritiek geuit die als volgt kan worden samengevat. De exceptie zou een premie stellen op onwetendheid aan politiezijde en de stimulans wegnemen voor de politieorganisatie om hun mensen zodanig op te leiden dat zij handelen in overeenstemming met het Vierde Amendement. Zij staat in de weg aan de ontwikkeling van rechtspraak over de precieze inhoud van het Vierde Amendement. Zodra immers kan worden vastgesteld dat de politie redelijk handelde, hoeft aan de vraag niet te worden toegekomen of dit handelen ook inhoudelijk in overeenstemming was met het Vierde Amendement. Bij twijfel over de grondwettigheid van bepaald handelen, bestaat voor de politie geen stimulans meer om aan de voorzichtige kant te handelen, terwijl voor de verdachte de stimulans om te procederen afneemt als geen bewijsuitsluiting meer volgt.⁷⁰⁷ Daarnaast wijst Stewart erop dat van afkalking van de bewijsuitsluitingsregel het signaal kan uitgaan naar de politie dat de rechter de vereisten van het Vierde Amendement minder strikt zal toepassen en op de

mogelijkheid dat de ‘good faith’-exceptie tot gevolg heeft dat politieagenten zich zullen concentreren op de vraag “waarmee laat het gerecht mij weggkomen?”, in plaats van op de vraag “wat vereist het Vierde Amendement?”⁷⁰⁸ Whitebread & Slobogin wijzen wat betreft het honoreren van vertrouwen op een ‘warrant’ op het risico dat dit leidt tot ‘forum shopping’, in die zin dat de politie voor hun verzoeken om ‘warrants’ ‘magistrates’ zoekt die bereid zijn te fungeren als “rubberstamps”, dat wil zeggen ‘magistrates’ die gemakkelijk ‘warrants’ verstrekken. En voorts dat de door het Hoogerechtshof aangelegde maatstaf in de state-lijke gerechten op verschillende wijzen kan worden geïnterpreteerd, afhankelijk van een eigen kosten-batenafweging ten aanzien van de bewijsuitsluitingsregel.⁷⁰⁹

5.3.3 Impeachment evidence

In *United States v. Havens*⁷¹⁰ werd geoordeeld dat bewijsmateriaal dat is verkregen met schending van het Vierde Amendement en mitsdien niet in de ‘case-in-chief’ tegen de verdachte mag worden gebruikt, wel toelaatbaar is als ‘impeachment evidence’. Dat is, kort gezegd, bewijs ter ontkrachting van de ter terechtzitting door de verdachte afgelegde verklaring.⁷¹¹ Van toepassing van de bewijsuitsluitingsregel in deze situatie kon aldus het Hoogerechtshof slechts een minimale invloed op politiehandelen worden verwacht, terwijl het afleggen van meinedige verklaringen door

706 Zie *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990) en *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949).

707 Stewart, 1983, 1399-1403.

708 Stewart, 1983, p. 1386, 1400 en 1403.

709 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 27-31.

710 446 U.S. 620 (1980).

711 Zie hierover ook paragrafen 2.2. en 6.6.2.

verdachten erdoor zou worden gestimuleerd: "There is hardly justification for letting the defendant affirmatively resort to perjurious testimony in reliance on the Government's disability to challenge his credibility."⁷¹² Ten aanzien van door getuigen ter terechtzitting afgelegde verklaringen oordeelde het Hoogerechtshof daarentegen dat geen met schending van het Vierde Amendement verkregen bewijsmateriaal als 'impeachment evidence' mag worden gebruikt.⁷¹³ Hier liet het Hoogerechtshof in zijn oordeel zwaar wegen dat getuigen toch al onder ede staan, zodat er geen extra stimulans om de waarheid te spreken kan worden verwacht, terwijl het niet toepassen van de bewijsuitsluitingsregel hier, ten detrimente van de waarheidsvinding, kan leiden tot minder geneigdheid om getuigen op te roepen, terwijl het tevens een stimulans voor de politie zou bevatten om op onrechtmatige wijze bewijs te verzamelen ter ontkrachting van getuigenverklaringen.

5.3.4 Bewijslastverdeling

In het algemeen – statelijke regelingen kunnen hiervan afwijken – is het aan de verdachte om aan te tonen dat de 'search' of 'seizure' 'unreasonable' was indien deze plaatsvond op basis van een 'warrant'. Ontbrak een 'warrant', dan is het aan de OvJ om aan te tonen dat de zoeking desalniettemin 'reasonable' was.⁷¹⁴ Als voorbeeld van de genuanceerde wijze waarop met de verdeling van de bewijslast wordt omgegaan, kan hier de beslissing in de

zaak *Franks v. Delaware*⁷¹⁵ dienen. In die zaak stelde de verdachte dat een deel van de aan de 'warrant' ten grondslag gelegde verklaringen van politieagenten vals was en verzocht hij ten bewijze daarvan getuigen te horen. Het Hoogerechtshof oordeelde dat een dergelijk getuigenverzoek moet worden toegewezen indien de verdachte 'makes a substantial preliminary showing' dat een valse verklaring bewust en met opzet, althans met roekeloze onachtzaamheid ten aanzien van het waarheidsgehalte, aan het verzoek om een 'warrant' ten grondslag is gelegd, en deze beweerdelijk valse verklaring noodzakelijk is om het bestaan van 'probable cause' aan te kunnen nemen. De verdachte die een dergelijke stelling betreft, moet specificeren welk deel van de verklaring vals is, dit motiveren en enigszins gespecificeerd bewijs aanbieden van zijn stelling, althans een bevredigende verklaring bieden voor het ontbreken daarvan. Het mag niet gaan om een tentatieve conclusie gebaseerd op de wens om degene die de verklaring aflegde zelf te kunnen ondervragen. Slaagt de verdachte er vervolgens in het kader van de 'hearing' in het van hem verlangde bewijs te leveren 'by a preponderance of evidence', dan volgt bewijsuitsluiting van hetgeen op grond van de 'warrant' is vergaard. Toewijzing van een dergelijk getuigenverzoek kan overigens achterwege blijven als hetgeen overigens aan de 'warrant' ten grondslag is gelegd een toereikende zelfstandige basis biedt om het bestaan van 'probable cause' aan te nemen.

712 Zo overwoog het Hoogerechtshof in *Walder v. United States*, 347 U.S. 62 (1954).

713 *James v. Illinois*, 493 U.S. 307 (1990).

714 LaFave, Israel & King, 2004, p. 544.

715 438 U.S. 154 (1978).

Het bewijs van een geldige toestemming tot het uitvoeren een 'search' rust op de OvJ. Het Hooggerechtshof heeft dit aangemerkt als een grondwettelijke regel, zodat daarvan in de statelijke rechtspraak niet ten nadele van de verdachte kan worden afgeweken.⁷¹⁶ Op de verdachte rust daarentegen de bewijslast om aan te tonen dat hij als slachtoffer heeft te gelden van een 'unreasonable search'.⁷¹⁷ Soms rust op de verdachte ook de bewijslast om aan te tonen dat een 'search' überhaupt heeft plaatsgevonden. Zo oordeelde het Hooggerechtshof in *Nardone v. United States*⁷¹⁸ dat de verdachte die stelde dat de vervolging tegen hem was gebaseerd op bewijsmateriaal dat was verkregen als gevolg van een onrechtmatige telefoontap, moest aantonen dat sprake was van een dergelijke telefoontap. Ook oordeelde het Hooggerechtshof in die zaak dat op de verdachte de last rustte te bewijzen dat een substantieel deel van de zaak tegen hem bestond uit 'fruit of the poisonous tree'. Daarvan werd ook uitgegaan in *Alderman v. United States*.⁷¹⁹ De verdachte moet aan de hand van specifiek bewijs aantonen dat er een verband bestaat tussen de onrechtmatigheid en het nader verkregen bewijsmateriaal, waarna de OvJ de gelegenheid heeft aan te tonen dat er geen sprake is van een smet op dat bewijsmateriaal. Dat laatste betekent ook dat de OvJ zou kunnen aantonen dat sprake is van een 'independent source' of een situatie van 'inevitable dis-

covery'.⁷²⁰ Zie in dit verband ook *Kaupp v. Texas*⁷²¹ waarin het Hooggerechtshof oordeelde dat wanneer na een arrestatie zonder 'probable cause' de verdachte een belastende verklaring heeft afgelegd, op de OvJ de bewijslast rust aan te tonen dat die verklaring moet worden gezien als 'an act of free will [sufficient] to purge the primary taint of the unlawful invasion'.⁷²²

5.4 Slotopmerkingen bij hoofdstuk 5

Dit hoofdstuk ging over de binnen het strafproces te verbinden consequenties aan opsporingshandelen dat moet worden aangemerkt als een 'unreasonable' 'search' of 'seizure' zoals bedoeld in het Vierde Amendement. De maatstaf die het Hooggerechtshof aanlegt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een 'search', is of het desbetreffende opsporingshandelen inbreuk maakt op een 'reasonable expectation of privacy'. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een 'seizure' kunnen, bijvoorbeeld waar het gaat om arrestatie van personen, andere maatstaven worden aangelegd. Het Hooggerechtshof is in dit verband in de loop der tijd bereid gebleken de grondwet toe te passen op nieuwe door de 'framers' onvoorziene situaties.

Als opsporingshandelen een 'search' of een 'seizure' oplevert, is daarvoor in beginsel een geldige 'warrant' vereist, die gebaseerd is op

716 *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968).

717 *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960).

718 308 U.S. 338 (1939).

719 394 U.S. 165 (1969).

720 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 545.

721 538 U.S. 626 (2003).

722 Dit is in lijn met *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975).

een als 'probable cause' te kwalificeren mate van verdenking. Anders geldt een dergelijke zoeking of inbeslagneming als 'unreasonable' en mag het daarbij vergaarde bewijsmateriaal niet tegen de verdachte worden gebruikt in het strafproces. Is geen sprake van een 'search' of 'seizure', dan kan aan het Vierde Amendement geen bescherming worden ontleend. Dat neemt overigens niet weg dat dergelijk handelen aan federale of statelijke wettelijke regelingen onderworpen kan zijn, maar daaraan is in dit onderzoek geen aandacht besteed.

De 'reasonable expectation of privacy'-maatstaf biedt veel ruimte om rekening te houden met maatschappelijke ontwikkelingen. Nieuwe technische mogelijkheden, zoals de uitvinding van telefonie en internet, kunnen onder de bescherming van het Vierde Amendement worden gebracht. Maar ook met het voortschrijden van de techniek in het kader van de opsporing kan rekening worden gehouden, evenals met veranderende opvattingen over privacy. Wel kent de maatstaf een zekere willekeur. Wat onder de bescherming van het Vierde Amendement valt, is afhankelijk van wat een min of meer toevallige meerderheid van het Hooggerechtshof een 'reasonable expectation of privacy' acht. In grote lijnen geldt daarbij dat waar het gaat om privacy in de eigen woning het Hooggerechtshof door zijn uitleg van de begrippen 'search' and 'seizure' een stevige bescherming heeft geboden, maar in andere situaties heeft het zich ontvankelijker getoond om rekening te

houden met de noden van een praktisch werk-bare opsporing.

De bescherming die kan worden ontleend aan het Vierde Amendement, kent naast de begrenzing van de reikwijdte van dit Amendement door de invulling van de begrippen 'search' en 'seizure' een aantal andere beperkingen. Zo is het bijvoorbeeld uitsluitend van toepassing op overheidshandelen. Op dit door het Hooggerechtshof vrij strikt gehandhaafde onderscheid tussen overheidshandelen en handelen van private partijen is in de literatuur wel kritiek geuit vanwege de enorme omvang van private verschaffers van politiediensten. Voorts heeft het Hooggerechtshof sinds het 'Warren Court' vrij veel uitzonderingen ontwikkeld op zowel het vereiste van een 'warrant' als op het 'probable cause'-vereiste. Daardoor kan in verschillende situaties een 'search' zonder 'warrant' en zonder een mate van verdenking op het niveau van 'probable cause', toch niet 'onredelijk' zijn. Het ontwikkelen van deze uitzonderingen kan worden beschouwd als een vorm van 'fine-tuning' van de inhoud van het recht.

Ook op het niveau van de aan schending van het Vierde Amendement te verbinden remedie is sprake van een duidelijke ontwikkeling. Bewijsuitsluiting als rechtsgevolg van schending van het Vierde Amendement vindt geen grond in de tekst of totstandkominggeschiedenis van dat Amendement. Na invoering van de bewijsuitsluitingsregel in de federale rechtspraak oordeelde het Hooggerechtshof aanvankelijk dat in de statelijke rechtspraak op

schendingen van Vierde Amendement niet per se bewijsuitsluiting hoefde te volgen. De staten mochten ook op andere manieren de aan dit Amendement te ontleen rechten waarborgen. Pas toen het 'Warren Court' in 1961 in de zaak *Mapp* oordeelde dat effectieve alternatieve handhavingmethoden niet van de grond kwamen, schreef het de staten verplicht voor bewijsuitsluiting toe te passen. Bewijsuitsluiting werd daarbij aanvankelijk als een recht van de individuele verdachte beschouwd. Zoals is hoofdstuk 4 uitgebreid aan de orde is geweest, is die gedachte al geruime tijd verlaten en is de toepassing van bewijsuitsluitingsregel afhankelijk gesteld van een afweging van de kosten en baten daarvan. Daarbij bestaan de in de afweging te betrekken baten alleen uit het van toepassing van de bewijsuitsluitingsregel te verwachten effect op het weerhouden van de politie van schendingen van het Vierde Amendement. Bij de vraag naar toepassing van de bewijsuitsluitingsregel staat het belang van waarheidsvinding en berechting vaak tegenover maatschappelijke privacybelangen die in aard en intensiteit sterk kunnen verschillen. Bewijsuitsluiting wordt daarbij niet gebruikt om de inbreuk op de privacybelangen van de individuele verdachte te compenseren, maar om alle individuen in de samenleving te beschermen tegen bepaalde vormen van ontoelaatbare opsporing. Een ander bepalend aspect voor de in dit verband te maken afweging is dat een schending van het Vierde Amendement de kwaliteit van het daarmee verkregen

bewijsmateriaal niet aantast. Dergelijk bewijsmateriaal vormt meestal juist een zeer betrouwbare bron van waarheidsvinding. Aan een eerlijk strafproces in de zin dat het voor de beoordeling van de schuldvraag meest relevante materiaal in de beoordeling kan worden betrokken en de verdachte de gelegenheid krijgt zich daartegen behoorlijk te verweren, doet het gebruik van dergelijk materiaal niet af. De afweging wordt bij schendingen van het Vierde Amendement – anders dan, zoals in het volgende hoofdstuk zal blijken, bij sommige inbreuken op het Vijfde Amendement het geval is – dus niet gecompliceerd door potentiële negatieve gevolgen voor een eerlijk strafproces.

Dit specifieke samenstel van betrokken belangen brengt ook mee dat schendingen van het Vierde Amendement vatbaar zijn gebleken voor het ontwikkelen in de rechtspraak van beperkingen van het toepassingsbereik van de bewijsuitsluitingsregel. Op procedureel vlak heeft deze ontwikkeling zijn beslag gekregen door bijvoorbeeld strikt vast te houden aan het vereiste van 'standing', dat meebrengt dat de verdachte alleen kan klagen over een schending van het Vierde Amendement waardoor inbreuk is gemaakt op zijn individuele rechten. Theorieën die een uitbreiding zouden meebrengen van de gevallen waarin een verdachte 'standing' heeft, zijn door het Hoogerechtshof afgewezen. Daarmee heeft het de toegang tot de rechter in het strafproces met klachten over schending van het Vierde Amendement afgebakend en

beperkt gehouden. Meer inhoudelijke beperkingen aan de reikwijdte van de bewijsuitsluitingsregel zijn de in de jaren tachtig ontwikkelde 'good faith'-exceptie en de in het kader van het bepalen van hetgeen als vrucht van ongrondwettig handelen moet worden aangemerkt ontwikkelde 'attenuation'-exceptie, 'inevitable-discovery'-exceptie en de 'independent source'-doctrine.

Voor een deel hangen deze excepties nauw samen met de beperking van de grondslag van de bewijsuitsluitingsregel tot 'police-deterrence' in uitsluitend die gevallen waarin dat effect wezenlijk kan worden verwacht. Dat geldt bijvoorbeeld voor de 'good faith'-exceptie, maar ook voor de rechtspraak waarin is bepaald dat op ongrondwettige wijze verkregen bewijsmateriaal in sommige gevallen wel bruikbaar is als 'impeachment evidence'. Als bewijsuitsluiting als een recht van de verdachte wordt beschouwd of als steeds noodzakelijke reactie op schendingen van de grondwet teneinde de integriteit van de rechtspleging te handhaven, zouden dergelijke uitzonderingen op de bewijsuitsluitingsregel niet denkbaar zijn. Datzelfde geldt bijvoorbeeld voor de regel dat bewijsuitsluiting achterwege kan blijven in een procedure waarop degene die inbreuk maakte op een individueel recht het oog niet had.

Het Hooggerechtshof heeft in zijn rechtspraak over het Vierde Amendement geen 'prophylactic rules' gebruikt. Alleen indien daadwerkelijk sprake is van schending van het Vierde Amendement, volgt bewijsuitsluiting. De aard

van de door het Vierde Amendement beschermde rechten vraagt wellicht in mindere mate om een dergelijke vooruitgeschoven verdedigingslinie, maar ook zal zich de noodzaak tot rechterlijke regelgeving in dit opzicht minder hebben doen gevoelen door de omstandigheid dat die linie in zekere zin wordt gevormd door het 'warrant'-vereiste en het 'probable cause'-vereiste.

Een beoordeling van de vraag in hoeverre bijvoorbeeld de in dit hoofdstuk besproken uitzonderingen op de bewijsuitsluitingsregel zich ook lenen voor toepassing in het Nederlandse strafrecht is geen onderdeel van dit deel van het onderzoek, maar komt in het volgende op het Nederlandse recht gerichte deel van het onderzoek aan de orde. Wel kan hier reeds gesignaleerd worden dat de rechtspraak over die excepties inspirerend materiaal oplevert. Dat geldt ook voor de beperking van toepassing van bewijsuitsluiting tot bepaalde procedures. Zo is voorstelbaar dat bewijsmateriaal, dat in de hoofdzaak niet gebruikt mag worden, wel in een beslagprocedure, ontnemingprocedure of in een uitleveringsprocedure ter weerlegging van een onschuld-bewering zou mogen worden gebruikt, dan wel ter ontkrachting van in een herzieningsverzoek gestelde feiten. De gedachte dat de afweging van de betrokken belangen naar gelang van de aard en strekking van de procedure verschillend kan uitvallen, is aansprekend. Ook interessant zijn de factoren die het Hooggerechtshof betreft in zijn beoordeling van de vraag of sprake is van een 'reasonable expec-

tation of privacy'. Die factoren lijken dienstig te kunnen zijn in het kader van de toetsing aan art. 8 EVRM, maar ook bij de beoordeling van de ernst van onrechtmatige bewijsgaring en bij het bepalen van de daaraan te verbinden rechtsgevolgen. Ook de rechtspraak over het met toestemming verrichten van zoekingen, die ook waar het door derden gegeven toestemming betreft in de Verenigde Staten redelijk is uitgekristalliseerd, is inspirerend. De daarbij gehanteerde toetsingsfactoren lijken ook in een Nederlands kader bruikbaar.

Toetsing van de bruikbaarheid van bekentenissen

The abhorrence of society to the use of involuntary confessions does not turn alone on their inherent untrustworthiness. It also turns on the deep-rooted feeling that the police must obey the law while enforcing the law; that in the end life and liberty can be as much endangered (...) from illegal methods used to convict those thought to be criminals as from the actual criminals themselves.

(Spano v. New York, 360 U.S. 315, 1959)

Dit hoofdstuk gaat over de regels waaraan het verkrijgen van een bekentenis is onderworpen, wil deze bruikbaar zijn als bewijsmateriaal in een strafzaak. Daarbij kan het gaan om een volledige bekentenis of een andere verklaring waarin de verhoorde zichzelf belast. Hierna wordt kortweg het begrip bekentenis gehanteerd.

Voor een goed begrip is het daarbij nuttig hier direct de aandacht te vestigen op het feit dat het begrip verdachte in dit hoofdstuk – tenzij de context anders uitwijst – wordt gebruikt om degene aan te duiden die onderwerp is van politieonderzoek of van de strafrechtelijke veroordeling. Om verwarring te voorkomen, moet daarbij verder worden opgemerkt dat in de Verenigde Staten het zijn van verdachte niet betekent dat men door de politie op zijn rechten moet worden gewezen voordat vragen worden gesteld die een antwoord kunnen opleveren waarmee de ondervraagde zichzelf belast. Een getuige ('witness': zolang geen verdenking bestaat), een verdachte ('suspect':

zodra een verdenking is ontstaan) of iemand in de positie van beschuldigde in het strafproces ('defendant') kunnen in beginsel allemaal worden ondervraagd over hun betrokkenheid bij een strafbaar feit, zonder op hun rechten te zijn gewezen. Zoals hierna zal blijken, zijn voor het ontstaan van de plicht de gehoorde op zijn rechten te wijzen in de Verenigde Staten andere omstandigheden doorslaggevend. In de Verenigde Staten heeft het verdachtebegrip dus niet de cruciale betekenis die daar aan in Nederland bij de toetsing van de bruikbaarheid van bekentenissen toekomt.

Van betrouwbaarheidstoets naar sturing van verhooromstandigheden

In de loop der jaren is in de rechtspraak van het Hooggerechtshof de focus bij de toetsing van de bruikbaarheid voor het bewijs van bekentenissen verschoven. Uitsluiting van het bewijs is daardoor niet meer alleen het logisch resultaat van de onbetrouwbaarheid van een bekentenis, maar dient tevens als rechterlijk sturingsmechanisme voor behoorlijk politietoedred.

Aanvankelijk, dat wil zeggen vanaf de tweede helft van de 18^e eeuw tot het begin van de 20^e eeuw, vormde alleen de inhoudelijke onbetrouwbaarheid van een bekentenis reden om deze niet voor het bewijs te gebruiken.⁷²³ Vervolgens heeft zich een ontwikkeling voorgedaan waarbij steeds meer belang werd gehecht aan de omstandigheden waaronder de bekentenis is verkregen. Halverwege de 20^e eeuw resulteerde deze ontwikkeling in een

723 Zie Allen, Hoffmann, Livingston & Stuntz, 2005, p. 805. Voordien was ook een door marteling verkregen verklaring bruikbaar voor het bewijs. Zie Killian, Costello & Thomas, 2004, p. 1412.

zodanig geformaliseerde toetsing, dat bekentenissen in sommige gevallen niet voor het bewijs gebruikt mogen worden, enkel vanwege de wijze waarop zij zijn verkregen, ongeacht de inhoudelijke betrouwbaarheid ervan. De vergelijking met de uit de rechtspraak over het Vierde Amendement bekende ‘exclusionary rule’ dringt zich dan ook op. Aan het slot van dit hoofdstuk wordt daaraan nog aandacht besteed.

Deze ontwikkeling, die zich kenmerkt door een steeds strikter regulering van politiebejegening van verdachten, werd in het bijzonder ingegeven door zorgen omtrent onbehoorlijk politieoptreden en het daarmee verband houdende risico op onjuiste bekentenissen die ‘miscarriages of justice’ tot gevolg kunnen hebben. Een even schokkende als treffende illustratie van het reële karakter van die zorgen en van de ernst van de misstanden die in sommige zaken optraden, biedt de zaak *Brown v. State of Mississippi*⁷²⁴ uit 1936. Daarin waren de verdachten aan hun hals aan een boom opgehesen en vervolgens afgeranseld met een riem met gesp, zodanig dat hun ruggen ‘were cut to pieces’, teneinde hen te laten bekennen, terwijl zij vervolgens binnen een week na het feit dat hen werd aangewreven tot de doodstraf werden veroordeeld. “The transcript reads more like pages torn from some medieval account than a record made within the confines of a modern civilization which aspires to an enlightened constitutional government”, aldus de in de beslissing van het Hooggerechtshof geciteerde ‘dissenting

opinion’ van raadsheer Griffith van het Hooggerechtshof van Mississippi. Tekenend voor de specifieke context van rassenhaat was het antwoord van de verantwoordelijke hulpsheriff, die ook betrokken was geweest bij het met een touw aan zijn hals aan een boom ophijzen van de verdachte, op de hem ter terechtzitting gestelde vraag naar de mate waarin hij de verdachte had afgeranseld: “Not too much for a negro; not as much as I would have done if it were left to me.” Dergelijke uitwassen komen in de recente rechtspraak niet meer tegen, maar nog steeds speelt in de rechtspraak een belangrijke rol dat voorkomen moet worden dat verdachten onder onbehoorlijke druk gezet worden. In de zaak *Corley v. United States*⁷²⁵ uit 2009 werd de bewijsuitsluitingsregel gehandhaafd ten aanzien van verklaringen die zijn afgelegd gedurende een periode van onnodige vertraging tussen arrestatie en voorgeleiding van de verdachte voor een magistraat.⁷²⁶ Het Hooggerechtshof overwoog dat opsporingsambtenaren zonder die regel de gelegenheid zouden hebben verdachten gedurende lange tijd geïsoleerd van de buitenwereld te ondervragen:

“and we have always known what custodial secrecy leads to. No one with any smattering of the history of the 20th-century dictatorships needs a lecture on the subject, and we understand the need even within our own system to take care against going to far. Custodial police interrogation, by its very nature, isolates and pressures the individual, and there is mounting empirical evidence that these pressures can

724 297 U.S. 278.

725 No. 07-10441 (2009).

726 Zie paragraaf 2.2.

induce a frighteningly high percentage of people to confess to crimes they never committed.”

Evolutie van de juridische basis van de toetsing

Parallel aan het toenemen van de aandacht voor de wijze van totstandkoming veranderde ook de juridische basis voor de rechterlijke toetsing. De aanvankelijke focus op uitsluitend betrouwbaarheid van de bekentenissen was gegrond op common law.⁷²⁷ Later zijn ook de ‘due process’-clausule en het ‘privilege against self-incrimination’ uit het Vijfde Amendement, alsmede het ‘right to counsel’ uit het Zesde Amendement een rol gaan vervullen bij de toetsing van de bruikbaarheid van bekentenissen. Als eerste in federale strafzaken. Voordat het in hoofdstuk 2 beschreven proces van ‘selective incorporation’ ertoe had geleid dat het Vijfde Amendement en het Zesde Amendement op de statelijke rechtspraak van toepassing waren geacht, liep de juridische grondslag voor de toetsing in federale en statelijke strafzaken uiteen. Voor statelijke strafzaken werd de grondslag voor bewijsuitsluiting in 1936 in de voormelde zaak *Brown* bijvoorbeeld nog gevonden in de ‘due process’-clausule van het Veertiende Amendement.⁷²⁸ Later zijn het Vijfde Amendement en het Zesde Amendement ook in statelijke strafzaken als toetsingsgrondslag gaan fungeren.⁷²⁹ In fede-

rale strafzaken heeft het Hooggerechtshof ook zijn zogenaamde ‘supervisory authority’ over de federale gerechten gebruikt om onder omstandigheden bewijsuitsluiting voor te schrijven.⁷³⁰

Sinds de beslissing in de zaak *Miranda v. Arizona*,⁷³¹ (hierna ook: *Miranda*) in 1966 concentreert de rechtspraak met betrekking tot de toelaatbaarheid van het gebruik van bekentenissen zich op het ‘privilege against self-incrimination’ uit het Vijfde Amendement.⁷³² Dat neemt niet weg dat ook nog steeds bewijsuitsluiting kan volgen op grond van schending van het Zesde Amendement of op grond van de ‘due process’-clausule van het Vijfde Amendement.⁷³³

Hierna worden eerst de verschillende juridische waarborgen besproken waaraan de bruikbaarheid van een bekentenis werd (paragraaf 6.1.) en wordt getoetst (paragraaf 6.2. tot en met 6.5.). Vervolgens wordt nader ingegaan op de toepassing van de bewijsuitsluitingsregel en de uitzonderingen die daarop in het onderhavige verband in de rechtspraak zijn aanvaard (paragraaf 6.6.).

6.1 Common law

Vanaf de tweede helft van de 18e eeuw werd in de Engelse rechtspraak het gebruik van bekentenissen aan banden gelegd, in die zin dat de betrouwbaarheid en/of de vrijwillige

727 Zie ook Davies, 2003, p. 1030-1034.

728 297 U.S. 278.

729 Zie in dit verband wat betreft het Vijfde Amendement de zaak *Malloy v. Hogan*, 379 U.S. 1 (1964) en wat betreft het Zesde Amendement *Gideon v. Wainwright*, 373 U.S. 503 (1963).

730 Zie de hierna nog te bespreken zaak *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943).

731 384 U.S. 436 (1966).

732 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 435.

733 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 314, en Whitebread & Slobogin, 2008, p. 442-443.

totstandkoming ervan werd beoordeeld.⁷³⁴ In lijn hiermee legde het Amerikaanse Hoog-gerechtshof aan het eind van de 19e eeuw bij het beoordelen van de bruikbaarheid van een bekentenis in een aantal zaken de toets aan of de verdachte zodanig onder druk was gezet, dat de veronderstelling op grond waarvan aan een bekentenis waarde kan worden gehecht, te weten dat wie onschuldig is, zijn veiligheid niet in gevaar zal brengen, of zijn belangen zal schaden door het afleggen van een onterechte bekentenis, niet meer opgaat.⁷³⁵ Bij deze op common law⁷³⁶ gegronde toets stond de beoordeling van de betrouwbaarheid van de bekentenis dus centraal. Als uitgangspunt gold daarbij dat aannemelijk is dat een bekentenis, die vrijwillig is afgelegd, ook betrouwbaar is.⁷³⁷ De onbehoorlijke wijze van totstandkoming van een bekentenis leidde niet op zichzelf tot bewijsuitsluiting, maar wel bestond daarvoor aandacht, omdat ook onder common law ervan werd uitgegaan dat bekentenissen die voortvloeien uit bedreiging of beloften onbetrouwbaar zijn. Zo kon de in latere rechtspraak veel formeler ingebedde regel dat een

gearresteerde verdachte zo spoedig mogelijk voor een magistraat moet worden gebracht⁷³⁸ ook al in de toetsing onder common law een rol spelen.⁷³⁹ De beoordeling van de betrouwbaarheid, waar het feitelijk om ging, stond aldus op een lijn met de beoordeling van de vrijwilligheid van het afleggen van de bekentenis. LaFave e.a.⁷⁴⁰ en Whitebread & Slobogin⁷⁴¹ onderscheiden in dit verband de op betrouwbaarheid georiënteerde 'common law voluntariness-test' van de hierna te bespreken 'due process voluntariness-test', waarbij vrijwilligheid een zelfstandige rol speelt en de omstandigheden waaronder een bekentenis tot stand is gekomen doorslaggevend zijn, ongeacht de betrouwbaarheid van het resultaat. Het verschil tussen beide vormen van toetsing komt ook tot uitdrukking in de onderscheiden doelstelling. Bij een toetsing waarbij de nadruk ligt op de betrouwbaarheid, wordt beoogd valse bekentenissen uit te sluiten. Bij een 'due process'-toetsing gaat het erom bewijsmateriaal dat op onfaire wijze is verkregen uit te sluiten en zo behoorlijk politieoptreden te bevorderen.⁷⁴²

734 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 315.

735 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 315, die daarvoor verwijzen naar *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574 (1884): "one who is innocent will not imperil his safety or prejudice his interests by an untrue statement."

736 Zie ook: Davies, 2003, p. 987-1045, waarin de beslissing over toelaatbaarheid van bekentenissen *King v. Warickshall*, 1 Leach 263, 263, 183 Eng. Rep. 234, 234 uit 1783, die bijv. ook in *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574 (1884) wordt aangehaald, in de bespreking van de historie van de rechtspraak over toelaatbaarheid van bekentenissen wordt betrokken.

737 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 435.

738 Zie daarover hierna paragraaf 6.3.

739 Zie *Corley v. United States*, No. 07-10441 (2009), waarin zowel in de meerderheidsopinie als in de 'dissenting opinion' op deze oudere rechtspraak wordt gewezen.

740 LaFave, Israel & King, 2004, p. 313.

741 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 442.

742 Vgl. Killian, Costello, Thomas, 2004, p. 1419.

6.2 Due process voluntariness-test

Omstreeks de eerste helft van de vorige eeuw begonnen de 'due process'-clausules uit het Vijfde Amendement⁷⁴³ en – voor statelijke strafzaken – het Veertiende Amendement⁷⁴⁴ een rol te spelen in de toetsing van de bruikbaarheid van bekentenissen.

De op deze Amendementen gebaseerde 'due process voluntariness test' heeft in de loop der jaren en 'case-by-case' een ontwikkeling doorgemaakt waarin de nadruk steeds sterker is komen te liggen op de beteugeling van ongewenst politioptreden, ongeacht de betrouwbaarheid van de verkregen bekentenis.⁷⁴⁵ Aan de hand van de omstandigheden van het geval moest worden beoordeeld of sprake was van een vrijwillig afgelegde bekentenis. Bij die beoordeling was niet alleen het optreden van de politie van groot belang,

maar ook de persoon van de verdachte.⁷⁴⁶

Door raadsheer Harlan is deze ontwikkeling en het soort toetsing waarin deze resulteerde als volgt geschetst:

"there was an initial emphasis on reliability, supplemented by concern over the legality and fairness of police practices, in an "accusatorial" system of law enforcement, and eventually by close attention to the individual's state of mind and capacity for effective choice. The outcome was a continuing re-evaluation on the facts of each case of how much pressure on the suspect was permissible."⁷⁴⁷

In 1957 vatte het Hooggerechtshof zijn eerdere rechtspraak aldus samen dat beoordeeld moet worden of de verdachte door de 'totality of circumstances' voorafgaand aan de bekentenis 'the power of resistance' is ontnoemen.⁷⁴⁸ Een veelheid aan factoren kan – ook in samenhang⁷⁴⁹ – een rol spelen bij deze aan de

743 In *Bram v. United States*, 168 U.S. 532 (1897) werd de common law doctrine aangaande de toelaatbaarheid van bekentenissen geïncorporeerd geacht in het Vijfde Amendement. Zie daarover Davies, 2003, p. 1034-1038.

744 Zie *Brown v. State of Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936). Het Hooggerechtshof overwoog in deze zaak onder meer: "It would be difficult to conceive of methods more revolting to the sense of justice than those taken to procure the confessions of these petitioners, and the use of the confessions thus obtained as the basis for conviction and sentence was a clear denial of due process."

745 Ook als er voldoende steunbewijs is, waaruit de betrouwbaarheid van een bekentenis kan worden afgeleid, mag deze niet voor het bewijs worden gebruikt, als zij op onvrijwillige wijze is afgelegd, zo overwoog het Hooggerechtshof in *Rogers v. Richmond*, 365 U.S. 534 (1961). Zie ook: *Payne v. Arkansas*, 356 U.S. 560 (1958): "Even though there may be sufficient evidence, apart from the coerced confession, to support a conviction, the admission in evidence of the coerced confession, over petitioner's objection, vitiates the judgment, because it violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment." Ter motivering van deze opvatting werd erop gewezen dat niet zichtbaar is welk gewicht en belang de afgedwongen bekentenis heeft gehad in de beoordeling van de zaak door de jury.

746 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 436 e.v.

747 Zie zijn 'dissenting opinion' bij *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) met vele verwijzingen naar eerdere rechtspraak van het Hooggerechtshof.

748 Zie: *Fikes v. Alabama*, 352 U.S. 191.

feiten van de concrete zaak gebonden beoordeling, zoals, of sprake was van:

1. bedreigingen met geweld of het blootstellen aan dreigend gevaar;⁷⁵⁰
2. fysieke ontberingen, zoals een gebrek aan voedsel of slaap;⁷⁵¹
3. herhaalde of langdurige verhoren;⁷⁵²
4. beperkingen van de mogelijkheid contact te hebben met een raadsman⁷⁵³ of vrienden;⁷⁵⁴
5. langdurige en/of illegale detentie
6. de persoon van de verdachte betreffende fysieke⁷⁵⁵ of – al dan niet met de jonge

749 Zie bijna alle kort hierna genoemde zaken, maar bijvoorbeeld ook *Watts v. State of Indiana*, 338 U.S. 49 (1949), waarin de verdachte bekende na de eerste twee dagen na zijn arrestatie in eenzame opsluiting te zijn gehouden in een cel die vanwege de fysieke omstandigheden 'the hole' werd genoemd, zeer langdurig en herhaaldelijk ook in nachtelijke sessies was ondervraagd, urenlang de stad was rondgereden om informatie bij hem los te peuteren, in strijd met het statelijke recht niet voor een 'magistrate' was geleid, niet was voorgelicht over zijn grondwettelijke rechten en bijna vijf dagen zonder professionele hulp of bezoek van vrienden was geweest, terwijl tevens rudimentaire levensbehoeften als slaap, en voeding hem, althans in een behoorlijke mate, waren onthouden. "There is torture of mind as well as body; the will is as much affected by fear as by force", aldus het Hooggerechtshof.

750 Zie voor sprekende gevallen bijv. *Ward v. State of Texas*, 316 U.S. 547 (1942) in welke zaak het er overigens op leek dat het niet bij dreigen met geweld was gebleven en *Payne v. Arkansas*, 356 U.S. 560 (1958). Het Hooggerechtshof oordeelde in die zaak de afgelegde bekentenis afgedwongen: geen 'expression of free choice'. Een onintelligente 19-jarige met niet-afgemaakte lagere schoolopleiding was zonder arrestatiebevel gearresteerd, niet voor een magistrate gebracht, drie dagen incommunicado gehouden en slecht gevoed, toen hij bekende, nadat de politiechef hem had voorgehouden dat "there would be 30 to 40 people there in a few minutes that wanted to get him" en dat als hij zou bekennen de politiechef zou voorkomen dat zij binnen zouden komen. Ook zij hier vermeld *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991), waarin een mede-gedetineerde politie-informant de gedetineerde verdachte beloofde hem bescherming te kunnen bieden tegen andere gedetineerden indien hij hem de waarheid zou vertellen.

751 Zie bijv. *Payne v. Arkansas*, 356 U.S. 560 (1958). Het wel goed gevoed zijn en in de gelegenheid zijn gesteld te roken, kunnen daarentegen ook bijdragen aan het oordeel dat van een vrijwillig afgelegde bekentenis sprake is, zie: *Crooker v. California*, 357 U.S. 433 (1958).

752 Zie *Chambers v. State of Florida*, 309 U.S. 227 (1940) en *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944), waarin de verdachte 36 uur lang zonder onderbreking was gehoord alvorens hij bekende.

753 Soms wordt wel van belang geacht of de verdachte om een raadsman heeft gevraagd, zie: *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412 (1986).

754 In *Fikes v. Alabama*, 352 U.S. 191 (1957) werd mede acht geslagen op de omstandigheid dat de verdachte in een gevangenis was geplaatst ver van zijn huis en dat hij dagenlang tot aan zijn bekentenis verstoken was gehouden van advies van een raadsman, familie of vrienden.

755 Zie bijv. *Townsend v. Sain*, 372 U.S. 293 (1963) waarin aan de verdachte, een heroineverslaafde met afkickverschijnselen, medicatie was toegediend, waaronder een middel waarvan gesteld werd dat het werkte als 'waarheidsserum' en *Jackson v. Denno*, 378 U.S. 368 (1964), waarin de tussen opname in het ziekenhuis en gang naar de operatiekamer afgelegde bekentenis van de als gevolg van twee schotwonden hevig pijn lijdende verdachte die veel bloed had verloren en aan wie in verband daarmee medicatie was toegediend, als onvrijwillig afgelegd van het bewijs werd uitgesloten. Zie ook *Beecher v. Alabama*, 408 U.S. 234 (1972) en *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 385 (1978). Ook in deze zaken werd de bekentenis in het ziekenhuis van een neergeschoten verdachte verkregen.

- leeftijd van de verdachte verband houdende – mentale⁷⁵⁶ beperkingen;
7. het niet wijzen van de verdachte op zijn rechten;⁷⁵⁷
8. andere vormen van druk,⁷⁵⁸ misleiding⁷⁵⁹ of beloften.⁷⁶⁰

- 756 Zie bijv. *Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960) waarin de verdachte voor zijn – na acht uur onophoudelijk in een klein kamertje dat soms gevuld was met politieambtenaren te zijn verhoord – afgelegde bekentenis was ontslagen uit het leger wegens mentale ongeschiktheid en kort na die bekentenis werd opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis. Na daar vier jaar te hebben verbleven, werd hij in staat geacht zijn berechting te ondergaan. Daarbij mocht echter geen gebruik worden gemaakt van de voorbedoelde bekentenis. Zie ook *Haley v. Ohio*, 332 U.S. 596 (1948), betreffende een 15-jarige die bekende na een nacht lang te zijn verhoord en *Davis v. North Carolina*, 384 U.S. 737 (1966) betreffende een bekentenis van een op de grens van achterlijke persoon met een opleiding tot halverwege de lagere school. In de zaak *Crooker v. California*, 357 U.S. 433 (1958) droeg het feit dat de 31-jarige verdachte een universitaire studie had voltooid en ook nog een jaar aan een rechtenfaculteit strafrecht had gestudeerd, bij aan het als vrijwillig afgelegd beschouwen van zijn bekentenis. Vermelding verdient nog *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157 (1986), waarin de – naar later bleek geesteszieke – verdachte op straat naar een politieman toeliep en spontaan een door hem begane moord bekende.
- 757 Zie bijv. *Watts v. State of Indiana*, 338 U.S. 49 (1949) en *Davis v. North Carolina*, 384 U.S. 737 (1966).
- 758 Zie bijv. *Rogers v. Richmond*, 365 U.S. 534 (1961) waarin de verdachte bekende nadat hem was gezegd dat anders zijn echtgenote in voor verhoor hechtenis zou worden genomen; *Lynum v. Illinois*, 372 U.S. 528 (1963), waarin de verdachte bekende nadat haar was gezegd dat wanneer ze niet mee zou werken ze de uitkering voor haar kinderen zou verliezen en dat haar kinderen haar zouden worden afgenomen en ze hen wellicht nooit meer zou zien.
- 759 Niet elke vorm van misleiding leidt tot uitsluiting onder de ‘voluntariness-test’. In *Frazier v. Cupp*, 394 U.S. 731 (1969) oordeelde het Hooggerechtshof de enkele omstandigheid dat de politie aan Frazier het onjuiste beeld voorhield dat zijn medeverdachte al een bekentenis zou hebben afgelegd onvoldoende om tot bewijsuitsluiting van de nadien door Frazier afgelegde bekentenis te nopen. Andere – in de omstandigheden van die gevallen niet toelaatbaar geoordeelde – vormen van misleiding waren aan de orde in de zaken: *Leyra v. Denno*, 347 U.S. 556 (1954) waarin een psychiater in overheidsdienst zich voordeed als dokter die hem medische hulp zou bieden in verband met een pijnlijke sinusholte; *Spano v. New York*, 360 U.S. 315 (1959), waarin de verdachte een verklaring aflegde tegenover een jeugdvriend tevens politieambtenaar, die hem had voorgehouden in de problemen te komen, tenzij de verdachte zou bekennen en *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991), waarin een mede-gedeteneerde politie-informant zich als vriend aan de verdachte voordeed.
- 760 Anders dan de tekst van de beslissing in *Bram v. United States*, 168 U.S. 532 (1897) suggereerde, leidt niet elke belofte tot bewijsuitsluiting van een nadien afgelegde verklaring. De rol die de belofte in het geheel van de omstandigheden heeft gespeeld, moet worden beoordeeld en de belofte moet voldoende dwingend zijn om de verdachte daarvoor te kunnen laten zwichten in het licht van de omstandigheden van het geval. Zeggen dat de meewerkende houding van de verdachte onder de aandacht van de OvJ zal worden gebracht is niet bezwaarlijk, evenmin als de belofte van de OvJ dat hij ‘would discuss’ mildheid als de verdachte bekend. Dit geldt ook voor het verzekeren van de verdachte dat hem bepaalde hulp of faciliteiten zullen worden verstrekt. Wat betreft de belofte dat een bekentenis zal leiden tot directe vrijlating on bail of tot een voor verdachte gunstiger procesgang ‘cases go both ways’, een en ander aldus LaFave, Israel & King, 2004, p. 319. In *Leyra v. Denno*, 347 U.S. 556 (1954) werd een bekentenis uitgesloten die na vele uren dag en nacht politieverhoor aan de verdachte werd ontlokt ‘by skillful and suggestive questioning, threats and promises’ door een aan hem als dokter geïntroduceerde psychiater in overheidsdienst die hem medische hulp zou bieden in verband met een pijnlijke sinusholte. Ook de kort na het verhoor door de psychiater tegenover politieambtenaren afgelegde nadere bekentenis diende volgens het Hooggerechtshof van het bewijs te worden uitgesloten. Niet elke vorm van misleiding leidt tot uitsluiting onder de ‘voluntariness-test’. In *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991), beloofde een mede-gedeteneerde politie-informant de gedetineerde verdachte bescherming te kunnen bieden tegen andere gedetineerden indien hij hem de waarheid zou vertellen.

In de meest extreme gevallen, waarin bijvoorbeeld sprake was van het dreigen met of daadwerkelijk toepassen van fysiek geweld, behoeft geen genuanceerd wegingsproces te worden toegepast van de gevolgen daarvan voor de wil van de verdachte.⁷⁶¹ Maar, zoals het Hoogerechtshof in *Blackburn v. Alabama*⁷⁶² overwoog: “the blood of the accused is not the only hallmark of an unconstitutional inquisition”. In gevallen waarin het onvrijwillige karakter van een afgelegde bekentenis het gevolg is van een subtieler samenspel van factoren, kan de weging gecompliceerd worden. Ook omdat in een dergelijk geval volgens de rechtspraak van het Hoogerechtshof niet een bepaalde fout of combinatie van fouten per se tot bewijsuitsluiting leidt.⁷⁶³

In *LaFave e.a.* wordt de ‘due process voluntariness test’ aldus samengevat dat deze ertoe strekt bekentenissen van het bewijs uit te sluiten:

- a. waarvan de betrouwbaarheid twijfelachtig is als gevolg van de wijze waarop zij zijn verkregen;
- b. die, ongeacht de betrouwbaarheid, zijn verkregen door middel van onaanvaardbaar ‘offensive’ politiehandelen, of
- c. die zijn verkregen onder omstandigheden waaronder de vrije keuze al dan niet te

verklaren in belangrijke mate was beperkt, ook al was geen sprake van ‘offensive’ politiehandelen.⁷⁶⁴

Voorzitter Warren schreef over de ‘due process voluntariness test’ en de in dat kader toegepaste bewijsuitsluitingsregel in 1959:

“The abhorrence of society to the use of involuntary confessions does not turn alone on their inherent untrustworthiness. It also turns on the deep-rooted feeling that the police must obey the law while enforcing the law; that in the end life and liberty can be as much endangered (...) from illegal methods used to convict those thought to be criminals as from the actual criminals themselves. Accordingly, the actions of police in obtaining confessions have come under scrutiny in a long series of cases. Those cases suggest that in recent year’s law enforcement officials have become increasingly aware of the burden which they share, along with our courts, in protecting fundamental rights of our citizenry, including that portion of our citizenry suspected of crime. The facts of no case recently in this Court have quite approached the brutal beatings in *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936), or the 36 consecutive hours of questioning present in *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944). But as law enforcement officers become more

761 Zie *LaFave, Israel & King*, 2004, p. 318: “A significant number of confession cases that have reached the Supreme Court have involved actual or threatened physical brutality or deprivation, such as whipping or slapping the suspect, depriving him of food or water or sleep, keeping him in a naked state or in a small cell, holding a gun to his head or threatening him with mob violence. As the Court noted in *Stein v. New York*, 346 U.S. 156 (1953), when such outrageous conduct is present “there is no need to weigh or measure its effects on the will of the individual victim.”

762 361 U.S. 199 (1960).

763 “No single default or fixed combination of defaults guaranteed exclusion”, aldus raadsheer Harlan in zijn ‘dissenting opinion’ bij *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

764 *LaFave, Israel & King*, 2004, p. 316.

responsible, and the methods used to extract confessions more sophisticated, our duty to enforce federal constitutional protections does not cease. It only becomes more difficult because of the more delicate judgments to be made.”⁷⁶⁵

Hoewel de tegenwoordige rechtspraak vooral is gecentreerd rond *Miranda*, is de ‘due process voluntariness test’, zoals gezegd, ook na *Miranda* nog van belang.⁷⁶⁶ Whitebread & Slobogin wijzen in dit verband ten eerste op situaties waarop *Miranda* niet van toepassing is, bijvoorbeeld in geval van ondervraging buiten een situatie van ‘custody’,⁷⁶⁷ ten tweede op het belang van de toets bij de vraag of een verklaring als ‘impeachment evidence’ mag worden gebruikt⁷⁶⁸ en ten derde op de gevallen waarin sprake is van een ‘waiver’ van ‘Miranda-rechten’. In die gevallen komt de beoordeling van de bruikbaarheid van een bekentenis nog steeds aan op de vraag of de verklaring vrijwillig is afgelegd.⁷⁶⁹ “Miranda rights can be waived, while the right to be free from coercion cannot”, zo merken Saltzburg & Capra in dit verband kernachtig op.⁷⁷⁰

6.3 McNabb Mallory prompt appearance-rule

In een aantal beslissingen uit de jaren veertig en vijftig van de vorige eeuw werd op een meer formele wijze de bruikbaarheid van bekentenissen beknot. In de zaken *McNabb v. United States*,⁷⁷¹ *Upshaw v. United States*⁷⁷² en *Mallory v. United States*⁷⁷³ werd ontwikkeld wat de ‘McNabb Mallory-rule’ is gaan heten. Kort gezegd komt die regel erop neer dat bekentenissen van het bewijs dienen te worden uitgesloten, wanneer zij zijn verkregen gedurende een periode van onnodige vertraging tussen arrestatie en het brengen van de verdachte voor een ‘judicial officer’ ter toetsing van de genoegzaamheid van de gronden voor detentie. Bewijsuitsluiting wordt dan toegepast, ongeacht de vragen of de bekentenis vrijwillig is afgelegd en of deze betrouwbaar is.⁷⁷⁴ Deze regel strekte ertoe te voorkomen dat de verdachte in een dergelijke periode van onnodige vertraging door de politie onder druk gezet zou kunnen worden om een bekentenis af te leggen. Het Hooggerichtshof grondde deze regel op federale wetgeving⁷⁷⁵ waarin werd voorgeschreven dat een gearres-

765 Zie *Spano v. New York*, 360 U.S. 315.

766 Zie ook Saltzburg & Capra, 2007, p. 679-680.

767 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 442 verwijzen voor een voorbeeld naar *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991).

768 Zie *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 385 (1978).

769 Zie *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412 (1986) en *Connally v. Georgia*, 429 U.S. 245 (1977).

770 Saltzburg & Capra, 2007, p. 679.

771 318 U.S. 332 (1943).

772 335 U.S. 410 (1948).

773 354 U.S. 449 (1957).

774 Zie voor een meer gedetailleerde beschrijving van de wordingsgeschiedenis van de ‘McNabb-Mallory-rule’ de meerderheidsopinie onder A in de zaak *Corley v. United States*, No. 07-10441 (2009).

775 Destijds Federal Rule of Criminal Procedure 5(a).

teerde verdachte zonder onnodige vertraging voor een 'judicial officer' moet worden gebracht. Bewijsuitsluiting als rechtsgevolg bij verzuim van deze regel werd weliswaar niet in die wetgeving genoemd, maar volgens het Hooggerechtshof zou het toelaten van met schending van die regel verkregen bewijs het door het Congres beoogde beleid verlammen.⁷⁷⁶

De 'McNabb Mallory-rule' werd door het Hooggerechtshof overigens niet toegepast in *United States v. Mitchell*,⁷⁷⁷ waarin door de verdachte direct na zijn arrestatie een spontane bekentenis was afgelegd.

De federale gerechten zijn aan de 'McNabb Mallory-rule' gebonden op grond van de

'supervisory authority' van het Hooggerechtshof over de federale gerechten.⁷⁷⁸ Mede omdat het niet een uit de grondwet voortvloeiende regel betrof, heeft deze regel in het recht van de meeste staten geen voet aan de grond gekregen. Vastgehouden werd aan de 'due process voluntariness-test'.⁷⁷⁹

In reactie op deze rechtspraak van het Hooggerechtshof – en in een (mislukte) poging om de 'Miranda-rechtspraak' te ontcrachten –⁷⁸⁰ heeft het Congres als onderdeel van de zogenaamde 'Omnibus Crime Control and Safe Streets Act' van 1968 de federale wetgeving betreffende bekentenissen aangepast door invoering van 18 U.S. Code § 3501.⁷⁸¹ Daarin werd de vrijwilligheid van de afgelegde ver-

776 Zo overwoog het Hooggerechtshof in *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943). Zie ook Whitebread & Slobogin, 2008, p. 443.

777 322 U.S. 65 (1944).

778 Zie over deze 'supervisory authority' *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000) met verdere rechtspraakverwijzingen.

779 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 325 en Whitebread & Slobogin, 2008, p. 444.

780 Daarover hierna in paragraaf 6.5.2.2. bij de bespreking van *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

781 Deze luidt, voor zover hier van belang, als volgt: "Admissibility of confessions (a) In any criminal prosecution brought by the United States or by the District of Columbia, a confession, as defined in subsection (e) hereof, shall be admissible in evidence if it is voluntarily given. (...) (b) The trial judge in determining the issue of voluntariness shall take into consideration all the circumstances surrounding the giving of the confession, including (1) the time elapsing between arrest and arraignment of the defendant making the confession, if it was made after arrest and before arraignment, (2) whether such defendant knew the nature of the offense with which he was charged or of which he was suspected at the time of making the confession, (3) whether or not such defendant was advised or knew that he was not required to make any statement and that any such statement could be used against him, (4) whether or not such defendant had been advised prior to questioning of his right to the assistance of counsel; and (5) whether or not such defendant was without the assistance of counsel when questioned and when giving such confession. The presence or absence of any of the above-mentioned factors to be taken into consideration by the judge need not be conclusive on the issue of voluntariness of the confession. (c) In any criminal prosecution by the United States or by the District of Columbia, a confession made or given by a person who is a defendant therein, while such person was under arrest or other detention in the custody of any law-enforcement officer or law-enforcement agency, shall not be inadmissible solely because of delay in bringing such person before a magistrate judge or other officer empowered to commit persons charged with offenses against the laws of the United States or of the District of Columbia if such confession is found by

klaring centraal gesteld en werd onder meer bepaald dat bekentenissen niet enkel vanwege vertraging tussen de arrestatie en de toetsing daarvan van het bewijs dienden te worden uitgesloten. In *Corley v. United States*,⁷⁸² heeft het Hooggerechtshof de vraag beantwoord – die voortvloeide uit de tekst van U.S. Code 18 § 3501 onder (a) in samenhang met de tekst onder (c) – of het Congres aldus beoogde de ‘McNabb Mallory-rule’ helemaal af te schaffen of deze alleen heeft willen beperken tot bekentenissen die meer dan zes uur na arrestatie en voor toetsing zijn verkregen. Met een 5-4 meerderheid oordeelde het Hooggerechtshof, vooral op basis van de tekst en de wordingsgeschiedenis van U.S. Code 18 § 3501, dat het laatste het geval was. Daarbij werd mede overwogen dat “the prompt presentment requirement is not just an administrative nicety”, maar dat dit onverminderd belangrijke vereiste⁷⁸³ al onder common law bestond en dat dit vereiste zonder ‘exclusionary rule’ tandeloos zou zijn.

6.4 Toetsing op grond van het Zesde Amendement

Het Zesde Amendement behelst onder meer het recht op rechtsbijstand in strafzaken. Ook een schending van dit Amendement kan meebrengen dat een bekentenis van het bewijs moet worden uitgesloten.

Begrensde toepasselijkheid

Belangrijk in de rechtspraak over het recht op rechtsbijstand is vanaf welk moment dit recht geldt (‘attachment’). De tekst van het Zesde Amendement brengt mee dat het niet van toepassing is, totdat sprake is van een strafrechtelijke vervolging. Daarvan is volgens de rechtspraak van het Hooggerechtshof sprake zodra een adversaire strafrechtelijke procedure is begonnen, bijvoorbeeld door middel van een formele ‘charge’, een ‘preliminary hearing’, ‘indictment’, ‘information’ of ‘arraignment’.⁷⁸⁴ Volgens het Hooggerechtshof onderkent die rechtspraak het belang van het moment waarop de overheid besloten heeft tot vervolging over te gaan, waardoor de adversaire posities van de overheid en de verdachte vast zijn komen te staan en de

the trial judge to have been made voluntarily and if the weight to be given the confession is left to the jury and if such confession was made or given by such person within six hours immediately following his arrest or other detention: Provided, That the time limitation contained in this subsection shall not apply in any case in which the delay in bringing such person before such magistrate judge or other officer beyond such six-hour period is found by the trial judge to be reasonable considering the means of transportation and the distance to be traveled to the nearest available such magistrate judge or other officer. (d) Nothing contained in this section shall bar the admission in evidence of any confession made or given voluntarily by any person to any other person without interrogation by anyone, or at any time at which the person who made or gave such confession was not under arrest or other detention. (e) As used in this section, the term “confession” means any confession of guilt of any criminal offense or any self-incriminating statement made or given orally or in writing.”

782 No. 07-10441 (2009).

783 Zie de hiervoor onder 6. geciteerde overwegingen.

784 Zie: *Rothgery v. Gillespie County, Texas*, No. 07-440 (2008), met verdere rechtspraakverwijzingen.

verdachte zichzelf geconfronteerd ziet met de “prosecutorial forces of organized society, and immersed in the intricacies of substantive and procedural criminal law”.⁷⁸⁵ Zodra een adversaire strafrechtelijke procedure is begonnen, brengt het Zesde Amendement mee dat de verdachte het recht heeft op aanwezigheid van zijn raadsman bij alle ‘critical stages’ van de procedure.⁷⁸⁶ Het politieverhoor, de ‘interrogation’, is een dergelijke ‘critical stage’.⁷⁸⁷ Van het recht op rechtsbijstand kan, mits doorzicht en vrijwillig, afstand worden gedaan. Bij het nemen van die beslissing is geen rechtsbijstand vereist.⁷⁸⁸ Indien een verdachte de ‘Miranda-warnings’ heeft gekregen en dus is gewezen op zijn recht op rechtsbijstand tijdens ‘interrogation’, en vervolgens afstand heeft gedaan van dat recht ‘that typically does the trick’, aldus het Hooggerechtshof.⁷⁸⁹

Overlap met het aan het Vijfde Amendement te ontnemen recht op rechtsbijstand

Twee jaar voor de beslissing in de zaak *Miranda* breidde het Hooggerechtshof in de zaak *Escobedo v. Illinois*⁷⁹⁰ het recht op rechtsbijstand uit naar de fase voorafgaand aan voormelde meer formele markeringspunten van de aanvang van de strafrechtelijke vervolging. Daartoe werd overwogen: “We hold that when the process shifts from investigatory to accusatory – when its focus is on the accused and its purpose is to elicit a confession – our adversary system begins to operate, and, under the circumstances here,

the accused must be permitted to consult with his lawyer.”

Het recht op rechtsbijstand werd hier op grond van het Zesde Amendement uitgebreid naar de fase voordat sprake was van een ‘indictment’. Het politieonderzoek had zich gefocust op Escobedo, die in hechtenis was genomen en onderworpen aan ondervraging die kon resulteren in zichzelf belastende verklaringen. Hem was, hoewel hij daarom had verzocht, contact met zijn raadsman ontzegd, terwijl hij door de politie niet op zijn zwijgrecht was gewezen. Onder die omstandigheden verkregen verklaringen mochten niet voor het bewijs worden gebruikt. Als prelude – zo kan achteraf worden geconstateerd – op de twee jaar later gegeven beslissing in de zaak *Miranda*, waarvan het wijzen van de verdachte op zijn rechten immers een van de centrale elementen vormt, overwoog het Hooggerechts-hof in *Escobedo* onder meer:

“no system of criminal justice can, or should, survive if it comes to depend for its continued effectiveness on the citizens’ abdication through unawareness of their constitutional rights.”

Nadat in *Miranda* op basis van het Vijfde Amendement het recht op rechtsbijstand in het leven was geroepen ook voor situaties zoals in *Escobedo*, was in de visie van het Hooggerechtshof niet meer nodig dat het recht op rechtsbijstand uit het Zesde Amendement al in deze ‘voorfase’ van toepassing was. Door latere rechtspraak is de beslissing in de

785 *Rothgery v. Gillespie County, Texas*, No. 07-440 (2008).

786 Zie: *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967) en *Montejo v. Louisiana*, No. 07-1529 (2009).

787 Zie: *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964) en *Montejo v. Louisiana*, No. 07-1529 (2009).

788 Zie: *Montejo v. Louisiana*, No. 07-1529 (2009), met verdere rechtspraakverwijzingen.

789 Zie: *Montejo v. Louisiana*, No. 07-1529 (2009).

790 378 U.S. 478 (1964).

zaak *Escobedo* dan ook overruled voor zover daarin op grond van het Zesde Amendement het recht op rechtsbijstand was uitgebreid naar de fase voor 'indictment'.⁷⁹¹

Een recenter voorbeeld van het beperken van de constitutionele bescherming op basis van het Zesde Amendement in verband met de overlappende bescherming die aan het Vijfde Amendement kan worden ontleend, biedt de zaak *Montejo v. Louisiana*.⁷⁹² Als voorgeschiedenis van die zaak zijn de zaken *Edwards v. Arizona*⁷⁹³ en *Michigan v. Jackson*⁷⁹⁴ van belang. In *Edwards* was geoordeeld dat de verdachte die op zijn 'Miranda-rights' is gewezen en om bijstand van een raadsman vraagt, niet verder aan 'interrogation' mag worden onderworpen, totdat hij van bijstand van een raadsman is voorzien, tenzij de verdachte zelf het initiatief neemt tot verdere communicatie met de politie. Die – op het Vijfde Amendement gegronde – regel strekt ertoe te voorkomen dat aan verdachten, die een beroep hebben gedaan op hun zwijgrecht en hun recht op rechtsbijstand, door de politie net zo lang wordt getrokken totdat zij toch een verklaring afleggen. In de op het Zesde Amendement gegronde beslissing in de zaak *Jackson* ging het erom dat geen beroep was gedaan op het recht op rechtsbijstand tijdens de 'interrogation', maar bij de daaraan voorafgaande 'arraignment'. Onder verwijzing naar

Edwards werd hier geoordeeld dat, wanneer de politie het initiatief neemt tot 'interrogation' nadat de verdachte bij een 'arraignment or similar proceeding' een beroep heeft gedaan op zijn recht op rechtsbijstand, iedere 'waiver' van dat recht ongeldig is ten aanzien van dat door de politie geïnitieerde verhoor. In *Montejo* werd *Jackson* overruled. Kort samengevat, met de argumentatie dat het creëren van 'prophylactic rules' ter bescherming van een constitutioneel recht berust op een afweging van de voordelen van die regel tegen de kosten ervan en: "Jackson's marginal benefits are dwarfed by its substantial costs", aldus de meerderheidsopinie in *Montejo*. Ook zonder de in *Jackson* gegeven regel zullen maar weinig door aanhoudend getrek verkregen verklaringen toelaatbaar worden geacht voor het bewijs, omdat andere overlappende maatregelen bestaan. Immers dient op grond van *Miranda* elke verdachte die aan 'custodial interrogation' wordt onderworpen, op de hoogte te worden gebracht van zijn recht om daarbij een raadsman aanwezig te hebben. Verder geldt op grond van *Edwards* dat zodra een dergelijke verdachte een beroep heeft gedaan op zijn recht op rechtsbijstand de ondervraging moet stoppen. En op grond van *Minnick v. Mississippi*⁷⁹⁵ mag in een dergelijk geval geen nadere ondervraging plaatsvinden totdat een raadsman aanwezig is. Het Hoog-

791 Zie: *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412 (1986) waarin werd geoordeeld dat het recht op rechtsbijstand van het Zesde Amendement niet van toepassing is, voordat een adversaire strafprocedure is begonnen door middel van een formele 'charge'.

792 No. 07-1529 (2009).

793 451 U.S. 477 (1981). Zie over deze zaak en de daarop gevolgde rechtspraak in het kader van het Vijfde Amendement ook hierna paragraaf 6.5.2.3.

794 475 U.S. 625 (1986).

795 498 U.S. 146 (1990).

gerechtshof acht de daarmee geboden bescherming toereikend:

"These three layers of prophylaxis are sufficient. On the other side of the equation, the principal cost of applying Jackson's rule is that crimes can go unsolved and criminals unpunished when uncoerced confessions are excluded and when officers are deterred from even trying to obtain confessions. The Court concludes that the Jackson rule does not 'pay its way,' *United States v. Leon*, (...), and thus the case should be overruled."

6.4.1 Undercover in de cel en soortgelijke situaties

In 1964 oordeelde het Hooggerechtshof in *Massiah v. United States*⁷⁹⁶ dat wanneer politieagenten aan een 'indicted' persoon die een raadsman in de arm heeft genomen een belastende verklaring opzettelijk ontfutselen⁷⁹⁷ in afwezigheid van zijn raadsman, dit een schending oplevert van het recht op rechtsbijstand als bedoeld in het Zesde Amendement. Een dergelijke verklaring mag niet voor het bewijs worden gebruikt. *Massiah* had na zijn 'indictment' een advocaat in de arm genomen, had een 'not-guilty plea' afgelegd en was op borgtocht vrijgelaten, toen een gesprek dat hij voerde met zijn mededader werd afgeluisterd in een met medeweten van laatstgenoemde van af luisterapparatuur voorziene auto. In de motivering van de meerderheidsbeslissing werd erop gewezen dat het 'system of justice'

zelfs in zijn meest elementaire vorm zou vereisen dat een 'indictment' wordt gevolgd door een "trial in een orderly courtroom, presided over by a judge, open to the public, and protected by all the procedural safeguards of the law". In de analyse van Saltzburg & Capra is hier sprake van een grondwettelijke versie van de regel van beroepsethiek dat, zodra sprake is van een adversaire procedure, de partijen voorafgaand aan het proces alleen via hun advocaat benadert mogen worden.⁷⁹⁸ Niet elke vorm van informatievergaring is uitgesloten, maar wel vormen die het equivalent zijn van een politieverhoor.⁷⁹⁹

In *United States v. Henry*⁸⁰⁰ was sprake van een politie-informant die bij de verdachte in de cel was gezet. Het appelgerecht oordeelde het Zesde Amendement geschonden, omdat de informant de verdachte in gesprekken had betrokken en een vertrouwelijke band met de verdachte had opgebouwd van dien aard, dat de verdachte hem belastende informatie onthulde. Het Hooggerechtshof bevestigde die beslissing en overwoog daarbij dat de informant opzettelijk zijn positie had gebruikt om belastende informatie van de verdachte te verkrijgen terwijl zijn raadsman niet aanwezig was. Hoewel de informant de verdachte niet ondervraagd had, had hij wel gesprekken gestimuleerd teneinde van de verdachte belastende informatie te ontfutselen. Dat leverde een situatie van indirecte en heimelijke 'interrogation' op.

796 337 U.S. 201 (1964).

797 Vertaling van 'deliberately elicit': zie over de precieze betekenis van die woorden: *Fellers v. United States*, 540 U.S. 519 (2004).

798 Saltzburg & Capra, 2007, p. 785.

799 Zie *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986).

800 447 U.S. 264 (1980).

In *Kuhlmann v. Wilson*⁸⁰¹ was de situatie wat anders. Daarin was de verdachte na zijn 'arraignment' (dus toen het recht op rechtsbijstand voor hem gold) in een cel geplaatst met een gedetineerde die ermee had ingestemd als politie-informant op te treden. Door het 'trial court' werd feitelijk vastgesteld dat de informant de hem door de politie gegeven instructies had opgevolgd om enkel te luisteren naar de verdachte met als doel het identificeren van zijn mededaders en om geen vragen te stellen over de misdrijven waarop de verdenking zag. Vastgesteld werd dat de verklaringen van de verdachte tegenover de informant spontaan en ongevraagd tot stand waren gekomen. In de meerderheidopinie van het Hooggerechtshof werd uiteengezet dat onder meer de beslissingen in de zaken *Massiah* en *Henry* zagen op situaties waarin opsporingstechnieken werden gebezigd die het equivalent zijn van directe ondervraging door de politie. Wanneer de verdachte niet aantoonde dat de politie en hun informant meer hebben gedaan dan enkel luisteren, is geen sprake van een schending van het Zesde Amendement. De verdachte zal moeten aantonen dat gedrag is vertoond dat erop was gericht om hem opzettelijk een belastende verklaring te ontfutselen:

"The primary concern of the *Massiah* line of decisions is secret interrogation by investigatory techniques that are the equivalent of direct police interrogation."

Een bijzonder geval dat hier nog vermelding verdient is *Maine v. Moulton*.⁸⁰² In die zaak

had de medeverdachte aangegeven anonieme dreigtelefoontjes te hebben ontvangen en met de politie te willen praten. Voor zijn ontmoeting met de politie sprak hij met de verdachte (ten aanzien van wie het recht op rechtsbijstand al gold) over de aanstaande 'trial', waarbij de verdachte opperde een getuige à charge om te brengen. In zijn ontmoeting met de politie beloofde de medeverdachte met de politie te zullen meewerken en stemde hij ermee in anonieme dreigtelefoontjes en gesprekken met de verdachte op te nemen. Tijdens een ontmoeting tussen de medeverdachte en de verdachte, waarin zij de verdedigingsstrategie zouden gaan bespreken, werd de medeverdachte met een zendertje uitgerust teneinde het gesprek op te nemen. En hoewel de medeverdachte was geïnstrueerd de verdachte niet te ondervragen, veroorzaakten zijn opmerkingen feitelijk wel dat de verdachte belastende uitlatingen deed. Het Hooggerechtshof oordeelde het gebruik voor het bewijs van de aldus verkregen verklaringen in strijd met het Zesde Amendement. Het argument dat de verdachte zelf het initiatief had genomen tot de besprekingen met de medeverdachte, ging volgens het Hooggerechtshof niet op:

"Knowing exploitation by the State of an opportunity to confront the accused without counsel being present is as much a breach of the State's obligation not to circumvent the right to the assistance of counsel as is the intentional creation of such an opportunity." Ook het argument dat er andere legitieme

801 477 U.S. 436 (1986).

802 474 U.S. 159 (1985).

redenen bestonden om de gesprekken af te luisteren, te weten het onderzoek naar het plan om de getuige om te brengen, vond in de meerderheidsopinie – anders dan in de ‘dissenting opinion’ van voorzitter Burger⁸⁰³ – geen genade. Het toelaten op die grond van het aldus verkregen bewijsmateriaal zou te zeer uitnodigen tot misbruik aan de zijde van de politie door het verzinnen van andere onderzoeken. Overigens zou bewijsmateriaal dat is verkregen met betrekking tot die andere zaak in die zaak wel bruikbaar zijn, omdat die zaak nog niet in de fase was beland waarin het recht op rechtsbijstand gold.

Indien de verdachte zich in een fase van het proces bevindt, waarin het recht op rechtsbijstand nog niet van toepassing is, kan hij ook in situaties als hiervoor besproken geen bescherming ontlenen aan het Zesde Amendement. Zie bijvoorbeeld de hierna in paragraaf 6.5.2.3. zaak *Illinois v. Perkins*.⁸⁰⁴ Voorts verdient nog opmerking dat het Hooggerechtshof recent heeft beslist dat een in strijd met het Zesde Amendement door een undercover in de cel verkregen verklaring wel als ‘impeachment evidence’ mag worden gebruikt.⁸⁰⁵

Het hierna te bespreken Vijfde Amendement, dat bescherming biedt tegen druk om een verklaring af te leggen waarmee men zichzelf belast, speelt geen belangrijke rol bij de toetsing van door undercoveractiviteiten verkregen verklaringen, omdat daarbij meestal geen sprake is van het uitoefenen van druk om te verklaren.

6.5 Toetsing op grond van het Vijfde Amendement

De hiervoor besproken zaken illustreren de meer formeel regulerende benadering die halverwege de vorige eeuw op kwam en waarbij door het Hooggerechtshof voor verschillende situaties van ‘prophylactic rules’ gebruik werd gemaakt. Een schending van de ‘McNabb Mallory-rule’ leidt tot bewijsuitsluiting van de verkregen bekentenis, ook al is van een afgedwongen bekentenis geen sprake. Datzelfde geldt voor een schending van de in *Massiah* ontwikkelde regel. Van die benadering, waarin de bruikbaarheid van bekentenissen afhankelijk werd, niet van de vraag of deze betrouwbaar zijn, of van de vraag of bij de verkrijging ervan daadwerkelijk inbreuk is gemaakt op grondwettelijke rechten, maar van de vraag of bij wijze van voorzorg door de rechter ontwikkelde regels ter bescherming van die grondwettelijke rechten zijn nageleefd, biedt de hierna te bespreken beslissing *Miranda* het bekendste voorbeeld. Die beslissing werd mede ingegeven door het belang van het ‘privilege against self-incrimination’ uit het Vijfde Amendement: volgens het Hooggerechtshof ‘the essential mainstay of our adversary system’.⁸⁰⁶ Hier wordt eerst kort ingegaan op de reikwijdte van dit ‘privilege’. Daarna wordt de ‘Miranda-rechtspraak’ gedeeltelijk behandeld.

803 Hij vond dat op deze wijze een nieuw recht werd gecreëerd, alleen voor die gewoontemisdadigers die zelfs doorgaan met criminele activiteiten, terwijl zij zich onder een ‘indictment’ bevinden voor andere strafbare feiten. De raadsheren White, Rehnquist en O’Connor sloten zich bij deze ‘dissenting opinion’ (gedeeltelijk) aan.

804 496 U.S. 296 (1990).

805 *Kansas v. Ventris*, No. 07-1356 (2009).

806 Zie *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

6.5.1 Schets van het privilege against self-incrimination

Het Vijfde Amendement houdt onder meer in dat niemand "shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself". Over de precieze grondslagen en de daarmee samenhangende reikwijdte van dit 'privilege against self-incrimination' bestaat geen eensgezindheid.⁸⁰⁷ Een absoluut recht levert het in elk geval niet op. De rechtspraak van het Hooggerechtshof kan worden beschouwd als het resultaat van het afwegen van de verschillende belangen die ten grondslag liggen aan dit privilege tegen het belang van een efficiënte strafrechtspleging.⁸⁰⁸ Het Vijfde Amendement biedt volgens de tekst ervan bescherming tegen (i) het uitoefenen van dwang ('compulsion') (ii) in een strafzaak (iii) om te getuigen (iv) tegen zichzelf. Bij deze voorwaarden voor een succesvol beroep op het Vijfde Amendement komt nog dat de dwang moet zijn uitgegaan van overheidsdienaren en dat deze een belastende verklaring tot gevolg moet hebben gehad, die naar haar inhoud kan bijdragen aan een strafrechtelijke veroordeling. Deze vereisten, die de reikwijdte van dit 'privilege' bepalen, hebben in de rechtspraak van het Hooggerechtshof nader vorm gekregen. Zij worden hieronder kort besproken.

6.5.1.1 *Compulsion*

Het Vijfde Amendement biedt bescherming tegen verschillende vormen van 'compulsion' (dwang/druk). Whitebread & Slobogin hanteren in dit verband de volgende categorisering:

1. Druk gedurende een verhoor.
2. Uit een wettelijke regeling voortvloeiende druk.
3. Druk die voortvloeit uit de dreiging met niet-strafrechtelijke sancties op zwijgen.⁸⁰⁹

Druk in een verhoorsituatie

Deze eerste categorie splitsen Whitebread & Slobogin in gevallen van verhoor van

- a. Verdachten in hechtenis.
- b. Getuigen ter terechtzitting.
- c. Getuigen voor de 'Grand Jury'.
- d. Ondervraging van niet gehechte personen buiten een gerechtelijke setting.

Voor elke categorie gelden eigen regels. De meeste bescherming bieden deze regels aan de verdachte die in hechtenis wordt verhoord en het minste aan niet-verdachte personen buiten een gerechtelijke setting.

In *Miranda* oordeelde het Hooggerechtshof, zoals hiervoor weergegeven, dat druk inherent is aan een situatie van (a) verhoor van een in hechtenis genomen verdachte en dat daarom

807 Zie voor een kort overzicht van de verschillende aan dit recht ten grondslag gelegde argumenten en hun voors en tegens Saltzburg & Capra, 2007, p. 602-606, Genoemd worden onder meer: bescherming van onschuldige verdachten, voorkomen dat de verdachte wordt blootgesteld aan 'the cruel trilemma' van zelf-beschuldiging, meened of 'contempt', het vermijden van onbetrouwbare afgedwongen verklaringen en het voorkomen van onbehoorlijk politieoptreden. Zie voor een beknopte historische uiteenzetting over dit 'privilege' Ullmann v. United States, 350 U.S. 422 (1956) en een voor recenter analyse United States v. Balsys, 542 U.S. 666 (1998). Zie ook Bal, 1996.

808 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 391.

809 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 393.

bij gebreke van de nodige voorzorgsmaatregelen een verklaring die in die situatie is verkregen als afgedwongen geldt. Voor bruikbaarheid van een in hechtenis afgelegde verklaring van de verdachte is ten eerste vereist dat hem de 'Miranda-warnings' zijn gegeven en ten tweede dat hij vrijwillig en doordacht ('voluntarily and intelligently') afstand heeft gedaan ('waived') van zijn zwijgrecht en zijn recht op bijstand van een advocaat.⁸¹⁰

In *Hoffman v. United States*⁸¹¹ oordeelde het Hooggerechtshof dat (b) een ter terechtzitting gehoorde getuige wel met een beroep op het 'privilege against self-incrimination' mag weigeren een vraag te beantwoorden indien het antwoord "might furnish a link in the chain of evidence needed to prosecute".⁸¹² Getuigen ter terechtzitting behoeven er echter niet op te worden gewezen dat ze niet gehouden zijn een verklaring af te leggen voor zover ze zichzelf daarmee zouden belasten en ook wordt ten aanzien van hen niet getoetst of ze vrijwillig en doordacht afstand hebben gedaan van hun in zoverre bestaand zwijgrecht.⁸¹³ Als redenen voor het verschil met de regels voor gehechte verdachten sommen Whitebread & Slobogin op: de andere, minder dwingende, fysieke setting van een openbaar verhoor door een rechter in vergelijking met een politieverhoor, de mogelijkheid voor de

getuige om zich voor te bereiden op het verhoor ter terechtzitting en de omstandigheid dat wanneer de getuige geen (potentiële) verdachte is, de houding van de overheid eerder een onderzoekend karakter heeft dan dat van een vervolging, terwijl voorts alleen de getuige zelf weet welke vragen een belastend antwoord voor hem kunnen opleveren, zodat het soms moeilijk is van de overheid te vragen te verzekeren dat van een 'intelligent waiver' sprake is.⁸¹⁴

Ook ten aanzien van (c) getuigen voor de 'Grand Jury' zijn geen 'Miranda-warnings' vereist, maar in *United States v. Washington*⁸¹⁵ schonk het Hooggerechtshof wel aandacht aan de vraag of sprake was van een vrijwillige en doordachte 'waiver'. Overigens is in veel statelijke wetgeving vastgelegd dat wel 'Miranda-warnings' moeten worden gegeven aan door de 'Grand Jury' gehoorde getuigen.⁸¹⁶ Ten aanzien van (d) het horen van niet gehechte personen buiten de setting van een rechtszaal geldt, dat geen 'Miranda-warnings' vereist zijn, terwijl het initiatief om een beroep te doen op het 'privilege against self-incrimination' ligt bij degene die wordt gehoord. Een vrijwillige en doordachte 'waiver' is hier dus ook niet vereist.⁸¹⁷

Vermelding verdient hier nog het bestaan van de zogenaamde 'fair examination rule' en de

810 Zie nader over de Miranda-rechtspraak paragraaf 6.5.2. hierna.

811 341 U.S. 479 (1951).

812 Dat het antwoord op de vraag of daarvan sprake is genuanceerd ligt, moge blijken uit het hierna genoemde *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada*, 542 U.S. 177 (2004).

813 Zie bijv. *United States v. Monia*, 317 U.S. 424 (1943) en *Garner v. United States*, 424 U.S. 648 (1976).

814 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 394.

815 431 U.S. 181 (1977).

816 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 395-396.

817 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 398.

'continuing waiver theory'. Die eerstgenoemde regel houdt in dat indien iemand als getuige (dat kan in de Verenigde Staten dus ook een (potentiële) verdachte zijn) een verklaring aflegt bij de 'Grand Jury' of bij het onderzoek ter terechtzitting, hij vervolgens niet bij diezelfde gelegenheid een beroep kan doen op het 'privilege against self-incrimination' ten einde vragen naar aanleiding van zijn verklaring niet te beantwoorden.⁸¹⁸ Deze 'fair examination rule' heeft dus betrekking op de gang van zaken tijdens de fase van het proces waarin de verklaring wordt afgelegd. De 'continuing waiver-theory' ziet op het blijven gelden in een volgende procesfase van een in een eerdere fase gedane 'waiver'. Op grond van deze theorie kan een getuige (niet zijnde de verdachte) die zich ten overstaan van de 'Grand Jury' niet op zijn zwijgrecht beroept, maar een verklaring aflegt, bij een daaropvolgend verhoor ter terechtzitting geen beroep meer doen op het Vijfde Amendement.⁸¹⁹ Zoals in het vorige hoofdstuk al opgemerkt, kan de verklaring die de verdachte aflegt in het kader van een 'pre-trial procedure' waarin wordt beslist over de toelaatbaarheid voor het bewijs van volgens de verdachte wegens schending van het Vierde Amendement onrechtmatig verkregen materiaal niet tegen hem voor het bewijs worden gebruikt.⁸²⁰ Een

verklaring die de verdachte aflegt in verband met de strafoplegging kan daarentegen wel worden gebruikt voor de beslissing op de schuldvraag.⁸²¹

Druk die voortvloeit uit een wettelijke regeling
Er bestaat veel federale en statelijke wetgeving die van burgers vereist dat zij bepaalde documenten opmaken of formulieren invullen en inleveren. Hoofregel voor dit soort situaties is dat wanneer door de respondent niet een beroep wordt gedaan op het 'privilege against self-incrimination' door niet te antwoorden op een bepaalde vraag, hem daarop vervolgens geen beroep meer toekomt. Dit geldt bijvoorbeeld ten aanzien van belastingaangiften.⁸²² Bij wijze van uitzondering op voormelde hoofdregel heeft het Hooggerechtshof in sommige gevallen geoordeeld dat aan het Vijfde Amendement toch bescherming kan worden ontleend. Bepalende factoren daarbij zijn de setting waarin de informatie wordt gevraagd en het doel van het verzoek van de overheid om informatie.⁸²³ Indien een wettelijke regeling van een selectieve groep inherent verdachte personen openbaring verlangt van evident incriminerende informatie, kunnen deze personen niet alleen weigeren specifieke vragen te beantwoorden, maar ook geheel weigeren om een gevraagd formulier in te leveren. In

818 Zie *Brown v. United States*, 356 U.S. 148 (1958) en *Rogers v. United States*, 340 U.S. 367 (1951).

819 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 398.

820 *Simmons v. United States*, 390 U.S. 377 (1968).

821 *McGautha v. California*, 402 U.S. 183 (1971).

822 Zie *Garner v. United States*, 424 U.S. 648 (1976) en *United States v. Sullivan*, 274 U.S. 259 (1927).

823 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 400.

*Albertson v. Subversive Activities Control Board*⁸²⁴ ging het om een wettelijke regeling op grond waarvan communisten zich als zodanig dienden te laten registreren bij de overheid. Omdat enkel de band ('association') met de communistische partij tot strafvervolging kon leiden, mocht geweigerd worden zich te laten registreren. Het ging hier, aldus het Hooggerechtshof anders dan bij belastingaangiften niet om neutrale aan het algemene publiek gestelde vragen, maar om vragen die ertoe strekten evident incriminerende informatie te verkrijgen en die waren gericht aan 'a highly selective group inherently suspect of criminal activity'. De toezegging de verstrekte informatie niet in het kader van een vervolging te zullen gebruiken, leidde niet tot een ander oordeel. Het risico dat de verstrekte informatie toch als vertrekpunt van nader onderzoek zou dienen, achtte het Hooggerechtshof te groot.⁸²⁵ Een grensgeval is *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada*.⁸²⁶ Daarin ging het om wetgeving op grond waarvan personen gearresteerd konden worden wegens het verzuim zichzelf te legitimeren, nadat zij op basis van een redelijke verdenking zijn staande gehouden. Het gaat hier weliswaar om personen

'inherently suspect of criminal activity', maar niet om een vraag die ertoe strekt evident incriminerende informatie te verkrijgen, al zag het Hooggerechtshof onder ogen dat dit onder bijzondere omstandigheden anders kan zijn waarin de verdachte wel een beroep op het Vijfde Amendement toekomt.

Als afzonderlijke categorie onderscheiden Whitebread & Slobogin situaties waarin men zich begeeft op sterk gereguleerd terrein, en de gevraagde informatie essentieel is in het kader van de uitvoering en handhaving van publiek ordeningsrecht.⁸²⁷ In dergelijke gevallen is de zogenaamde 'regulatory purpose doctrine' van toepassing en kan aan het Vijfde Amendement geen bescherming worden ontleend tegen het openbaren van belastende gegevens.⁸²⁸ De keuze actief te zijn op een sterk gereguleerd terrein, kan dan worden beschouwd als een vorm van een impliciete waiver. Maar ook kan aldus tegen deze gevallen worden aangekeken dat op terreinen waar zwaarwegende publieke belangen een rol spelen een 'fair state-individual balance' meebrengt dat de eis gesteld mag worden bepaalde informatie te verstrekken. In dit kader past ook de zaak *California v. Byers*⁸²⁹

824 382 U.S. 70 (1965). Zie voor andere voorbeelden *Marchetti v. United States*, 390 U.S. 39 (1968) betreffende belastingwetgeving die bekendmaking als gokker vereiste, waarin de veroordeling ter zake van een verzuim de vereiste formulieren in te dienen werd vernietigd, *Haynes v. United States*, 390 U.S. 722 (1968) betreffende wetgeving die bekendmaking vereiste van bezit van vuurwapens door personen die vuurwapenwetgeving hadden overtreden en *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969) betreffende wetgeving waarin om belastingredenen aangifte moest worden gedaan van marihuana-bezit.

825 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 402.

826 542 U.S. 177 (2004).

827 Vertaling van: 'public regulatory scheme'.

828 Zie *Shapiro v. United States*, 335 U.S. 1 (1948), waarin het ging om een verplicht bijgehouden administratie in het kader van de 'Emergency Price Control Act'.

829 402 U.S. 424 (1971).

betreffende een veroordeling voor het verza-
ken door een betrokkene bij een verkeers-
ongeval van de plicht tot bekendmaking van
zijn identiteit. De desbetreffende regeling ziet
er primair op de schade civielrechtelijk te
kunnen afhandelen. Voor zover er een reëel
risico is van zelf-incriminatie geldt dat, zoals
raadsheer Harlan in zijn 'concurring opinion'
overwoog, in de afweging van de belangen
van de staat tegen de belangen van het
betrokkene individu, die van laatstgenoemde
het onderspit delven. Daarbij speelt ook een
rol dat het bewijs van enig strafbaar feit niet
rond is met het bekend worden van de identi-
teitsgegevens.⁸³⁰

De centrale vraag in dit soort zaken is, aldus
Whitebread & Slobogin, "whether a particular
reporting requirement is designed to facilitate
the governments legitimate needs for regula-
tory information rather than undercut the
adversary system by covertly aiding the inves-
tigation and prosecution of crime".⁸³¹

Druk die voortvloeit uit (indirecte) sancties op zwijgen

In zijn rechtspraak heeft het Hoogerechtshof
in verschillende situaties geoordeeld dat de
op de verdachte uitgeoefende druk om te
verklaren, voortvloeiend uit al dan niet directe
sancties op het gebruikmaken van zijn zwijg-

recht, strijdt met het Vijfde Amendement. Zo
is het de OvJ bijvoorbeeld niet toegestaan de
jury voor te stellen om zogenaamde 'adverse
inferences' te verbinden aan het zwijgen van
de verdachte.⁸³² In *Carter v. Kentucky*⁸³³ werd
zelfs de eis gesteld dat de 'trial judge' op ver-
zoek van de verdachte de jury moet instrueren
geen 'adverse inferences' te verbinden aan
het zwijgen van de verdachte. Allen & Hoff-
mann e.a. betwijfelen het nut van deze recht-
spraak door erop te wijzen dat wanneer de
OvJ een sterke zaak heeft gepresenteerd
"everyone in the courtroom, jurors included,
knows who is in the best position to rebut it".
Wanneer de verdachte in een dergelijk geval
zwijgt, volgt veelal een veroordeling. Volgens
hen is wellicht het belangrijkste effect van
deze rechtspraak dat het vertrouwen van de
jury wordt ondermijnd in de door de 'trial
judge' gegeven instructies.⁸³⁴

Ook het stellen van ontslag als sanctie op het
niet antwoorden op vragen in het kader van
een corruptieonderzoek, achtte het Hoog-
gerechtshof in strijd met het Vijfde Amende-
ment.⁸³⁵ Dat de in een 'pre-trial procedure'
betreffende de grondwettigheid van een
'search' en 'seizure' afgelegde belastende
verklaring niet gebruikt mag worden in het
kader van de vaststelling van de schuld van de
verdachte, past ook in dit kader.⁸³⁶ Maar ook

830 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 405.

831 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 406.

832 Zie *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965). Zie gedetailleerder over dit onderwerp Saltzburg & Capra, 2007, p. 625-631.

833 450 U.S. 288 (1981). De verdachte kan er niet met vrucht over klagen wanneer de 'trial judge' zonder dat de verdachte daar om verzocht de jury instrueert geen 'adverse inferences' te verbinden aan het feit dat de verdachte geen verklaring aflegt, zie *Lakeside v. Oregon*, 435 U.S. 333 (1978).

834 Zie: Allan, Hoffmann, Livingston & Stuntz, 2005, p. 770-771.

835 Zie *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967).

836 *Simmons v. United States*, 390 U.S. 377 (1968).

hier hangt het sterk van de precieze situatie en de mogelijke gevolgen van het zwijgen af. Zo achtte het Hooggerechtshof het bijvoorbeeld niet strijdig met het Vijfde Amendement om een gevangene – op straffe van overplaatsing naar een ‘maximum-security’-gevangenis met het daarmee samenhangend verlies van privileges betreffende onder meer bezoek, arbeidsmogelijkheden, verdienen en toegang tot eigen televisie – te laten deelnemen aan een behandelprogramma voor seksuele delinquenten, waarbij een van de eisen was dat hij al zijn gepleegde seksuele delicten openbaarde. Ook delicten waarvoor hij nog niet was vervolgd en zonder dat hem ter zake daarvan vervolgingsimmunititeit werd toegezegd.⁸³⁷

6.5.1.2 Incriminerend

Het ‘privilege against self-incrimination’ uit het Vijfde Amendement, dat spreekt van ‘in any criminal case’, is niet van toepassing indien de

van de verdachte afgedwongen informatie niet tegen hem wordt gebruikt in een ‘criminal proceeding’. Zo werd in *Chavez v. Martinez*,⁸³⁸ waarin de verdachte Martinez in het ziekenhuis was verhoord, terwijl hij het uitschreeuwde van de pijn en dacht dat hij dood ging, het Vijfde Amendement niet geschonden geacht, omdat de afgelegde belastende verklaringen niet tegen hem waren gebruikt in een ‘criminal proceeding’. Onder een ‘criminal proceeding’ wordt in dit verband begrepen een procedure die kan leiden tot ‘criminal punishment’. Daaronder zijn behalve gewone strafzaken bijvoorbeeld ook ‘juvenile delinquency procedures’⁸³⁹ begrepen, maar geen voogdijprocedures of procedures met rehabilitatie als primair doel.⁸⁴⁰ Ook een potentiële strafvervolgning in het buitenland geldt in dit kader niet als een ‘criminal proceeding’ die een beroep op het Vijfde Amendement kan rechtvaardigen.⁸⁴¹ Het ‘privilege against self-incrimination’ kan niet worden ingeroepen om een ‘non-criminal sanction’ te voorkomen⁸⁴² of ter vermijding

837 Zie *McKune v. Lile*, 536 U.S. 24 (2002).

838 538 U.S. 760 (2003). Martinez spande een § 1983-procedure aan (zie paragraaf 4.6.1.3.) en deed daarin onder meer een beroep op het Vijfde Amendement.

839 Zie *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967) de kenschets door de staat van dergelijke procedures als ‘civil’ achtte het Hooggerechtshof irrelevant.

840 Zie *Allen v. Illinois*, 478 U.S. 364 (1986), waarin het ging om een procedure waarin werd vastgesteld of de betrokkene ‘sexually dangerous’ was, hetgeen kon leiden tot gedwongen (jarenlange) intramurale behandeling indien hij zich ‘beyond reasonable doubt’ schuldig hebben gemaakt aan een seksueel delict.

841 Zie *United States v. Balsys*, 524 U.S. 666 (1998) waarin Balsys weigerde bepaalde vragen te beantwoorden over zijn gedrag tijdens de Tweede Wereldoorlog, omdat zijn verklaring volgens zijn zeggen tegen hem kon worden gebruikt in het kader van een vervolging in Litouwen of Israël. Wel werd daarbij de nuancering aangebracht dat wanneer internationale samenwerking zich zodanig zou ontwikkelen dat van deze regel misbruik zou worden gemaakt, het Vijfde Amendement toch ingeroepen zou kunnen worden.

842 Zie *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422 (1956). Ullmann weigerde ondanks aan hem verzekerde immunititeit tegen strafvervolgning om vragen te beantwoorden over zijn kennis van en deelname aan communistische spionagen, betoogde dat geen sprake was van echte immunititeit, vanwege mogelijke nadelige gevolgen “such as loss of job, expulsion from labor unions, state registration and investigation statutes, passport eligibility, and general public opprobrium”.

van openbaring van voor de eer en goede naam schadelijke informatie.⁸⁴³ Ook indien de overheid een getuige strafrechtelijke immuniteit verzekert, kan door hem geen beroep meer worden gedaan op het Vijfde Amendement. Een dergelijke toezegging van de overheid kan inhouden dat geen (indirect) gebruik zal worden gemaakt van de af te leggen verklaring – zogenaamde ‘use and derivative use immunity’ – of dat niet vervolgd zal worden ter zake van de in die verklaring genoemde feiten – zogenaamde ‘transactional immunity’.⁸⁴⁴ Omdat ter zake van feiten die zijn verjaard of ten aanzien waarvan sprake is van een onherroepelijke veroordeling of vrijspraak druk om daarover te verklaren niet kan leiden tot een ‘criminal penalty’, biedt ook in dat opzicht het ‘privilege against self-incrimination’ geen bescherming.⁸⁴⁵

6.5.1.3 Testimonial

Om onder de bescherming van het ‘privilege against self-incrimination’ te vallen, dient sprake te zijn van zogenaamd ‘testimonial’ bewijs. Als ‘non-testimonial’ geldt bijvoorbeeld het aantrekken van kleding in het verband met identificatie, het afstaan van een bloedmonster,

deelname aan een ‘line-up’, het opstellen van een schriftmonster, het afgeven van een stemgeluidsample, het meewerken aan het nemen van vingerafdrukken, foto’s of maten, het verschijnen in de rechtbank, het gaan staan, het aannemen van een bepaalde houding, lopen of het maken van een bepaald gebaar.⁸⁴⁶ Om aan te geven hoe subtiel het onderscheid kan liggen tussen wat geldt als ‘testimonial’ en wat niet, verdient de zaak *Pennsylvania v. Muniz*⁸⁴⁷ enige aandacht. De Staat droeg in die zaak als bewijsmateriaal voor rijden onder invloed aan, dat de verdachte met dubbele tong sprak en weinig responsief had gereageerd op de hem bij zijn ‘booking’ gestelde vragen. Het fysiek niet tot articuleren in staat zijn, was volgens het in dat opzicht unanieme Hooggerechtshof geen ‘testimonial evidence’. Ten aanzien van de aan Muniz gestelde vraag naar de datum van zijn zesde verjaardag,⁸⁴⁸ liepen de meningen echter uiteen. Een meerderheid vond dat Muniz door die vraag voor het ‘cruel trilemma’ werd gesteld te kiezen de waarheid te spreken, te zwijgen of een onjuist antwoord te geven. Het spreken van de waarheid, te weten dat Muniz het antwoord op dat moment niet wist, zou immers incriminerend kunnen werken.

843 Zie *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591 (1896).

844 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 418. In *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972) accordeerde het Hooggerechtshof dat ‘use and derivative use immunity’ in de weg staat aan een beroep op het Vijfde Amendement.

845 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 421.

846 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 422, en de daar genoemde rechtspraak van het Hooggerechtshof.

847 496 U.S. 582 (1990).

848 De beslissing van het Hooggerechtshof bevat de volgende weergave van de gang van zaken: “Officer Hosterman first asked Muniz his name, address, height, weight, eye color, date of birth, and current age. He responded to each of these questions, stumbling over his address and age. The officer then asked Muniz, “Do you know what the date was of your sixth birthday?” After Muniz offered an inaudible reply, the officer repeated, “When you turned six years old, do you remember what the date was?” Muniz responded, “No, I don’t.””

Omdat het antwoorden zelf en de inhoud van het antwoord incriminerend waren, was sprake van 'testimonial evidence', aldus de meerderheid. In zijn 'dissenting opinion',⁸⁴⁹ overwoog voorzitter Rehnquist geen verschil te zien tussen het vragen mee te werken aan een onderzoek om de fysieke coördinatie te testen en het stellen van bepaalde vragen om de mentale coördinatie te testen.

6.5.1.4 *Individueel recht*

Volgens de tekst staat het Vijfde Amendement in de weg aan dwang om te getuigen tegen zichzelf. In de interpretatie van het Hoogerechtshof brengt dit mee dat alleen het individu op wie dwang is uitgeoefend om te getuigen zich kan beroepen op het 'privilege against self-incrimination'.⁸⁵⁰ Een uitzondering op deze regel doet zich onder meer voor indien documenten ter beschikking zijn gesteld aan een advocaat ten behoeve van het verkrijgen van juridisch advies. De advocaat kan dan namens zijn cliënt een beroep doen op het Vijfde Amendement, aldus Whitebread & Slobogin.⁸⁵¹

Namens noch door een rechtspersoon kan een beroep worden gedaan op het 'privilege'. Zo kan niet met een beroep op het 'privilege' geweigerd worden gevolg te geven aan een 'subpoena' betreffende administratieve

bescheiden van het bedrijf. Ook indien van functionarissen van het bedrijf – die zelf strafrechtelijke immuniteit is toegezegd – verklaringen worden afgedwongen, kan het bedrijf daartegen niet opkomen op basis van dit 'privilege'.⁸⁵² Een bedrijfsfunctionaris die bedrijfsdocumenten in zijn bezit heeft die hem ook persoonlijk belasten, kan ook geen succesvol beroep doen op het 'privilege' om afgifte van die documenten te voorkomen. Maar tegen hem mogen in een dergelijk geval die documenten vervolgens niet voor het bewijs worden gebruikt.⁸⁵³

6.5.1.5 *Subpoenas*

Een korte behandeling verdienen hier nog 'subpoenas'.⁸⁵⁴ Zoals ook uit de voorgaande paragraaf kan worden afgeleid, kan niet met een beroep op het Vijfde Amendement worden geklaagd over een tot een ander gerichte 'subpoena'.⁸⁵⁵ Maar ook degene tot wie de 'subpoena' is gericht, kan weinig bescherming ontlenen aan het Vijfde Amendement. Een belangrijke beslissing in dit verband is *Fisher v. United States*.⁸⁵⁶ In die zaak oordeelde het Hoogerechtshof dat het Vijfde Amendement niet de privacy beschermt, zoals het Vierde Amendement, maar alleen bescherming biedt tegen dwang die wordt uitgeoefend ter verkrijging van incriminerend 'testimonial' mate-

849 Waarbij de raadsheren White, Blackmun en Stevens zich aansloten.

850 Zo kon de verdachte in *Couch v. United States*, 409 U.S. 322 (1973) geen beroep doen op het Vijfde Amendement wat betreft het afdwingen van de afgifte van documenten door haar accountant.

851 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 424-425. Zij verwijzen naar *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391 (1976).

852 *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944). Zie ook Bal, 1996, p. 35-38.

853 *Braswell v. United States*, 487 U.S. 99 (1988).

854 Zie ook paragraaf 2.2.

855 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 425.

856 425 U.S. 391 (1976).

riaal. Omdat een 'subpoena' alleen betrekking kan hebben op in het bevel gespecificeerde reeds bestaande documenten,⁸⁵⁷ is de van een 'subpoena' uitgaande druk die documenten prijs te geven in beginsel niet in strijd met het Vijfde Amendement. Dat is anders indien op de omstandigheid dat de documenten door de verdachte zijn afgegeven het bewijs steunt dat de documenten bestonden, dat de verdachte deze in zijn bezit had of dat de documenten authentiek zijn. In een dergelijk geval kan de van een 'subpoena' uitgaande druk wel in strijd komen met het Vijfde Amendement. Getoetst wordt in dit verband of bestaan, bezit en authenticiteit van de documenten een zogenaamde 'foregone conclusion' was. Kortom, of dit al vóór de 'subpoena' voldoende duidelijk was. Volgens Whitebread & Slobogin is daarvan in het algemeen geen sprake indien de OvJ voordien geen andere wetenschap heeft van het bestaan de documenten – of van de plaats van bewaring – dan dat dergelijke documenten er normaliter zouden moeten zijn.⁸⁵⁸ Er moet dus sprake zijn van specifiekere kennis omtrent het bestaan van de stukken waarop de 'subpoena' ziet. Tot zover deze schets van het 'privilege against self-incrimination'. De contouren van het landschap waarin de hierop gegronde beslissing in de zaak *Miranda* moet worden gezien, zijn daarmee voldoende duidelijk.

6.5.2 De beslissing *Miranda v. Arizona* in haar context

In de zaak *Miranda v. Arizona*⁸⁵⁹ werden nieuwe eisen gesteld aan het politieverhoor. Verplicht werd voorafgaand aan het verhoor de tegenwoordig uit Amerikaanse politieseries overbekende 'Miranda-warnings' te geven aan personen in hechtenis. Wanneer deze 'warnings' niet zijn gegeven of geen sprake is van een welbewuste en doordachte 'waiver' van de rechten waarop de verdachte in die 'warnings' is gewezen, is een afgelegde verklaring niet bruikbaar voor het bewijs. Zonder mogelijkheid tot weerlegging wordt er dan van uitgegaan dat bij de totstandkoming van de verklaring sprake is geweest van ontoelaatbare druk. Het Hooggerechtshof vatte zijn beslissing zelf als volgt samen:

"To summarize, we hold that when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, the privilege against self-incrimination is jeopardized. Procedural safeguards must be employed to protect the privilege, and unless other fully effective means are adopted to notify the person of his right of silence and to assure that the exercise of the right will be scrupulously honored, the following measures are required. He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot

857 Zie ook paragraaf 2.2.

858 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 433.

859 384 U.S. 436 (1966).

afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires. Opportunity to exercise these rights must be afforded to him throughout the interrogation. After such warnings have been given, and such opportunity afforded him, the individual may knowingly and intelligently waive these rights and agree to answer questions or make a statement. But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, no evidence obtained as a result of interrogation can be used against him.”

Dat het geven van deze ‘bright line rules’ met een ‘prophylactic’ karakter noodzakelijk was, motiveerde het Hooggerechtshof door te wijzen op de destijds bestaande verhoorpraktijk, zoals daarvan onder meer bleek uit onderzoek en uit politiehandoeken. Die praktijk was er, kort gezegd, op gericht verdachten aan het praten te krijgen door ze te isoleren van de buitenwereld en door vervolgens de druk op te voeren,⁸⁶⁰ bijvoorbeeld door langdurige ondervraging, ‘good cop bad cop-tactieken’⁸⁶¹ en veinzen al meer bewijs te hebben dan in werkelijkheid het geval is. Ook speelde een rol dat aan de ‘due process voluntariness test’ belangrijke nadelen kleven. De onvoorspelbaarheid van de uitkomst van die toets door de nauwe gebondenheid aan

de omstandigheden van het geval, maakt het voor de politie lastig om te weten welk handelen wel en welk handelen niet is toegestaan, terwijl een consistente toepassing van deze toets door de gerechten ook lastig is.⁸⁶²

In zijn beslissing liet het Hooggerechtshof de mogelijkheid open dat ook op andere wijzen genoegzaam zou kunnen worden voorkomen dat in het licht van het Vijfde Amendement ontoelaatbare druk wordt uitgeoefend. Maar totdat daarvan sprake zou zijn, zouden in elk geval de genoemde voorwaarden – het geven van ‘warnings’ en het bestaan van een geldige ‘waiver’ – moeten worden gesteld aan het gebruik voor het bewijs van door verdachten in hechtenis afgelegde verklaringen.⁸⁶³

Met de gegeven regels beoogde het Hooggerechtshof dus tegenwicht te bieden aan de druk die inherent is aan het politieverhoor dat plaatsvindt terwijl de verdachte zich in hechtenis bevindt, teneinde afgedwongen verklaringen te voorkomen. De door het Hooggerechtshof gegeven regels strekken tot waarborg van het ‘privilege against self-incrimination’ uit het Vijfde Amendement. Via de ‘due process’-clausule uit het Veertiende Amendement waren ze ook van toepassing in de statelijke rechtspraak.⁸⁶⁴ De beslissing had daarvoor een breed bereik.

860 “[T]he atmosphere and the environment of incommunicado interrogation as it exists today is inherently intimidating and works to undermine the privilege against self-incrimination. Unless adequate preventive measures are taken to dispel the compulsion inherent in custodial surroundings, no statement obtained from the defendant can truly be the product of his free choice”, aldus het Hooggerechtshof in *Miranda*.

861 Ook wel ‘Mutt and Jeff-routine’ genoemd. Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 448.

862 Zie bijv. Whitebread & Slobogin, 2008, p. 441-442, Saltzburg & Capra, 2007, p. 675-676, en *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

863 Zie daarover nader Whitebread & Slobogin, 2008, p. 452-455, waar onder meer aandacht wordt besteed aan het maken van video-opnamen van verhoren.

864 In de enkele jaren vóór *Miranda* gegeven beslissing in de zaak *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964) was immers al bepaald dat het ‘privilege against self-incrimination’ uit het Vijfde Amendement toepasselijk was in de statelijke rechtspraak.

6.5.2.1 Gevolgen voor de praktijk

Over de impact van de beslissing van het Hooggerechtshof bestond en bestaat verschil van mening.⁸⁶⁵ Naar de gevolgen voor het aantal bekentenissen en het oplossingspercentage van strafbare feiten zijn verschillende empirische onderzoeken gedaan, maar een eenduidig beeld levert dat niet op.⁸⁶⁶ Saltzburg & Capra concluderen dat het percentage bekentenissen niet veranderd is, maar dat die bekentenissen nu het resultaat zijn van overmoed of het overtuigd zijn van de verdachte en niet van angst of op de verdachte uitgeoefende druk.⁸⁶⁷

6.5.2.2 Van maatschappelijke ophef tot *Dickerson v. United States*

Miranda werd spoedig zeer controversieel en speelde een prominente rol in het maatschappelijke debat, zoals in paragraaf 3.2. kort beschreven.

Onduidelijk was of het Hooggerechtshof de in *Miranda* gegeven regels beschouwde als grondwettelijk vereist, en daarom zonder grondwetswijziging niet te veranderen regels. Vooral zijn overweging dat ook andere – mits toereikende – maatregelen mogelijk waren om recht te doen aan het ‘privilege against self-incrimination’, gaf voedsel aan de gedachte dat de grondwet niet per se een aanpak

vereiste zoals in *Miranda* voorgeschreven. Dat zou betekenen dat zonder wijziging van de grondwet, door middel van wetgeving een andere koers zou kunnen worden ingeslagen. Het Congres heeft dat in 1968 geprobeerd te bereiken door de invoering van U.S. Code § 3501.⁸⁶⁸ Deze strekte niet alleen tot betuiging van de ‘McNabb Mallory-rule’,⁸⁶⁹ maar beoogde tevens de ‘Miranda-rechtspraak’ terzijde te schuiven door voor de beoordeling van de bruikbaarheid van bekentenissen terug te grijpen op de eerder ontwikkelde ‘due process voluntariness test’, waarbij aan de hand van alle omstandigheden van het geval de vrijwilligheid van de gegeven bekentenis moest worden beoordeeld. Het niet wijzen van de verdachte op zijn recht om te zwijgen, leidde onder die toets niet per se tot bewijsuitsluiting, maar vormde één van de in de beoordeling te betrekken factoren.⁸⁷⁰ Het heeft lang geduurd voordat het Hooggerechtshof zich heeft uitgelaten over U.S. Code § 3501. In de tussenliggende jaren creëerde het Hooggerechtshof in zijn rechtspraak uitzonderingen op het vereiste van het geven van ‘Miranda-warnings’ en merkte het de in *Miranda* gegeven regels meermalen aan als op zichzelf niet door de grondwet beschermde rechten,⁸⁷¹ maar als voorzorgsmaatregelen (‘prophylactic rules’).⁸⁷² Dat sterkte sommigen in de gedachte dat toen het Hooggerechtshof zich in 2000 in de zaak *Dickerson v. United States*,⁸⁷³ zou uitlaten

865 Zie Saltzburg & Capra, 2007, p. 703-705.

866 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 340, en Whitebread & Slobogin, 2008, p. 449-450.

867 Saltzburg & Capra, 2007, p. 705.

868 Zie voor de tekst daarvan paragraaf 6.3.

869 Zie paragraaf 6.3.

870 Zie hiervoor paragraaf 6.2.

871 *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974).

872 Zie bijv. *New York v. Quarles*, 467 U.S. 549 (1984).

over deze wetgeving, hij *Miranda* terzijde zou kunnen schuiven. Het Hooggerechtshof heeft echter geoordeeld dat de 'Miranda-regels' uit de grondwet voortvloeien en niet zonder meer door wetgeving terzijde kunnen worden gesteld, zodat U.S. Code § 3501 in zoverre strijdt met de grondwet. Het Hooggerechtshof herhaalde evenwel dat ook andere regelingen mogelijk zijn om de rechten van de verdachte te waarborgen en dat dergelijke regelingen ook bij wet in het leven kunnen worden geroepen, maar dat het dan wel moet gaan om ten aanzien van de bescherming van de rechten van de verdachte minstens zo effectieve maatregelen, willen deze de 'Miranda-regels' overbodig kunnen maken. Het terugkeren naar de 'due process voluntariness test' beschouwde het Hooggerechtshof in dit kader niet als 'minstens even effectief'.

6.5.2.3 Nadere interpretatie van *Miranda*

In de zeer uitgebreide rechtspraak die op *Miranda* is gevolgd, zijn de verschillende kern-elementen uit die beslissing door het Hooggerechtshof van een nadere interpretatie voor-

zien. Bij de bespreking van deze rechtspraak worden alleen de vanuit Nederlands perspectief meest interessante punten belicht.

In dit verband kan er bijvoorbeeld op worden gewezen dat het Hooggerechtshof voor de toepasselijkheid van de 'Miranda-rechtspraak' geen onderscheid maakt tussen zware of lichte strafbare feiten, omdat de 'coercive impact of custody' gelijk is. Praktische redenen om geen onderscheid te maken, zag het Hooggerechtshof verder in de omstandigheid dat in sommige gevallen – bijvoorbeeld bij verkeersongevallen – de agent nog niet weet of uiteindelijk een misdrijf of een lichter feit ten laste zal worden gelegd. Dat is soms ook afhankelijk van de vraag of de verdachte een recidivist is en van wat de gevolgen van het ongeval zullen zijn. Daar komt bij dat de regel dat 'Miranda-warnings' aan alle personen moeten worden gegeven die zich in 'custody' bevinden, goed werkbaar is.⁸⁷⁴

Het Vijfde Amendement beschermt, zoals gezegd, alleen tegen bepaald overheidshandelen. De 'Miranda-rechtspraak' is dus niet van toepassing op ondervraging door bijvoorbeeld een werkgever, een journalist of een

873 530 U.S. 428 (2000).

874 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 462, met verwijzing naar *Berkemer v. McCarthy*, 468 U.S. 420 (1984), waarin het Hooggerechtshof onder meer overwoog: "To create an exception to the Miranda rule when the police arrest a person for allegedly committing a misdemeanor traffic offense and then question him without informing him of his constitutional rights would substantially undermine the rule's simplicity and clarity and would introduce doctrinal complexities, particularly with respect to situations where the police, in conducting custodial interrogations, do not know whether the person has committed a misdemeanor or a felony. The purposes of the Miranda safeguards as to ensuring that the police do not coerce or trick captive suspects into confessing, relieving the inherently compelling pressures generated by the custodial setting itself, and freeing courts from the task of scrutinizing individual cases to determine, after the fact, whether particular confessions were voluntary, are implicated as much by in-custody questioning of persons suspected of misdemeanors as they are by questioning of persons suspected of felonies."

particuliere beveiligingsbeambte.⁸⁷⁵ Het hoeft echter niet in alle gevallen te gaan om ondervraging door politieagenten.⁸⁷⁶

Custody

De 'Miranda-warnings' zijn alleen nodig bij ondervraging in hechtenis ('custodial interrogation'). Dan is immers sprake van de aan de verhoorsituatie inherente druk waaraan de 'warnings' tegenwicht moeten bieden, ter bescherming van het 'privilege against self-incrimination'. Het gaat er dus niet om of de ondervraagde al dan niet een verdachte is, of dat de vraag ertoe strekt een mogelijk belastend antwoord te krijgen.⁸⁷⁷

Volgens de rechtspraak van het Hooggerechtshof is sprake van 'custody' in omstandigheden die een redelijke verdachte het idee kunnen geven dat hij is gearresteerd of zich in een daarmee vergelijkbare situatie bevindt.⁸⁷⁸

Ook als de verdachte in een dergelijke situatie wordt ondervraagd over een ander feit dan het feit waarvoor hij is aangehouden, zijn de Miranda-regels van toepassing.⁸⁷⁹ Of sprake is 'custody' hangt in belangrijke mate af van de plaats waar het contact tussen de politie en de verdachte plaatsvindt, de duur van het contact en het doel ervan.⁸⁸⁰ Het gaat daarbij om een objectieve toetsing. De persoonlijke opvattingen van de concrete verdachte noch die van de agent zijn van belang.⁸⁸¹

Hier wordt de door Whitebread & Slobogin aangebrachte categorisering van de rechtspraak aangehouden in gevallen van ondervraging

1. op straat;
2. in de woning;
3. op het politiebureau of een daarmee vergelijkbare plaats.⁸⁸²

875 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 463.

876 Zie *Mathis v. United States*, 391 U.S. 1 (1968) over ondervraging door agenten van de belastingdienst, *Minnesota v. Murphy*, 465 U.S. 420 (1984) over ondervraging door een 'probation officer' en *Estelle v. Smith*, 451 U.S. 454 (1981) over ondervraging door een psychiater.

877 Zie expliciet in deze zin *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977) en zie *Minnesota v. Murphy*, 465 U.S. 420 (1984), waarin het Hooggerechtshof onder meer oordeelde: "A witness confronted with questions that the government should reasonably expect to elicit incriminating evidence ordinarily must assert the Fifth Amendment privilege rather than answer if he desires not to incriminate himself. If he chooses to answer rather than to assert the privilege, his choice is considered to be voluntary since he was free to claim the privilege and would suffer no penalty as a result of his decision to do so."

878 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 456: "that he was under arrest or its functional equivalent".

879 *Mathis v. United States*, 391 U.S. 1 (1968). In die zaak was de betrokkene door agenten van de belastingdienst in de gevangenis ondervraagd, terwijl hij een straf voor een ander feit uitzat.

880 In verband met het doel van de ondervraging als beoordelingsfactor wordt hier gewezen op *Estelle v. Smith*, 451 U.S. 454 (1981). Daarin was sprake van een door het gerecht na arrestatie bevolen psychiatrisch onderzoek waarvan de resultaten konden worden betrokken in de beoordeling van de schuldvraag of de strafoplegging, waarbij de doodstraf op het spel stond. Een ondervraging in dit kader door een psychiater moet worden voorafgegaan door 'Miranda-warnings'.

881 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 456, en zie bijv. *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984).

882 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 456-462.

Ad 1. In *Berkemer v. McCarty*⁸⁸³ had een agent gezien dat McCarty slingerde op de snelweg en zette hij hem aan de kant. Toen het de agent opviel dat McCarty moeite had met staan, besloot hij dat hij tegen hem proces-verbaal zou opmaken ter zake van een verkeersovertreding en dat hij niet vrij zou zijn te vertrekken, maar McCarty werd op dat moment nog niet gezegd dat hij zou worden vastgehouden. Toen McCarty niet in staat bleek zonder te vallen een zogenaamde 'field sobriety test' te volbrengen, vroeg de agent hem of hij verdovende middelen had gebruikt, waarop McCarty antwoordde kort tevoren twee bier te hebben gedronken en marihuana te hebben gerookt. Daarop werd hij formeel gearresteerd en overgebracht naar een politiebureau, alwaar bij een bloedonderzoek geen alcohol in zijn bloed kon worden aangetoond. Bij de daaropvolgende ondervraging legde McCarty wederom een belastende verklaring af. Aan McCarty waren op geen enkel moment 'Miranda-warnings' gegeven.

Het Hooggerechtshof oordeelde in deze zaak dat elke aan 'custodial interrogation' onderworpen persoon gerechtigd is tot de procedurele waarborgen van de 'Miranda-regels', ongeacht de aard of de ernst van het feit waarvan hij wordt verdacht of waarvoor hij is gearresteerd. De door McCarty op het politiebureau afgelegde verklaring kon daarom niet voor het bewijs gebruikt worden, omdat McCarty zich in 'custody' bevond vanaf het moment van zijn formele arrestatie en hij niet overeenkomstig de 'Miranda-regels' gewezen

was op zijn rechten. Voorts oordeelde het Hooggerechtshof dat de ondervraging van McCarty nadat hij aan de kant was gezet – "the roadside questioning of a motorist detained pursuant to a routine traffic stop" – geen 'custodial interrogation' opleverde. De voorafgaand aan de formele arrestatie afgelegde verklaringen waren mitsdien toelaatbaar als bewijs. Weliswaar is in een dergelijk geval sprake van een zekere beperking van de vrijheid van de bestuurder en bestaat enige druk om vragen te beantwoorden, maar die druk is niet van dien aard dat daardoor de mogelijkheid gebruik te maken van het 'privilege against self-incrimination' zodanig wordt verzwakt dat de noodzaak ontstaat te wijzen op grondwettelijke rechten. Daartoe overwoog het Hooggerechtshof dat een 'traffic stop' normaal gesproken kort duurt, terwijl de bestuurder – hoewel hij wellicht een bekeuring krijgt – in de meeste gevallen uiteindelijk zijn reis mag voortzetten. Alsmede, dat een 'traffic stop' in het algemeen in het openbaar plaatsvindt, terwijl de sfeer veel minder 'police dominated' is dan het geval is bij de vormen van verhoor waarop de Miranda-rechtspraak betrekking heeft. Ten aanzien van het aanvankelijk onuitgesproken voornemen van de agent om McCarty niet te laten vertrekken, overwoog het Hooggerechtshof: "A policeman's unarticulated plan has no bearing on the question whether a suspect was 'in custody' at a particular time; the only relevant inquiry is how a reasonable man in the suspect's position would have understood his situation."

Ook in geval van een zogenaamde 'Terry-stop'⁸⁸⁴ zijn geen 'Miranda-warnings' nodig. In de zaak *Miranda* overwoog het Hooggerechtshof al dat zijn beslissing geen betrekking had op algemene 'on-the-scene' ondervraging betreffende de feiten rondom een misdrijf noch andere algemene ondervraging van burgers in het kader van het feitenonderzoek. In *McCarty* werd overwogen dat het relatief niet-bedreigende karakter van 'investigative detentions' verklaart waarom op 'Terry-stops' de 'Miranda-regels' niet van toepassing zijn. Opmerking verdient daarbij dat wanneer de 'stop' langer duurt of kenmerken heeft die de situatie met een arrestatie vergelijkbaar maken, zoals bij boeien of aanhoudende ondervraging in een geïsoleerde setting het geval kan zijn, toch sprake kan zijn van 'custody'.⁸⁸⁵

Ad 2. Ondervraging in de woning is onder normale omstandigheden niet 'custodial'.⁸⁸⁶ 'Miranda-warnings' zijn dan dus niet nodig. Dat kan anders zijn in voor de ondervraagde bijzonder indringende situaties, zoals het geval was in de zaak *Orozco v. Texas*,⁸⁸⁷ waarin vier politieagenten de betrokkene om vier uur 's morgens in zijn slaapkamer wekten en direct aanvingen hem te ondervragen over een moord.

Ad 3. Niet elke ondervraging op het politiebureau is 'custodial'. In gevallen waarin de

verdachte niet gearresteerd wordt, maar vrijwillig naar het politiebureau komt en daar na een korte ondervraging weer mag vertrekken zijn geen 'Miranda-warnings' vereist.⁸⁸⁸ Dat geldt ook indien het verschijnen op het politiebureau minder vrijwillig is. In het geval van een onder toezicht staande voorwaardelijk veroordeelde, die als onderdeel van de toezichtprocedure een verplicht gesprek had met zijn 'probation officer' en daarin bekende een verkrachting en een moord te hebben gepleegd, achtte het Hooggerechtshof *Miranda* bijvoorbeeld niet toepasselijk, omdat de bewegingsvrijheid van de veroordeelde niet op een met een formele arrestatie vergelijkbare wijze beperkt was, zo oordeelde hij in *Minnesota v. Murphy*.⁸⁸⁹ Daarbij besprak het Hooggerechtshof van Minnesota van belang had geacht bij het bereiken van het tegengestelde oordeel. Een en ander wordt hier wat uitvoeriger besproken om een beeld te krijgen van de wijze waarop het Hooggerechtshof redeneert bij de beantwoording van de vraag of sprake is van 'custody'.

Wat betreft de omstandigheid:

- a. dat de 'probation officer' Murphy's aanwezigheid en eerlijke beantwoording van vragen kon afdwingen, overwoog het Hooggerechtshof, dat het niet vermocht in te zien hoe daardoor een normaal interview transformeerde in een 'inherently

⁸⁸⁴ Zie daarover hiervoor paragraaf 5.2.5.1.

⁸⁸⁵ Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 457.

⁸⁸⁶ Zie bijv. *Beckwith v. United States*, 425 U.S. 341 (1976) waarin de betrokkene overdag thuis door een aantal agenten van de belastingdienst was ondervraagd.

⁸⁸⁷ 394 U.S. 324 (1969).

⁸⁸⁸ *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983) en *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977).

⁸⁸⁹ 465 U.S. 420 (1984).

coercive setting'. Daarbij wees het erop dat Murphy aldus aan minder intimiderende druk was onderworpen dan iemand die moet getuigen voor de 'Grand Jury'. Daar moet men zweren de waarheid te zullen spreken en is de hele setting gericht op het bevorderen van het spreken van de waarheid ('a setting conducive to truth-telling'). Het Hooggerechtshof onderkent weliswaar uitdrukkelijk dat in beide situaties 'Miranda-warnings' zouden kunnen helpen voorkomen dat bij degene die wordt gehoord het onjuiste idee postvat dat zijn verplichting tot het geven van eerlijke antwoorden ook geldt voor zover hij zichzelf daarmee zou belasten. Toch eist het Hooggerechtshof in geen van beide situaties dat 'Miranda-warnings' worden gegeven. In *Murphy* waren de omstandigheden van het geval in hun geheel beschouwd volgens het Hooggerechtshof, niet van dien aard dat Murphy niet meer in vrijheid zijn wil heeft kunnen bepalen ("the totality of the circumstances is not such as to overbear a probationer's free will").

Ten aanzien van de omstandigheid:

- b. dat de 'probation officer' bewust zocht naar belastend bewijsmateriaal, wees het Hooggerechtshof erop dat die omstandigheid niet op zichzelf de toepasselijkheid van *Miranda* meebrengt: "The mere fact that an investigation has focused on a suspect does not trigger the need for Miranda warnings in noncustodial settings,

Beckwith v. United States, 425 U.S. 341 (1976), and the probation officer's knowledge and intent have no bearing on the outcome of this case."

Ook de omstandigheid:

- c. dat Murphy geen vragen verwachtte over eerder crimineel gedrag en voorafgaand aan de ontmoeting geen raadsman kon raadplegen, achtte het Hooggerechtshof niet bijdragen aan het oordeel dat van een 'custodial interrogation' sprake zou zijn geweest. De aard van een voorwaardelijke straf en de bijbehorende procedure brengt mee dat een voorwaardelijk gestrafte moet verwachten ondervraagd te worden over breed scala aan onderwerpen in verband met zijn eerdere criminele gedrag. Voorts wees het Hooggerechtshof er onder meer op dat Murphy's situatie niet verschilde van verdachten die in een 'non-custodial setting' worden ondervraagd of van getuigen voor de 'Grand Jury' die zich niet bewust zijn van de scope van een onderzoek of van het feit dat zij worden gezien als potentiële 'defendants'.

Ten aanzien van de omstandigheid:

- d. dat er niemand bij het gesprek aanwezig was die zou kunnen waken tegen misbruik of bedrieglijke trucjes van de zijde van de 'probation officer', oordeelde het Hooggerechtshof dat ook hiervoor geldt dat dit vaak het geval zal zijn wanneer een verdachte wordt onderworpen aan 'noncusto-

dial interrogation'. Daarbij kwam dat Murphy niet had aangevoerd dat de zorgen van de 'probation officer' over de vraag of verdere behandeling nodig was niet gerechtvaardigd waren, terwijl haar handelen een redelijke voorwaardelijk veroordeelde niet zou hebben kunnen laten denken dat zijn verklaringen tegenover haar vertrouwelijk zouden blijven. Vervolgens overwoog het Hooggerechtshof dat onaannemelijk is dat het gesprek, dat plaatsvond op afspraak op een beide partijen conveniërend tijdstip, dezelfde boodschap zou uitzenden als een arrestatie kan doen, te weten, "that he has no choice but to submit to the officers' will and to confess". En voorts, dat van de 'unfamiliar atmosphere' en "interrogation environment . . . created for no purpose other than to subjugate the individual to the will of his examiner", waar het in *Miranda* om gaat, geen sprake was. Alsmede dat hier geen sprake was van de druk die in een situatie van 'custodial interrogation' uitgaat van insinuaties dat het verhoor doorgaat, totdat een bekentenis is verkregen. Murphy had het bureau van de 'probation officer' kunnen verlaten, zodat de situatie ook in dat opzicht niet vergelijkbaar was met een 'custodial interrogation' en de daarbij op de verdachte liggende druk "who is painfully aware that he literally cannot escape a persistent custodial interrogator".

Een vrij recent voorbeeld van de terughoudendheid van het Hooggerechtshof in het aannemen dat sprake is van 'custody', biedt de zaak *Yarborough v. Alvarado*.⁸⁹⁰ Daarin was de 17-jarige Alvarado verhoord op het politiebureau, zonder dat hem voorafgaand 'Miranda-warnings' waren gegeven. Hij was op verzoek van de politie door zijn ouders naar het bureau gebracht. Zijn ouders werd verzocht in de lobby te wachten, terwijl Alvarado vervolgens ongeveer twee uur achtereen werd ondervraagd. Pas nadat hij een bekentenis had afgelegd, werd hem gezegd dat hij kon vertrekken. In de 5-4 meerderheidsopinie van raadsheer Kennedy werd geoordeeld dat het statelijke gerecht in redelijkheid kon oordelen dat geen sprake was van 'custody'.⁸⁹¹ Daarbij werd erop gewezen dat Alvarado niet gearresteerd was, dat hij niet bedreigd was tijdens de ondervraging, dat hij niet door de politie maar door zijn ouders naar het bureau was gebracht, dat zijn ouders op het bureau aanwezig bleven, aldus suggererend dat het een kortdurend verhoor zou zijn, en dat Alvarado twee keer is gevraagd of hij een pauze wilde in de ondervraging. Raadsheer Breyer kwam overigens in zijn 'dissenting opinion' aan de hand van dezelfde factoren tot een tegengesteld oordeel.

In de meerderheidsopinie werd de gedachte verworpen dat de leeftijd en de mate van ervaring van de ondervraagde zou moeten worden betrokken in de beoordeling van de vraag of sprake is van custody. In dit kader zijn dergelijke – bij de 'voluntariness test' in de

890 541 U.S. 652 (2004).

891 Het betrof een 'habeas corpus'-zaak, waarin de door het Hooggerechtshof aangelegde toets niet is of de 'Miranda-rechtspraak' was geschonden, maar of het statelijke gerecht in redelijkheid kon oordelen dat zulks niet het geval was. Zie Whitebread & Slobobin, 2008, p. 460.

beoordeling te betrekken factoren – irrelevant. De daadwerkelijke ‘mindset’ van de ondervraagde is niet van belang, bij deze objectieve toets die, mede door dat objectieve karakter, een duidelijke richtlijn moet bieden aan de politie.⁸⁹²

Interrogation

Voor het vereist zijn van ‘Miranda-warnings’ moet niet alleen sprake zijn van ‘custody’, maar tevens van ‘interrogation’. In *Miranda* is dit begrip gedefinieerd als ondervraging op initiatief van opsporingsambtenaren. In *Rhode Island v. Innis*⁸⁹³ werd nader ingegaan op het begrip ‘interrogation’, zoals bedoeld in *Miranda*. Enerzijds werd de reikwijdte van dit begrip uitgebreid door behalve uitdrukkelijke ondervraging, tevens het functionele equivalent daarvan onder het begrip te brengen.⁸⁹⁴ Van het functionele equivalent van een uitdrukkelijke ondervraging is sprake bij ‘any words or actions’ van de zijde van de politie (anders dan die normaal zijn bij arrestatie en

‘custody’) waarvan de politie zou moeten weten dat zij redelijkerwijs kunnen leiden tot een incriminerende reactie van de verdachte. Anderzijds werd daarbij wel als eis gesteld dat het handelen – wil van een ‘interrogation’ sprake zijn – van dien aard moet zijn, dat het iets toevoegt aan de druk die inherent is aan ‘custody’.⁸⁹⁵ In de desbetreffende casus werd vervolgens niet aangenomen dat sprake was van het functionele equivalent van een uitdrukkelijke ondervraging. Politieagenten die de van een gewapende overval verdachte Innis naar het politiebureau brachten, voerden in zijn aanwezigheid onderling een gesprek over het gevaar dat het bij de overval gebruikte, maar nog niet gevonden wapen, vormde voor de in de omgeving van de vermoedelijke verstopplaats spelende gehandicapte kinderen. In reactie daarop wees Innis hen waar hij zijn shotgun had verstopt, hetgeen later als bewijs tegen hem werd gebruikt. In de meerderheidsopinie werd dit gekarakteriseerd als niets meer dan een dialoog tussen

892 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 461.

893 446 U.S. 291 (1980).

894 “We conclude that the Miranda safeguards come into play whenever a person in custody is subjected to either express questioning or its functional equivalent. That is to say, the term ‘interrogation’ under Miranda refers not only to express questioning, but also to any words or actions on the part of the police (other than those normally attendant to arrest and custody) that the police should know are reasonably likely to elicit an incriminating response from the suspect. The latter portion of this definition focuses primarily upon the perceptions of the suspect, rather than the intent of the police. This focus reflects the fact that the Miranda safeguards were designed to vest a suspect in custody with an added measure of protection against coercive police practices, without regard to objective proof of the underlying intent of the police. A practice that the police should know is reasonably likely to evoke an incriminating response from a suspect thus amounts to interrogation. But, since the police surely cannot be held accountable for the unforeseeable results of their words or actions, the definition of interrogation can extend only to words or actions on the part of police officers that they should have known were reasonably likely to elicit an incriminating response.”

895 “‘Interrogation,’ as conceptualized in the Miranda opinion, must reflect a measure of compulsion above and beyond that inherent in custody itself.”

twee agenten die niet uitnodigde tot een reactie van Innis. Ook in *Arizona v. Mauro*,⁸⁹⁶ waarin een gesprek tussen de gedetineerde Mauro en zijn echtgenote werd opgenomen, nadat hij zich tegenover de politie op zijn zwijgrecht had beroepen, viel niet onder het begrip 'interrogation'. Mauro was niet onderworpen aan dringende beïnvloeding, psychologische valstrikken of directe ondervraging, aldus de meerderheidsopinie. Zelfs directe ondervraging levert onder omstandigheden geen 'interrogation' op. In *Illinois v. Perkins*⁸⁹⁷ was een undercoveragent bij Perkins in zijn cel geplaatst, die incriminerende informatie van hem loskreeg. Omdat Perkins niet wist dat hij met een undercoveragent sprak, was door de ondervraging geen sprake van de volgens Innis vereiste extra druk om te verklaren. Volgens de 8-1 meerderheidsopinie was geen sprake van een door de politie gedomineerde sfeer waarop *Miranda* het oog heeft. Van een schending van het Zesde Amendement was, anders dan in de hiervoor in paragraaf 6.4.

besproken zaken, geen sprake, omdat Perkins nog niet 'charged' was.⁸⁹⁸ Ook sommige andere directe vragen van een politieagent vallen niet onder het begrip 'interrogation'. Bijvoorbeeld als het gaat om vragen in het kader van de 'booking-procedure' of in verband met het uitvoeren van een 'field test'.⁸⁹⁹ Ook wanneer de betrokkene vrijwillig naar het politiebureau gaat, kan een ondervraging buiten het begrip 'interrogation' vallen.⁹⁰⁰

Warnings

Min of meer geringe afwijkingen van de in *Miranda* voorgeschreven inhoud van de 'warnings' – ook wel 'de minimis variations' genoemd⁹⁰¹ – zijn volgens de rechtspraak van het Hooggerechtshof toelaatbaar.⁹⁰² Het Hooggerechtshof staat niet welwillend tegenover wel geopperde ideeën dat onder omstandigheden meer informatie zou moeten worden verstrekt dan is voorgeschreven in *Miranda*,⁹⁰³ zo leiden Whitebread & Slobogin

896 481 U.S. 520 (1987).

897 496 U.S. 296 (1990).

898 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 465.

899 Zie *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980) waarin wordt gesproken van 'any words or actions' en zie de ook in paragraaf 6.5.1.3. besproken zaak *Pennsylvania v. Muniz*, 496 U.S. 582 (1990) waarin Muniz was gearresteerd wegens rijden onder invloed van alcohol en zonder 'Miranda-warnings' naar een 'booking center' was overgebracht waar hij vragen beantwoordde betreffende zijn naam, adres, lengte, gewicht, kleur ogen, geboortedatum en leeftijd en daarbij struikelde over twee antwoorden en ook bij de uitvoering van een fysieke test van zijn nuchterheid zichzelf incriminerende verklaringen aflegde, doordat hij niet goed begreep wat van hem werd gevraagd.

900 *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983), waarin de verdachte zelf de politie belde om een doodslag te melden waarbij hij betrokken was en vervolgens, zonder dat hem gezegd was dat hij gearresteerd was, vrijwillig meeging naar het bureau en vragen beantwoorde.

901 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 467.

902 Zie *California v. Prysock*, 453 U.S. 355 (1981), *Duckworth v. Eagan*, 492 U.S. 195 (1989) en recent *Florida v. Powell*, No. 08-1175 (2010).

903 Bijvoorbeeld het uitdrukkelijk wijzen op de omstandigheid dat het gebruikmaken van zijn zwijgrecht niet tegen hem kan worden gebruikt, of dat ze de ondervraging op elk moment mogen staken. Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 469-470. Zie in dit verband ook LaFave, Israel & King, 2004, p. 361-362.

af uit *Colorado v. Spring*,⁹⁰⁴ waarin werd beslist dat de verdachte niet door zijn verhoorders geïnformeerd behoeft te worden over het feit waarover zij hem willen ondervragen en dat 'Miranda-warnings' niet tijdens een verhoor herhaald behoeven te worden, wanneer daarin van onderwerp wordt veranderd, in die zin dat een ander – ernstiger – feit aan de orde komt. Aandacht verdient hier nog de door het Hoogerechtshof ontwikkelde 'public-safety exception', die meebrengt dat onder bijzondere omstandigheden waarin de 'prosecution' kan aantonen dat het geven van de 'warnings' het publiek in gevaar zou kunnen brengen, de resultaten van een zonder voorafgaande 'Miranda-warnings' gehouden 'custodial interrogation' toch voor het bewijs kunnen worden gebruikt. Deze uitzondering werd aangenomen in de zaak *New York v. Quarles*,⁹⁰⁵ waarin politieagenten waren aangesproken door een jonge vrouw die zei zojuist te zijn verkracht en dat de dader net gewapend een supermarkt was binnengegaan. Nadat een agent de verdachte had gevonden en geboeid en voelde

dat hij een leeg holster droeg, vroeg hij hem waar het wapen was. Quarles knikte en zei dat het wapen 'over there' was, waarop de agent het wapen veilig stelde. Vervolgens arresteerde de agent Quarles formeel en gaf hij hem de 'Miranda-warnings'. Nadien gaf Quarles toe dat het wapen van hem was.

Eisen aan geldige waiver

In *Miranda* werd uitdrukkelijk overwogen dat op de overheid een zware bewijslast rust om aan te tonen dat de verdachte, die in het kader van een 'custodial interrogation' een verklaring heeft afgelegd, bewust en doordacht ('knowingly and intelligently') afstand heeft gedaan van zijn zwijgrecht en zijn recht op rechtsbijstand. Ook anderszins spreekt uit de overwegingen in die zaak de bedoeling de mogelijkheid van het doen van afstand van het zwijgrecht en het recht op rechtsbijstand met stevige waarborgen te omkleden.⁹⁰⁶ Aan *Miranda* is in de rechtspraak die daarop is gevolgd ook in dit opzicht een enge interpretatie gegeven. Wat betreft de op de over-

904 479 U.S. 564 (1987), waarin de verdachte zonder nadere waarschuwing ook werd verhoord voor een ander feit dan het feit waarvoor hij was gearresteerd.

905 467 U.S. 649 (1984). Saltzburg & Capra, 2007, p. 735-736, wijzen erop dat het Hoogerechtshof deze beslissing baseerde op het door *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000) achterhaalde idee dat de 'Miranda-rechten' niet op zichzelf door de grondwet beschermde rechten zijn, maar geven ook aan dat in *Dickerson* beoogd is eerdere rechtspraak zoals *Quarles v. United States* geïncorporeerd te achten in de grondwettelijke 'Miranda-rechtspraak'. Zie voor nadere lagere rechtspraak over deze exceptie: *Georgetown Law Journal*, 2007, p. 178, voetnoot 545.

906 Zie de overwegingen in de meerderheidsopinie onder III, onder meer inhoudend: "An express statement that the individual is willing to make a statement and does not want an attorney followed closely by a statement could constitute a waiver. But a valid waiver will not be presumed simply from the silence of the accused after warnings are given or simply from the fact that a confession was in fact eventually obtained. A statement we made in *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506, 516 (1962), is applicable here: "Presuming waiver from a silent record is impermissible. The record must show, or there must be an allegation and evidence which show, that an accused was offered counsel but intelligently and understandingly rejected the offer. Anything less is not waiver.""

heid rustende bewijslast is in *Colorado v. Connelly*⁹⁰⁷ geoordeeld dat deze het bestaan van een geldige 'waiver' moet aantonen 'by a preponderance of evidence',⁹⁰⁸ niet een bijzonder zware bewijslast, zo merken Whitebread & Slobogin op.⁹⁰⁹ Hoewel in een van de gelijktijdig met de zaak *Miranda* besliste zaken een 'articulated waiver' werd geëist,⁹¹⁰ is nadien in sommige gevallen een niet uitdrukkelijke 'waiver' geldig geacht.⁹¹¹ Ook in sommige gevallen, waarin zou kunnen worden getwijfeld of wel sprake is van een bewuste en door-dachte afstand van het zwijgrecht en het recht op rechtsbijstand, heeft het Hoogerechtshof

in meerderheid geoordeeld dat daarvan sprake was.⁹¹²

In hun analyse van de rechtspraak van het Hoogerechtshof over gebreken aan 'Miranda-warnings' schrijven Whitebread & Slobogin dat het nuttig lijkt te onderscheiden tussen gevallen van misleiding ten aanzien van de inhoud van de 'Miranda-warnings' en misleiding ten aanzien van andere aspecten van de zaak. Als de politie de verdachte op het idee brengt dat hem geen zwijgrecht of recht op rechtsbijstand toekomt, wordt de verdachte geconfronteerd met het 'cruel trilemma'⁹¹³ waartegen het 'privilege against self-incrimina-

907 479 U.S. 157 (1986).

908 Zie over de inhoud van die maatstaf hierna paragraaf 6.6.4.2.

909 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 473.

910 Te vinden onder *Miranda v Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) aan het slot van de meerderheidsopinie onder No. 761.

911 Zie *North Carolina v. Butler*, 441 U.S. 369 (1979) waarin Butler de 'Miranda-warnings' waren gegeven en die tevens kennis had genomen van een 'Advice of Rights-form' dat hij zei te hebben begrepen, maar die weigerde dat formulier te ondertekenen en geen verklaring aflegde over of hij afstand deed van zijn zwijgrecht en zijn recht op rechtsbijstand, maar vervolgens wel aangaf bereid te zijn te praten.

912 Zie: *Connecitcut v. Barrett*, 479 U.S. 523 (1987), waarin de verdachte zei de 'Miranda-warnings' te hebben begrepen, maar enerzijds uitdrukkelijk weigerde een schriftelijke verklaring te geven voordat hij met een raadsman zou hebben gesproken, doch anderzijds verklaarde er geen probleem mee te hebben met de politie te praten. *Wyrick v. Fields*, 459 U.S. 42 (1982) waarin de verdachte, die bijstand van een raadsman had gevraagd en gekregen, in afwezigheid van zijn raadsman instemde met het afleggen van een leugendetector-test. Voorafgaand aan de test tekende hij een formulier waarin hij verklaarde afstand te doen van zijn recht op bijstand van een raadsman en waarin hij werd geïnformeerd dat hij steeds kon weigeren vragen te beantwoorden. Vervolgens klaagde hij over het gebruik van de belastende verklaringen die hij aflegde op vragen die hem werden gesteld naar aanleiding van de resultaten van de test. In het hiervoor ook genoemde *Colorado v. Spring*, 479 U.S. 564 (1987) werd het bewuste en doordachte karakter van de gedane afstand niet aangetast geacht door het feit dat verdachte niet was gewaarschuwd dat het verhoor ook betrekking zou hebben op een ander feit dan het feit waarvoor hij was gearresteerd. In *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412 (1986) werd de geldigheid van de gedane afstand niet aangetast geacht door het feit dat tegen de raadsman van de verdachte was gezegd dat pas de volgende dag begonnen zou worden met het verhoor van de verdachte, maar dezelfde dag nog de verdachte werd verhoord over een moord, zonder hem ervan te verwittigen dat zijn raadsman had gebeld. Zelf had hij niet om een raadsman gevraagd.

913 Bekennen, liegen of nadeel ondervinden van zwijgen, zie hiervoor paragraaf 6.5.1.3.

tion' hem beoogt te beschermen, dan volgt in beginsel bewijsuitsluiting. Als de politie echter verzuimt bij de verdachte een onjuist beeld bij te stellen omtrent de wijze waarop een beroep moet worden gedaan op een voorbedoeld recht, hem niet voorafgaand aan de gedane afstand duidelijk heeft gemaakt welke vervolgstappen zij voor ogen hebben of verzuimen hem te informeren over alle voor zijn beslissing mogelijk relevante feiten, doet het bedoelde 'trilemma' zich niet voor.⁹¹⁴

Alsnog waiver na een beroep op het zwijgrecht of het recht op rechtsbijstand

Wanneer aanvankelijk een beroep is gedaan op het zwijgrecht of het recht op rechtsbijstand, kan daarvan alsnog op een later moment geldig afstand worden gedaan.

In de zaak *Michigan v. Mosley*,⁹¹⁵ had de verdachte een beroep gedaan op zijn zwijgrecht. De door de verdachte afgelegde belastende verklaringen over een ander feit, die hij had afgelegd toen hij twee uur later door een andere politieagent in een andere ruimte over dat andere feit werd verhoord nadat hem wederom 'Miranda-warnings' waren gegeven, werden door het Hooggerechtshof bruikbaar geacht voor het bewijs. Of onder omstandigheden ook hernieuwde ondervraging toelaatbaar is over het feit ten aanzien waarvan de verdachte zich op zijn zwijgrecht heeft beroepen, is niet glashelder. In *Moran v. Burbine*,⁹¹⁶ beriep de verdachte zich aanvankelijk ook op zijn zwijgrecht en werden de belastende ver-

klaringen bruikbaar geacht die waren afgelegd bij een hernieuwde ondervraging die vijf uur later plaatsvond. Maar daar was niet duidelijk of het beroep op het zwijgrecht het feit betrof waarover hij later werd verhoord en verklaarde.⁹¹⁷

In *Edwards v. Arizona*,⁹¹⁸ oordeelde het Hooggerechtshof dat Edwards' belastende verklaringen niet voor het bewijs gebruikt mochten worden. Hij had tegen de politie gezegd eerst met een advocaat te willen spreken 'before making a deal'. De volgende dag kwamen twee agenten die hem nader wilden ondervragen. Hij weigerde dat, maar de 'detention officer' zei dat het moest. Vervolgens legde Edwards tegenover de twee agenten, nadat hem 'Miranda-warnings' waren gegeven, maar voordat hij met een raadsman had kunnen overleggen, een verklaring af. Volgens het Hooggerechtshof was het afleggen van die verklaring niet voorafgegaan door een geldige afstand van het recht op rechtsbijstand. Indien een verdachte, zo oordeelde het Hooggerechtshof, zijn wens tot uitdrukking heeft gebracht om zijn verdere contacten met de politie via een raadsman te laten verlopen, mag hij gedurende twee weken niet verder aan 'interrogation' worden onderworpen, totdat hij van bijstand van een raadsman is voorzien, tenzij de verdachte zelf het initiatief neemt tot verdere communicatie met de politie. In latere rechtspraak is uitgemaakt dat voor een geldig beroep op het recht op rechtsbijstand nodig is, dat de verdachte daar gedurende

914 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 476.

915 423 U.S. 96 (1975).

916 475 U.S. 412 (1986).

917 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 478.

918 451 U.S. 477 (1981). Zie *Maryland v. Shatzer*, no. 08-680 (2010).

een 'interrogation' op een ondubbelzinnige wijze om vraagt.⁹¹⁹ Indien zulks het geval is, mag de ondervraging niet worden hervat, totdat de verdachte van rechtsbijstand is voorzien. Ook ondervraging ter zake van een ander feit is niet toegestaan.⁹²⁰ Bij een nadere ondervraging is in beginsel de aanwezigheid van de raadsman vereist. Dat in de tussentijd een raadsman is geconsulteerd, is niet toereikend.⁹²¹ Wel mag de ondervraging worden hervat als de verdachte daartoe zelf het initiatief neemt.⁹²² Aan het oordeel dat daarvan sprake is, worden geen erg hoge eisen gesteld.⁹²³

6.6 Exclusionary rule

Een bekentenis die tot stand is gekomen met schending van de hiervoor besproken grondwettelijke bepalingen, dient net als een bekentenis die het uitvloeisel is van een onrechtmatige arrestatie⁹²⁴ of een onrechtmatige search and seizure⁹²⁵ van het bewijs te worden uitgesloten. In de rechtspraak van het Hoogerechtshof is deze hoofdregel op drie manieren genuanceerd. Ten eerste door het vereiste van standing, ten tweede door in

sommige gevallen een onrechtmatig verkregen bekentenis wel bruikbaar te achten als 'impeachment evidence' en ten derde door als vruchten van de onrechtmatige bewijsverkrijging verkregen ander bewijs, niet altijd ontoelaatbaar te achten.⁹²⁶ Hierna worden deze nuances nader belicht.

6.6.1 Standing

Ook in het kader van onrechtmatig verkregen bekentenissen geldt de algemene regel dat geen beroep kan worden gedaan op bewijsuitsluiting ten aanzien van bewijsmateriaal dat is verkregen met schending van de rechten van een ander.⁹²⁷ Zij het dat een door een ander afgelegde verklaring vanzelfsprekend onbruikbaar is wanneer deze onder zodanige omstandigheden tot stand is gekomen dat zij onbetrouwbaar moet worden geacht.⁹²⁸ Maar dat staat dan alleen in de weg aan het gebruik van die ene verklaring. Whitebread & Slobogin wijzen erop dat eventueel naar aanleiding van die verklaring verkregen bewijs, mits dit wel betrouwbaar is, kan worden gebruikt. Zij wijzen voorts nog op de situatie waarin de 'Confrontation Clause' uit het Zesde Amendement⁹²⁹ in

919 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 479-482, voor een bespreking met verdere verwijzingen naar rechtspraak.

920 *Arizona v. Robertson*, 486 U.S. 675 (1988).

921 *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146 (1990).

922 *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981).

923 *Oregon v. Bradshaw*, 462, U.S. 1039 (1983).

924 *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

925 *Fahy v. Connecticut*, 375 U.S. 85 (1963).

926 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 492.

927 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 492.

928 Zie *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971).

929 Luidende dat "[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witnesses against him".

de weg staat aan bruikbaarheid voor het bewijs van een door een ander afgelegde verklaring, te weten wanneer een verdachte niet de gelegenheid heeft om de getuige voorafgaand of tijdens het strafproces te ondervragen, bijvoorbeeld in het geval de getuige een medeverdachte is, die zich ter zitting op zijn zwijgrecht beroept.⁹³⁰

6.6.2 Impeachment evidence

Net als in het kader van met schending van het Vierde Amendement verkregen bewijsmateriaal⁹³¹ heeft het Hoogerechtshof ook met schending van het Vijfde en Zesde Amendement verkregen bekentenissen onder omstandigheden bruikbaar geacht als 'impeachment evidence'. Ook hier maakt het Hoogerechtshof een afweging van de voor- en nadelen van toepassing van bewijsuitsluiting. Een goed voorbeeld daarvan biedt de zaak *Harris v. New York*.⁹³² Daarin werd als nadeel van een zich over de 'impeachment procedure' uitstreckende bewijsuitsluitingsregel gesignaleerd dat het de verdachte daarmee makkelijk werd gemaakt meinedig te ver-

klaren.⁹³³ Wat betreft het sturen van politie-optreden, werd toepassing van de bewijsuitsluitingsregel in de 'case-in-chief' toereikend geacht, terwijl in dit opzicht ook weinig effect werd verwacht van uitbreiding van die regel naar de 'impeachment procedure'.⁹³⁴ In de 'dissenting opinion' van raadsheer Brennan⁹³⁵ wijst hij op het belang van het 'privilege against self-incrimination' en op het recht 'to take the stand'. Aan dat recht wordt zijns inziens afbreuk gedaan door met schending van *Miranda* verkregen verklaringen bruikbaar te achten als 'impeachment evidence'. Volgens hem geeft dit de politie een vrijbrief de verdachte zonder inachtneming van *Miranda* te verhoren in de wetenschap dat een eventueel verkregen verklaring weliswaar niet in de 'case-in-chief' mag worden gebruikt, maar wel om de door de verdachte ter zitting af te leggen verklaring te ontkrachten. De zaak *Oregon v. Hass*,⁹³⁶ waarin de bekentenis was verkregen nadat de ondervraging van de verdachte in strijd met *Miranda* was voortgezet nadat hij om bijstand van een raadsman had gevraagd, laat een vergelijkbare afweging en uitkomst zien. Dat geldt evenzeer voor de

930 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 493, waar zij verwijzen naar *Bruton v. United States*, 391 U.S. 123 (1968).

931 Zie hiervoor paragraaf 5.3.3.

932 401 U.S. 222 (1971).

933 Geciteerd werd uit *Walder v. United States*, 347 U.S. 62 (1954): "T]here is hardly justification for letting the defendant affirmatively resort to perjurious testimony in reliance on the Government's disability to challenge his credibility." Voorts werd overwogen: "Every criminal defendant is privileged to testify in his own defense, or to refuse to do so. But that privilege cannot be construed to include the right to commit perjury. (...) Having voluntarily taken the stand, petitioner was under an obligation to speak truthfully and accurately, and the prosecution here did no more than utilize the traditional truth-testing devices of the adversary process."

934 "The shield provided by *Miranda* cannot be perverted into a license to use perjury by way of a defense, free from the risk of confrontation with prior inconsistent utterances", aldus de meerderheidsopinie van het Hoogerechtshof.

935 Waarbij de raadsheren Douglas en Marshall zich aansloten.

936 420 U.S. 714 (1975).

recente beslissing in de zaak *Kansas v. Ventris*,⁹³⁷ waarin met schending van het Zesde Amendement door een informant in de cel belastende verklaringen van de verdachte waren verkregen. Indien de bekentenis niet is verkregen door schending van de 'prophylactic' 'Miranda-regels', maar sprake is van een bekentenis die als afgedwongen moet worden beschouwd op basis van 'due process voluntariness test', zodat het Vijfde Amendement gebruik daarvan tegen een verdachte in zijn strafzaak direct verbiedt, mag deze echter ook niet als 'impeachment evidence' worden gebruikt.⁹³⁸

Ook bestaat rechtspraak over het gebruik in het kader van de 'impeachment'-procedure van het aanvankelijke zwijgen van de verdachte. Zo mag een door de verdachte, nadat hij de 'Miranda-warnings' heeft gehad, gedaan beroep op zijn zwijgrecht niet tegen hem worden gebruikt, bijvoorbeeld wanneer hij pas ter zitting een hem disculperende verklaring aflegt.⁹³⁹ Maar, als de verdachte nadat hem de 'Miranda-warnings' zijn gegeven wel een verklaring heeft afgelegd, mag hem wel worden gevraagd waarom zijn ter zitting gegeven verklaring daarvan afwijkt.⁹⁴⁰

6.6.3 Fruit

Een wegens schending van de 'Miranda-regels'⁹⁴¹ voor het bewijs (in de 'case-in-chief') onbruikbare verklaring kan leiden tot de verkrijging van ander bewijsmateriaal: zogenaamd 'derivative evidence'. Dat afgeleide bewijsmateriaal kan bestaan uit een herhaalde bekentenis, een verklaring van een getuige of fysiek bewijsmateriaal.

6.6.3.1 Herhaalde bekentenis

In de zaak *Oregon v. Elstad*⁹⁴² ging het om een verdachte die zijn betrokkenheid bij een inbraak bekende voordat hem 'Miranda-warnings' waren gegeven, en die vervolgens nadat hem 'Miranda-warnings' waren gegeven een uitgebreide bekentenis aflegde. Door hem werd betoogd dat zijn aanvankelijke verklaring 'de kat uit de zak had gelaten', zodat zijn latere verklaring – nu de kat niet in de zak terug kon worden gestopt – als 'fruit of the poisonous tree' van het bewijs moest worden uitgesloten. Daartoe verwees hij naar de zaak *Wong Sun v. United States*,⁹⁴³ waarin het ging om de reikwijdte van de verboden 'fruit-doctrine' in het kader van het Vierde Amende-

937 No. 07-1356 (2009). Zie kritisch over deze uitspraak Colb, 2009.

938 Zie *New Jersey v. Portash*, 440 U.S. 450 (1979) en *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 385 (1978), waarin onder meer werd overwogen "any criminal trial use against a defendant of his involuntary statement is a denial of due process of law". En voor een geval van een met schending van het Zesde Amendement verkregen verklaring *Michigan v. Harvey*, 494 U.S. 344 (1990).

939 Zie *Doyle v. Ohio*, 426 U.S. 610 (1976).

940 Zie *Anderson v. Charles*, 447 U.S. 404 (1980).

941 Op de vraag of van een met schending van het Zesde Amendement verkregen verklaring afgeleid bewijsmateriaal bruikbaar is, heeft het Hooggerechtshof nog geen duidelijke beslissing gegeven: *Whitebread & Slobogin*, 2008, p. 498.

942 470 U.S. 298 (1985).

943 371 U.S. 471 (1963). Hiervoor uitgebreider besproken in paragraaf 5.3.1.

ment. In de meerderheidsopinie in *Elstad* werd de verboden-fruit regel in gevallen van schending van het Vierde Amendement onderscheiden van gevallen van schending van de 'Miranda-regels'. Daarbij werd erop gewezen dat de 'Miranda-regels' niet op zichzelf door de grondwet gewaarborgde rechten zijn, maar voorzorgsmaatregelen ('prophylactic rules') die strekken tot bescherming tegen gedwongen zelf-incriminatie. Aldus de meerderheidsopinie betekent het geschonden zijn van 'Miranda-regels' niet per se dat het grondwettelijke recht ter bescherming waarvan die regels strekken ook daadwerkelijk is geschaad. Vervolgens wordt geoordeeld dat:

"If errors are made by law enforcement officers in administering the prophylactic Miranda procedures, they should not breed the same irremediable consequences as police infringement of the Fifth Amendment itself. It is an unwarranted extension of Miranda to hold that a simple failure to administer the warnings, unaccompanied by any actual coercion or other circumstances calculated to undermine the suspect's ability to exercise his free will, so taints the investigatory process that a subsequent voluntary and informed waiver is ineffective for some indeterminate period."

Daarbij werd in aanmerking genomen dat, in elk geval in de onderliggende casus, een causaal verband tussen enig psychologisch nadeel veroorzaakt door de eerste verklaring en de beslissing van Elstad om een uitgebreide verklaring af te leggen 'is speculative

and attenuated at best'. De enkele omstandigheid dat 'de kat uit de zak was', werd niet voldoende geacht om een causaal verband aan nemen. Dat zou in de visie van de meerderheid een ongerechtvaardigd zware wissel trekken op opsporingsbelangen, omdat het de verdachte die is ingegaan op ondervraging voorafgaand aan 'Miranda-warnings' in feite immuniteit zou verlenen ten aanzien van de gevolgen van een na 'Miranda-warnings' af te leggen verklaring.⁹⁴⁴ Voorts werd het niet nodig geoordeeld dat de verdachte die een hemzelf belastende verklaring heeft afgelegd zonder dat hem de 'Miranda-warnings' waren gegeven, er voorafgaand aan het afleggen van een volgende – wel door 'Miranda-warnings' voorafgegane – verklaring op wordt gewezen dat zijn eerdere verklaring (mogelijk) niet voor het bewijs kan worden gebruikt. Dat werd niet praktisch geoordeeld, omdat voor een politieagent soms moeilijk te beoordelen is, bijvoorbeeld vanwege de niet steeds gemakkelijk te beantwoorden vraag of sprake is van 'custody', of 'warnings' vereist zijn. Uitgangspunt is dus dat een na 'Miranda-warnings' afgelegde bekentenis bruikbaar is voor het bewijs, ook al is deze voorafgegaan door een zonder 'warnings' afgelegde bekentenis. De aan te leggen toets is of de eerste verklaring vrijwillig is afgelegd en zo nee, of de smet van die de aldus tot stand gekomen verklaring vervlogen is door bijvoorbeeld tijdsverloop tussen het eerste en het tweede verhoor of bijvoorbeeld door een verandering in de verhoorsituatie.⁹⁴⁵

944 "An immunity that comes at high cost to legitimate law enforcement activity, while adding little desirable protection to the individual' interest in not being compelled to testify against himself."

945 "When a prior statement is actually coerced, the time that passes between confessions, the change in place of interrogations, and the change in identity of the interrogators all bear on whether that coercion has carried over into the second confession."

In zijn in scherpe bewoordingen vervatte 'dissenting opinion' wees raadsheer Brennan erop, gemotiveerd aan de hand van voorbeelden en literatuur over verhoren, dat de praktijk juist leert dat in het algemeen wel degelijk een causaal verband bestaat tussen een eerste verklaring zonder 'warnings' en het afleggen van een tweede bekentenis. Als de 'kat uit de zak' is, zal de verdachte veelal veronderstellen dat het geen zin meer heeft te zwijgen in een nieuwe na 'Miranda-warnings' af te leggen verklaring. Daarmee geeft de meerderheidsopinie in zijn visie de politie aanleiding en ruimte om te proberen de 'Miranda-regels' te omzeilen, door eerst zonder 'warnings' de verdachte tot een bekentenis te brengen, om vervolgens de 'warnings' te geven en hem dan de bekentenis te laten herhalen. Daarbij wees hij erop dat dit een in de praktijk veelvuldig toegepaste tactiek is. Een juiste benadering van de voorliggende kwestie zou volgens Brennan zijn, om ook hier de uit de rechtspraak betreffende het Vierde Amendement bekende 'fruit-doctrine' toe te passen. Dat zou betekenen dat een tweede verklaring in beginsel als ontoelaatbare vrucht van de eerdere verklaring wordt beschouwd, maar dat de 'prosecution' de gelegenheid heeft aan te tonen dat de smet van de eerdere verklaring zonder voorafgaande 'warnings' 'is so attenuated as to justify the admission of the subsequent confession', bij welke beoordeling verscheidene factoren een rol kunnen spelen.⁹⁴⁶ Ook bestreed Brennan gemotiveerd dat

schendingen van de 'Miranda-regels' geen grondwetsschendingen opleveren en overtuigde hem de redenering waarom de verdachte voorafgaand aan zijn tweede verklaring niet gewezen hoeft te worden op de (mogelijke) onbruikbaarheid van de eerste verklaring, geenszins.

Wat betreft de verleiding die voor de politie uitgaat van de in *Elstad* gegeven regel bleek in *Missouri v. Seibert*⁹⁴⁷ het gelijk van Brennan. In die zaak had de verhorende politieagent eerst met opzet verzuimd 'Miranda-warnings' te geven. Pas nadat een bekentenis was verkregen, gaf hij de 'Miranda-warnings', en herhaalde Seibert haar eerdere bekentenis. Het ging hier niet om een incidentele of lokale praktijk. De strategie om pas na het verkrijgen van een eerste bekentenis de 'Miranda-warnings' te geven, werd in verschillende politiedepartementen toegepast en zelfs onderwezen door een nationaal instituut voor politietraining.⁹⁴⁸ Interessant is te zien hoe de benadering van deze zaak in de meerderheidsopinie, de verschillende 'concurring opinions' en de 'dissenting opinion' uiteenloopt. In de meerderheidsopinie werd *Elstad* gekenschetst als een 'good faith-Miranda-mistake' die in individuele zaken niet alleen reparabel is door zorgvuldige 'warnings' voorafgaand aan een meer uitvoerige ondervraging, maar die ook geen bedreiging vormt voor de 'warn-first practice' in het algemeen. Volgens de meerderheidsopinie staat in gevallen waarin een eerste ondervraging niet is voorafgegaan

946 Zie paragraaf 5.3.1.1. Bij schending van het Vierde Amendement dient getoetst te worden of de verkregen verklaring nog steeds als resultaat moet worden beschouwd van het onrechtmatig optreden: *United States v. Bayer*, 331 U.S. 532 (1947), *Lyons v. Oklahoma*, 322 U.S. 596 (1944), *Leyra v. Denno*, 347 U.S. 556 (1954), *Darwin v. Connecticut*, 391 U.S. 346 (1968).

947 542 U.S. 600 (2004).

948 Zie de meerderheidsbeslissing onder III.

door 'Miranda-warnings' de vraag centraal of de vervolgens gegeven 'Miranda-warnings' redelijkerwijs geacht kunnen worden desalniettemin effectief te zijn geweest, in die zin dat de ondervraagde zich bewust is geweest van het feit dat hij een keuze had al dan niet een voor het bewijs bruikbare verklaring af te leggen. Wanneer als techniek om een bekentenis te verkrijgen de 'Miranda-warnings' aanvankelijk niet worden gegeven, is waarschijnlijk dat van effectieve later gegeven 'warnings' geen sprake is. Vervolgens wordt een aantal punten aangewezen waarin *Seibert* afwijkt van *Elstad*. Gewezen wordt op de compleetheid en gedetailleerdheid van het eerste verhoor in *Seibert*, op de overlappende inhoud van beide verhoren, de timing en setting van beide verhoren, de continuïteit wat betreft de personen van de ondervragers en de mate waarin in de vraagstelling in het tweede verhoor gebruik is gemaakt van de antwoorden uit het eerste verhoor. De meerderheidsopinie sluit af met de zinsnede:

"Strategists dedicated to draining the substance out of Miranda cannot accomplish by training instructions what Dickerson held Congress could not do by statute."

De 'concurring opinions' wijken vooral hierin af van de meerderheidsopinie, dat zij een andere toets aanleggen. Raadsheer Breyer schrijft in zijn 'concurring opinion' dat de uit de rechtspraak ten aanzien van het Vierde Amendement bekende 'fruit-test' ook hier zou moeten worden toegepast, inclusief de 'good

faith'-exceptie. Bewijsuitsluiting moet in zijn visie volgen, tenzij het aanvankelijke verzuim plaatsvond 'in good faith' en tussenliggende gebeurtenissen de causale keten verbreken tussen het verzuim en de tweede verklaring. Raadheer Kennedy kiest een benadering die enkel ziet op de onderhavige casus en waarin geen regel wordt ontworpen voor elk 'tweefasen-verhoor', maar alleen voor de gevallen waarin sprake is van een poging om op berekenende wijze de 'Miranda-warnings' te ondermijnen. In een dergelijk geval dient de verklaring van na de 'warnings' te worden uitgesloten van het bewijs, voor zover gerelateerd aan de inhoud van de verklaring die voor het geven van de 'warnings' is afgelegd, tenzij reparatoire maatregelen zijn getroffen op basis waarvan iemand in de positie van de ondervraagde redelijkerwijs het belang zou begrijpen van de 'warnings' en een eventuele 'waiver'.

In de 'dissenting opinion' van raadsheer O'Connor⁹⁴⁹ wordt benadrukt dat de 'Miranda-regels' niet zelf grondwettelijke regels zijn, zoals het verbod op grond van het Vierde Amendement op 'unreasonable searches' dat wel is.⁹⁵⁰ Dat bepaalt ook de minder strenge behandeling van verzuimen van de 'Miranda-regels' in vergelijking met verzuimen die tot een directe schending van het Vierde Amendement leiden.⁹⁵¹ Met instemming wordt geconstateerd dat in de meerderheidsopinie niet de uit de rechtspraak over het Vierde Amendement bekende verboden-fruit-theorie

949 Voorzitter Rehnquist en de raadsheren Scalia en Thomas sloten zich daarbij aan.

950 "Unlike the Fourth Amendment exclusionary rule, the Miranda exclusionary rule serves the Fifth Amendment and sweeps more broadly than the Fifth Amendment itself."

951 "This court has made clear that there simply is no place for a robust deterrence doctrine with regard to violations of *Miranda v. Arizona*."

wordt toegepast.⁹⁵² Ook wordt door haar ingestemd met het afwijzen van een toetsing waarin het opzet van de agent centraal staat.⁹⁵³ "In general, we believe that sending state and federal courts on an expedition into the minds of police officers would produce a grave and fruitless misallocation of judicial resources." O'Connor wijst erop dat de bewijsmoeilijkheden die een dergelijke toets zou oproepen ook in andere context heeft geleid tot de afwijzing ervan.⁹⁵⁴ Zij bepleit vast te houden aan de tweeledige in *Eldstad* gehanteerde toets (eerste verklaring vrijwillig afgelegd? Zo nee, smet vervolgen ten aanzien van tweede verklaring?), en geeft aan dat ook onder die toets de onderhavige tweede verklaring vermoedelijk van het bewijs zou moeten worden uitgesloten.

6.6.3.2 Getuigenverklaring

De aanpak van het Hooggerechtshof in de zaak *Eldstad* sloot aan bij die in de zaak *Michigan v. Tucker*,⁹⁵⁵ waarin, nadat verzuimd was de verdachte te wijzen op zijn recht op rechtsbijstand, hij een verklaring aflegde waardoor de politie op het spoor kwam van een getuige die vervolgens een belastende verklaring aflegde. Ook daar zag het Hooggerechtshof

geen reden om de getuigenverklaring van het bewijs uit te sluiten. Daarbij werd in de overwegingen betrokken dat het politieoptreden geen inbreuk had gemaakt op verdachtes 'privilege against self-incrimination', maar "departed only from the prophylactic standards later laid down by this Court in *Miranda* to safeguard this privilege".⁹⁵⁶

6.6.3.3 Fysiek bewijsmateriaal

Indien als uitvloeisel van een met schending van de 'Miranda-regels' verkregen verklaring fysiek bewijsmateriaal wordt verkregen, kan dit voor het bewijs worden gebezigd. Dat volgt uit de zaak *United States v. Patane*.⁹⁵⁷ In die zaak wordt er in de meerderheidsbeslissing wederom op gewezen dat de 'Miranda-regels' als voorzorgsmaatregelen kunnen worden beschouwd tegen schending van de 'Self-incrimination'-clausule uit het Vijfde Amendement. Deze clausule wordt niet geschonden indien fysiek bewijsmateriaal tot het bewijs wordt toegelaten dat de vrucht is van een vrijwillig afgelegde verklaring. Ook wordt in de meerderheidsopinie overwogen dat de 'Self-incrimination'-clausule en dus ook de 'Miranda-regels' focussen op het proces ter zitting: "The *Miranda* rule is not a code of

952 In dit opzicht lijkt in de 'dissenting opinion' wat anders naar de meerderheidsopinie te worden gekeken dan in de 'concurring opinion' van raadsheer Breyer, die schrijft: "I believe the plurality's approach in practice will function as a 'fruits' test."

953 "Because voluntariness is a matter of the suspect's state of mind, we focus our analysis on the way in which suspects experience interrogation." "Thoughts kept inside a police officer's head cannot affect that experience."

954 Verwezen wordt naar *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984) en *Whren v. United States*, 517 U.S. 806 (1996). 955 417 U.S. 433 (1974).

956 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 498.

957 542 U.S. 630 (2004). Zie ook *Winsconsin v. Knapp*, 542 U.S. 952 (2004).

police conduct, and police do not violate the Constitution (or even the Miranda rule, for that matter) by mere failures to warn.” Er is alleen sprake van een schending van *Miranda* indien zonder ‘warnings’ verkregen verklaringen voor het bewijs worden gebruikt, niet reeds zodra verzuimd wordt de ‘warnings’ te geven.

Miranda heeft het oog op de uitsluiting van het bewijs van belastende verklaringen waarvan geen ‘Miranda-warnings’ vooraf zijn gegaan. Voor een uitbreiding van die regel tot als gevolg van een zodanige verklaring gevonden fysiek bewijsmateriaal is geen plaats, aldus de meerderheid.⁹⁵⁸

“Dickerson’s characterization of *Miranda* as a constitutional rule does not lessen the need to maintain the closest possible fit between the Self-Incrimination Clause and any judge-made rule designed to protect it.”

In de ‘concurring opinion’ van raadsheer Kennedy⁹⁵⁹ wordt erop gewezen dat het hier gaat om ‘non-testimonial’ bewijsmateriaal, zodat het Vijfde Amendement daarop geen betrekking heeft. In de ‘dissenting opinion’ van raadsheer Souter⁹⁶⁰ werd de zorg uitgesproken dat het niet toepassen van bewijsuitsluiting de politie aanleiding zou geven om geen ‘Miranda-warnings’ te geven in de hoop fysiek bewijsmateriaal op het spoor te komen.⁹⁶¹

6.6.4 Enkele procedurele aspecten

Hieronder wordt kort ingegaan op enkele aspecten van de procedure waarin de (on)bruikbaarheid van een bekentenis wordt beoordeeld.

6.6.4.1 *Verschillende procedures*

Van de drie in de verschillende jurisdicties toegepast soorten procedures waarin de bruikbaarheid van bekentenissen wordt getoetst, zijn er nog twee in gebruik. In de federale gerechten beoordeelt de ‘trial judge’ zelfstandig de toelaatbaarheid van het gebruik van een verkregen bekentenis als bewijsmateriaal. Dit wordt wel ‘the orthodox-rule’ genoemd.⁹⁶² Onder de daarvan afwijkende zogenaamde ‘Massachusetts-rule’ mag de jury tot een afwijkend oordeel komen, indien de ‘trial judge’ tot het oordeel is gekomen dat een bekentenis bruikbaar is voor het bewijs. De tot 1964 in de staat New York toegepaste procedure, waarin aan de jury die ook de schuldvraag diende te beslissen, in sommige gevallen was overgelaten te beoordelen of een verkregen bekentenis bruikbaar was voor het bewijs, werd door het Hooggerechtshof in de zaak *Jackson v. Denno*⁹⁶³ strijdig geoordeeld met

958 “But because these prophylactic rules (including the *Miranda* rule) necessarily sweep beyond the actual protections of the Self-incrimination Clauses, any further extension of these rules must be justified by its necessity for the protection of the actual right against compelled self-incrimination (...).”

959 Raadsheer O’Connor sloot zich daarbij aan.

960 Raadsheer Stevens en Ginsburg sloten zich daarbij aan.

961 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 503, wijzen in dit verband op *Winsconsin v. Knapp*, 542 U.S. 952 (2004) waarin het Hooggerechtshof de beslissing tot bewijsuitsluiting van fysiek bewijsmateriaal vernietigde onder verwijzing naar *Patane* in een geval waarin de ‘Miranda-regels’ opzettelijk waren geschonden teneinde dit bewijsmateriaal te bemachtigen.

962 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 504-505. Zie *Jackson v. Denno*, 378 U.S. 368 (1964), onder III.

963 378 U.S. 368 (1964). De zaak is van voor *Miranda*, zodat de nadruk ligt op de vrijwilligheid van de bekentenis.

de grondwet. Geoordeeld werd dat Jackson ertoe gerechtigd was, dat de procedure waarin wordt beslist over de bruikbaarheid van zijn bekentenis, voor een ander forum geschiedt dan hetgeen over zijn schuld of onschuld dient te beslissen. Anders bestaat het risico dat een ontoelaatbaar geoordeelde bekentenis toch op enige wijze een rol speelt in de beoordeling van de schuldvraag.

De redenering in *Denno* kent de volgende stappen:

- a. Er is sprake van een 'due process'-schending wanneer een veroordeling geheel of gedeeltelijk wordt gegrond op een afgedwongen bekentenis – ongeacht het waarheidsgehalte daarvan – ook als er voldoende ander bewijs is om de veroordeling op te baseren.
- b. Een verdachte ontleent aan de grondwet het recht op een eerlijke procedure ('fair hearing'), waarin los van het waarheidsgehalte van de bekentenis op betrouwbare wijze wordt vastgesteld of deze vrijwillig tot stand is gekomen.
- c. Dit kan wegens het gebrek aan bescherming van de rechten van de verdachte niet aan de 'trial jury' worden overgelaten, omdat niet valt te zeggen of deze een bekentenis als vrijwillig afgelegd heeft beschouwd en deze aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, dan wel deze terzijde heeft gelaten, omdat hij haar niet als vrijwillig afgelegd heeft beschouwd.⁹⁶⁴
- d. In de in New York gebezigde procedure is onvermijdelijk dat irrelevante en ontoelaat-

bare overwegingen betreffende het waarheidsgehalte van de bekentenis een rol spelen in de waardering van de vrijwilligheid van de totstandkoming ervan. Ook bestaat het gevaar dat een bekentenis die geacht wordt te zijn afgedwongen, een rol speelt in de beraadslaging over de schuld-vraag.

In zijn gedeeltelijk 'dissenting opinion' wijst raadsheer Black erop dat ook bij een beoordeling door een rechter de mogelijkheid bestaat dat het oordeel over de betrouwbaarheid van een bekentenis een rol speelt bij de beoordeling van de toelaatbaarheid ervan. Een betrouwbare bekentenis betekent een schuldige verdachte en een schuldige verdachte moet niet de dans ontspringen, wordt als het daarbij werkzame psychologische mechanisme gezien.

6.6.4.2 *Bewijslastverdeling en aan te leggen maatstaf*

Indien de verdachte aanvoert dat zijn bekentenis is verkregen met schending van de 'due process'-clausule, de 'Miranda-regels' of het Zesde Amendement, rust op de OvJ de plicht het tegendeel te bewijzen. Daarbij geldt geen erg strenge maatstaf. Dat geen sprake is geweest van een schending, moet worden aangetoond 'by a preponderance of evidence'. De eisen die op grond van deze maatstaf aan het bewijs moeten worden gesteld, laten zich moeilijk vangen in een eenduidige formule,

⁹⁶⁴ De jury deed alleen een uitspraak over de schuldvraag.

maar een 'preponderance of evidence' is wel aangeduid als net voldoende bewijs om de juistheid van het feit dat degene die het stelt waarschijnlijker te laten zijn dan de onjuistheid.⁹⁶⁵ Dit is dus duidelijk een lichtere maatstaf dan 'beyond reasonable doubt',⁹⁶⁶ waaronder moet worden verstaan 'moral certainty'.⁹⁶⁷ Indien wordt gesteld dat een bekentenis moet worden aangemerkt als vrucht van eerder onrechtmatig handelen, of dat later bewijsmateriaal is verkregen als gevolg van een onrechtmatig verkregen bekentenis wordt gewoonlijk de maatstaf uit *Nardone v. United States*⁹⁶⁸ aangelegd, te weten dat op de verdachte de last het verband aan te tonen tussen het onrechtmatig handelen en de bewijsverkrijging, waarna op de OvJ de last rust te bewijzen de op het verkregen bewijsmateriaal geen smet rust.⁹⁶⁹

6.7 Slotopmerkingen bij hoofdstuk 6

In dit hoofdstuk is behandeld op welke wijze door het Hoogerechtshof eisen worden gesteld aan de toelaatbaarheid als bewijsmateriaal van een verklaring van de verdachte waarin hij zichzelf belast. De bescherming die het Hoogerechtshof in dit kader heeft verschaft tegen het uitoefenen van druk op de verdachte om te verklaren en tegen manieren om van de verdachte die een advocaat in de arm heeft genomen een verklaring te ontfutselen, kent een uiteenlopende juridische

grondslag. In de loop der jaren is de aard van de toetsing verschoven. Eerst lag de nadruk op het beoordelen van de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaring, vervolgens op een beoordeling van de vrijwilligheid aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Vervolgens werd de bewijsuitsluitingsregel toegepast los van betrouwbaarheid of vrijwilligheid op verklaringen die in politiehechtenis zijn afgelegd in een periode van onnodige vertraging in het voorgeleiden van de verdachte aan een magistraat. De voor andere in politiehechtenis afgelegde verklaringen gehanteerde 'case-by-case' toetsing werd te bewerkelijk en in haar uitkomst te onvoorspelbaar geoordeeld door het 'Warren Court', dat in de op het Vijfde Amendement gegronde beslissing in de zaak *Miranda* een sterk formeel regulerende benadering koos van het verhoor van personen in hechtenis. Behalve het gebrek aan houvast dat de voordien geldende 'due process voluntariness test' aan politie en rechtspraak bood, vormde *Miranda* vooral ook een reactie op de destijds bestaande politiepraktijken, waarin verdachten tot een verklaring werden geprobeerd te bewegen door ze te isoleren van de buitenwereld en door vervolgens de druk langzaam op te voeren. Als bescherming tegen deze praktijken en als tegenwicht voor de aan het verhoor in hechtenis inherente druk, moest de verdachte voorafgaand daaraan op zijn rechten worden gewezen. Sindsdien wordt de rechtspraak over

965 Zie <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>, geraadpleegd op 30 juni 2009.

966 Zie Whitebread & Slobogin, 2008, p. 505. Zij verwijzen naar *Lego v. Twomey*, 404 U.S. 477 (1972) voor 'due process voluntariness' toetsing en naar *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157 (1986) voor 'Miranda-toetsing'.

967 Zie *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990).

968 308 U.S. 338 (1939).

969 LaFave, Israel & King, 2004, p. 546.

bekentenissen gedomineerd door de 'Miranda-regels'.

Toepassing van de bewijsuitsluitingsregel is ook in dit kader de enige mogelijk aan vormfouten te verbinden consequentie. De context waarin die regel functioneert, is hier wel een duidelijk andere dan bij schendingen van het Vierde Amendement. Dat betreft zowel de betrokken belangen als de juridische vormgeving van de bescherming van die belangen. Het afdwingen van bekentenissen wordt in strijd geacht met een behoorlijke geciviliseerde strafrechtspleging. Regulering van de wijze waarop bekentenissen kunnen worden verkregen, strekt daarom onder meer ertoe behoorlijk politieoptreden te verzekeren. In zoverre gaat de vergelijking met het Vierde Amendement tot op zekere hoogte wel op, maar het afdwingen van een bekentenis heeft toch ook in dit opzicht een andere connotatie dan een ongrondwettige zoeking.⁹⁷⁰ Dat komt niet alleen door de indringende voorbeelden waarin druk om te verklaren gepaard gaat met mishandeling, maar ook door het risico dat onjuiste verklaringen worden afgelegd. Schendingen van het Vijfde Amendement kunnen, anders dan bij het Vierde Amendement het geval is, het proces van waarheidsvinding ernstige schade toebrengen, hetgeen kan leiden tot 'miscarriages of justice'. De verschillende invulling die het Hooggerechtshof heeft gegeven aan bewijsuitsluitingsregel is het duidelijkst zichtbaar in zijn

beslissingen betreffende de reikwijdte van die regel. Bijvoorbeeld bij de vraag welk bewijsmateriaal als vrucht moet worden gezien van het ongrondwettig handelen of de vraag of ongrondwettig verkregen bewijsmateriaal bruikbaar is als 'impeachment evidence'. Voor verklaringen die daadwerkelijk zijn afgedwongen, schrijft het Vijfde Amendement voor dat deze niet tegen de verdachte in zijn strafzaak mogen worden gebruikt. Dat geldt volgens het Hooggerechtshof ook voor het gebruik als 'impeachment evidence'. Is daarentegen geen sprake van een afgedwongen bekentenis, maar van schending van de 'prophylactic' 'Miranda-regels', dan geldt, net als bij schendingen van het Vierde Amendement, dat een afweging mogelijk is van het nut van toepassing van de bewijsuitsluitingsregel. Bij de invulling van de 'fruit-doctrine' wordt verschil gemaakt tussen schendingen van het Vierde Amendement en schendingen van de 'Miranda-regels'. Omdat bij schending van de 'Miranda-regels' geen sprake behoeft te zijn van schending van het daardoor beschermde grondwettelijke recht, wordt daarbij een beperkter invulling gegeven aan wat als vrucht van een schending wordt gezien. Veel minder dan in het kader van het Vierde Amendement, waarin uitzonderingen zijn aanvaard op het 'warrant'-vereiste en het 'probable cause'-vereiste, heeft het Hooggerechtshof uitzonderingen aanvaard op het vereist zijn van het geven van 'Miranda-

970 Zie Kamisar, 2003, p. 129 waar hij verwijst naar de overwegingen van rechter Traynor in de zaak *People v. Cahan*, 44 C2d 434 (Cal. 1955): "even when it becomes generally known that the police conduct illegal searches and seizures, public opinion is not aroused as it is in the case of other violations of constitutional rights. Illegal searches and seizures lack the obvious brutality of coerced confessions and the third degree and do not so clearly strike at the very basis of our civil liberties as do unfair trials or the lynching of even an admitted murderer." Zie ook Kamisar, 1983, p. 613.

warnings'. Al heeft ook op het vlak van de aan de 'Miranda-rechtspraak' te ontleen bescherming het Hooggerechtshof in sommige opzichten een terugtrekkende beweging gemaakt. Het vereiste van 'standing' is ook in dit kader strikt gehandhaafd, en ook is een fruit-doctrine ontwikkeld, maar die wijkt wel wat af van de wijze waarop daarmee in het kader van het Vierde Amendement wordt omgegaan.

Interessant als voorbeeld van de ontwikkeling waarvoor Steiker waarschuwt dat de politie zogenaamde 'decision rules' gaat beschouwen als 'conduct rules' is de zaak *Seibert*, waarin bleek dat aan politiemensen was onderwezen te wachten met het geven van 'Miranda-warnings' tot de verdachte een bekentenis heeft afgelegd, om de verdachte die bekentenis vervolgens te laten herhalen nadat 'Miranda-warnings' zijn gegeven. Dit als uitvloeisel van de beslissing in de zaak *Elstad*, waarin onder bijzondere omstandigheden het eerder afgelegd zijn van een bekentenis waarbij was verzuimd de 'Miranda-warnings' te geven, niet meebracht dat een later na zulke 'warnings' afgelegde bekentenis van het bewijs moest worden uitgesloten.

Ook verdient nog te worden aangestipt dat op de door het Hooggerechtshof gecreëerde 'prophylactic rules', zoals de 'McNabb-Mallory-rule' of de 'Miranda-regels' veel kritiek is geuit. De politie zou te zeer aan banden worden gelegd en de bevoegdheid tot het geven van dergelijke niet direct door de grondwet voorgeschreven regels werd door critici in twijfel

getrokken. De wetgever heeft geprobeerd de rechtspraak van tafel te vegen waarin de toepassing van bewijsuitsluiting uitsluitend aan formele criteria wordt getoetst en niet wordt beoordeeld of een verklaring daadwerkelijk als afgedwongen moet worden aangemerkt. Dat is echter grotendeels mislukt, omdat niet een door het Hooggerechtshof op basis van de grondwet geëist alternatief werd geboden dat een even effectieve bescherming bood aan verdachten die in hechtenis worden verhoord. Verdere interessante punten zijn, dat het Hooggerechtshof het als een grondwettelijk recht heeft aangemerkt dat het forum, dat beslist over de toelaatbaarheid van bepaald bewijsmateriaal niet tevens beslist over de schuldvraag, alsmede de rechtspraak over de toetsing van de vrijwilligheid van afgelegde verklaringen. De bij die laatstbedoelde toetsing gehanteerde factoren kunnen ook in een Nederlands kader dienst doen bij de beoordeling of sprake is geweest van ontoelaatbare druk om te verklaren. Voor de beantwoording van de vragen waarvoor de Salduz-rechtspraak van het EHRM onze rechtsorde stelt, kan inspiratie worden geput uit de 'Miranda-rechtspraak'.

Entrapment

Criminal activity is such that stealth and strategy are necessary weapons in the arsenal of the police officer. However, "A different question is presented when the criminal design originates with the officials of the Government, and they implant in the mind of an innocent person the disposition to commit the alleged offense and induce its commission in order that they may prosecute."

Then stealth and strategy become as objectionable police methods as the coerced confession and the unlawful search.

(Sherman v. United States, 356 U.S. 369, 1958)

Bij de opsporing van strafbare feiten ziet de politie zich soms genooddaakt, bijvoorbeeld in het kader van undercoveroperaties, om in zekere mate mee te gaan in het ontwikkelen en uitvoeren van criminele plannen, teneinde de verdachte te kunnen betrappen. Dergelijk handelen is in de rechtspraak begrensd door het verbod op 'entrapment'.⁹⁷¹

"Entrapment is the conception and planning of an offence by an officer, and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion, or fraud of the officer."⁹⁷²

Aan het verbod op 'entrapment' ligt de gedachte ten grondslag dat het strafrecht niet dient tot bestraffing van door de overheid zelf veroorzaakte strafbare feiten.⁹⁷³ Aansprekend is het idee dat het strafrecht zijn doel voorbij schiet wanneer het wordt ingezet om personen te straffen die geen delict zouden hebben

gepleegd, waren zij daartoe niet door overheidshandelen in de verleiding gebracht. Dan vormt de overheid immers zelf de bron van de criminaliteit die zij bestrijdt. Daarvan is echter geen sprake bij personen die toch wel tot delicten zouden zijn gekomen, maar die toevalligerwijs een overheidsfunctionaris als partner kozen of anderszins in een voor hen van overheidswege opgezette val liepen. Ten aanzien van deze personen geldt het overheidshandelen als slimme en bij sommige vormen van criminaliteit welhaast noodzakelijke opsporingsmethode. Bij het vaststellen of sprake is van 'entrapment', wordt dus een schifting beoogd tussen zij die al misdadige plannen hadden en zij die zonder het overheidshandelen geen strafbare feiten zouden hebben willen plegen. In de praktijk is het aanbrengen van dat onderscheid natuurlijk geen absolute wetenschap. Het gaat hierbij om het kiezen van posities op een glijdende schaal. Aan de ene kant vindt men de gevallen waarin de verdachte zelf het initiatief nam. Dan zal van 'entrapment' geen sprake zijn. Dat kan wel het geval zijn – maar is dat niet per definitie – indien de criminele voorstellen van de overheidsfunctionaris zijn uitgegaan. Dan krijgen subtieler factoren betekenis, zoals de gretigheid of terughoudendheid waarmee de verdachte meeding in de criminele voorstellen en de mate van verleiding die van het overheidshandelen is uitgegaan.

971 Zie daarover ook Lensing, 1996, p. 300-304.

972 Dit is de ook in LaFave, Israel & King, 2004, p. 299, aangehaalde klassieke definitie uit de 'concurring opinion' van raadsheer Roberts bij de zaak *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932).

973 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 546.

7.1 Individuele strafuitsluitingsgrond of vorm van police-deterrence?

Het verbod op 'entrapment' laat zich op verschillende wijzen benaderen. In het in de rechtspraak van het Hooggerechtshof gevoerde juridisch debat over de grondslagen van het verbod op 'entrapment' staat de subjectieve benadering tegenover de objectieve benadering.

In de subjectieve benadering wordt de nadruk gelegd op de vraag of de individuele verdachte daadwerkelijk door de overheid is gebracht tot het begaan van het strafbare feit, of dat hij, voordat hij werd blootgesteld aan het betrokken overheidshandelen, al van zins was dat – of een soortgelijk – feit te plegen. De eerste vraag bij de subjectieve toets is of de dader door een overheidsfunctionaris is aangezet tot het begaan van het delict. Is dat niet het geval, maar ging het initiatief geheel van de verdachte uit, dan is van 'entrapment' geen sprake. Heeft het aan de overheid toe te rekenen handelen de verdachte wel aangezet tot het begaan van het feit, dan is de tweede vraag of de verdachte al van plan was dit of een soortgelijk feit te begaan, anders gezegd, of hij 'predisposed' was tot het plegen daarvan. Bij deze toets, die ook wel de 'predisposition test' wordt genoemd⁹⁷⁴, staat de intentie

van de dader centraal. De hierbij aangelegde maatstaf is of de verdachte "was ready and willing to commit the crimes charged whenever an opportunity was afforded".⁹⁷⁵ Komt dit vast te staan, dan kan de verdachte niet met succes een beroep doen op 'entrapment',⁹⁷⁶ ongeacht of het betrokken overheidshandelen behoorlijk was of niet.

Bij de objectieve benadering is juist de beoordeling van het handelen van de overheid beslissend. Als dit handelen het substantiële risico meebrengt dat het strafbare feit wordt begaan door anderen dan degenen die daartoe voordien al bereid waren, is sprake van 'entrapment'.⁹⁷⁷ Van dit oordeel profiteert ook de concrete verdachte die feitelijk niet door het desbetreffende overheidshandelen is gebracht tot het begaan van het delict, maar die dat al van plan was. In dit verband wordt wel gesproken van de 'hypothetical person test'.⁹⁷⁸ Deze objectieve toets is gegrond op de gedachte dat de toepassing van onbehoorlijke opsporingsmethoden niet door de rechtspraak ondersteund moet worden.⁹⁷⁹ In deze benadering is het verbod op 'entrapment' een middel ter voorkoming van onbehoorlijke opsporingsmethoden, vergelijkbaar met de bewijsuitsluitingsregel zoals die wordt toegepast bij schendingen van het Vierde en het Vijfde Amendement.⁹⁸⁰

974 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 547.

975 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 301.

976 Vgl. *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976).

977 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 301, en zie bijv. de 'opinion concurring in the result' van raadsheer Frankfurter in de zaak *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958), waarbij de raadsheren Douglas, Harlan en Brennan zich aansloten.

978 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 546.

979 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 302: "(...) the primary consideration is that an affirmative duty resides in the courts to control police excesses in inducing criminal behaviour, and that this duty should not be limited to instances in which the defendant is otherwise 'innocent'".

980 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 302.

Op beide benaderingswijzen bestaat kritiek. Tegenstanders van de subjectieve benadering zien het ontbreken van controle op het overheidshandelen in gevallen waarin de verdachte geacht wordt 'predisposed' te zijn geweest tot het begaan van het feit, als een nadeel. Zij wijzen er voorts op dat rechtsongelijkheid ontstaat door de toelaatbaarheid van politiehandelen afhankelijk te stellen van de intentie van individuele verdachten.⁹⁸¹

Tegenstanders van de objectieve benadering achten de toelaatbaarheid van bepaald politieoptreden mede afhankelijk van de intentie van de verdachte. Het bewegen van een notoire drugshandelaar tot een drugstransactie is minder snel onbehoorlijk dan wanneer van de bewogene niets bekend is omtrent zijn voorafgaande bereidheid tot het begaan van drugsdelicten. Ook betogen zij dat bij de objectieve toets het risico bestaat dat de 'verkeerde' personen worden veroordeeld, als gevolg van de in paragraaf 4.2.2. besproken 'remedial deterrence'. Doordat in de objectieve benadering geen rekening mag worden gehouden met de intenties van de concrete verdachte, zouden gerechten, zo is de veronderstelling, teneinde een te ruime toepasselijkheid van 'entrapment' te vermijden, met het oordeel dat van 'entrapment' sprake is zeer terughoudend worden. Het resultaat zou zijn dat de verdachte die al van plan was het strafbare feit te begaan onder de objectieve toets de kans kan ontspringen, terwijl degene zonder zulke intenties als gevolg van de bedoelde rechterlijke terughoudendheid eerder wordt veroor-

deeld dan onder de subjectieve toets. Ook wordt gewezen op de bewijsmoeilijkheden die onder de objectieve toets ontstaan omtrent het precieze handelen van degene door wie de verdachte is bewogen: "if a defendant claims that an inducement was improper, the agent can take the stand and rebut the allegations, resulting in a swearing match". Omdat het daarbij vaak gaat om informanten met een strafblad stelt dit de feitenrechter voor een lastige (betrouwbaarheids)afweging. Vraagtekens worden voorts geplaatst bij de mate waarin het met de objectieve benadering nagestreefde doel van normering van politieoptreden wordt bereikt. De uitkomst van de 'hypothetical person test' is zo nauw verbonden met de precieze omstandigheden van het geval, dat een significant effect in termen van het voorkomen van de toepassing van onbehoorlijke opsporingsmethoden, onwaarschijnlijk wordt geacht. Ten slotte worden ook andere uit het debat over de 'exclusionary rule' bekende argumenten gebruikt tegen strafprocessuele reacties die beogen de politie van bepaald opsporingshandelen te weerhouden, te weten dat dit kan leiden tot meeneed door politieagenten en dat het doel wordt gemist in die gevallen waarin het politiehandelen niet strekt tot het verkrijgen van een veroordeling: "For all these reasons, this line of argument concludes, the deterrence objective should be dismissed in favor of an effort to do justice to the individual defendant in the particular case", aldus LaFave e.a.⁹⁸² Overigens verdient te worden opgemerkt dat

981 LaFave, Israel & King, 2004, p. 303.

982 LaFave, Israel & King, 2004, p. 304.

de hele discussie enigszins gerelativeerd wordt door de vaststelling van Whitebread & Slobogin dat ongeacht de gekozen benadering, een beroep op 'entrapment' in de praktijk maar zelden slaagt.⁹⁸³

7.2 Benadering van het Hooggerechts-hof

Het aantal uitspraken van het Hooggerechts-hof over 'entrapment' is beperkt. De eerste en nog steeds belangrijke zaak is *Sorrells v. United States*⁹⁸⁴ uit 1932. In die zaak had een undercover opererende 'prohibition agent' de verdachte meermalen gevraagd of hij hem aan whisky kon helpen. Pas nadat hij met de verdachte over hun gedeelde oorlogsverleden had gesproken volhardde de verdachte niet langer in zijn weigering, verliet hij zijn woning en kwam hij een half uur later met whisky terug. Het Hooggerechtshof sprak zich in krachtige bewoordingen uit tegen deze onsympathieke en onbehoorlijke gang van zaken:

"It is clear that the evidence was sufficient to warrant a finding that the act for which defendant was prosecuted was instigated by the prohibition agent, that it was the creature of his purpose, that defendant had no previous disposition to commit it but was an industrious, law-abiding citizen, and that the agent lured defendant, otherwise innocent, to its commission by repeated and persistent

solicitation in which he succeeded by taking advantage of the sentiment aroused by reminiscences of their experiences as companions in arms in the World War. Such a gross abuse of authority given for the purpose of detecting and punishing crime, and not for the making of criminals, deserves the severest condemnation."

Het Hooggerechtshof koos in meerderheid ervoor 'entrapment' procedureel te duiden als een omstandigheid waarop de individuele verdachte zich bij wijze van verweer kan beroepen en niet als een aan vervolging in de weg staande ontoelaatbare opsporingsmethode.⁹⁸⁵ In deze subjectieve benadering is 'entrapment' een materieel strafrechtelijk vraagstuk en volgt een 'acquittal' bij een geslaagd beroep daarop. De juridische grondslag van de mogelijkheid een beroep op 'entrapment' te honoreren, werd in de meerderheidsopinie niet gevonden in de rechterlijke taak tot handhaving van een behoorlijke strafrechtspleging, maar in de taak om wetten op redelijke wijze te interpreteren. Het zou in redelijkheid niet tot de bedoeling van de wetgever van de 'National Prohibition Act' kunnen worden gerekend om door misbruik van de mogelijkheden tot opsporing en handhaving op grond van die wet 'persons otherwise innocent' op instigatie van overheidsdienaren te verlokken tot het begaan van een delict en hen daarvoor vervolgens te bestraffen. Raadsheer Roberts zag in zijn 'concurring

983 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 556.

984 287 U.S. 435.

985 Daarbij werd gewezen op eerdere rechtspraak waarin het enkele door overheidsfunctionarissen bieden van de mogelijkheid tot het begaan van een delict niet geacht werd in de weg te staan aan vervolging. Dergelijk handelen kent als gerechtvaardigd doel de onthulling van misdadige plannen of illegale handel. Het maakt opsporing van 'would-be'-criminelen mogelijk, maar moet er, aldus het Hooggerechtshof, niet toe leiden dat overheidsfunctionarissen zelf aan de basis staan van misdadige plannen waarin zij 'onschuldige personen' betrekken.

opinion' de juridische basis juist wel in de taak van de rechter te waken over een behoorlijke strafrechtspleging.⁹⁸⁶ Daartegen zette het Hooggerechtshof zich in de meerderheidsopinie af met het principiële aan het idee van machtscheiding ontleende argument, dat het bij uitstek tot de taak van de rechter behoort om wetten redelijk uit te leggen, maar dat de rechterlijke macht niet de bevoegdheid toekomt om verdachten die schuldig moeten worden geacht aan overtreding van een geldige wettelijke bepaling immuniteit te verlenen, enkel omdat de rechter dat wenselijk acht: "Judicial nullification of statutes, admittedly valid and applicable, has, happily, no place in our system."

De door de meerderheid van het Hooggerechtshof gekozen benadering heeft een aantal belangrijke consequenties. Zo brengt zij mee dat de wetgever de bevoegdheid heeft om vorm te geven aan 'entrapment'.⁹⁸⁷ Een ander belangrijk gevolg is dat de beoordeling in concrete gevallen moet worden toegesneden op de in die zaak toepasselijke wet. Daarbij heeft het Hooggerechtshof uitdrukkelijk de mogelijkheid opengelaten dat bij bepaalde

misdrijven nooit een beroep kan worden gedaan op 'entrapment'.⁹⁸⁸ Naar aanleiding hiervan is wel betoogd dat op 'entrapment' geen beroep zou kunnen worden gedaan in gevallen waarin het toebrengen van lichamelijk letsel of het dreigen daarmee onderdeel is van het uitgelokte misdrijf. De ratio van die beperking is dat degene die tot het begaan van een dergelijk misdrijf kan worden aanzet een niet te negeren gevaar voor de samenleving oplevert, zodat redelijke wetsuitleg meebrengt dat het onbehoorlijke karakter van het overheidshandelen beter kan worden aangepakt door ook de desbetreffende agenten te bestraffen.⁹⁸⁹

Doordat het Hooggerechtshof het verbod op 'entrapment' in normale gevallen niet heeft gebaseerd op een grondwettige bepaling, is de statelijke rechtspraak niet gehouden dezelfde benadering te kiezen als de meerderheid van het Hooggerechtshof. Dat heeft ertoe geleid dat hoewel in de rechtspraak van het Hooggerechtshof de subjectieve benadering als heersende leer geldt, in een minderheid van de staten voor de objectieve benadering is gekozen.⁹⁹⁰

986 "The doctrine rests, rather, on a fundamental rule of public policy. The protection of its own functions and the preservation of the purity of its own temple belongs only to the court. It is the province of the court and of the court alone to protect itself and the government from such prostitution of the criminal law. The violation of the principles of justice by the entrapment of the unwary into crime should be dealt with by the court no matter by whom or at what stage of the proceedings the facts are brought to its attention", aldus raadsheer Roberts.

987 Vgl. de meerderheidsopinie in *United States v. Russel*, 411 U.S. 423 (1973): "Congress may address itself to the question and adopt any substantive definition of the defense that it may find desirable." Zie voor een voorbeeld daarvan uit de staat Florida *Munoz v. Florida*, 629 So.2d 90 (Fla. 1993).

988 "We have no occasion to consider hypothetical cases of crimes so heinous or revolting that the applicable law would admit of no exceptions. No such situation is presented here. The question in each case must be determined by the scope of the law considered in the light of what may fairly be deemed to be its object", aldus de meerderheidsopinie in *Sorrells*.

989 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 299. Dit argument lijkt te zijn ontleend aan *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976).

990 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 300.

Hoewel ook in de context van andere misdrijven een beroep wordt gedaan op 'entrapment', gaat het in de praktijk meestal om drugszaken.⁹⁹¹ Vermoedelijk omdat in het kader van de opsporing van drugsmisdrijven het meest gebruik wordt gemaakt van opsporingsmethoden die tot het voeren van dit verweer aanleiding geven.⁹⁹²

In zijn latere rechtspraak heeft het Hoogerechtshof in meerderheid steeds vastgehouden aan de subjectieve benadering en aan 'entrapment' als uitvloeisel van redelijke wetsuitleg,⁹⁹³ niettegenstaande de bevlogen pleidooien ten faveure van de objectieve benadering in verscheidene 'opinions' van raadsheren buiten de meerderheid, waarin redelijke wetsuitleg als grondslag van 'entrapment' zelfs wel als 'pure fictie' is aangemerkt.⁹⁹⁴ In *Sherman v. United States*,⁹⁹⁵ een beslissing van het 'Warren Court', werd onder aanhaling van *Sorrells* ruim twee decennia later overwogen:

"The function of law enforcement is the prevention of crime and the apprehension of criminals. Manifestly, that function does not include the manufacturing of crime. Criminal activity is such that stealth and strategy are necessary weapons in the arsenal of the police officer. However, "A different question is presented when the criminal design originates with the officials of the Government, and they

implant in the mind of an innocent person the disposition to commit the alleged offense and induce its commission in order that they may prosecute." (...). Then stealth and strategy become as objectionable police methods as the coerced confession and the unlawful search. Congress could not have intended that its statutes were to be enforced by tempting innocent persons into violations.

However, the fact that government agents "merely afford opportunities or facilities for the commission of the offense does not" constitute entrapment. Entrapment occurs only when the criminal conduct was 'the product of the creative activity' of law-enforcement officials. (...). To determine whether entrapment has been established, a line must be drawn between the trap for the unwary innocent and the trap for the unwary criminal. The principles (...) by which the courts are to make this determination were outlined in *Sorrells*. On the one hand, at trial the accused may examine the conduct of the government agent; and on the other hand, the accused will be subjected to an "appropriate and searching inquiry into his own conduct and predisposition" as bearing on his claim of innocence."

Bij de beoordeling van een beroep op 'entrapment' wordt dus zowel gekeken naar de mate waarin het overheidshandelen de verdachte heeft beïnvloed, als naar de predis-

991 LaFave, Israel & King, 2004, p. 299 waar onder meer worden genoemd: zaken betreffende prostitutie, alcohol, vervalsing en omkoping van ambtenaren.

992 Vgl. de meerderheidsopinie in *United States v. Russel*, 411 U.S. 423 (1973), waarin wordt gewezen op de moeilijkheden waarvoor de overheid zich bij de opsporing van drugsmisdrijven ziet gesteld.

993 Vgl. Whitebread & Slobogin, 2008, p. 547 en zie *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958), *United States v. Russel*, 411 U.S. 423 (1973) en *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976).

994 Zie de 'opinion concurring in the result' van raadshere Frankfurter bij *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958) waarbij de raadsheren Douglas, Harlan en Brennan zich aansloten.

995 356 U.S. 369 (1958).

positie van de verdachte. De beoogde schifting tussen 'onschuldigen' en criminelen krijgt daarbij vorm door enerzijds niet elke overheidsbetrokkenheid bij strafbaar handelen 'entrapment' te laten opleveren en anderzijds, door niet te gemakkelijk aan te nemen dat de verdachte 'predisposed' was tot het begaan van het feit.

Ten aanzien van de bewijslastverdeling geldt dat op de verdachte de plicht rust aannemelijk te maken dat hij door overheidshandelen is aangezet tot het begaan van het strafbare feit, waarna vervolgens op de overheid de plicht rust aannemelijk te maken dat de verdachte 'gepredisponeerd' was tot het begaan van het feit.⁹⁹⁶

In de paragrafen hieronder wordt nader ingegaan op de beoordeling van het overheidshandelen en het opzet van de verdachte. Eerst wordt nog de volgens de rechtspraak van het Hooggerechtshof niet uitgesloten mogelijkheid besproken dat in extreme gevallen het verbod op 'entrapment' wordt gegrond op beginselen van 'due process' in plaats van op redelijke wetsuitleg.

7.3 Due process-toetsing als grondslag van het verbod op entrapment

In de zaak *United States v. Russe*⁹⁹⁷ had een undercoveragent zich voorgedaan als fabrikant en distributeur van methamfetamine. Hij bood de verdachten aan een moeilijk verkrijgbare maar voor de productie van de drug onmisbare stof te leveren in ruil voor de helft van de

geproduceerde drugs, op welk aanbod de verdachten waren ingegaan. De lagere rechter oordeelde 'entrapment' aanwezig wegens de ontoelaatbare mate van overheidsparticipatie bij het criminele handelen, los van de predispositie van de verdachten en grondde dit oordeel op beginselen van 'due process', die in de weg zouden staan aan rechterlijke ondersteuning van 'overzealous law enforcement'. Het Hooggerechtshof vernietigde die beslissing en wees de door de lagere rechter gebruikte theorieën af volgens welke steeds sprake is van 'entrapment', ongeacht de 'predispositie' van de verdachte, (i) wanneer de overheid contrabande heeft verstrekt aan de verdachte alsmede (ii) in gevallen waarin een opsporingsambtenaar te diepgaand betrokken is geraakt in crimineel gedrag. Onder verwijzing naar *Rochin* achtte het Hooggerechtshof niet geheel uitgesloten dat in gevallen van ronduit schandelijk ('outrageous') overheidshandelen beginselen van 'due process' aan vervolging in de weg kunnen staan, maar mede met het oog op de scheiding der machten dient de rechter hiermee buitengewoon terughoudend te zijn:

"Several decisions of the United States district courts and courts of appeals have undoubtedly gone beyond this Court's opinions in *Sorrells* and *Sherman* in order to bar prosecutions because of what they thought to be, for want of a better term, 'overzealous law enforcement.' But the defense of entrapment enunciated in those opinions was not intended to give the federal judiciary a 'chancellor's foot' veto over

⁹⁹⁶ Vgl. *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958).

⁹⁹⁷ 411 U.S. 423 (1973).

law enforcement practices of which it did not approve. The execution of the federal laws under our Constitution is confided primarily to the Executive Branch of the Government, subject to applicable constitutional and statutory limitations and to judicially fashioned rules to enforce those limitations. We think that the decision of the Court of Appeals in this case quite unnecessarily introduces an unmanageably subjective⁹⁹⁸ standard which is contrary to the holdings of this Court in *Sorrells* and *Sherman*. Those cases establish that entrapment is a relatively limited defense. It is rooted, not in any authority of the Judicial Branch to dismiss prosecutions for what it feels to have been 'overzealous law enforcement,' but instead in the notion that Congress could not have intended criminal punishment for a defendant who has committed all the elements of a proscribed offense, but was induced to commit them by the Government.

Sorrells and *Sherman* both recognize "that the fact that officers or employees of the Government merely afford opportunities or facilities for the commission of the offense does not defeat the prosecution," (...). Nor will the mere fact of (...) deceit defeat a prosecution (...) for there are circumstances when the use of deceit is the only practicable law enforcement technique available. It is only when the Government's deception actually implants the criminal design in the mind of the defendant that the defense of entrapment comes into play." Dat de ruimte voor het afbreken van de vervolging op basis van beginselen van 'due

process' ook in dit verband minimaal is, kan mede worden afgeleid uit de latere beslissing *Hampton v. United States*,⁹⁹⁹ waarin die mogelijkheid bijna tot nul gereduceerd lijkt te worden. Het Hoogerechtshof wekte in die zaak de suggestie dat de mogelijkheid van een beroep op 'entrapment' de verdachte voldoende bescherming biedt, zodat ter bescherming van zijn rechten geen aparte 'due process' toetsing nodig is. Ook overwoog het dat in gevallen waarin sprake is geweest van een meer gelijkwaardige criminele samenwerking met de verdachte, waarbij de overheidsfunctionarissen de grenzen van hun rechtmatige taakuitoefening hebben overschreden, de remedie niet moet worden gevonden in het vrijuit laten gaan van de schuldige verdachte, maar in vervolging van de desbetreffende opsporingsambtenaren. In sommige gevallen is in de lagere federale en in de statelijke rechtspraak een wat ruimere invulling gegeven aan de 'due process' toetsing. Op grond daarvan concluderen *Whitebread & Slobogin* dat een succesvol beroep op beginselen van 'due process' niet geheel uitgesloten is te achten in gevallen waarin:

- a. de politie fysiek geweld heeft gebruikt om bewijs te creëren en te vergaren;
- b. een overheidsfunctionaris contrabande heeft verstrekt die op andere wijze volstrekt onverkrijgbaar was; of
- c. de overheid het initiatief nam tot het creëren van een criminele organisatie en de controle had over de financiën en het feitelijk handelen van de organisatie.¹⁰⁰⁰

998 Hier wordt met 'subjectief' klaarblijkelijk bedoeld op de afhankelijkheid van de persoonlijke opvattingen van de rechter.

999 425 U.S. 484 (1976).

1000 *Whitebread & Slobogin*, 2008, p. 561.

7.4 Eisen aan de mate van overheidsbetrokkenheid

Op 'entrapment' kan alleen een beroep worden gedaan indien overheidsfunctionarissen de beslissende hand hebben gehad in het begaan zijn van het delict. Vast moet komen te staan dat de verdachte door het overheids-handelen is aangezet tot het begaan van het strafbare feit. De meest directe vorm van overheidshandelen betreft in dit verband de uitlokking door een undercoveragent.¹⁰⁰¹ Maar ook indien het gaat om een politie-informant¹⁰⁰² of een gewone burger die zich ervan bewust is te handelen op aanwijzing van overheidsfunctionarissen, kan een beroep op 'entrapment' worden gedaan. Daarnaast bestaan situaties waarin degene die een ander uitlokt niet door overheidsfunctionarissen wordt aangestuurd, of zich daarvan niet bewust is. Lafave e.a. onderscheiden in dit verband drie verschillende situaties:¹⁰⁰³

1. 'Private entrapment', waarin een burger zelfstandig en zonder overheidsinmenging een ander ertoe aanzet een delict te begaan.
Dan kan geen beroep worden gedaan op 'entrapment'. Uit de beslissing in de zaak *Sherman v. United States*¹⁰⁰⁴ volgt dat niet te gemakkelijk kan worden aangenomen dat hiervan sprake is. De omstandigheden dat de actieve informant, die in afwachting was van zijn eigen rechtszaak waarin uit-

eindelijk bij de straf rekening is gehouden met zijn optreden als informant, niet betaald werd door de overheid en dat de overheid niet precies wist wat hij deed, maakten zijn optreden niet tot een geval van 'private entrapment': "The Government cannot make such use of an informer and then claim disassociation through ignorance of the way he operated", aldus de meerderheidsopinie.

2. 'Vicarious entrapment', waarin een door een undercoveragent uitgelokte burger zelfstandig een ander bij het begaan van het delict betreft.
3. 'Derivative entrapment', waarin een overheidsdienaar een zich daarvan onbewust persoon gebruikt om een ander uit te lokken het delict te begaan

Ten aanzien van deze laatste twee vormen van 'entrapment' loopt de lagere rechtspraak uiteen. Sommige gerechten oordelen dat het gebruik van een onbewuste intermediair geen relevant verschil oplevert ten opzichte van het geval waarin iemand direct door een overheidsfunctionaris wordt uitgelokt. Ook achten sommige gerechten een beroep op 'entrapment' mogelijk van de niet direct door een overheidsfunctionaris uitgelokte derde, indien de door de overheid gebruikte intermediair daarop zelf met succes een beroep kan doen. De derde wordt in een dergelijk geval gezien als een ander slachtoffer van hetzelfde onbehoorlijke overheidsoptreden. Andere gerechten oordelen daarentegen dat degene

1001 *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932), *United States v. Russel*, 411 U.S. 423 (1973), en in wat afwijkende vorm *Jacobsen v. United States*, 503, U.S. 540 (1992).

1002 *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958). De informant had contact gelegd met de verdachte bij een dokterspraktijk waar beiden werden behandeld voor drugsverslaving.

1003 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 300.

1004 356 U.S. 369 (1958).

die niet is uitgelokt door een overheidsfunctionaris of iemand die welbewust onder zijn regie opereerde, geen beroep op 'entrapment' toekomt.¹⁰⁰⁵ Rechtspraak van het Hoogerechtshof ontbreekt op dit vlak.

7.5 Bepalen van predispositie van de verdachte

In de zaak *Jacobson v. United States*¹⁰⁰⁶ stond voor het eerst bij het Hooggerechtshof de beoordeling van de 'predisposition' centraal. In de hiervoor besproken eerdere rechtspraak wezen de feiten dermate duidelijk in de ene of de andere richting, dat bij de vaststelling van de 'predisposition' niet de crux lag. Wel kan uit de eerdere rechtspraak worden afgeleid dat bij die beoordeling aan verschillende factoren betekenis kan toekomen. Daarbij kan, behalve aan de mate van terughoudendheid of juist gretigheid waarmee de verdachte op criminele voorstellen is ingegaan en aan de mate van verleiding waaraan hij is blootgesteld, worden gedacht aan factoren als: is de verdachte eerder voor soortgelijke feiten veroordeeld¹⁰⁰⁷, handelde de verdachte uit winstbejag of was sprake van een vriendendienst, zoals in *Sorrells* en *Sherman*.

In *Jacobson* ging het wel om een bijzondere situatie, hetgeen maakt dat de overwegingen in die zaak zich in mindere mate lenen voor algemene toepassing.¹⁰⁰⁸ *Jacobson* had, voordat dit strafbaar werd gesteld, twee bladen met kinderporno besteld. Nadat dit strafbaar was gesteld, waren hem gedurende een

periode van tweeënhalf jaar door overheidsfunctionarissen verschillende mailings toegezonden van een vijftal fictieve organisaties, waarin de verdachte werd gevraagd naar zijn seksuele houding ten opzichte van minderjarige jongens en waarin werd gesuggereerd dat wetgeving tegen porno ongrondwettig was. De verdachte reageerde op een groot deel van deze mailings en legde daarbij een interesse aan de dag voor kinderporno en voor het steunen van een (fictieve) lobbygroep gericht op het veranderen van de wetgeving op dit terrein. Aan het eind van de genoemde periode bestelde de verdachte via die mailings kinderpornografisch materiaal. Er was geen bewijs voor andere pogingen tot verwerving daarvan in deze periode.

In de meerderheidsopinie werd erop gewezen dat de predispositie tot het begaan van de feiten voorafgaand aan het overheidshandelen moet hebben bestaan. In *Jacobson* werden aan die vaststelling tamelijk hoge eisen gesteld. Dat de verdachte eerder kinderpornografisch materiaal had besteld, werd niet doorslaggevend geacht, omdat dat was in een periode waarin dat nog niet strafbaar was. Ook het handelen van de verdachte in de periode van tweeënhalf jaar voorafgaand aan de strafbare aankoop werd niet als toereikend bewijs aangemerkt voor het bestaan van de vereiste 'predisposition' tot het begaan van strafbare feiten. Weliswaar gaf dat handelen de indicatie dat verdachte geneigd ('inclined') was tot het bekijken van kinderporno en bereid tot het ondersteunen van bedoelde lobby, maar

1005 Zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 300.

1006 503 U.S. 540 (1992).

1007 Kritisch daarover is raadsheer Frankfurter in zijn 'concurring opinion' bij *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958).

1008 Vgl. Whitebread & Slobogin, 2008, p. 555.

een 'predisposition' tot het begaan van strafbare feiten bestaand voorafgaand aan het overheidshandelen, kon daaruit niet worden afgeleid. Whitebread & Slobogin merken daarover op: "a desire to use illegal drugs is not the same as a desire to commit the crime of buying illegal drugs. Yet in many cases the difference between an 'inclination' to do something that is criminal and a 'predisposition' to commit the crime will undoubtedly be subtle".¹⁰⁰⁹

7.6 Slotopmerkingen bij hoofdstuk 7

Ook bij 'entrapment' gaat het om een in de rechtspraak ontwikkelde begrenzing van bepaald opsporingshandelen. Beoogd wordt daarmee de tot het begaan van het strafbare feit toch al genegen crimineel te scheiden van de door de overheid uitgelokte pleger van dat feit die voordat hij met de uitlokkende overheidsdienaar in aanraking kwam niet van plan was dat strafbare feit te begaan.

De vormgeving van deze begrenzing van uitlokkend opsporingshandelen door het Hooggerechtshof wijkt sterk af van de bij de hiervoor behandelde vormverzuimen gekozen benadering. Toen in 1932 voor het eerst een beroep op 'entrapment' werd gehonoreerd, vond het Hooggerechtshof de grondslag daarvoor in redelijke wetsuitleg. Dat een succesvol beroep van een verdachte op 'entrapment' aan vervolging in de weg stond, werd toegeschreven aan de bedoeling van de wetgever. Daarmee omzeilde het Hooggerechtshof op

handige wijze de in het licht van de scheiding der machten problematisch geachte verhoging door de rechter van vervolging op buitenwettelijke gronden, die het twintig jaar later in de zaak *Rochin* wel aanvaarde op grond van toetsing aan 'due process'-clausule voor schokkende vormen van onrechtmatig opsporingshandelen. Overigens heeft het Hooggerechtshof in latere rechtspraak aanvaard, dat in extreme gevallen ook toetsing aan de 'due process'-clausule kan meebrengen dat 'dismissal' volgt bij 'entrapment'. Daarmee ligt de reikwijdte van deze strafuitsluitingsgrond niet helemaal in handen van de wetgever, die overigens geen initiatieven heeft ontplooid om daaraan zelf invulling te geven.¹⁰¹⁰ De bijzondere omstandigheid dat de verdachte die een beroep doet op 'entrapment' wel de bestanddelen van een door de wetgever in het leven geroepen strafbaarstelling heeft vervuld, brengt nog steeds wel mee dat naar het oordeel van het Hooggerechtshof in grensgevallen een terughoudende opstelling van de rechter passend is ten aanzien van de keuze van de uitvoerende macht om tot vervolging over te gaan.

De keuze voor redelijke wetsuitleg als grondslag voor de mogelijkheid een beroep op 'entrapment' te kunnen honoreren, brengt onder meer een delictgebonden toetsing mee. De gedachte dat een beroep op 'entrapment' bij sommige delicten niet voor honorering in aanmerking zou kunnen komen, is interessant en kan op zichzelf ook gevolgd worden zonder de grondslag van 'entrapment'

¹⁰⁰⁹ Whitebread & Slobogin, 2008, p. 555.

¹⁰¹⁰ LaFave, Israel & King, 2004, p. 299.

in redelijke wetsuitleg te vinden. De aard of ernst van het door de overheid uitgelokte feit kan ook zelfstandig meebrengen dat zowel de uitgelokte als de uitlokkers worden vervolgd. Interessant zijn ook de argumenten die worden gebruikt in de discussie over de wijze waarop moet worden vastgesteld of van 'entrapment' sprake is. De objectieve benadering, waarin de nadruk ligt op een beoordeling van de behoorlijkheid van het politiehandelen en waarin het gaat om een strafprocesrechtelijk vraagstuk staat daarbij tegenover de door het Hooggerechtshof gehanteerde subjectieve benadering, waarbij de invloed van het politiehandelen op de individuele verdachte centraal staat en het gaat om een materieel strafrechtelijk vraagstuk. Die subjectieve toetsing waarin de nadruk ligt op waarheidsvinding op het punt van de schuld of onschuld van het individu, en waarin 'aquittal' het gevolg is van een succesvol beroep op 'entrapment', past beter in het algemene beeld van de huidige rechtspraak, dan de objectieve toets waarin 'policing the police' centraal staat en 'dismissal' volgt bij een geslaagd beroep op 'entrapment'. Hoewel beide benaderingswijzen in de praktijk vaak tot dezelfde resultaten zullen leiden, is het geen zuiver theoretische kwestie.

In elk geval kan worden vastgesteld dat de juridische grondslag, de doelstellingen en door de rechter te maken afweging bij 'entrapment' in de rechtspraak van het Hooggerechtshof tot in detail zichtbaar worden gemaakt.

Het recht op een speedy trial

One commentator has contended that the dismissal remedy has converted the speedy trial right from the right of any criminal defendant to have a speedy trial into the right of a few defendants – those most egregiously denied a speedy trial – to have the criminal charges against them dismissed.

(Whitebread & Slobogin, 2008, p. 704)

8.1 De door het recht op een speedy trial beschermde belangen

Het Zesde Amendement behelst onder meer dat "in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy (...) trial". Op dit recht, volgens het Hooggerechtshof "one of the most basic rights preserved by our constitution",¹⁰¹¹ kan zowel in federale als in statelijke strafzaken een beroep worden gedaan.¹⁰¹²

De belangen van de verdachte bij een 'speedy trial' heeft het Hooggerechtshof als volgt geëxpliciteerd:

1. Voorkomen van onnodig langdurig voorarrest.
2. Minimaliseren van de aan vervolging verbonden angst en onzekerheid.

3. Beperken van de kans dat de verdedigingsmogelijkheden worden geschaad.¹⁰¹³

Verder heeft het Hooggerechtshof er in *Barker v. Wingo*¹⁰¹⁴ op gewezen dat het recht op een 'speedy trial' in een aantal opzichten afwijkt van andere ter bescherming van de verdachte in de grondwet opgenomen rechten. Ten eerste, omdat met dit recht niet alleen belangen van de verdachte zijn gemoeid. Ook de samenleving heeft belang bij een spoedige afdoening van strafzaken:

- a. grote werkvoorraden bij de gerechten en achterstand in de afdoening stellen verdachten in staat doeltreffender te onderhandelen over een 'plea agreement';
- b. personen die op borgtocht zijn vrijgelaten, kunnen in afwachting van hun proces nieuwe misdaden plegen, terwijl het voor hen, naarmate hun vrijlating langer duurt, des te verleidelijker zal worden zich aan berechting te onttrekken;
- c. een grote vertraging tussen de arrestatie en de tenuitvoerlegging van de straf kan een nadelig effect¹⁰¹⁵ hebben op rehabilitatie;
- d. langdurige detentie voorafgaand aan het proces ter zitting is kostbaar vanwege de

1011 *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967). Deze beslissing bevat ter motivering van het fundamentele karakter van het recht op een 'speedy trial' onder meer een tot de twaalfde eeuw teruggaande historische beschouwing over dat recht.

1012 In *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967), heeft het Hooggerechtshof dit onderdeel van het Zesde Amendement geïncorporeerd geacht in het Veertiende Amendement.

1013 Zie bijv. *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966); *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *Smith v. Hoey*, 393 U.S. 374 (1969); *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970) en *United States v. Marion*, 404 U.S. 307 (1971).

1014 407 U.S. 514 (1972).

1015 "If an accused cannot make bail, he is generally confined, as was Barker for 10 months, in a local jail. This contributes to the overcrowding and generally deplorable state of those institutions. Lengthy exposure to these conditions has a destructive effect on human character and makes the rehabilitation of the individual offender much more difficult." *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

gevangeniskosten, maar ook vanwege het verloren arbeidsloon van de gedetineerde en de omstandigheid dat de samenleving de families van opgesloten broodwinners moet onderhouden;

- e. door vertraging kan de zaak tegen de verdachte aan kracht kan verliezen, doordat getuigen niet meer beschikbaar zijn of hun geheugen vervaagt.

Ten tweede omdat een schending van het recht op een 'speedy trial', anders dan bij andere procedurele rechten, ook juist in het voordeel van de verdachte kan werken, in verband met de hiervoor onder (a) en (e) genoemde omstandigheden. Ten derde en volgens het Hooggerechtshof wellicht het belangrijkste, omdat het recht op een 'speedy trial' 'a more vague concept' is dan andere procedurele rechten. Zo is het onmogelijk met precisie uit te maken wanneer het recht geschonden is: "We cannot definitely say how long is too long in a system where justice is supposed to be swift but deliberate."

Het recht op een 'speedy trial' is noodzakelijkerwijs relatief.¹⁰¹⁶ Het is verenigbaar met verdragen¹⁰¹⁷ en is in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁰¹⁸ "The

essential ingredient is orderly expedition and not mere speed."¹⁰¹⁹ In de visie van het Hooggerechtshof: "The amorphous quality of the right also leads to the unsatisfactorily severe remedy of dismissal of the indictment when the right has been deprived."¹⁰²⁰

Een algemeen toepasbare gedetailleerde en gekwantificeerde interpretatie van het grondwettelijke recht op een 'speedy trial' heeft het Hooggerechtshof nooit gegeven. Naar eigen zeggen, omdat het zich dan zou moeten begeven in een vorm van regelgevende activiteit waarvoor het geen basis aanwezig onderdeelt in de grondwet.¹⁰²¹ Daarbij wees het erop dat de staten bevoegd zijn een gedetailleerder regelgeving in te voeren, mits deze zich verdraagt met de grondwet.¹⁰²²

8.2 Toepasselijkheid van het recht op een speedy trial

Het recht op een 'speedy trial' is, zo volgt uit de tekst van het Zesde Amendement, pas van toepassing zodra een persoon 'accused' is van een misdad. Op dat moment vangt de periode aan die bij de beoordeling of sprake is van schending van dat recht in de beschouwing

1016 Dit relatieve karakter was door het Hooggerechtshof ook al benadrukt in *Beavers v. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905).

1017 "A requirement of unreasonable speed would have a deleterious effect both upon the rights of the accused and upon the ability of society to protect itself." *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966).

1018 "Thus, as we recognized in *Beavers v. Haubert*, supra, any inquiry into a speedy trial claim necessitates a functional analysis of the right in the particular context of the case." *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

1019 *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966).

1020 *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

1021 "But such a result would require this Court to engage in legislative or rulemaking activity, rather than in the adjudicative process to which we should confine our efforts. We do not establish procedural rules for the States, except when mandated by the Constitution." *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

1022 *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

moet worden betrokken.¹⁰²³ Vertraging die voordien optreedt, valt niet onder het Zesde Amendement. Wel kunnen wettelijke verjaringstermijnen in die periode verstrijken¹⁰²⁴ en kan – als van verjaring nog geen sprake is – onder bijzondere omstandigheden sprake zijn van schending van de ‘due process’-clausules van het Vijfde en het Veertiende Amendement, zoals in de volgende paragraaf besproken.¹⁰²⁵ Om als ‘accused’ te worden aangemerkt is een ‘indictment’ of andere formele beschuldiging niet per se vereist. Gearresteerd zijn op grond van een bepaalde beschuldiging, is voldoende.¹⁰²⁶ Als er een ‘indictment’ is uitgegaan, maar de beschuldigde is daarvan ongewis, loopt de in de beschouwing te betrekken periode toch. De periode tussen het uitspreken van een herstelbare niet-ontvankelijkverklaring en ‘reindictment’ op grond van dezelfde beschuldiging telt echter niet mee.¹⁰²⁷ Ook niet als in de tussenliggende periode een door de overheid tegen de desbetreffende niet-ontvankelijkverklaring ingesteld appel aanhangig is.¹⁰²⁸ Een en ander voor zover de verdachte niet

gedetineerd is.¹⁰²⁹ Vertraging die optreedt na de behandeling ter zitting (‘trial’) kan onder omstandigheden ook meewegen in de constatering van een schending van het recht op een ‘speedy trial’. Bijvoorbeeld tijdsverloop tussen de behandeling ter zitting en de uitspraak van de jury, of tussen de uitspraak van de jury en de strafoplegging.¹⁰³⁰ Het Zesde Amendement beschermt niet tegen tijdsverloop dat is gemoeid met de behandeling van ingestelde rechtsmiddelen,¹⁰³¹ omdat dit niet valt binnen het begrip ‘criminal prosecutions’ waartoe de reikwijdte van het Zesde Amendement is beperkt. Dat neemt niet weg dat ook hier geldt dat een vertraging in de behandeling van een rechtsmiddel kan leiden tot een schending van de ‘due process’-clausule.¹⁰³²

8.3 Due process-clausules als waarborg tegen vertraging

Tegen vertragingen in fasen van het strafproces die buiten het bereik vallen van het Zesde Amendement, zoals de fase voorafgaand aan

1023 Het Zesde Amendement beschermt niet tegen een daaraan voorafgaande vertraging, zo oordeelde het Hooggerechtshof in *United States v. Marion*, 404 U.S. 307 (1971).

1024 Zie daarover ook LaFave, Israel & King, 2004, p. 875-876, en Lensing, 1996, p. 341-350.

1025 Zie ook LaFave, Israel & King, 2004, p. 877-879.

1026 *United States v. Marion*, 404 U.S. 307 (1971).

1027 *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 850 (1978).

1028 *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986). Overigens bepaalde het Hooggerechtshof in *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967) dat tijdsverloop na een ‘nolle prosequi motion’ wel moet worden meegerekend. Kritisch daarover Whitebread & Slobogin, 2008, p. 704.

1029 LaFave, Israel & King, 2004, p. 861.

1030 LaFave, Israel & King, 2004, p. 879.

1031 Dit is onder bepaalde omstandigheden alleen anders ten aanzien van een interlocutoir appel. Zie daarover LaFave, Israel & King, 2004, p. 879.

1032 Zie paragraaf 8.3 en zie LaFave, Israel & King, 2004, p. 879.

de 'accusation' of de fase na afronding van de berechting in eerste aanleg, kan enige bescherming worden ontleend aan de 'due process'-clausules van het Vijfde en Veertiende Amendement. Zo oordeelde het Hooggerechtshof in *United States v. Marion*,¹⁰³³ waarin ruim drie jaren waren verstreken tussen het strafbare handelen en het indienen van de 'indictment', dat bedoelde 'due process'-clausule op zichzelf 'dismissal' van de zaak kan vereisen. Dan moet echter bij het onderzoek ter terechtzitting blijken dat het tijdsverloop voorafgaand aan het indienen van de 'indictment' heeft geleid tot een substantiële inbreuk op het recht van de verdachte op een 'fair trial', terwijl sprake is geweest van een opzettelijke vertragingstactiek van de OvJ. Nadere richtsnoeren ter beantwoording van de vraag wanneer en onder welke omstandigheden een door zulke vertraging veroorzaakte inbreuk 'dismissal' vereist, werden niet gegeven: "To accommodate the sound administration of justice to the rights of the defendant to a fair trial will necessarily involve a delicate judgment based on the circumstances of each case", aldus het Hooggerechtshof. In *Marion* had de verdachte het bestaan van een dergelijke inbreuk niet gesteld of aangetoond. Daarom oordeelde het Hooggerechtshof het beroep op een 'due process' schending 'speculative and premature'. Iets meer houvast bood het Hooggerechtshof in dit opzicht in *United States v. Lovasco*,¹⁰³⁴ waarin sprake was van een vertraging van 17

maanden tussen het bij de autoriteiten bekend worden van het strafbare feit en het indienen van de 'indictment'. Benadrukt werd dat niet elk nadeel dat de verdachte ondervindt van dergelijke vertraging aan vervolging in de weg staat, maar dat bij de beoordeling van een beroep op de 'due process'-clausule ook acht moet worden geslagen op de redenen voor de vertraging. Bij de beoordeling van de redenen voor de vertraging dient de rechter zich zeer terughoudend op te stellen ten opzichte van de keuzevrijheid van de OvJ: "The Court of Appeals found that the sole reason for the delay here was a hope on the part of the Government that others might be discovered who may have participated in the theft (...). It concluded that this hope did not justify the delay, and therefore affirmed the dismissal of the indictment. But the Due Process Clause does not permit courts to abort criminal prosecutions simply because they disagree with a prosecutor's judgment as to when to seek an indictment. Judges are not free, in defining 'due process', to impose on law enforcement officials our 'personal and private notions' of fairness and to "disregard the limits that bind judges in their judicial function." *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 170 (1952). Our task is more circumscribed. We are to determine only whether the action complained of – here, compelling respondent to stand trial after the Government delayed indictment to investigate further – violates those "fundamental conceptions of justice

1033 404 U.S. 307 (1971). In die zaak waren 38 maanden verstreken tussen het eind van de pleegperiode van de strafbare feiten en het uitbrengen van de 'indictment'. De verdachten zagen in die tussenliggende periode de vervolging aankomen mede op grond van een serie artikelen in de *Washington Post* over onder meer hun bedrijf, met uitlatingen van de OvJ over zijn onderzoek naar zulke bedrijven en de voorspelling dat 'indictments' eraan kwamen.

1034 431 U.S. 783 (1977).

which lie at the base of our civil and political institutions,” *Mooney v. Holohan*, 294 U.S. 103, 112 (1935), and which define “the community’s sense of fair play and decency,” *Rochin v. California*”

Er bestaat volgens het Hooggerechtshof voor OvJ’s geen verplichting om zaken steeds aanhangig te maken zodra het verzamelde bewijs toereikend is voor een veroordeling. Men komt in dit opzicht een grote mate van beleidsvrijheid toe. Bij de beoordeling moet tijdsverloop dat het uitsluitende gevolg is van een opzettelijk gebruikte vertragingstactiek worden onderscheiden van tijdsverloop waaraan geldige andere redenen ten grondslag liggen.

LaFave e.a. merken op dat ook in verband met tijdsverloop in de appelfase een beroep kan worden gedaan op een schending van ‘due process’. Daarbij verwijzen zij naar de uitspraak *Rheumark v. Shaw*¹⁰³⁵ van het federale 5th Circuit Court, waarin dit gerecht oordeelde dat bij de beoordeling of van een ‘due process’ schending sprake is, moet worden getoetst aan de vier in *Barker* genoemde factoren. Deze worden in de volgende paragraaf nader besproken. Uit het ontbreken van verwijzingen naar specifieke rechtspraak van het Hooggerechtshof over vertragingen in de appelfase of naar andere lagere rechtspraak, moet worden afgeleid dat vertragingen in deze fase in de Verenigde Staten geen prangend probleem vormen.

8.4 Beoordelingscriteria bij toetsing aan het Zesde Amendement

De beantwoording van de vraag of sprake is van schending van het constitutionele recht op een ‘speedy trial’ dient, aldus het Hooggerechtshof, plaats te vinden aan de hand van een ‘ad hoc balancing test’. Daarbij dient acht te worden geslagen op de volgende factoren.¹⁰³⁶

1. De duur van de vertraging

Dit is tot op zekere hoogte een ‘triggering mechanism’. Pas als sprake is van een in de omstandigheden van het geval op het eerste gezicht onredelijke vertraging¹⁰³⁷ is een nader onderzoek naar de naleving van het recht op een ‘speedy trial’ vereist. Wanneer van zulke vertraging sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval: zo mag bijvoorbeeld de berechting van een eenvoudig strafbaar feit aanmerkelijk minder lang duren dan van een gecompliceerd strafbaar feit.

2. De reden voor de vertraging

Hier onderscheidt het Hooggerechtshof drie categorieën:

- a. Opzettelijk veroorzaakte vertraging in een poging om de verdediging te schaden; deze moet in de uit te voeren ‘balancing test’ zwaar wegen tegen de overheid.
- b. Meer neutrale redenen voor vertraging, zoals vertraging als gevolg van nalatigheid of een vol zittingsrooster; deze moet minder zwaar wegen, maar wel in de beschou-

1035 628 F.2d 297 (5th Cir. 1980).

1036 *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

1037 Zo wordt in LaFave, Israel & King, 2004, p. 863, de eis van ‘presumptively prejudicial delay’ uitgelegd.

wing worden betrokken daar zij vallen onder de verantwoordelijkheid van de overheid.

- c. Geldige redenen voor vertraging, zoals het niet beschikbaar zijn van een getuige; deze kunnen een passende mate van vertraging rechtvaardigen. Vertraging die is veroorzaakt door de verdachte zelf of door een van overheidswege toegevoegde raadsman, kan de OvJ niet worden tegen-
geworpen.¹⁰³⁸

3. *Hetgeen de verdachte heeft gedaan ter waarborging van zijn recht*

Dit houdt nauw verband met de overige factoren, vooral met het nadeel dat hij ondervindt. Hoe ernstiger dat nadeel is, hoe waarschijnlijker het is dat de verdachte zal klagen. Aan het tijdig een beroep doen op zijn recht op een 'speedy trial', komt daarom gewicht toe bij het beoordelen of sprake is van schending van dat recht. Het Hooggerechtshof heeft benadrukt dat wanneer een verdachte heeft verzuimd tijdig een beroep te doen op dit recht, het voor hem moeilijk zal zijn te bewijzen dat hem een 'speedy trial' is ontzegd.

4. *De benadeling van de verdachte*

Of daarvan sprake is, moet worden beoordeeld in het licht van de belangen ter bescherming waarvan het recht op een 'speedy trial' strekt. Benadeling van de verdachte in zijn verdediging weegt daarbij het zwaarste, maar ook het ondergaan van langdurig voorarrest en de angst en onzekerheid

van een hangende vervolging tellen mee.

Geen van deze vier factoren vormt volgens het Hooggerechtshof op zichzelf een noodzakelijke of toereikende grondslag voor het oordeel dat het recht op een 'speedy trial' is geschonden, maar gelden veeleer als factoren die in samenhang met overige relevante omstandigheden moeten worden beschouwd: "In sum, these factors have no talismanic qualities; courts must still engage in a difficult and sensitive balancing process."¹⁰³⁹ Van dat wegingsproces worden in de volgende paragraaf enkele concrete voorbeelden gegeven.

8.5 Enkele concrete voorbeelden

Van een schending van het constitutionele recht op een 'speedy trial' is niet snel sprake, zo volgt uit de zaken waarin het Hooggerechtshof hierover oordeelde. Verbazingwekkend is dat niet, nu de opgetreden vertraging de sanctie van niet-ontvankelijkverklaring moet kunnen rechtvaardigen.¹⁰⁴⁰

Als voorbeelden van zaken waarin het Hooggerechtshof geen schending aannam, kunnen hier dienen:

Smith v. Hooey:¹⁰⁴¹ In die zaak was de verdachte uit anderen hoofde gedetineerd in een federale gevangenis, toen tegen hem een Texaans 'indictment' werd uitgebracht wegens diefstal. De verdachte probeerde het er vervolgens gedurende zes jaar door middel van brieven en 'motions' toe te leiden dat het proces daadwerkelijk zou aanvangen. Uiteindelijk

1038 *Vermont v. Brillon*, No. 08-88 (2009) en *Bloate v. United States*, No. 08-728 (2010).

1039 *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

1040 Zie paragraaf 8.7. en zie bijv. *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986) onder IV.

1041 393 U.S. 374 (1969).

verzocht de verdachte het 'state court' om een niet-ontvankelijkverklaring wegens het uitblijven van vervolging. Op dat verzoek werd niet beslist. Vervolgens wees het Texaanse Hooggerechtshof het verzoek van de verdachte af om een "order to show why the pending charge should not be dismissed". Volgens dit gerecht was de staat Texas grondwettelijk niet gehouden om het ertoe te leiden dat de verdachte spoedig werd berecht, omdat verdachte gedetineerd was in een federale gevangenis. Het Hooggerechtshof oordeelde daarentegen dat Texas wel degelijk een grondwettelijke plicht had om het ertoe te proberen te leiden dat het Texaanse proces van verdachte zou aanvangen. Het Hooggerechtshof wees de zaak terug voor verdere berechting 'not inconsistent with this opinion'. Wat onder dat laatste moet worden verstaan, lijkt duidelijk te worden uit de door de raadsheren Black, Harlan en White geschreven 'opinions' bij deze meerderheidsbeslissing. Volgens Black dient de terugwijzing er alleen toe dat de verdachte opnieuw wordt berecht, maar moet de zaak niet niet-ontvankelijk verklaard worden. Volgens Harlan behoeft niet per se een niet-ontvankelijkverklaring te volgen, maar dan moet de staat het proces onmiddellijk aanvangen. Als verdachte prima facie aan nemelijk maakt dat hij door de vertraging benadeeld is, ligt de bewijslast van het gedeelte bij de staat. Ook White meent dat pas in de nadere procesgang de feiten duidelijk kunnen worden op grond waarvan kan worden beslist of niet-ontvankelijkverklaring moet

volgen. De vertraging van zes jaar wordt op zichzelf niet toereikend geacht om een schending van het recht op een 'speedy trial' aan te nemen.

Barker v. Wingo:¹⁰⁴² In die zaak, waarin Barker tot levenslange gevangenisstraf was veroordeeld wegens medeplegen van moord op een ouder echtpaar, was sprake van een tijdsverloop van ruim vijf jaar tussen arrestatie van de verdachte en zijn proces ter zitting. Voor zeven maanden van dat tijdsverloop bestond een goede reden. De reden voor de rest van het tijdsverloop, het verkrijgen van een veroordeling van de mededader opdat deze zou kunnen getuigen in de zaak van Barker, zou enige vertraging kunnen rechtvaardigen, maar niet de periode van meer dan vier jaar waarvan hier sprake was. Toch nam het Hooggerechtshof geen schending aan. Ten eerste, omdat het nadeel dat Barker door deze vertraging had ondervonden, minimaal was. Weliswaar moest hij meer dan vier jaar onder de dreiging van de vervolging leven, maar niet bleek dat hij door het tijdsverloop in zijn verdediging was geschaad. Als tweede en belangrijkste reden waarom geen sprake was van schending van Barkers recht op een 'speedy trial', wijst het Hooggerechtshof erop dat uit Barkers opstelling gedurende het optreden van de vertraging volgt dat Barker helemaal geen 'speedy trial' wilde.

Als voorbeelden van zaken waarin wel een schending werd aangenomen, kan worden gewezen op:

1042 407 U.S. 514 (1972).

Dickey v. Florida:¹⁰⁴³ In deze zaak werd Dickey in 1968 veroordeeld voor een beweerdelijk door hem in 1960 gepleegde gewapende overval (waarbij het slachtoffer tevens de enige ooggetuige was). In de tussenliggende periode zat Dickey uit anderen hoofde in een federale gevangenis, was hij beschikbaar voor de staat Florida en heeft hij herhaaldelijk doch zonder succes geprobeerd het ertoe te leiden dat hij zou worden berecht in een 'state court'. In deze periode overleden twee getuigen, werd een derde potentiële getuige onbeschikbaar en raakte mogelijk relevante processen-verbaal van politie kwijt of werden deze vernietigd. Het Hooggerechtshof achtte het bewijs van feitelijke benadeling van de verdachte door de vertraging overvloedig en oordeelde dat een niet-ontvankelijkverklaring moest volgen.

Doggett v. United States:¹⁰⁴⁴ In deze zaak ging in februari 1980 een 'indictment' uit ten aanzien van Doggett wegens het medeplegen van importeren en distribueren van cocaïne. Voordat Doggett met dat indictment bekend werd, was hij betrokken naar Colombia. In september 1982 is hij teruggekomen in de VS. Vervolgens is hij getrouwd, heeft hij een studie afgerond, een vaste baan gevonden, publiek onder zijn eigen naam geleefd en niet opnieuw de wet overtreden. In 1988 werd Doggett gearresteerd, terwijl de overheid in de periode tussen 'indictment' en arrestatie

onvoldoende in het werk heeft gesteld om Doggett te berechten. Ook hier concludeert het Hooggerechtshof dat sprake is van een schending van het recht op een 'speedy trial'.

8.6 Federale en statelijke wetgeving

De door het Hooggerechtshof gegeven uitleg aan het recht op een 'speedy trial', zoals dat door het Zesde Amendement wordt gewaarborgd, geeft de lagere rechter weinig houvast. Dat heeft het ontstaan van meer gedetailleerde wetgeving ongetwijfeld bevorderd. In 1974, twee jaar nadat het Hooggerechtshof in *Barker* tot uitdrukking had gebracht niet aan de wens tegemoet te zullen komen meer gedetailleerde richtsnoeren te formuleren, kwam de federale 'Speedy Trial Act' tot stand. Naast de bescherming van het recht op een 'speedy trial' op grond van deze federale wet is het recht op een 'speedy trial' in vrijwel alle statelijke grondwetten opgenomen en hebben bijna alle staten een eigen meer gedetailleerde regelgeving, waarbij de 'Speedy Trial Act' als voorbeeld heeft gediend, of die een met die wet vergelijkbare opzet kennen.¹⁰⁴⁵ De statelijke wetgeving blijft hier verder buiten beschouwing.

De federale 'Speedy Trial Act' is thans opgenomen in titel 18, hoofdstuk 208, art. 3161 tot en met 3174 van de U.S. Code.¹⁰⁴⁶ In deze wet is een aantal onderdelen van het strafproces

1043 398 U.S. 30 (1970).

1044 505 U.S. 647 (1992).

1045 LaFave, Israel & King, 2004, p. 6 en p. 870-871.

1046 De U.S. Code is een samenvoeging per onderwerp van de algemene en permanente federale wetten, verzorgd door het aan het Huis van Afgevaardigden verbonden 'Office of the Law Revision Counsel'. De U.S. Code is te vinden op de Findlaw website: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cascode/uscodes/toc.html>.

van een tijdslimiet voorzien.¹⁰⁴⁷ Tussen arrestatie en het indienen van de 'indictment' mogen bijvoorbeeld maximaal dertig dagen verstrijken en tussen het indienen van de 'indictment' en de aanvang van de behandeling ter terechtzitting maximaal zeventig dagen.¹⁰⁴⁸ De gestelde termijnen zijn vrij kort. Daar staat tegenover dat onder omstandigheden verlenging van de termijn mogelijk is en voorts, dat het tijdsverloop als gevolg van een groot aantal in de wet genoemde omstandigheden buiten beschouwing moet worden gelaten.¹⁰⁴⁹ Bij het vaststellen of binnen de gestelde tijdslimieten is geprocedeerd blijft buiten beschouwing het tijdsverloop als gevolg van: onderzoek naar de geestvermogens of de fysieke toestand van de verdachte, het strafproces met betrekking tot andere feiten, een interlocutoir appel, een 'pre-trial motion', het fysiek of mentaal buiten staat zijn van de verdachte om een onderzoek ter terechtzitting te ondergaan, een gezamenlijke behandeling van de zaak met een medeverdachte en het niet beschikbaar zijn van de verdachte of een belangrijke getuige voor het onderzoek ter terechtzitting. Ook tijdsverloop gemoeid met een door het gerecht bepaalde schorsing van het proces, wordt bij het bepalen of binnen de tijdslimiet is gebleven, buiten beschouwing gelaten indien het gerecht gemotiveerd oordeelt dat 'the ends of justice' bij die schorsing zwaarder wegen dan de belangen van het publiek en de verdachte bij een 'speedy trial'.¹⁰⁵⁰ Bij die afweging dient de rechter bijvoorbeeld in aanmerking te nemen:

1. of het afzien van schorsing ertoe zou leiden dat het proces niet kan worden voortgezet of resulteert in een 'miscarriage of justice', of
2. de zaak zo ongebruikelijk of complex is als gevolg van het aantal verdachten, de aard van de vervolging of het bestaan van nieuwe feitelijke of rechtsvragen, dat het onredelijk is om een adequate voorbereiding voor 'pre-trial proceedings' of het proces zelf te verlangen binnen de bedoelde tijdslimieten.

Tijdsverloop als gevolg van een schorsing telt in die gevallen dus niet mee. Zulks geldt echter niet voor vertraging die optreedt door algemene congestie van het zittingsrooster of door een gebrek aan voorbereiding aan de zijde van de OvJ of verzuim om getuigen ter zitting te laten verschijnen.

Onder meer aan zaken waarin de verdachte is gedetineerd in afwachting van zijn proces, dient prioriteit te worden gegeven ingevolge art. 3164. De art. 3165 tot en met 3169 verplichten de gerechten om de voortgang van rechtspleging in het eigen gerecht doorlopend in de gaten te houden en om plannen op te stellen voor een tijdige afdoening van strafzaken. Als sluitstuk voorziet de 'Speedy Trial Act' in de mogelijkheid van bestraffing van OvJ of advocaat in bepaalde gevallen waarin zij de afdoening met opzet onnodig vertragen. In art. 3173 is bepaald dat de 'Speedy Trial Act' niet in de weg staat aan een

1047 Zie art. 3161 onder a tot en met g. Het gaat dan om de periode tussen bijvoorbeeld arrestatie en het indienen van de 'indictment', of de periode tussen het indienen van de 'indictment' en de aanvang van de behandeling ter zitting.

1048 Zie art. 3161 onder (b) en (c).

1049 Zie art. 3161 onder h

1050 Zie *Zedner v. United States*, No 05-5992 (2006).

beroep op schending van het recht op een 'speedy trial' als bedoeld in het Zesde Amendement.

8.7 Gevolgen van schending van het recht op een speedy trial

Zoals hiervoor al even is genoemd, acht het Hooggerechtshof 'dismissal', niet-ontvankelijkverklaring, de enig mogelijke sanctie op schending van het recht op een 'speedy trial' als bedoeld in het Zesde Amendement.¹⁰⁵¹ In de zaak *Strunk v. United States*¹⁰⁵² heeft het Hooggerechtshof dit nog eens uitdrukkelijk herhaald. In die zaak had het appelgerecht volstaan met strafvermindering ter compensatie van een door dat gerecht geconstateerde schending van het recht op een 'speedy trial'. In zijn beslissing stipt het Hooggerechtshof meermalen aan dat niet is opgekomen tegen het oordeel dat sprake is van schending van het recht op een 'speedy trial', zodat het daar vanuit gaat. Vervolgens blijft het bij zijn rechtspraak dat niet-ontvankelijkverklaring de enig mogelijke sanctie is, ook al kan dat betekenen dat iemand die schuldig is aan een ernstig misdrijf aan berechting ontkomt: "severe remedies are not unique in the application of constitutional standards", aldus het Hooggerechtshof. In een kritisch commentaar op dit vasthouden aan 'dismissal' als enige mogelijke reactie op schending van het recht op een 'speedy trial', merken Whitebread & Slobogin op:

"(...) the severity of the dismissal remedy, and the concern that it will allow dangerous criminals freedom on a technicality, has made the courts loathe to find a deprivation of the speedy trial right in all but the most extreme circumstances. One commentator has contended that the dismissal remedy has converted the speedy trial right from the right of any criminal defendant to have a speedy trial into the right of a few defendants – those most egriously denied a speedy trial – to have the criminal charges against them dismissed."¹⁰⁵³

Whitebread & Slobogin stellen in het verlengde van deze kritiek een meer flexibel stelsel voor, waarin de reactie afhankelijk wordt gesteld van het in de concrete zaak geschonden belang.¹⁰⁵⁴ Ook op schending van het door de federale 'Speedy Trial Act' gewaarborgde recht op een 'speedy trial' is 'dismissal' de enige mogelijke reactie. Zij het dat daarbij door de rechter kan worden gekozen tussen een herstelbare 'dismissal without prejudice' of een onherstelbare 'dismissal with prejudice'. In het laatste geval kan de zaak, anders dan in het eerste geval, niet opnieuw worden aangebracht. In *United States v. Taylor*¹⁰⁵⁵ heeft het Hooggerechtshof uiteengezet dat de rechter bij zijn keuze tussen herstelbare of onherstelbare niet-ontvankelijkverklaring ieder geval aandacht moet besteden aan:

1. de ernst van de strafbare feiten;
2. de omstandigheden die tot de niet-ontvankelijkverklaring hebben geleid;

1051 *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

1052 412 U.S. 434 (1973).

1053 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 704.

1054 Whitebread & Slobogin, 2008, p. 704: "release if prolonged detention is the concern, dismissal without prejudice to the prosecutions ability to reinstate charges if the public obloquy associated with formal charges is the concern, and outright dismissal only if prejudice has occurred".

1055 487 U.S. 326 (1988).

3. de impact die een nieuwe vervolging zou hebben op de toepassing van de 'Speedy Trial Act' en op de rechtspleging, alsmede
4. aan de vraag of de verdachte is benadeeld.

De toetsing behoeft niet tot deze vier factoren beperkt te blijven. Het is geen limitatieve opsomming. Als de rechter heeft voldaan aan zijn verplichting om in zijn motivering uitdrukkelijk aan de genoemde factoren aandacht te besteden, dient de appelrechter zich terughoudend op te stellen. Het Hooggerechtshof heeft voorts aangegeven dat uit de wetsgeschiedenis van de 'Speedy Trial Act' volgt dat de keuze tussen de ene of de andere vorm van niet-ontvankelijkverklaring – binnen de gegeven kaders – ter discretie staat van de rechter. Uit wetsgeschiedenis volgt niet dat de ene vorm in het algemeen prioriteit geniet boven de andere. Verder overwoog het Hooggerechtshof in die zaak dat, hoewel van een onherstelbare niet-ontvankelijkverklaring een sterker signaal uitgaat, een herstelbare niet-ontvankelijkheid niet moet worden gezien als een tandeloze sanctie: het dwingt de overheid tot het verkrijgen van een nieuwe 'indictment' en stelt de zaak bloot aan lopende verjaringstermijnen.¹⁰⁵⁶ Whitebread & Slobogin zetten daarbij vraagtekens: "If dismissal without prejudice is permitted, then the defendant has achieved nothing but the privilege of being tried a second time." Behalve doordat de mogelijkheid van het uitspreken van een herstelbare niet-ontvankelijkverklaring wat meer ruimte biedt om een

schending van het door de 'Speedy Trial Act' gewaarborgde recht aan te nemen, kan onder die wet ook een onherstelbare niet-ontvankelijkverklaring worden uitgesproken onder omstandigheden die dat niet zouden vereisen op grond van het Zesde Amendement. Ook in zoverre kan in theorie onder de 'Speedy Trial Act' dus een verdergaande bescherming worden geboden.¹⁰⁵⁷

In de meeste statelijke regelingen is onherstelbare niet-ontvankelijkverklaring de sanctie op schending van het door die regelingen gewaarborgde recht op een 'speedy trial'. In sommige staten kan daarentegen enkel de vrijlating van de verdachte in afwachting van de uitkomst van het proces worden gelast.¹⁰⁵⁸

8.8 Slotopmerkingen bij hoofdstuk 8

Van het in dit hoofdstuk behandelde recht op een 'speedy trial' heeft het Hooggerechtshof de amorfe aard benadrukt. Bij waarborging van dit recht in concrete zaken heeft niet alleen de verdachte belang, maar ook de samenleving. In harde termijnen is het grondwettelijke recht op een 'speedy trial' niet te vangen, omdat het niet enkel gaat om snelheid, maar om het waarborgen van een behoorlijke en vlotte voortgang.

In de afweging of sprake is van een schending van het door het Zesde Amendement beschermde recht op een 'speedy trial', betreft het Hooggerechtshof ook in de Nederlandse rechtspraak over het recht op berechting binnen een redelijke termijn

¹⁰⁵⁶ Zo citeren Whitebread & Slobogin, 2008, p. 716 uit de 'dissenting opinion' van een rechter in een lager gerecht.

¹⁰⁵⁷ LaFave, Israel & King, 2004, p. 869.

¹⁰⁵⁸ LaFave, Israel & King, 2004, p. 871.

bekende beoordelingsfactoren. Dat geldt ook voor de in dat kader te maken keuze aan welke partij bepaalde perioden van vertraging moeten worden toegerekend. Een op zichzelf interessante factor in beoordeling vormt de vraag wat de verdachte heeft ondernomen ter waarborging van zijn recht op een 'speedy trial', maar in gevallen waarin vertraging vooral is veroorzaakt door grote zaaksvoorraden in combinatie met een beperkte zittingscapaciteit, lijkt daaraan weinig betekenis te kunnen worden toegekend.

Interessant is voorts om te zien wat de gevolgen zijn van het oordeel van het Hoogerechtshof dat 'dismissal' het enig mogelijke rechtsgevolg is bij schending van het grondwettelijke recht op een 'speedy trial'. De ingrijpendheid van die reactie brengt mee dat alleen in de extreemste gevallen van vertraging bescherming kan worden ontleend aan dit grondwettelijke recht. Hier wordt de werking van 'remedial deterrence' goed zichtbaar. Dat kan als een nadeel worden gezien van de weigering van het Hoogerechtshof een meer gedetailleerde regulerende invulling te geven aan het recht op een 'speedy trial', evenals de minder gedetailleerde mate waarin het Hoogerechtshof sturend kan optreden ten aanzien van de in de afdoening van strafzaken te betrachten snelheid. Uit een oogpunt van efficiëntie kan als voordeel van een dergelijke aanpak worden beschouwd dat veel minder wordt geprocedeerd over schendingen van het grondwettelijke recht op een 'speedy trial'.

Het gebrek aan duidelijke en meer gedetailleerde sturing door het Hoogerechtshof, die ook voortvloeit uit de door hem aangelegde zaaksgebonden toetsing aan de hand van alle omstandigheden van het geval, heeft eraan bijgedragen dat de wetgever het onderwerp ter hand heeft genomen en in de Speedy Trial Act een gedetailleerde regeling heeft ontworpen, met vastgestelde termijnen, waarvan om uiteenlopende redenen kan worden afgeweken. Ook op schending van het door deze wet beschermde recht op een 'speedy trial' is 'dismissal' de enig mogelijke reactie, zij het dat daarbij kan worden gekozen tussen een onherroepelijke variant en een variant waarbij de verdachte opnieuw kan worden berecht. Zowel bij de beoordeling of sprake is van schending van het grondwettelijke recht op een 'speedy trial', als bij de keuze voor een al dan niet onherroepelijke 'dismissal' na schending van het door voormelde wet beschermde recht, ligt sterk de nadruk op de vraag of de verdachte door de vertraging daadwerkelijk is benadeeld in de verdediging in zijn strafzaak. Enkel lang tijdsverloop is niet genoeg om aan vervolging in de weg te staan.

Opmerking verdient hier tot slot dat onder omstandigheden vertragingen in procesfasen die buiten het bereik van het Zesde Amendement vallen tot 'dismissal' kunnen leiden op grond van een toetsing aan de 'due process'-clause van het Vijfde Amendement. Bijvoorbeeld in de fase voorafgaand aan de 'accusation'. Maar daarbij past de rechter volgens het Hoogerechtshof terughoudendheid: "Judges

are not free, in defining due process, to impose on law enforcement officials our personal and private notions of fairness and to disregard the limits that bind judges in their judicial function." Ook hier speelt een aan de scheiding der machten ontleend argument weer een rol.

Slotbeschouwing

Verbalisant: "Je bent aangehouden op verdenking van diefstal. Als verdachte ben je niet tot antwoorden verplicht, ook heb je recht op bijstand van een advocaat. Wil je daar gebruik van maken?"

Verdachte: "Nee, daar zie ik vanaf. Het wordt steeds meer nageaapt van Amerika dit."

(Proces-verbaal van politie, dossier strafzaak Rechtbank Alkmaar februari 2010)

In de voorgaande hoofdstukken is verslag gedaan van een onderzoek naar de juridische consequenties die in de Verenigde Staten in het strafrecht worden verbonden aan vormfouten. Onder vormfouten werden – net als onder de afwisselend gebruikte term vormverzuimen – verstaan: schendingen van grondwettelijke rechten van verdachten of van in de jurisprudentie van het Hooggerechtshof geformuleerde regels die strekken ter bescherming van die rechten. Dat onderzoek kende drie niveaus.

Aandacht is besteed aan de wijze waarop maatschappelijke ontwikkelingen van invloed zijn op de rechtspraak op dit terrein. Een uiteenzetting is gegeven van het stelsel van reacties op vormverzuimen als geheel, met de daarin binnen en buiten het strafproces bestaande mogelijkheden om aan vormfouten gevolgen te verbinden. Op meer gedetailleerd niveau is vervolgens onderzocht hoe de bescherming van een aantal strafprocessuele rechten vorm is gegeven en welke rol het reageren op vormfouten daarbij heeft. Bij dat

deel van het onderzoek ging de interesse uit naar de vraag aan welke factoren de rechter betekenis toekent bij het bepalen van de reactie op een vormfout, maar ook is bezien welke verschillen bestaan in het reageren op vormfouten ten aanzien van de in het nader onderzoek betrokken rechten.

Dit onderzoek van Amerikaans recht strekte ertoe ideeën op te doen voor een nadere inkadering van de ruimte die de rechter in Nederland is gelaten bij het bepalen van de wijze waarop in het strafrecht op vormverzuimen wordt gereageerd.

9.1. Vorm en inhoud van de rechtspraak van het Hooggerechtshof

De nadruk van het onderzoek lag op de rechtspraak van het federale Hooggerechtshof. Door de wijze waarop het Hooggerechtshof invulling heeft gegeven aan zijn positie als hoogste rechter en beslissende instantie wat betreft de betekenis van de grondwet, vervult het een dominante rol op het gebied van de vormgeving van rechterlijke reacties op vormverzuimen. In grote lijnen kan worden vastgesteld dat het Hooggerechtshof in de loop der jaren op een duidelijke en krachtige wijze invulling heeft gegeven aan zijn leidinggevende rol op dit gebied. Daarbij heeft het een fijngevoelig instrumentarium ontwikkeld om de lastige taak te vervullen die de rechter op dit vlak heeft.

De vorm van de rechtspraak van het Hooggerechtshof vervult in dat verband een

belangrijke functie. Om nadrukkelijk zichtbaar te maken hoe precies en inzichtelijk het Hooggerechtshof zijn beslissingen motiveert, zijn in dit boek meermalen beslissingen van het Hooggerechtshof vrij uitgebreid weergegeven. In bijvoorbeeld de zaak *Hudson* valt op dat eerst een gedetailleerde analyse wordt gegeven van de belangen die het geschonden vormvoorschrift – daar de ‘knock and announce rule’ – beoogt te beschermen. Daarna volgt een bespreking van de voor- en nadelen van bewijsuitsluiting als mogelijke reactie, zowel in het algemeen als in verband met het in die zaak voorliggende soort vormverzuim. Onder meer wordt daarbij acht geslagen op de potentiële gevolgen van het toepasselijk achten van de bewijsuitsluitingsregel voor de strafrechtspraak. Aandacht wordt besteed aan bestaande alternatieve remedies en in de beoordeling wordt betrokken welk effect op toekomstig politiehandelen kan worden verwacht van toepassing van de bewijsuitsluitingsregel, waarbij ook onder ogen wordt gezien wat in het algemeen de reden zal zijn voor het niet naleven van de desbetreffende regel.

Een dergelijke gedetailleerde aanpak volgens een duidelijk stramien, waarbij de nadruk ligt op de beantwoording van de vraag in hoeverre door middel van een bepaalde rechterlijke reactie op een vormfout een daarmee na te streven doel kan worden bereikt, geeft richting aan de lagere rechtspraak en komt de overtuigingskracht van rechterlijke beslissingen ten goede.

Het Hooggerechtshof laat daarbij geen onduidelijkheid bestaan over de grondslagen van de toepassing van rechterlijke reacties op vormfouten zoals bewijsuitsluiting en over de in concrete gevallen in de beoordeling te betrekken factoren. Aldus wordt de lagere rechter een scherp omlijnd afwegingskader aangereikt en wordt aan alle bij de strafrechtspleging betrokken partijen veel houvast geboden. Door de heldere motivering van de beslissingen van het Hooggerechtshof waarin de doelen van reacties op vormverzuimen en de daartoe al dan niet aan te wenden middelen centraal staan, is dit onderzoek van Amerikaans recht zeer vruchtbaar gebleken. Ingedeeld naar de drie niveaus van analyse worden hier de meest interessante bevindingen op een rij gezet, voorafgegaan door enkele meer algemene opmerkingen over vormfouten.

9.2. Verschillende vormverzuimen

De term vormverzuim is een paraplubegrip, waaronder zeer uiteenlopende schendingen van strafvorderlijke regels zijn begrepen. De aard van de geschonden regel en het recht ter bescherming waarvan deze dient kunnen sterk uiteenlopen. Het heet allebei een vormfout, maar het maakt een groot verschil of de geschonden regel een directe waarborg voor het individu bevat, dan wel een instructienorm voor de opsporing en of het zwijgrecht op het spel staat of een privacybelang. Onderscheid kan worden gemaakt op grond van de gevolgen die vormfouten kunnen hebben.

Daarop wordt hierna teruggekomen.

In de Verenigde Staten wordt ook een scherp onderscheid gemaakt aan de hand van de functie van degene die de vormfout beging. Dat is het opmerken waard, omdat daarmee glashelder wordt hoe bepalend de met reacties op vormfouten nagestreefde doelen zijn. Niet alleen voor de mogelijk toe te passen rechtsgevolgen, maar ook voor de in de beoordeling te betrekken belangen, zoals hierna kort wordt toegelicht.

Vormfouten van de rechter

Onderscheid wordt gemaakt tussen vormfouten die in het vooronderzoek zijn begaan onder verantwoordelijkheid van de opsporings- en vervolgingsautoriteiten en vormfouten van de rechter in (vooral) de zittingsfase. De beoordeling van beide soorten vormfouten beweegt zich in verschillende spanningsvelden en kent in de Verenigde Staten elk een eigen systeem wat betreft de mogelijke rechtsgevolgen en de te maken belangenafweging.

Ten eerste wordt de rechter uit hoofde van zijn functie geacht het recht te willen naleven. De reactie op door de rechter begane vormverzuimen behoeft daarom geen prikkel te behelzen om de rechter tot normconform gedrag te stimuleren. Zodra hem duidelijk is hoe het recht luidt, mag hij verondersteld worden dat getrouw toe te passen. Ten tweede geldt voor vormverzuimen van de rechter of rechtbankpersoneel dat zij in het algemeen alleen gevolgen kunnen hebben

voor het strafproces zelf en niet voor het vooronderzoek en de daarmee gemoeide belangen. Deze twee aspecten brengen mee dat bij de beoordeling van onder verantwoordelijkheid van de rechter of rechtbankpersoneel begane vormverzuimen geconcentreerd kan worden op de gevolgen daarvan voor het recht van de verdachte op een eerlijk strafproces. Is sprake van een zodanige inbreuk op dat recht dat het proces over moet, of heeft de vormfout de eerlijkheid van het proces niet wezenlijk geschaad? Deze context vertaalt zich in de Verenigde Staten in een eigen systeem voor de beoordeling van vormfouten van rechters. Fouten die zonder uitzondering evident schadelijk zijn voor een eerlijk strafproces – zogenaamde ‘structural errors’ – leiden zonder precieze nadere afweging tot een ‘reversal’, vernietiging, van de veroordeling. Dit geldt voor een heel beperkt aantal fouten, zoals gevallen waarin de terechtzitting niet in het openbaar plaatsvond of waarin de jury niet onpartijdig was. De overige vormfouten vallen onder de ‘harmless error doctrine’. Dat betekent dat van geval tot geval wordt onderzocht of de fout wezenlijke schade voor de eerlijkheid van het concrete strafproces heeft opgeleverd. Is dat niet het geval, dan blijft enig rechtsgevolg achterwege. Een dergelijke eindimensionale beoordeling van door de rechter gemaakte fouten heeft uit een oogpunt van eenvoud en duidelijkheid voordelen. Maar daarmee is niet per se gezegd dat ook in Nederland de beoordeling van vormfouten van de rechter langs dezelfde

lijnen moet plaatsvinden. De kanttekening kan bijvoorbeeld worden gemaakt dat productie-eisen de kwaliteit van de rechtspleging ook in de fase van het onderzoek ter terechtzitting onder druk kunnen zetten.¹⁰⁵⁹ Naast het waarborgen van het recht van de individuele verdachte op een eerlijk proces, zou dan ook aan het reageren op vormfouten van de rechter een meer algemene – de concrete zaak overstijgende – betekenis kunnen worden toegekend als waarborg voor de kwaliteit van de rechtspraak. Hier is niet gezegd dat dat ook moet, maar alleen dat eenvoudigweg kopiëren niet goed mogelijk is. Een en ander vraagt erom te worden doordacht met het oog op de in Nederland bestaande situatie en op met de reactie op een vormverzuim na te streven doelen.

Vormfouten in de opsporing

Aan vormverzuimen die zijn begaan onder verantwoordelijkheid van de rechter is in dit onderzoek weinig aandacht besteed. De nadruk lag sterk op vormverzuimen begaan door opsporingsambtenaren. Het reageren daarop ligt aanmerkelijk gecompliceerder, onder meer omdat daarbij ook de rechterlijke controlefunctie op de uitvoerende macht een rol speelt. De rechter kan met zijn reacties op vormverzuimen de juridische grenzen aan het optreden van de uitvoerende afbakenen, maar daarbij dient hij de balans tussen de verschillende staatsmachten niet te verstoren. Belangen van een effectieve en efficiënte opsporing en vervolging van strafbare feiten

botsen vaak met individuele grondrechten. Deze rechten stellen op verschillende manieren grenzen aan het optreden van met opsporing en vervolging belaste autoriteiten, waarvoor soms een stevige aanleiding bestaat deze grenzen op te zoeken of te overschrijden vanwege het daarmee potentieel te behalen opsporingsresultaat. Door middel van zijn reactie op overschrijding van de door het recht getrokken grenzen kan de rechter invulling geven aan zijn taak tot waarborging van deze voor iedere burger geldende individuele rechten. Daarbij is vaak een afweging noodzakelijk tussen belangen van een doelmatige opsporing en rechtspleging en belangen van de verdachte of van de samenleving bij bescherming tegen bepaalde vormen van opsporing.

Ingewikkelder wordt de afweging ook doordat de twee belangrijkste doelen van reacties op vormfouten, te weten: (i) het verzekeren van een eerlijk strafproces voor de verdachte en (ii) de bescherming van de samenleving als geheel tegen inbreuken op individuele grondrechten in het kader van de opsporing, niet bij elke vormfout op dezelfde wijze en in dezelfde mate aan de orde zijn.

Uiteenlopend karakter van schendbare rechten

Sommige normschendingen staan in nauw verband met het recht op een eerlijk strafproces in enge zin (waarin het gaat om de beslissing over de schuld van een bepaalde verdachte en eventuele strafoplegging). Een met schending van het zwijgrecht afgedwongen

1059 1059Vgl. Rechtspraak is kwaliteit 2006, p. 20-24.

bekentenis kan onjuist zijn en aan de basis liggen van een 'miscarriage of justice'. Het onrechtmatig af luisteren van een telefoon-gesprek kan juist uiterst betrouwbaar bewijsmateriaal opleveren, maar het onvoldoende waarborgen van de privacy van telefooncommunicatie kan schadelijk zijn voor de samenleving als geheel.

Bij de bescherming op grond van het Vierde Amendement tegen zoekingen die als 'unreasonable' moeten worden aangemerkt, treedt bescherming van de samenleving tegen opsporingspraktijken die inbreuk maken op individuele grondrechten op de voorgrond.

Aan de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal dat met schending van door het Vierde Amendement beschermde privacyrechten is verkregen, mankeert vaak niets. Voor het op waarheidsvinding gerichte strafproces is dat bewijsmateriaal dus juist zeer bruikbaar en aan de eerlijkheid van het strafproces behoeft het gebruik daarvan geen afbreuk te doen.

Bij een schending van het Vijfde Amendement die erin bestaat dat een afgelegde bekentenis onder zodanige druk is afgelegd dat deze als afgedwongen moet worden beschouwd, speelt niet alleen het waarborgen van een behoorlijke opsporing een rol, maar kan de waarheidsvinding juist wel in het gedrang komen. Ook een schending van het door het Zesde Amendement gewaarborgde recht op rechtsbijstand kan inbreuk maken op het recht op een eerlijk proces bijvoorbeeld doordat de verdachte kan worden beknot in de keuze van zijn procespositie. Bij het eveneens in dit

onderzoek betrokken recht op een 'speedy trial' gaat het niet zozeer om betuigeling van de opsporing, maar kan wel de waarheidsvinding in het gedrang komen, bijvoorbeeld door vervaagde herinnering van getuigen. Bij de bijzondere figuur 'entrapment' spelen het betuigen van de opsporing en het belang van waarheidsvinding wel weer een rol, maar smelten ze in de aanpak van het Hooggerechts-hof op unieke wijze ineen.

Verschillen in de door de onderzochte normen beschermde belangen leiden, zo blijkt uit het onderzoek, ook tot verschillen in de wijze waarop door de rechter op schending van die normen wordt gereageerd. Daarop wordt hierna bij de bespreking van de bewijsuitsluitingsregel kort teruggekomen.

Ook de tekst van de verschillende grondwettelijke waarborgen is vanzelfsprekend van belang zijn bij het bepalen van de reactie op een vormfout. In de tekst van Vijfde Amendement is bepaald dat afgedwongen bekentenis niet in een strafzaak tegen de verdachte mogen worden gebruikt. Dan is de ruimte voor een rechterlijke afweging wat betreft het aan een grondwetsschending te verbinden rechtsgevolg nihil. Dit komt anders te liggen wanneer het niet gaat om een daadwerkelijk afgedwongen bekentenis, maar om een bekentenis die is afgelegd zonder dat de 'Miranda-regels' zijn nageleefd. Deze door het Hooggerechtshof zelf ontwikkelde jurisprudentiële 'Miranda-regels' zijn wel op de grondwet gebaseerd, maar gelden als zogenaamde 'prophylactic rules', voorzorgsmaat-

regelen ter bescherming van het onderliggende grondwettelijke recht door tegenwicht te bieden aan de druk die inherent is aan een politieverhoor van de verdachte in hechtenis. Een schending van die 'prophylactic rules' behoeft op zichzelf niet te betekenen dat de bekentenis ook daadwerkelijk is afgedwongen en dat inbreuk is gemaakt op het eigenlijke grondwettelijke recht, met de risico's voor de betrouwbaarheid van de bekentenis van dien. Ook dergelijke verschillen zijn van betekenis voor de wijze waarop op vormfouten wordt gereageerd, ook al omdat de grondwet zelf hier geen bewijsuitsluiting voorschrijft.

Schipperen tussen over- en under-deterrence

Een andere opgave waarvoor de rechter zich bij het bepalen van de reactie op een door opsporingsambtenaren begane vormfout ziet gesteld is het schipperen tussen 'under-deterrence' en 'under-deterrence'. Ervan uitgaande dat opsporingsambtenaren erop zijn gericht degene die zijn schuldig achten aan een bepaald strafbaar feit daarvoor veroordeeld en bestraft te krijgen, is aanmerkelijk dat wanneer de reactie die volgt op een vormverzuim aan veroordeling en bestrafing niet in de weg staat en ook voor degene die de vormfout beging geen ingrijpende gevolgen heeft, het risico bestaat dat voor het opsporingsapparaat geen prikkel bestaat in een volgend geval wel normconform te handelen. Van een effectieve 'police-deterrence' is dan geen sprake: de rechterlijke reactie op het vormverzuim schrikt onvoldoende af,

zodat sprake kan zijn van 'under-deterrence'. Het uitblijven van betekenisvolle consequenties kan de bescherming van grondrechten, die – zoals hiervoor aangestipt – niet alleen voor de individuele verdachte van belang is, maar voor de samenleving als geheel, tot een te laag niveau doen zinken.

Ook kan de reactie op een vormverzuim voor degene die het verzuim beging zo ingrijpend zijn, bijvoorbeeld wanneer hij gemakkelijk tot vergoeding van schade kan worden veroordeeld, dat hij uit vrees daarvoor in grensgevalen nauwelijks meer durft te handelen. Ook die situatie, waarin sprake is van 'over-deterrence', is onwenselijk. Daarbij komt dat reacties op vormverzuimen die ingrijpend zijn voor de strafzaak ernstige schade kunnen toebrengen aan de hoofdfunctie van het strafproces, te weten de berechting van de verdachte met inachtneming van zijn verdedigingsrechten, op basis van al het vergaarde bewijsmateriaal dat kan bijdragen aan de waarheidsvinding. Of en in welke mate 'police deterrence' in een bepaalde situatie noodzakelijk is, houdt onder meer verband met de mate waarin voor opsporingsambtenaren aanleiding bestaat om de grenzen van het recht op te zoeken of te overschrijden. Bepalende factoren daarbij zijn in het bijzonder of het negeren van een bepaalde regel kan leiden tot het verkrijgen van belangrijk bewijsmateriaal en of dat materiaal ook op andere wijze kan worden verkregen. Hoe belangrijker het potentieel met schending van een bepaalde norm te verkrijgen bewijs en hoe minder alternatieve manieren

bestaan tot de verkrijging van dat bewijs, des te sterker de prikkel zal zijn tot het schenden van de desbetreffende regel.

Om een evident voorbeeld te geven: schending van de norm dat een zoeking alleen met een geldige 'warrant' mag plaatsvinden, kan bewijsmateriaal opleveren. Schending van de regel dat de politie zich als zodanig bekend moet maken bij het binnentreden – althans in de visie van de meerderheid van het Hoogerechtshof – niet, in aanmerking genomen dat die regel er niet toe strekt de verdachte de gelegenheid te bieden nog snel bewijsmateriaal te verdonkeremanen. Aangenomen kan daarom worden dat vanuit opsporingsperspectief meer aanleiding bestaat de grenzen op te zoeken wat betreft het zoeken met een net wel of net niet geldige 'warrant', dan om de zogenaamde 'knock-and announce-rule' niet na te leven.

9.3. De betekenis van maatschappelijke veranderingen

De wijze waarop in het strafrecht op vormverzuimen wordt gereageerd staat op verschillende manieren onder invloed van de dynamiek van de samenleving. De onmiskenbare ontwikkeling die het recht op dit vlak in de loop der jaren heeft doorgemaakt getuigt daarvan. Gezegd zou kunnen worden dat de interactie van de rechtspraak met maatschappelijke ontwikkelingen een 'voordeur' en een 'achterdeur' kent.

Interactie aan de voordeur

Interactie aan de voordeur vindt plaats door middel van de aan de rechter voorgelegde zaken. Daarin kunnen van hem uitspraken worden verlangd over nieuwe situaties of over de betekenis van veranderde omstandigheden. Gedacht kan daarbij worden aan technologische ontwikkelingen, die niet alleen van invloed kunnen zijn op bijvoorbeeld communicatie en daarmee op privacybelangen, maar ook op de opsporingspraktijk. De uitvinding van telefonie riep bijvoorbeeld de vraag op of het onderscheppen van telefoongesprekken door opsporingsambtenaren inbreuk maakt op een grondwettelijk recht. Die vraag heeft het Hoogerechtshof na een jarenlange worsteling bevestigend beantwoord. Vervolgens rijst de vraag wat in uiteenlopende situaties de gevolgen moeten zijn van inbreuken op dat recht. De voortdurende ontwikkeling van nieuwe technologie en omgangsvormen stelt de rechtspraak zodoende telkens voor nieuwe vragen. Ook de 'sfeer' in de opsporing is van belang en is in de loop der tijd en van plaats tot plaats aan verandering onderhevig. Of een politiekorps zich in het algemeen kenmerkt door een professionele houding, waarin men goed op de hoogte is van individuele grondrechten en waarin deze ook daadwerkelijk worden gerespecteerd,¹⁰⁶⁰ of bijvoorbeeld juist door een sfeer waarin ruimte bestaat voor uitwassen van door racisme gemotiveerd geweld,¹⁰⁶¹ stelt nogal verschillende eisen aan de rol van de rechter in het waarborgen van individuele rechten door middel van zijn reac-

¹⁰⁶⁰ Zoals geschetst in de meerderheidsopinie in de zaak *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006)

¹⁰⁶¹ Zoals naar voren kwam in de zaak *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936).

ties op vormfouten. Dat geldt zowel voor de met reacties op vormverzuimen na te streven doelen, als voor de wijze waarop die doelen het best bereikt kunnen worden. Veranderingen in de mate waarin bij de politie aandacht bestaat voor normconform handelen, kunnen bepalend zijn voor de mate waarin 'police-deterrence' nuttig en gerechtvaardigd is als grondslag voor reacties op vormverzuimen.

Voorts moet het belang van het doorlopend veranderen van de intensiteit en de aard van de bedreigingen waaraan een samenleving wordt blootgesteld onderkend worden. Prioriteiten in de opsporing en vervolging van verschillende soorten strafbare feiten en de mate waarin men bereid is op grondwettelijke rechten inbreuk makende opsporingsmethoden aan te wenden, kunnen daardoor veranderen. Niet elk recht vraagt steeds om een gelijke mate van bescherming of om eenzelfde wijze van inkleding van die bescherming. De maatschappelijke context waarin het stelsel van reacties op vormverzuimen functioneert, verandert permanent. De factoren die de rechter in de belangenafweging betreft hebben dan ook geen onveranderlijke betekenis. Nieuwe belangen kunnen rijzen en de aandacht die de verschillende met reacties op vormfouten na te streven doelen vergen, verschilt naar tijd en plaats en per soort vormverzuim. Om de met reacties op vormverzuimen beoogde doelen zo goed mogelijk te bereiken, zal het stelsel van reacties op vormfouten en de daarin toe te passen rechtsgevolgen voortdurend moeten worden toegesneden op de

lokale situatie zoals die in een bepaald tijdsgewricht bestaat. Gemakkelijk is dat niet, ook al omdat over de vragen wat moet worden verstaan onder 'zo goed mogelijk' en welke doelen centraal moeten staan, in redelijkheid van mening kan worden verschillend.

Als bijzondere vorm van 'interactie aan de voordeur' verdient hier nog vermelding de poging van het Congres om door middel van wetgeving de door het Hooggerechtshof bij schending van de 'Miranda-regels' en de 'McNabb-Malory-rule' voorgeschreven bewijsuitsluiting van tafel te vegen. De impopulariteit in politieke kring van uitsluiting door de rechter van niet per se onbetrouwbaar bewijsmateriaal, komt daarmee scherp aan het licht.

Interactie aan de achterdeur

Onder interactie aan de achterdeur wordt hier verstaan de invloed die door de politieke staatsmachten op de rechtspraak kan worden uitgeoefend door middel van de benoeming van de rechters die vorm geven aan die rechtspraak.

Met de hiervoor beschreven maatschappelijke veranderingsprocessen is onlosmakelijk verbonden het fluctueren van de acceptatie bij het algemene publiek van het gebruik van bepaalde opsporingsmethoden. Datzelfde geldt voor de wisselende waardering voor een strikte waarborging door de rechter van individuele grondrechten als het recht op privacy die door dergelijke opsporingsmethoden onder druk kunnen komen te staan. Het gaat hier niet om statische gegevens.

Veranderingen in de publieke opinie kunnen van invloed zijn op de mate waarin rechterlijke bescherming van grondrechten noodzakelijk wordt geacht en op de waardering die daarvoor bij het algemene publiek bestaat. Veranderende maatschappelijke opvattingen kunnen door de politieke benoemingsprocedure van raadsheren in het Hoogerechtshof doorklinken in zijn rechtspraak. Al brengt het beginsel van 'stare decisis' en de aard van het rechterlijke werk mee dat kritiek vanuit de samenleving niet snel tot directe koerswijzigingen zal leiden. Opvallend is dat in Nederland de interactie aan de achterdeur veel minder is ontwikkeld dan in de Verenigde Staten. De aandacht voor de wijze waarop individuele rechters door hun interpretatie van de grondwet recht vormen, is in de Verenigde Staten sterk toegenomen onder invloed van maatschappelijke en politieke kritiek op de rechtspraak van het Hoogerechtshof vooral aan het eind van de jaren zestig. Nu zijn de individuele opvattingen van de raadsheren in het Hoogerechtshof door de vorm van de beslissingen veel kenbaarder dan bij ons, maar op zichzelf lijkt niet per definitie uitgesloten dat ook in Nederland op enig moment de laatste stap wordt gezet in de reeks: (i) besef dat de rechter recht 'maakt', (ii) besef dat rechtspolitieke overwegingen daarbij een rol spelen, (iii) kritiek op het resultaat van rechterlijke rechtsvorming, (iv) ontstaan van de politieke wens meer invloed te hebben op samenstelling rechterlijke colleges. Dit is geen pleidooi om die stap te zetten, maar een aan de Amerikaanse geschiedenis

ontleend inzicht. Het lijkt van belang te onderkennen dat de wijze waarop in het strafrecht op vormverzuimen wordt gereageerd – vanwege de maatschappelijke gevoeligheid van het onderwerp – een 'trigger' kan vormen voor de politieke wens om meer invloed te hebben op wie er aan de achterdeur bij het hoogste gerecht naar binnen gaat. Overtuigende motivering van de beslissingen en het controleren van de lagere rechtspraak, zeker waar het gaat om in de samenleving impopulaire reacties op vormverzuimen waardoor aan inhoudelijke berechting niet meer kan worden toegekomen, kan er in dit verband wellicht toe bijdragen dat de rechtspraak minder vatbaar is voor politieke kritiek. In elk geval van kritiek die zou voortvloeien uit een verkeerd begrip van de rechtspraak, of die is gericht op een gebrek aan houvast voor en sturing ten opzichte van de lagere rechtspraak. Tegelijkertijd kan het paradoxale effect optreden dat een preciezer motivering deze ook vatbaarder maakt voor gerichte kritiek, maar de vrees daarvoor mag niet beslissend zijn.

De relevante maatschappelijke en politieke context waarin het reageren op vormfouten door de rechter vorm moet worden gegeven is dus beweeglijk en kent een complex geheel aan variabelen. Het is dan ook niet verrassend dat in de rechtspraak van het Hoogerechtshof, waarvan alle raadsheren vanaf het einde van de jaren zestig tot het begin van de jaren negentig benoemd zijn door republikeinse presidenten, gaandeweg duidelijke ontwikkelingen waarneembaar zijn.

Acoustic separation

Speciale aandacht verdient in dit verband het door Steiker met de term ‘acoustic separation’ aangeduide fenomeen. Hoewel in dit boek de Nederlandse situatie niet is onderzocht, lijkt op het eerste gezicht aannemelijk dat ook hier de selectieve berichtgeving in de massamedia bij het algemene publiek gemakkelijk tot een onevenwichtig beeld kan leiden aangaande de frequentie en de ingrijpendheid van rechtsgevolgen van vormfouten in het strafrecht. Doordat, wat ongenueanceerd gezegd, een vrijspraak of niet-ontvankelijkverklaring als gevolg van een vormfout wel ‘nieuws’ oplevert, maar de omstandigheid dat iemand is veroordeeld ondanks bepaalde vormfouten niet, kan ook hier de indruk ontstaan dat de rechter frequenter dan in werkelijkheid het geval is ingrijpende gevolgen verbindt aan vormfouten. En dus, dat de rechter het belang van de samenleving bij berechting vaak ondergeschikt acht aan de belangen van de individuele verdachte. Wat bijvoorbeeld opviel bij een mini-maal onderzoekje van krantenknipsels is dat van mogelijkheden tot herstel, na vernietiging van een uitspraak, vrijwel nooit melding wordt gemaakt. Alsmede, dat in de berichtgeving niet de nuance over het voetlicht komt dat door middel van het in de concrete zaak afkeuren van bepaald opsporingshandelen, alle leden van de samenleving tegen die vorm van opsporing worden beschermd, of dat het uitsluiten van bepaald bewijsmateriaal ertoe strekt het risico van een onjuiste veroordeling te vermijden.

In contacten met de media zou door de rechtspraak met dit risico van een onevenwichtige informatievoorziening rekening kunnen worden gehouden, door bijvoorbeeld te benadrukken welke afweging is gemaakt (dat kan best in ‘oneliners’ als: “de rechtbank acht bewijsuitsluiting noodzakelijk om het risico van een onterechte veroordeling te vermijden”). Ook kan soms uitdrukkelijk worden aangewezen welke herstelmogelijkheden bestaan en zouden ook persberichten kunnen worden gemaakt in gevallen waarin aan bepaalde vormfouten binnen het strafproces géén gevolgen zijn verbonden en waarom dat zo is. Ook het expliciet maken van juridische toetsingskader door de Hoge Raad kan aan de beeldvorming omtrent het optreden van de rechter een belangrijke bijdrage leveren.

9.4. Stelsel van reacties op vormverzuimen

Bij de analyse van rechterlijke reacties op vormverzuimen kunnen twee niveaus worden onderscheiden. Gekeken kan worden naar het stelsel als geheel, waarbij de belangrijkste vraag is welke doelen met reacties op vormfouten binnen het strafproces worden nagestreefd en welke niet. Moet binnen het strafproces alleen het eerlijke proces van de individuele verdachte worden gewaarborgd, of moet ook de schade aan het onrechtmatig ingetikte ruitje van zijn woning vergoed kunnen worden? Bij het tweede analyseniveau wordt de blik verplaatst naar de vraag wat wordt beoogd met

elk van de verschillende te onderscheiden binnen het strafproces mogelijke reacties. Strekt bijvoorbeeld niet-ontvankelijkverklaring tot bestraffing van het openbaar ministerie, of is daarvoor alleen plaats wanneer een eerlijk proces niet meer mogelijk is?

De functies van het stelsel als geheel

Het Hooggerechtshof heeft in zijn rechtspraak in dit verband een aantal scherpe keuzes gemaakt. Gewezen kan worden op de strikte handhaving van het vereiste van 'standing', dat meebrengt dat alleen degene op wiens grondwettelijke rechten inbreuk is gemaakt, daarop een beroep kan doen. Dit beperkt het aantal en de soorten vormfouten waarop voor de strafrechter een beroep kan worden gedaan.

Een van de belangrijkste keuzes voor de inrichting van het stelsel als geheel (die doorwerkt in het toepassingsbereik van de verschillende mogelijke reacties) is dat compensatie van nadeel dat een individuele verdachte heeft ondervonden van een vormfout die geen schade doet aan zijn recht op een eerlijk strafproces, niet behoort tot de doelstellingen van de binnen het strafproces mogelijke reacties op vormverzuimen. Weliswaar kan een dergelijke compensatie bij toepassing van bewijsuitsluiting of 'dismissal' optreden als neveneffect, maar het behoort niet tot de met die reacties beoogde resultaten.

Een individuele zaak wordt beschouwd als exponent van zijn soort en met de rechterlijke reactie op een vormfout wordt beoogd het

politieoptreden te sturen in toekomstige gelijksoortige gevallen.

Reacties als communicerende vaten

In de Verenigde Staten leidde de ruimere toepasselijkheid van de 'exclusionary rule' tot een vermindering van de praktische betekenis van 'dismissal'. Aanpassing van de het bereik van de ene reactie is dus van invloed op dat van een andere reactie.

Ook het wijzigen van de met een bepaalde reactie nagestreefde doelen, waardoor de functie van die reactie verandert kan invloed hebben op de functie van een andere mogelijke reactie, of kan meebrengen dat buiten het strafproces een andere remedie in het leven moet worden geroepen. Ter toelichting kan hierbij worden gewezen op de duidelijke keuze van het Hooggerechtshof voor 'police-deterrence' als enige grondslag voor bewijsuitsluiting. Die keuze bracht bijvoorbeeld mee dat compensatie voor de verdachte van ander nadeel dan betreffende zijn recht op een eerlijk proces, vorm moest krijgen in een schadevergoedingsprocedure buiten het strafproces. Kort nadat het Hooggerechtshof had geoordeeld dat bewijsuitsluiting geen recht is van de verdachte, maar alleen een remedie om toekomstige rechtsschendingen door de politie te ontmoedigen, schiep het Hooggerechtshof zelf de mogelijkheid van een zogenaamde 'Bivens-action', zodat schadevergoeding kon worden gevorderd wegens inbreuken op grondwettelijke rechten. Reacties op vormfouten binnen het strafproces

kunnen worden beschouwd als communicerende vaten, die ook in verbinding staan met reacties op vormfouten die buiten het kader van het strafproces tot ontwikkeling komen. Hieronder wordt kort stilgestaan bij de in de Verenigde Staten mogelijke en niet mogelijke reacties binnen het strafproces.

Dismissal

Alleen in de meest extreme gevallen waarin ongrondwettig handelen in het kader van de opsporing of vervolging inbreuk maakt op het recht op een behoorlijk strafproces, biedt de 'due process'-clausule van het Vijfde en Veertiende Amendement de rechter de mogelijkheid om de 'dismissal' van een zaak uit te spreken. De ruimte voor de toepassing van die met niet-ontvankelijkverklaring vergelijkbare reactie is echter zeer beperkt. De scheiding der machten, die meebrengt dat de rechterlijke macht niet zonder uiterst solide juridische grondslag een door de uitvoerende macht gewilde vervolging dwarsboomt, vormt hier een argument voor rechterlijke terughoudendheid. Ook belangrijk is de grondgedachte dat het door de rechter toe te passen rechtsgevolg nauw moet zijn toegesneden op het vormverzuim waarop dat een reactie is. De rechterlijke reactie dient op geen van de daarbij betrokken concurrerende belangen een onnodig zware inbreuk te maken. Dat brengt mee, dat zonder aantoonbare benadeling van het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn strafzaak of van substantiële dreiging van zulke benadeling, volgens het Hoog-

gerechtshof voor 'dismissal' geen plaats is. Als reactie op onrechtmatige opsporing heeft 'dismissal' zich – sinds het erkennen van de mogelijkheid daarvan in 1952 – in de rechtspraak van het Hooggerechtshof niet verder ontwikkeld. Daaraan is de dominante rol die de bewijsuitsluitingsregel zeker sinds de jaren zestig heeft gekregen mede debet geweest. Dat 'dismissal' een beperkte plaats heeft in het stelsel van reacties op vormverzuimen wil niet zeggen dat de mogelijkheid deze reactie toe te passen zonder betekenis is. Zij kan immers geacht worden haar schaduw vooruit te werpen op het handelen in de opsporing en de vervolging en op de verschillende stadia van de vervolgingsbeslissing. Wellicht bestaan in de praktijk wel zaken die voor 'dismissal' in aanmerking zouden komen, maar worden die zaken niet meer voor de rechter gebracht.

Geen strafvermindering

Omdat compensatie voor inbreuken op rechten van de verdachte die geen invloed hebben op de eerlijkheid van zijn strafproces niet binnen dat proces plaatsvindt en omdat aan strafvermindering geen sterke werking wordt toegeschreven als prikkel voor een normconforme opsporing, is voor strafvermindering als reactie op vormverzuimen in de Verenigde Staten geen plaats. In zijn rechtspraak over het grondwettelijke recht op een 'speedy trial' heeft het Hooggerechtshof strafvermindering uitdrukkelijk als potentiële remedie afgekeurd. De afwijzing als reactie op grondwetsschen-

dingen van strafvermindering – die gedoseerd kan worden toegepast en daardoor ook op geringere rechtsschendingen kan worden toegesneden – heeft, door de in hoofdstuk 4 besproken ‘remedial equilibration’ ook effect op het niveau van bescherming dat aan grondwettelijke rechten kan worden ontleend. De reactie moet passen bij de inbreuk, dus – om bij het voorbeeld van het recht op een ‘speedy trial’ te blijven, waarin ‘dismissal’ de enige mogelijke reactie vormt: – in beginsel wordt alleen bij ernstige vertraging die het recht van de verdachte op een eerlijk strafproces heeft benadeeld, een schending van het recht op een ‘speedy trial’ aangenomen. Bij minder ernstige vertragingen wordt dat recht niet geacht te zijn geschonden en volgt geen reactie.

Dat het niveau van aan grondrechten te ontleenen bescherming juist kan dalen door die bescherming de vorm te geven van ingrijpende reacties binnen het strafproces, is een belangrijke constatering. Ingrijpende reacties binnen het strafproces zijn dus niet zalmakend als beoogd wordt individuele rechten te beschermen. Juist door toepassing van zulke reacties kan een ‘uitholling’ van die rechten optreden. Uit de Nederlandse praktijk is eveneens bekend hoe rekbaar het begrip ‘onwenselijk lang’ bleek, om maar te ontkomen aan de kwalificatie ‘onredelijk lang’, toen overschrijding van de redelijke termijn nog zonder meer tot niet-ontvankelijkheid leidde. Overigens geldt ook niet voor elk grondwettelijk recht dat maximalisering van het bescher-

mingsniveau per definitie een nastrevenswaardig doel is. Het belang van een doelmatige rechtspleging kan hierbij, afhankelijk van de aard van het betrokken recht, ook in meer of mindere mate in de afweging een rol spelen. Het beschermingsniveau dat kan worden ontleend aan het grondwettelijke recht op een ‘speedy trial’ is door alleen ‘dismissal’ als reactie te aanvaarden lager, maar het scheelt tegelijkertijd veel procederen over wellicht niet de wezenlijkste aspecten van een strafzaak. Dergelijke belangen van een efficiënte rechtspleging en te verwachten effecten daarop behoren in de afweging over de toe te passen reactie ook een plaats te hebben.

Bewijsuitsluiting

In de Verenigde Staten neemt bewijsuitsluiting de belangrijkste positie in als binnen het strafproces door de rechter toepasbaar rechtsgevolg op vormfouten in de opsporing. De rechtspraak van het Hooggerichtshof is duidelijk over de grondslog voor toepassing van bewijsuitsluiting en heeft daarbij in de onderzochte gevallen waarin door vormfouten de betrouwbaarheid van het bewijs niet is geschaad, begin jaren zeventig scherp gekozen om bewijsuitsluiting niet toe te passen als een recht van de verdachte, maar uitsluitend als remedie om de politie te weerhouden van toekomstige vormfouten. Die voor de reikwijdte van de bewijsuitsluitingsregel cruciale keuze voor ‘police-deterrence’ als enige doel, heeft ook zijn weerslag op het stelsel van reacties op vormfouten als geheel.

De belangrijke positie van de bewijsuitsluitingsregel in het strafprocesrecht heeft geleid tot een nimmer meer verstomde discussie over de voor- en nadelen van die regel. De daarin naar voren gebrachte argumenten zijn ook voor de Nederlandse rechtspraak over bewijsuitsluiting relevant. Naast de bekende argumenten dat toepassing van de regel schadelijk is voor de waarheidsvinding doordat betrouwbaar bewijsmateriaal terzijde wordt gesteld, is bijvoorbeeld een van de interessante punten van kritiek dat de regel veel aandacht opeist van de bij het strafproces professioneel betrokkenen. Tijd en aandacht die niet aan andere aspecten van de zaak kan worden besteed. Denkend aan de ook in Nederland voorkomende zaken waarin nauwelijks nog een materieel verweer wordt gevoerd, is dat een sterk punt. Ook de hiervoor al aangestipte 'remedial deterrence'; het effect dat ingrijpende remedies kunnen leiden tot uitholling van de rechten tot bescherming waarvan zij dienen, is hierbij belangrijk om onder ogen te zien. Tegenover belangrijke nadelen van de bewijsuitsluitingsregel staan echter in vergelijking met andere remedies ook voordelen, waaronder de precisie van de regel. Alleen het ongrondwettig verkregen wordt getroffen en van 'under-deterrence' of 'over-deterrence' is geen sprake. Voorts is het een remedie waarvan de toepassing volledig in handen ligt van de strafrechter, anders dan bijvoorbeeld het geval is bij de door de wetgever vormgegeven mogelijkheden om in reactie op een grondwetsschending schadevergoeding te vorderen.

Omdat de noodzaak tot 'police-deterrence' door middel van rechterlijke reacties binnen het strafproces nog steeds aanwezig wordt geacht, is de bewijsuitsluitingsregel tot op heden in de Verenigde Staten gehandhaafd. Het veranderen van de 'sfeer' in de opsporing, de ontwikkeling van alternatieve remedies of een toenemende effectiviteit van andere mechanismen die normconformiteit in de opsporing bevorderen, kunnen van invloed zijn op de noodzaak van rechterlijke 'police deterrence' binnen het strafproces. De nadelen van de bewijsuitsluitingsregel dicteren volgens het Hooggerechtshof dat het toepassingsbereik wordt beperkt tot alleen die gevallen waarin daarvan – afgezet tegen de ermee nagestreefde doelen – het meeste nut kan worden verwacht.

Contextgebonden karakter bewijsuitsluitingsregel

Eigenlijk kan wat betreft de situatie in de Verenigde Staten niet worden gesproken van dé bewijsuitsluitingsregel, omdat deze regel in het kader van de verschillende Amendementen een andere juridische basis heeft, verschillende belangen dient en een uiteenlopende ontwikkeling heeft doorgemaakt. De tekst van het Vijfde Amendement sluit, zoals gezegd, het gebruik van afgedwongen bekentenissen uit. Bewijsuitsluiting is in die gevallen dus niet de uitkomst van een afweging van de rechter. Dat is anders bij schending van het Vierde Amendement of de als voorzorgsmaatregel ter bescherming van onderliggende

grondwettelijke rechten door de rechter ontwikkelde regels, zoals de 'Miranda-regels'. Daarbij schrijft de grondwet geen bewijsuitsluiting voor, maar is dit een 'judge-made' remedie. Bij deze door de rechter ontwikkelde vormen van bewijsuitsluiting heeft de beperking van de grondslag daarvan tot 'police-deterrence' duidelijke gevolgen voor het toepassingsbereik. De kosten van bewijsuitsluiting voor het op waarheidsvinding gerichte strafproces moeten daarbij worden afgewogen tegen de van bewijsuitsluiting in termen van 'police-deterrence' te verwachten baten. Deze benadering heeft aan de basis gestaan van de ontwikkeling van verschillende uitzonderingen op de bewijsuitsluitingsregel.

Als belangrijkste voorbeeld kan daarbij worden gewezen op de zogenaamde 'good faith'-exceptie, waaraan de gedachte ten grondslag ligt dat geen 'deterrent' effect kan worden verwacht van toepassing van bewijsuitsluiting ten aanzien van te goeder trouw handelende opsporingsambtenaren. Voor deze en andere beperkingen op de bewijsuitsluitingsregel geldt voorts dat zij in belangrijke mate zijn toegesneden op het Amendement in het kader waarvan de regel functioneert.

Aan de 'fruit-doctrine' heeft het Hooggerichtshof in het kader van het Vierde Amendement bijvoorbeeld een andere, ruimere, uitleg gegeven, dan in het kader van schendingen van de 'Miranda-rules'. Ook bij de vraag of bewijsmateriaal als 'impeachment evidence' kan worden gebruikt maakt het Hooggerichtshof onderscheid naar gelang de aard van de geschonden norm.

Hoewel het bij de 'exclusionary rule' steeds gaat om het als onbruikbaar ter zijde stellen van bewijsmateriaal in reactie op een vormfout, bestaan er, afhankelijk van het geschonden grondwettelijk recht in het kader waarvan de regel wordt toegepast, flinke verschillen in de concrete uitwerking ervan. Naast de mate waarin bewijsuitsluiting als reactie direct uit de tekst van de grondwet voortvloeit, zijn daarbij belangrijke factoren: (1) de aard van de door het desbetreffende grondwettelijk recht beschermde belangen, (2) de ernst van de bedreigingen waaraan die belangen in de loop der tijd zijn blootgesteld en (3) de ontwikkeling die zich in de loop der tijd voordoet in de waardering van die belangen. Dergelijke factoren zijn bepalend voor de wijze waarop de juridische bescherming van grondwettelijke rechten in de praktijk wordt ingekleed.

Zwaarwegende belangen verband houdend met de waarheidsvinding en de eerlijkheid van het strafproces worden binnen het strafproces krachtig gewaarborgd door toepassing van de meest ingrijpende – sterkst afschrikkende – reacties. Andere belangen, zoals privacybelangen, behoeven niet per se binnen het strafproces te worden gewaarborgd. Bij inbreuken op dergelijke belangen vindt dan ook binnen het strafproces een afweging plaats waarin nut en noodzaak van een ingrijpende reactie een rol speelt.

De ontwikkeling van de bewijsuitsluitingsregel staat niet stil. In recente beslissingen van het Hooggerichtshof zijn nieuwe lijnen uitgezet waarlangs een verdere beperking van de toepassing van de regel haar beslag kan krijgen.

Interessant zijn de recente nadruk op de verwijtbaarheid van de vormfout en op het gewicht van alternatieve waarborgen en remedies. Voor een deel hangen deze beoordelingsfactoren samen met de nadruk op 'police-deterrence', maar ook in het bestaande Nederlandse kader kan bij de beoordeling van de ernst van het verzuim het opzet van degene die het beging een rol spelen, terwijl de opportuniteit van ingrijpende reacties binnen het strafproces mede kan worden bepaald door het bestaan van alternatieve remedies.

Fruit-doctrine

Ook in Nederland speelt de vraag naar de begrenzing van hetgeen als vrucht van onrechtmatig handelen moet worden beschouwd. Een causaal verband tussen de onrechtmatigheid en de bewijsverkrijging is vereist, maar niet op zichzelf toereikend om het later verkregen bewijs als vrucht van een eerdere onrechtmatigheid aan te merken. Dat betekent dat andere aspecten in de beoordeling moeten worden betrokken. Over de uitkomst van een dergelijke beoordeling bestaat, zoals wel blijkt uit de veelheid aan 'dissenting opinions' in de rechtspraak van het Hooggerechtshof op dit gebied, ook in de Verenigde Staten geen eenstemmigheid. Niettemin is interessant om kennis te nemen van de argumenten die in de discussie over dit onderwerp daar een rol spelen en om te zien dat de invulling die aan de vruchtenleer wordt gegeven van soort verzuim tot verzuim kan verschillen. Beoordeeld moet worden of er relevante

tussenkomen omstandigheden bestaan die het verband tussen de aanvankelijke onrechtmatigheid en de latere bewijsverkrijging (zo goed als) doorbreken. Dat is de feitelijke component van de in de Verenigde Staten ontwikkelde 'attenuation exception'. Interessant is ook de juridische component van deze uitzondering op de toepassing van de bewijsuitsluitingsregel, die eist dat het belang ter bescherming waarvan de geschonden norm strekt is gediend met bewijsuitsluiting. Dat doet denken aan het in Nederland geldende Schutznorm-vereiste. Ook de 'inevitable discovery exception' kan tot inspiratie dienen bij de vormgeving van de Nederlandse vruchtenleer.

Andere middelen tot sturing

Naast beslissingen die zien op de toepasselijkheid en de reikwijdte van de bewijsuitsluitingsregel gebruikt het Hooggerechtshof ook andere middelen tot sturing van de inhoud van het strafproces. Het al genoemde vereiste van 'standing' is een dergelijk middel om de kwaliteit en de kwantiteit van het procederen over grondwetsschendingen te beïnvloeden. De wijze waarop het Hooggerechtshof dit vereiste in de context van de verschillende Amendementen heeft geïnterpreteerd verdient aandacht bij de invulling van het in Nederland geldende Schutznorm-vereiste. Over verschillende grensgevallen bestaat rechtspraak van het Hooggerechtshof. Bij het Vierde Amendement is de verhouding van de verdachte tot de plaats waar de zoeking plaatsvond en tot het inbeslaggenome belangrijk. Over

ongrondwettig handelen dat geen inbreuk maakt op rechten van de verdachte kan hij zich niet beklagen. Dat geldt ook als uitgangspunt bij vormfouten met betrekking tot het verhoor van bijvoorbeeld medeverdachten, zij het dat een uitzondering wordt gemaakt voor die gevallen waarin de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaring geacht moet worden te zijn geschaad door de vormfout.

Door als hoogste rechter dergelijke nuanceringen aan te brengen kan de aandacht van de strafrechter heel precies worden gericht op de bescherming van specifieke belangen en kan, ook doordat duidelijk is over welke aspecten procederen zinvol is, de efficiëntie in de procesgang worden bevorderd. Ook de verdeling van de bewijslast in het kader van de vaststelling van een vormfout en de daarbij aan te leggen maatstaven zijn interessante en belangrijke door het Hooggerechtshof benutte sturingsmiddelen. De factoren die worden betrokken bij de keuze op wie de bewijslast rust, kunnen ook in een Nederlandse context een rol spelen.

Decision rules als conduct rules

Bevorderlijk voor het aanscherpen van de gedachtevorming en ook van belang voor de Nederlandse rechtspraak, is het besef dat nuanceringen door de rechter bij de toepassing van ingrijpende reacties ertoe kunnen leiden dat met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren hun gedrag gaan afstemmen op deze 'beslisregels'. Wanneer bijvoorbeeld duidelijk wordt dat de rechter in de

praktijk bij onrechtmatige doorzoeken van dashboardkastjes geen bewijsuitsluiting meer toepast, kan dat ertoe leiden dat de vereisten voor een rechtmatige doorzoeking van dashboardkastjes worden genegeerd.

De Amerikaanse praktijk biedt van deze toepassing van 'decision rules' als 'conduct rules' enkele – ook niet-incidentele – krasse voorbeelden. Dergelijk gedrag dat getuigt van een gebrek aan respect voor de inhoud van het recht of, anders gezegd, van een gebrek aan goede trouw, kan het belang en daarmee de ruimte voor het volstaan met de constatering van een vormfout doen slinken en rechterlijke reacties noodzakelijk maken die bewerkstelligen dat opsporings- en vervolgingsambtenaren zich meer aan de inhoud van het recht gelegen laten liggen.

9.5. Beoordelingsfactoren bij reacties op concrete vormverzuimen

Inspiratie kan tevens worden geput uit de toetsingsmodellen en de daarin gebruikte beoordelingsfactoren die in het kader van de verschillende onderzochte soorten vormverzuimen in de Verenigde Staten worden gehanteerd.

Zo is bijvoorbeeld de rechtspraak over de eisen die moeten worden gesteld aan een geldige toestemming tot het verrichten van een zoeking in de Verenigde Staten veel meer uitgekristalliseerd dan in de Nederland. Bij het Hooggerechtshof zijn onder meer gevallen aan de orde geweest waarin die toestemming

door derden is gegeven. De beslissingen van het Hooggerechtshof in dit verband verdienen aandacht bij een nadere invulling van de Nederlandse rechtspraak op dit gebied. Dat geldt evenzeer voor de factoren die volgens de rechtspraak van het Hooggerechtshof een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de vrijwilligheid van een afgelegde bekentenis in het kader van de 'due process voluntariness-test'. De factoren waaraan daarbij betekenis kan toekomen, lenen zich voor toepassing in een Nederlands kader bij de beoordeling van de vraag of een verklaring in vrijheid geacht kan worden te zijn afgelegd, dan wel dat sprake is geweest van ontoelaatbare druk. Al is te verwachten dat de relevantie van deze toetsing kan afnemen onder invloed van de 'Salduz-rechtspraak', net zoals in de Verenigde Staten het belang van de 'due process voluntariness-test' afnam als gevolg van de 'Miranda-rechtspraak'.

In verband met de nadere invulling die zal moeten worden gegeven aan de 'Salduz-rechtspraak' van het EHRM kan inspiratie worden geput uit de 'Miranda-rechtspraak', waarin bijvoorbeeld is gepreciseerd wat onder een 'interrogation' moet worden verstaan en welke eisen precies moeten worden gesteld aan de 'warnings' of aan een geldige afstand van het zwijgrecht en het recht op bijstand van een advocaat. Ook zinvol is kennisneming van de rechtspraak waarin is aanvaard dat op de plicht tot het wijzen van de verdachte op zijn rechten onder bijzondere omstandigheden een uitzondering kan worden gemaakt. Dat

geldt evenzeer voor de rechtspraak omtrent welke eisen moeten worden gesteld aan een 'waiver' na een eerder gedaan beroep op het zwijgrecht of recht op bijstand van een advocaat. Wat betreft de toepassing van de bewijsuitsluitingsregel is de rechtspraak interessant over een na geldige 'warnings' afgelegde verklaring, in gevallen waarin eerder een belastende verklaring is afgelegd zonder dat de verdachte op zijn rechten is gewezen. Interessant is ook de Amerikaanse rechtspraak over gevallen waarin door undercover's in de gevangenis informatie van de verdachte wordt verkregen. Omdat het 'privilege against self-incrimination' uit het Vijfde Amendement – dat een belichaming vormt van het nemo tenetur beginsel – beschermt tegen op de verdachte uitgeoefende druk, en daarvan bij een gesprek in de cel met een undercover meestal geen sprake is, kan de verdachte aan dit 'privilege' in deze situatie geen bescherming ontnemen. Aan het recht op rechtsbijstand uit het Zesde Amendement kan de verdachte wel enige bescherming ontnemen. Zodra hij in een adversaire procedure een advocaat in de arm heeft genomen, mogen van hem niet meer door een undercover verklaringen worden ontfutseld, maar dient de communicatie met de verdachte te verlopen met bijstand van zijn advocaat. Om dit onderwerp niet als een nemo tenetur-probleem te benaderen is in elk geval verfrissend en kan bij de in Nederland in dit verband vereiste beoordeling aan de hand van alle omstandigheden van het geval mogelijk een rol spelen in de verdere gedachtevor-

ming. In hoeverre de Amerikaanse aanpak zich voor overname leent verdient nader onderzoek, waarin ook de door het EVRM gestelde eisen moeten worden betrokken.

Ook de rechtspraak waarin het gaat om de beantwoording van de vraag welk bewijsmateriaal als 'testimonial' geldt ten aanzien waarvan de verdachte een beroep toekomt op het 'privilege against self incrimination' is in de Verenigde Staten tot op een subtiel niveau ontwikkeld. Bij de Nederlandse invulling van aan het nemo-tenetur te ontleen aanspraken, verdient die rechtspraak te worden geraadpleegd. Interessant is ook dat volgens de Amerikaanse rechtspraak aan rechtspersonen geen beroep toekomt op het 'privilege against self-incrimination'.

Verhelderend is voorts de discussie over de grondslagen van 'entrapment' waarin aandacht wordt besteed aan de gevolgen die de verschillende mogelijke benaderingen van regulering van deze bijzondere vorm van opsporing hebben. Het delictgebonden karakter van de toetsing lijkt ook in een Nederlandse context toepasbaar. En de door de rechter te betrachten terughoudendheid in het aanleggen van beperkingen op grond van de eisen van 'due process' lijkt in de Nederlandse rechtspraak herkend te kunnen worden en is ook als notie belangrijk bij een goed begrip van bijvoorbeeld de rechtspraak over de 'loki-fiets'.¹⁰⁶²

Voor al deze detailpunten verdient nader te worden gezien in hoeverre de Amerikaanse aanpak of delen daarvan zich lenen voor toe-

passing in de Nederlandse strafrechtelijke context.

9.6. Scharnierpunt: verbinding met het Nederlandse deel van het tweeluik

Inbedding reacties in nationale context
Inspirerend is de wijze waarop in de Verenigde Staten in het strafrecht aan vormverzuimen juridische consequenties worden verbonden zonder meer, zo kan op basis van het voorgaande worden geconcludeerd. Dat wil echter niet zeggen dat de daar gemaakte keuzes in elk opzicht ook voor de Nederlandse strafrechtspleging het beste resultaat zouden opleveren. Reacties op vormverzuimen moeten worden toegesneden op de samenleving en ingebed in het strafvorderlijk stelsel waarin zij functioneren: zij kunnen daarvan niet los worden gezien.

Tegenwoordig worden reacties op vormverzuimen veel minder reflexmatig toegepast, zoals eerder bijvoorbeeld wel het geval was bij overschrijding van de redelijke termijn in de Nederlandse rechtspraak of in de Verenigde Staten bij schending van het Vierde Amendement. Het aan een vormfout te verbinden rechtsgevolg is afhankelijk geworden van een afweging van de betrokken belangen door de rechter. Dat dwingt ertoe in elk concreet geval na te denken over het met de reactie op een vormfout beoogde doel en over het daartoe meest geschikte middel. Welke doelen met reacties op vormfouten worden nagestreefd en welke middelen daarbij het beste kunnen

1062 HR 28 oktober 2008, LJN BE9817.

worden gebruikt, zijn kwesties die nauw verbonden zijn met de nationale maatschappelijke en strafvorderlijke context.

Belang van gemotiveerde reacties op vormverzuimen

Tegenover de toegenomen macht van de rechter staat een plicht tot het afleggen van verantwoording aan de samenleving, zo is te lezen in het WRR-rapport uit 2002 getiteld 'De toekomst van de nationale rechtsstaat'.¹⁰⁶³ Als voorwaarden voor rechterlijk gezag worden in het 'Eindrapport Rechtspraak 2015' genoemd: transparantie, toegankelijkheid, rechtseenheid en gepaste afstand tot de samenleving. Betoogd wordt voorts dat de rechtspraak om haar gezag te kunnen behouden een 'evoluerend onderdeel moet zijn van een evoluerende maatschappij, maar ook haar positie moet waarmaken als één van de drie staatsmachten met een eigen verantwoordelijkheid voor het bewaken van de normen van de rechtstaat'.¹⁰⁶⁴ 'Mee-evolueren' dus, maar wel de normen van de rechtstaat bewaken en al doende verantwoording afleggen aan de samenleving. Dat is geen geringe opgave. De uitvoering van deze taak komt in het strafrecht bij uitstek aan de orde bij het reageren op vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek. De macht van de rechter op dat terrein is groot. Het bewaken van de normen van de rechtstaat krijgt daar heel concreet vorm, doordat de strafrechter de naleving van waarborgen voor een eerlijk proces kan bevorderen en optreden van politie en justitie, dat inbreuk kan maken op indivi-

duële grondrechten, kan controleren en begrenzen. Belangen waaraan door de strafrechter een groot gewicht wordt toegekend, kunnen door hem van een waarborg worden voorzien door schending van de desbetreffende belangen niet zonder passend gevolg te laten. De strafrechter geeft op deze wijze inhoud aan de betekenis die individuele grondrechten in de praktijk hebben.

Doelen en middelen

Ook in de Nederlandse strafrechtspleging gelden het verzekeren van het recht van de individuele verdachte op een eerlijk proces en het waarborgen van een behoorlijke opsporing als de twee belangrijkste doelen van reacties op vormverzuimen. De dilemma's waarvoor de strafrechter bij de keuze van zijn reactie op een vormverzuim wordt gesteld zijn vergelijkbaar met de Amerikaanse situatie en ook hier is het ene vormverzuim het andere niet. Of een bepaalde reactie op een vormverzuim gerechtvaardigd is, is afhankelijk van de mate waarin het daarmee beoogde doel wordt bereikt zonder onnodig grote inbreuk te maken op andere belangen. Voor de acceptatie en begrijpelijkheid van de toepassing van een bepaalde reactie op een vormverzuim is dan ook cruciaal wat daarmee wordt beoogd. Op zichzelf kunnen met reacties op vormfouten uiteenlopende doelen worden nagestreefd, zoals: (i) verzekeren van een eerlijk proces voor de individuele verdachte, (ii) compensatie van de individuele verdachte voor nadeel dat niet bestaat in een inbreuk op zijn recht op een

1063 Vgl. WRR 2002, p. 272.

1064 Van Berckel & Roijers 2007, p. 21-23.

eerlijk proces, (iii) verzekeren van een behoorlijke opsporing in het algemeen, (iv) waarborgen van de rechterlijke integriteit of de integriteit van de rechtspraak als geheel, (v) waarborgen van de kwaliteit van de rechtspraak.

Vanwege de variatie in na te streven doelen – die overigens ook per vormverzuim kunnen verschillen – en vanwege de cruciale betekenis hiervan voor het toepassingsbereik van de verschillende mogelijke reacties, is een nadere duiding door de Hoge Raad op dit vlak belangrijk. Dit geldt op het niveau van de reacties op vormverzuimen in concrete gevallen, maar ook op het niveau van het stelsel van reacties op vormverzuimen als geheel. Door te expliciteren welke doelen de rechter met zijn reacties op vormverzuimen binnen het strafproces beoogt te dienen en welke belangen hij daarbij beschermt, wordt kenbaar wat van de rechter binnen het strafproces kan worden verwacht. Duidelijk is dan ook voor welke belangen wellicht andere beschermingsmechanismen of mogelijkheden tot redres van rechtsschendingen in het leven moeten worden geroepen.

Ter bevordering van de rechtseenheid en de rechtszekerheid is evenzeer van belang de grondslagen voor toepassing van de onderscheiden mogelijke reacties op vormverzuimen te expliciteren. De verschillende in een bepaald stelsel mogelijke reacties kunnen naar hun aard en afhankelijk van de situatie geacht worden meer of minder geschikt te zijn een bepaald doel te dienen. Strafvermindering lijkt minder geschikt als middel om de opsporings-

autoriteiten tot normconform gedrag te bewegen, terwijl bewijsuitsluiting in gevallen waarin desalniettemin een bewezenverklaring volgt als vorm van compensatie voor de inbreuk op de privacy van de verdachte een wassen neus lijkt te zijn.

Vooraf omdat aan sommige reacties uiteenlopende doelstellingen kunnen worden toegeschreven is duidelijkheid uit een oogpunt van rechtseenheid geboden. Dat speelt sterk bij de toepassing van bewijsuitsluiting. Aan die reactie kan worden toegedicht dat zij strekt tot waarborg van de rechterlijke integriteit, maar ook kan zij worden gezien als middel om de politie af te schrikken van normschendingen, of als compensatiemiddel voor inbreuken op rechten van de verdachte. Van welke benadering wordt uitgegaan is in concrete gevallen van doorslaggevend belang voor de vraag of bewijsuitsluiting al dan niet in aanmerking komt.

Heel in het algemeen geldt in dit verband dat hoe meer andere doelen dan het waarborgen van een eerlijk proces voor de individuele verdachte worden nagestreefd met het stelsel van reacties binnen het strafproces, hoe complexer het reageren op vormverzuimen wordt en hoe meer de rechter en andere procesdeelnemers worden afgeleid van de kern van het strafproces. Dat zijn op zichzelf nadelen, maar voor de aanvaarding daarvan kunnen natuurlijk goede redenen bestaan.

Iets vergelijkbaars geldt voor het toedichten van verschillende functies – zoals compensatie van schade die de verdachte leed en 'police-

deterrence' – aan een en dezelfde reactie op een vormverzuim. Ook dat compliceert de beoordeling, vooral wanneer die uiteenlopende belangen een verschillende uitkomst indiceren. De precieze redenen voor de toepassing van een bepaalde reactie kunnen dan diffuus worden, hetgeen de rechtseenheid en de overtuigingskracht schaadt. Dat hoeft overigens niet, maar dan moet wel heel gedetailleerd en duidelijk worden gemotiveerd.

Hoe meer verschillende doelen worden nagestreefd met reacties op vormfouten en hoe minder wezenlijk de regels zijn die aan controle op vormfouten worden onderworpen, hoe groter de behoefte aan nuancering en differentiatie in aan schendingen van die regels te verbinden rechtsgevolgen. Hoe beperkter het aantal en de soorten doelen die met reacties binnen het strafproces worden nagestreefd, en hoe wezenlijker de te controleren regels, hoe beperkter ook het benodigde 'reactiearsenaal'.

Beperking van de met reacties op vormfouten binnen strafproces na te streven doelen kan ook bepaalde onoplosbare dilemma's buiten de door de strafrechter te maken afweging plaatsen. Bijvoorbeeld door met bewijsuitsluiting geen compensatie van schade na te streven aan andere belangen van de verdachte dan zijn recht op een eerlijk proces. Dat kan zowel het strafproces als de bescherming van de desbetreffende belangen ten goede komen. Vraagt een ernstige rechtsschending bijvoorbeeld om aanmerkelijke compensatie van de verdachte, maar zijn de binnen het

strafproces beschikbare middelen eigenlijk niet geschikt, dan kan door toch (geforceerd) binnen het strafproces op die rechtsschending te reageren ofwel de verdachte tekort komen, ofwel de kerndoelen van het strafproces op onwenselijke wijze worden geschaad.

Prelude: bewijsuitsluiting als middel tot een doel

Met inachtneming van de uit het rechtsvergelijkend onderzoek te trekken lessen, wordt hier, vooruitlopend op het tweede deel van het onderzoek waarin de Nederlandse rechtspraak centraal staat, een korte bespiegeling gewijd aan de grondslagen voor toepassing van de bewijsuitsluitingsregel in Nederland. Het denken over reacties op vormfouten in termen van doelen en middelen vereist los te komen van de eerder bestaande grondhouding dat op onrechtmatigheid bewijsuitsluiting volgt. Ter rechtvaardiging van die grondhouding zijn in de literatuur verschillende argumenten aangedragen,¹⁰⁶⁵ maar die bieden zonder grondige nadere analyse weinig houvast meer gelet op de ontwikkelingen in de rechtspraak van pakweg de laatste tien jaar. Daaruit blijkt immers ontegenzeggelijk dat in de Nederlandse rechtspraak de gedachte is verlaten dat elke onrechtmatigheid bij de bewijsgaring tot bewijsuitsluiting leidt. Bewijsuitsluiting is al enige tijd niet meer het "inherent en indifferent"¹⁰⁶⁶ rechtsgevolg van onrechtmatig handelen. Maar, welke onrechtmatigheid nog wel dat gevolg heeft en waarom, is niet erg helder. Een benadering waarin rechterlijke

1065 Zoals het demonstratie-argument, reparatie-argument en integriteits-argument. Zie voor een beknopt overzicht Kuiper 2003, p. 147-148.

1066 Zoals destijds verwoord in Mevis 1995.

reacties op vormverzuimen worden beschouwd als middelen tot een bepaald doel, kan structuur geven aan de rechtspraak.

De rechtspraak van de Hoge Raad over bewijsuitsluiting tendeert al enige tijd ernaar dat toepassing daarvan alleen nodig is, wanneer het bezigen van het desbetreffende bewijsmateriaal inbreuk zou maken op het recht van de verdachte op een eerlijk proces.¹⁰⁶⁷ Dat is in een maar heel beperkte categorie van gevallen aan de orde. Als de gevallen waarin de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal is geschaad door de wijze waarop dat is verkregen als een afzonderlijke categorie (I) worden gezien, waarin de onbetrouwbaarheid vanzelfsprekend meebrengt dat het materiaal niet voor het bewijs wordt gebruikt, blijven op het eerste gezicht alleen die gevallen over waarin een onherstelbare inbreuk is gemaakt op verdedigingsrechten (categorie II). In alle andere gevallen van onrechtmatige verkrijging van betrouwbaar bewijsmateriaal (categorie III) kan het recht op een eerlijk proces worden gewaarborgd, kort gezegd, door de gelegenheid tot tegenspraak te bieden.¹⁰⁶⁸ Voorts maakt de rechtspraak van de Hoge Raad duidelijk dat uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in categorie III niet als recht van de verdachte geldt. Dan zou de in die rechtspraak geboden ruimte om bewijsuitsluiting achterwege te laten immers niet bestaan.

Dit roept een aantal vragen op. Ten eerste de vraag wanneer het waarborgen van het recht op een eerlijk proces bewijsuitsluiting vereist?

Voor de beantwoording van die vraag is een analyse van de rechtspraak van het EHRM van belang. Ten tweede de vraag of er buiten categorie (II) nog plaats is voor bewijsuitsluiting? Een vraag die een bevestigend antwoord lijkt te moeten hebben, wanneer bijvoorbeeld wordt gedacht aan een onrechtmatige doorzoeking van een woning, of aan een onrechtmatige inwendige fouillering. Maar, en dat is een derde vraag, wat is of zijn in die categorie van gevallen (III) dan de grondslag(en) voor bewijsuitsluiting?

Is dat – om tentatief een antwoord te formuleren – in Nederland in wezen niet evenzeer de bedoeling om de politie in toekomstige soortgelijke gevallen van het aan de orde zijnde handelen te weerhouden? Daar lijkt het wel op, maar of dat daadwerkelijk zo is, en of dat de enige grondslag is en moet zijn, zal nader onderzoek van de Nederlandse situatie duidelijk moeten maken.

Belangen individuele verdachte tegenover belangen samenleving als geheel?

Ingrijpende reacties op vormfouten zijn gemakkelijker te aanvaarden wanneer deze een stevige rechtvaardiging kennen. Uitsluiting van onbetrouwbaar bewijs zal daarom in redelijkheid niet op verzet stuiten. Het voorkomen van veroordeling op onjuiste gronden, is evenzeer een belang van de samenleving als geheel als een belang van de individuele verdachte.

Deze twee belangenclusters kunnen meer tegenover elkaar komen te staan wanneer het

1067 Zie bijv. Buruma 2002, Knigge 2003 en Kuiper 2003.

1068 Zie bijv. Kuiper 2003, p. 152-153.

gaat om het waarborgen van het recht op een eerlijk proces. Het belang van een effectieve en efficiënte waarheidsvinding en berechting kan hierbij botsen met het recht van de individuele verdachte op respect voor zijn verdedigingsrechten. Hier zal de rechter per situatie tot een afweging moeten komen van hetgeen in een behoorlijke geciviliseerde strafrechtspiegeling wenselijk is.

Waar het gaat om inbreuken op belangen van de individuele verdachte die niet zijn recht op een eerlijk strafproces betreffen, zoals bij inbreuken op privacy, kan de overtuigingskracht van de toepassing van rechterlijke remedies aan kracht winnen door de binnen het strafproces te bieden remedie niet als compensatie voor de individuele verdachte te zien. Door bewijsuitsluiting als recht van de individuele verdachte te benaderen komt het belang van de samenleving tegenover het belang van de individuele verdachte te staan. Wanneer echter deze rechterlijke reactie als middel tot waarborgen van een behoorlijke opsporing wordt benaderd, convergeert het belang van de verdachte (als toevallige exponent van alle leden van de samenleving) met dat van de samenleving.¹⁰⁶⁹ De redenering kan dan zijn dat de strafrechter er alles aan moet doen onrechtmatige vormen van bijvoorbeeld doorzoeking van woningen te ontmoedigen, vanwege het gewicht van het daarbij op het spel staande maatschappelijke belang dat burgers hun privacy gewaarborgd moeten kunnen weten in hun woning, zodat bewijsuitsluiting passend is als reactie. Een dergelijke

benadering maakt voorts differentiatie mogelijk naar gelang de ernst van de onrechtmatigheid of andere relevante omstandigheden van het geval.

Afstemming van reacties

Veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat het doel van reacties op vormverzuimen in de gevallen van categorie III ook in Nederland voor een belangrijk deel 'police-deterrence' is, dient – daargelaten of (in sommige gevallen) ook andere grondslagen kunnen worden aangewezen – de noodzaak en effectiviteit van 'police-deterrence' in de beoordeling van de toe te passen rechterlijke reactie te worden betrokken.

Bewijsuitsluiting als reactie op vormfouten die de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal niet hebben geschaad of waarvan het gebruik geen inbreuk maakt op het recht op een eerlijk proces, zal dan (voor een belangrijk deel) zijn rechtvaardiging moeten kunnen vinden in het gebrek aan even effectieve voor het strafproces minder nadelige mogelijkheden om daarop te reageren.

Dat bewijsuitsluiting een uiterst effectief middel kan zijn om richting te geven aan de praktijk van de opsporing, is onlangs nog scherp belicht door de snelle wijze waarop de 'Salduz-rechtspraak' in de praktijk van de opsporing werd geïmplementeerd. Alleen al de maatschappelijke realiteit dat binnen opsporings- en vervolgingsorganen prioriteiten moeten worden gesteld wat betreft de aanwending van de beschikbare capaciteit,

1069 Vgl. Solove 2008.

dicteert dat niet helemaal uitgesloten is dat minder snel en doortastend door het Openbaar Ministerie en de politie zou zijn gereageerd als alleen was geoordeeld dat jeugdige verdachten onder omstandigheden recht hebben op rechtsbijstand, zonder dat bewijsuitsluiting als rechtsgevolg zou zijn voorgeschreven bij het verzuim dat recht in concrete zaken te waarborgen.

Voor de beantwoording van de vraag of het in gevallen van onrechtmatig, maar zonder inbreuk op art. 6 EVRM verkregen betrouwbaar bewijsmateriaal (categorie III) gerechtvaardigd is de nadelige gevolgen van bewijsuitsluiting voor de waarheidsvinding (en daarmee potentieel ook voor de berechting) op de koop toe te nemen, is ook hier de 'sfeer' in de opsporing van belang. Vooral wanneer bepaalde rechtsschendingen structureel voorkomen lijken ingrijpende rechterlijke reacties gerechtvaardigd te kunnen zijn. Dat geldt veel minder voor incidentele fouten. De inbreuk op de belangen van de verdachte (die immers niet zijn recht op een eerlijk proces betreft) kan dan beter op een andere wijze dan met bewijsuitsluiting gecompenseerd worden, terwijl het belang van de samenleving als geheel bij een behoorlijke opsporing niet prangend aan de orde is, wanneer het niet om een structurele problematiek gaat.

Zicht op de praktijk

Zicht op de opsporingspraktijk is in het licht van het vorenstaande een vereiste om afgewogen te kunnen reageren op vormverzuimen. Het

idee een 'databank vormverzuimen' aan te leggen zij hier daarom herhaald.¹⁰⁷⁰ Gedacht moet daarbij worden aan het archiveren van alle beslissingen waarin Nederlandse strafrechters een vormverzuim constateren en daaraan al dan niet rechtsgevolgen verbinden, bijvoorbeeld door plaatsing op www.rechtspraak.nl. Mits dit consequent gebeurt, zou dat een tamelijk representatief beeld kunnen opleveren van de stand van zaken. Aan de hand van de aldus verzamelde en toegankelijke gegevens zou door de Raad voor de rechtspraak jaarlijks aan de Minister van justitie en de Minister van binnenlandse zaken gerapporteerd kunnen worden. Op die manier worden de direct verantwoordelijken voor een behoorlijke normconforme opsporing geconfronteerd met de stand van zaken en mag van hen daarop een passende reactie worden verwacht. Ook kunnen door een dergelijke jaarlijkse rapportage de grotere lijnen zichtbaar worden. Gaat het bij (bepaalde) vormverzuimen vooral om incidenten, of gaat het in de praktijk vaak fout? En wat zijn dan de structurele knelpunten? Vervolgens kan het beleid daarop worden afgestemd. Geven veel voorkomende fouten aanleiding voor intensievere aandacht voor het desbetreffende punt in de opleiding? Dient het OM alerter te zijn, of moet de wet wellicht worden aangepast? Door op deze wijze in een databank de vormverzuimen te bundelen, en daadwerkelijk gebruik te maken van de aldus vergaarde kennis ter verbetering,¹⁰⁷¹ verdwijnt ook het "bloedeloze" karakter van de enkele constate-

1070 Eerder geopperd in Kuiper 2009, p. 59.

1071 Vgl. Stuiveling 2009, p. 23.

ring van een vormverzuim. Ook die constatering kan dan een daadwerkelijke aanzet leveren tot verbetering. Voorts zou het kunnen bijdragen aan een betere allocatie van de verantwoordelijkheid voor bepaalde verbeteringen, ook in die gevallen waarin de strafrechter geen rol meer heeft bij gebreke van een geschonden belang van de door hem berechte verdachte. Door het overzicht dat op deze wijze kan worden verkregen van de mate waarin vormverzuimen voorkomen, en van de aard en de oorzaken daarvan, kan de rechter ook op een meer coherente wijze invulling geven aan het beleidsmatige aspect van het reageren op vormverzuimen, dat ook bij 'police-deterrence' als grondslag voor bewijsuitsluiting op de voorgrond treedt. De wijze waarop de rechter van het hem voor het reageren op vormverzuimen ter beschikking staande instrumentarium gebruik maakt, zal dan preciezer kunnen aansluiten op de samenleving en de opsporingspraktijk. Daarbij lijkt het goed om doordrongen te zijn van het besef dat de daarbij gemaakte keuzen geen eeuwigheidswaarde hebben. Dat kan ook een bevrijdende gedachte zijn. Wanneer blijkt dat de politie als resultaat van een te lankmoedig reageren op vormverzuimen een loopje neemt met rechten van verdachten, kunnen meer ingrijpende reacties weer – en dan overtuigend gemotiveerd – worden toegepast.

De rol van de Hoge Raad

Het vormgeven van de wijze waarop de strafrechter op vormfouten moet reageren, doet

een zwaar beroep op de leidinggevende rol van de Hoge Raad. Zowel op het gebied van fouten in het vooronderzoek, als ten aanzien van fouten in de fase van het onderzoek ter terechtzitting, is tot op grote hoogte aan de rechter overgelaten welke rechtsgevolgen daaraan worden verbonden.

De kernbepaling over vormverzuimen in het vooronderzoek, art. 359a Sv, heeft de in de rechtspraak ontwikkelde reacties gecodificeerd, maar laat de nadere invulling van dit stelsel grotendeels over aan de rechter. In dit opzicht bieden de met nietigheid bedreigde wettelijke vereisten wat betreft de berechtingsfase iets meer houvast. Maar ook daar neemt de Hoge Raad van oudsher zijn eigen verantwoordelijkheid (door relativering van wettelijke nietigheden en vorming van substantiële nietigheden) en is het dus geraden tot een scherpe gedachtevorming te komen ten aanzien van de met reacties op vormfouten na te streven doelen en de daartoe meest geschikte middelen.

In zijn standaardarrest over art. 359a Sv heeft de Hoge Raad zijn eerdere rechtspraak gebundeld en ingekaderd. De daarmee geslagen piketpaaltjes laten de lagere rechter evenwel nog een grote bandbreedte. Ook voor de keuze van de juridische fundamenteën van de beslissing die bepalend zijn voor de uitkomst in een concrete zaak. Dat brengt mee dat uitspraken van lagere rechters niet alleen vanwege het verschil in de onderliggende feiten uiteen kunnen lopen, maar ook als gevolg van uiteenlopende (min of meer particuliere)

opvattingen omtrent de met de reactie op een vormverzuim na te streven doelen en te waarborgen belangen. Dat laatste is uit een oogpunt van rechtseenheid onwenselijk.

Die vaststelling is niet bedoeld als gemakkelijke kritiek op de Hoge Raad. Soms is het heel verstandig om niet direct teveel omvattende uitspraken te willen doen en zo veel ervaring is er nog niet met art. 359a Sv, zoals dat in bedoeld overzichtsarrest in het gelid is gezet. Duidelijk is dat het recht op dit vlak in ontwikkeling is. Wie dan te snel de lijnen vastlegt, loopt gevaar op zijn schreden terug te moeten keren. Daarmee is de rechtszekerheid ook niet gediend. Complexe vraagstukken laten zich niet aan de hand van een enkele zaak beslissen. Om weloverwogen keuzes te kunnen maken is een vollediger blik op de onderliggende problematiek vereist.

Bij het enthousiasme over de duidelijkheid van het Hoogerechtshof in zijn rechtspraak op dit terrein, moet ook worden aangetekend dat het soms lang duurt voordat die duidelijkheid wordt geboden en dat de taakopdracht van de Hoge Raad een andere is. De keuze voor een bepaalde kwantiteit drukt onvermijdelijk een stempel op vorm en inhoud. Ook het gegeven dat in de arresten van de Hoge Raad altijd met één mond wordt gesproken, maakt een uitvoeriger motivering niet altijd gemakkelijk.

Het voorstel van de Commissie Hammerstein tot invoering van een mechanisme voor selectie van zaken door de Hoge Raad en de daarbij uitgesproken ambitie een nadrukkelijker

invulling te geven aan zijn taak op het gebied van de rechtsontwikkeling en het bevorderen van de rechtseenheid, vormen in dat licht een aantrekkelijk vooruitzicht.¹⁰⁷² Het is voor de ontwikkeling van het recht belangrijk dat binnen de Hoge Raad de discussie wordt aangegaan over het stelsel en de reikwijdte en betekenis van de verschillende mogelijke reacties op vormverzuimen, maar daarvoor moet praktisch wel de ruimte bestaan. Overigens kunnen de Advocaten-Generaal bij de Hoge Raad in dit opzicht een cruciale rol vervullen in uitlokken van deze discussie.

Door uit te spreken welke doelen worden nagestreefd met het stelsel van reacties op vormfouten binnen het strafproces, kan, zoals gezegd, ook duidelijk worden voor welke daarin niet begrepen doelen andere wegen moeten worden bewandeld of opengesteld. Ook kunnen uitzonderingen op hoofdregels scherper worden uitgetekend. Wanneer en om welke redenen wordt precies een uitzondering op het Schutznorm-vereiste aanvaard? Op welke verzuimen die ook aan de rechter-commissaris hadden kunnen worden voorgelegd, kan toch nog bij de zittingsrechter een beroep worden gedaan, en waarom? Ziet het Zwolsman-criterium alleen op een eerlijk proces in enge zin, of moet dat in sommige gevallen ruimer worden opgevat en, zo ja, wanneer dan en waarom? Dergelijke vragen laten zich beter beantwoorden wanneer de doelen per mogelijke rechterlijke reactie – al dan niet gespecificeerd per soort vormverzuim – worden uitgesproken. Ook kan daarmee het gebruik van de

1072 Commissie Normstellende rol Hoge Raad 2008.

verschillende sturingsmiddelen die de Hoge Raad heeft wat betreft de kwaliteit en de kwantiteit van door de strafrechter te beoordelen vormfouten overtuigend worden gemotiveerd.

Door in concrete (categorieën van) gevallen de afweging van voor- en nadelen van toepassing van een bepaald rechtsgevolg af te zetten tegen hetgeen als resultaat wordt beoogd, kan de Hoge Raad nadrukkelijker de van hem te verlangen leiding geven aan de lagere rechtspraak. Een precieze aanduiding van de grondslag van de verschillende reacties maakt beslissingen van de lagere rechter bovendien extensiever toetsbaar in cassatie, zodat de Hoge Raad beter in staat is de rechtseenheid te bewaken. De maatschappelijke aanvaarding van rechterlijke uitspraken kan toenemen, wanneer goed wordt gemotiveerd waarom in een bepaald geval voor een bepaalde reactie wordt gekozen. Dat is vooral belangrijk bij reacties op vormfouten met verstrekkende gevolgen als bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie. Daarbij biedt het stellen van hoge eisen aan de motivering van de feitenrechter de mogelijkheid voor de Hoge Raad om sturing te geven aan de ontwikkelingen in de rechtspraak. Ook heeft hij daarmee de middelen in handen om een in zijn praktische toepassing evenwichtig stelsel van overtuigend gemotiveerde rechterlijke reacties op vormverzuimen te faciliteren.

Het tweede deel van het onderzoek

Op welke wijze in de Nederlandse rechtspraak de grondslagen van de verschillende mogelijke reacties op vormverzuimen scherper kunnen worden afgebakend, verdient nader te worden onderzocht.¹⁰⁷³ Daarbij moet er bijvoorbeeld ook rekening mee worden gehouden dat de keuzevrijheid voor de vormgeving door de Hoge Raad van reacties op vormverzuimen in sommige opzichten aan beperkingen is onderworpen in verband met de door het EVRM gewaarborgde rechten, zoals daaraan door het EHRM invulling wordt gegeven.

Eenduidige en blijvend juiste antwoorden, zo bevestigt het onderhavige onderzoek, bestaan in dit kader eigenlijk niet. Wel kan onderzoek ertoe leiden dat meer grip wordt gekregen op het complexe krachtenveld en op de dilemma's waarvoor de strafrechter zich bij het reageren op vormverzuimen gesteld ziet. De Amerikaanse rechtspraak kan daarbij in belangrijke opzichten inspirerend werken om stap voor stap te komen tot een scherpere inkadering van dit boeiende maar lastige leerstuk.

1073 Zie voor een aanzet tot zulk nader onderzoek wat betreft de toepassing van strafvermindering als reactie op een vormverzuim: Kuiper 2009.

Literatuurlijst

Allen, Hoffmann, Livingston & Stuntz, 2005

R.J. Allen, J.L. Hoffmann, D.A. Livingston & W.J. Stuntz, *Comprehensive Criminal Procedure*, New York: Aspen Publishers 2005.

A.R. Amar, 1994

A.R. Amar, 'Fourth Amendment First Principles', *Harvard Law Review* 1994, p. 757-819.

A.R. Amar, 2005

A.R. Amar, *America's Constitution, A Biography*, New York: Random House 2005.

V.D. Amar, 2007a

V.D. Amar, 'An Upcoming Supreme Court Fourth Amendment Decision: Can a Passenger Be Constitutionally Searched After an Unconstitutional Traffic Stop?', <http://writ.lp.findlaw.com/amar/>, 30 maart 2007.

V.D. Amar, 2007b

V.D. Amar, 'The Supreme Court's Recent Decision Regarding Whether a Car Passenger is "Seized" in a Traffic Stop: What the Court Held, What it Didn't Hold, and Why the Decision was Unanimous', <http://writ.lp.findlaw.com/amar/>, 22 juni 2007.

Bal, 1993

P. Bal, 'Rechtsbescherming onder druk, Over de uitholling van de 'Miranda rules' in Amerika en vergelijkbare tendensen met betrekking tot de cautie in Nederland', *Recht en Kritiek* 1993, p. 8-47.

Bal, 1996

P. Bal, 'Murphy's law? Over de uitholling van het nemo tenetur beginsel in Amerika', in: J.M. Reijntjes (red.), *Nemo Tenetur*, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 23-40.

Bal & Bell, 1998

P. Bal & W. Bell, *Amerikaanse politiepraktijken en het vierde amendement: uitbreiding van bevoegdheden en vermindering van rechtsbescherming*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Bal & Rieter, 2001

P. Bal & E. Rieter, 'Habeas corpus in de Verenigde Staten: een ultiem maar uiterst beperkt rechts-middel', *DD* 2001, p. 1-57.

Bal, 2007

P. Bal, 'Uitsluiting van de uitsluitingsregel in de Verenigde Staten', *DD* 2007, p. 251-275.

Beijer, 1994

A. Beijer, 'Plea Bargaining' in de Verenigde Staten', in: M. Hildebrandt, P.T.C. van Kampen & J.F. Nijboer (red.), *Plea Bargaining in Holland?*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 63-69.

Bilionis, 2005

J.D. Bilionis, 'Conservative Reformation, Popularization, and the Lessons of Reading Criminal Justice as Constitutional Law', *UCLA Law Review* 2005, p. 979-1060.

Bilionis, 2006

J.D. Bilionis, 'Criminal Justice After the Conservative Reformation', *The Georgetown Law Journal* 2006, p. 1347-1365.

Blakesley, 2002

C.L. Blakesley, 'Criminal procedure', in: D.S. Clark & T. Ansay (red.), *Introduction to the Law of the United States*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 339-372.

Bogira, 2005

S. Bogira, *Courtroom 302*, New York: Vintage Books 2005.

Bonnes, 2009

J.M. Bonnes, 'See you in court. Toekomst van de civiele aansprakelijkheid van de officier van justitie', *DD* 2009, p. 93-111.

Brennan, 1976

W.J. Brennan Jr., 'Guardians of our Liberties – State Courts No Less than Federal', 1976, in: D.M. O'Brien (red.), *Judges on judging, views from the bench*, Washington: CQ Press 2008, p. 313-320.

Brennan, 1985

W.J. Brennan Jr., 'The Constitution of the United States, Contemporary Ratification', 1985, in: D.M. O'Brien (red.), *Judges on judging, views from the bench*, Washington: CQ Press 2008, p. 212-223.

Burger, 1972

W.E. Burger, 'The Doctrine of Judicial Review, Mr. Marshall, Mr. Jefferson, and Mr. Marbury', 1972, in: D.M. O'Brien (red.), *Judges on judging, views from the bench*, Washington: CQ Press 2008, p. 19-31.

Buruma, 2002

Y. Buruma, 'Onrechtmatige opsporing', *DD* 2002, p. 198-208.

Calabresi, 2003

G. Calabresi, 'The Exclusionary Rule', *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2003, p. 111-118.

Clark, 2002

D.S. Clark, 'The American Legal System and Legal Culture', in: D.S. Clark & T. Ansay (red.), *Introduction to the Law of the United States*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 1-12.

Cloud, 1999

M. Cloud, 'Judicial Review and the Exclusionary Rule', *Pepperdine Law Review* 1999, p. 835-853.

Colb, 2009

'S.F. Colb, *Kansas v. Ventris: The Supreme Court Misconstrues the Right to Counsel*', <http://writ.news.findlaw.com/colb>, 10 juni 2009.

Colson, 2007

C. Colson, 'Justice that restores: a paradigm shift in criminal justice practices', in: *The Georgetown Law Journal, Thirty-Sixth Annual Review of Criminal Procedure*, Washington DC: Georgetown CLE 2007, p. iii-xvii.

Commissie Normstellende rol Hoge Raad 2008

'Versterking van de cassatierechtspraak, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad', Den Haag 2008.

Daems, 2009

T. Daems, *De bestaaffingsociologie van David W. Garland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Davies, 2003

T.Y. Davies, 'Farther and farther from the original Fifth Amendment: the recharacterization of the right against self-incrimination as a "trial right" in *Chavez v. Martinez*', *Tennessee Law Review* 2003, p. 987-1045.

Denniston, 2009

L. Denniston, 'Corley v. United States, Opinion Analysis', www.scotuswiki.com, geraadpleegd 21 januari 2010.

Downes & Van Swaeningen, 2007

D. Downes en R. van Swaeningen, 'The Road to Dystopia? Changes in the Penal Climate of the Netherlands', in: M. Tonry en C. Bijleveld (red.), *Crime and Justice in the Netherlands*, The University of Chicago Press 2007, p. 31-72.

Embregts, 2000

M.C.D. Embregts, 'Alternatieve bewijsverkrijging, Over de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs dat ook op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen', in: H.J.R. Kaptein (red.), *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 9-23.

Embregts, 2003

M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting, Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss.), Kluwer 2003.

Fallon & Meltzer, 1991

R.H. Fallon Jr. & D.J. Meltzer, 'New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies', *Harvard Law Review* 1991, p. 1731-1833.

Fisch, 2002

W.B. Fisch, 'Constitutional law', in D.S. Clark & T. Ansay (red.): *Introduction to the Law of the United States*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 53-96.

Fokkens, 1980

J.W. Fokkens, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal (1)', *Advocatenblad* 1980. p. 449-451.

Fridell, 2006

R. Fridell, *Miranda Law: The Right to Remain Silent*, Marshall Cavendish Benchmark 2006.

Garland, 2001

D. Garland, *The Culture of Control, Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago: The University of Chicago Press, Oxford: Oxford University Press 2001.

Garner, 2004

B.A. Garner (red.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul: Thomsom West 2004.

Georgetown Law Journal, 2007

The Georgetown Law Journal, *Thirty-Sixth Annual Review of Criminal Procedure*, Washington DC: Georgetown CLE 2007.

Gershman, 2007

B.L. Gershman, *Prosecutorial Misconduct*, Eagan: Thomson-West 2007.

Goldstein, 2009

T. Goldstein, 'Herring v. United States, Opinion Analysis', www.scotuswiki.com, geraadpleegd op 21 januari 2010.

Grant, 1991

R.W. Grant, 'The Exclusionary Rule and the Separation of Powers', *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1991, p. 173-204.

Gressman e.a., 2007

E. Gressman, K.S. Geller, S.M. Shapiro, T.S. Bishop & E.A. Hartnett, *Supreme Court Practice*, Arlington: BNA Books 2007.

Harvard Law Review, 2006

'Leading Cases, Hudson v. Michigan', *Harvard Law Review* 2006, p. 173-183.

Harvard Law Review, 2009

'Leading Cases, Herring v. United States', *Harvard Law Review* 2009, p. 153-162.

Heringa, 1996

A.W. Heringa, *Het Amerikaanse Hooggerechtshof*, Deventer: Kluwer 1996.

Hessler, 2000

S.E. Hessler, 'Establishing Inevitability Without Active Pursuit: Defining the Inevitable Discovery Exception to the Fourth Amendment Exclusionary Rule', *Michigan Law Review* 2000, p. 238-277.

R.H. Jackson, 1955

R.H. Jackson, 'The Supreme Court in the American System of Government', 1955, in: D.M. O'Brien (red.), *Judges on judging, views from the bench*, Washington: CQ Press 2008, p. 32-40.

H.A. Jackson, 1996

H.A. Jackson, 'Arizona v. Evans: Expanding Exclusionary Rule Exceptions and Contracting Fourth Amendment Protection', *The Journal of Law & Criminology* 1996, p. 1201-1227.

Joh, 2004

E.E. Joh, 'The Paradox of Private Policing', *Journal of Criminal Law and Criminology* 2004, p. 49-131.

Jörg, 1985

N. Jörg, "Leon'en 'Sheppard': goede trouw-uitzonderingen op de exclusionary rule", *NJB* 1985, p. 373-379.

Jörg, 1989

N. Jörg, 'De exclusionary rule als drijfveer achter normering van bevoegdheden', *DD* 1989, p. 654-670.

Judge, 2007

I. Judge, 'The reflective judge', *Rechtspraaklezing*, Staat der Nederlanden 2007.

Kamisar, 1983

Y. Kamisar, 'Does (Did) (Should) the Exclusionary Rule Rest on a "Principled Basis" Rather than an "Empirical Proposition"', *Creighton Law Review* 1983, p. 565-667.

Kamisar, 2003

Y. Kamisar, 'In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule', *Harvard Journal of Law and Public Policy* 2003, p. 119-140.

Kaye, 1995

J.S. Kaye, 'State Courts at the Dawn of a New Century', 1995, in: D.M. O'Brien (red.), *Judges on judging, views from the bench*, Washington: CQ Press 2008, p. 329-338.

Kilian, Costello & Thomas, 2004

J.H. Killian, G.A. Costello, K.R. Thomas (red.), *The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation*, Washington: U.S. Government Printing Office 2004.

Knigge, 2003

G. Knigge, 'Het Zwolsman-criterium op de helling', *RM Themis* 2003, p. 193-195.

Kuiper, 2003

R. Kuiper, 'Een afgewogen toepassing van bewijsuitsluiting', in: *WB der Nederlanden (WB-bundel)*, Nijmegen: WLP 2003, p. 145-157.

Kuiper, 2008

R. Kuiper, *De strafrechter en het vormverzuim: inspirerende rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof*, Rechtstreeks, Staat der Nederlanden 2008.

LaFave, 2004

W.R. LaFave, *Search and Seizure, A treatise on the Fourth Amendment*, St. Paul: Thomson-West 2004.

LaFave, Israel & King, 2004

W.R. LaFave, J.H. Israel en N.J. King, *Criminal procedure*, St. Paul: Thomson-West 2004.

Lensing, 1981

J.A.W. Lensing, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in de Verenigde Staten van Amerika', *DD* 1981, p. 251-264.

Lensing, 1985

J.A.W. Lensing, 'Enkele recente uitspraken over onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal dat ook langs rechtmatige weg zou zijn gevonden', *DD* 1985, p. 20-31.

Lensing, 1996

J.A.W. Lensing, *Amerikaans strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1996.

Levinson, 1999

D.J. Levinson, 'Rights Essentialism and Remedial Equilibration', *Columbia Law Review* 1999, p. 857-940.

Lungren, 1996

D.E. Lungren, 'Victims and the Exclusionary Rule', *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1996, p. 695-701.

Mevis, 1995

P.A.M. Mevis, 'De rechtsgevolgen van onrechtmatigheden in het vooronderzoek', in: J.P. Balkema, M. Barels, J.A.W. Lensing, A.J.M. Machielse, H.J.B. Sackers (red.), *Dynamisch strafrecht* (Corstens-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 251-268.

Newton, 2006

J. Newton, *Justice For All, Earl Warren and the Nation He Made*, New York: Riverhead Books 2006.

O'Brien, 2008a

D.M. O'Brien, 'Judicial Review and American Politics', in: D.M. O'Brien (red.), *Judges on judging, views from the bench*, Washington: CQ Press 2008, p. 14-17.

O'Brien, 2008b

D.M. O'Brien, 'Our Dual Constitutional System', in: D.M. O'Brien (red.), *Judges on judging, views from the bench*, Washington: CQ Press 2008, p. 299-304.

O'Brien, 2008c

D.M. O'Brien, 'The Dynamics of the Judicial Process', in: D.M. O'Brien (red.), *Judges on judging, views from the bench*, Washington: CQ Press 2008, p. 41-64.

O'Brien, 2008d

D.M. O'Brien, 'The Judiciary and the Constitution', in: D.M. O'Brien (red.), *Judges on judging, views from the bench*, Washington: CQ Press 2008, p. 133-139.

PEW-rapport, 2008

PEW Center on the States, 'One in 100: Behind Bars in America in 2008', <http://www.pewcenteronthestates.org>, geraadpleegd op 21 januari 2010.

Pintens, 1998

W. Pintens, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 1998.

Rechtspraak is kwaliteit, 2006

'Rechtspraak is kwaliteit', Rapport van de Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, Den Haag 2006.

Rehnquist, 1976

W.H. Rehnquist, 'The Notion of a Living Constitution', 1976, in: D.M. O'Brien, (red.), *Judges on judging, views from the bench*, Washington: CQ Press 2008, p. 152-162.

Rethinking Retroactivity, 2005

'Rethinking Retroactivity', *Harvard Law Review* 2005, p. 1642-1664.

Saltzburg & Capra, 2007

S.A. Saltzburg & D.J. Capra, *American Criminal Procedure, Cases and Commentary*, St. Paul: Thomson West 2007.

Scalia, 1988

A. Scalia, 'Originalism, The Lesser Evil', 1988, in: D.M. O'Brien (red.), *Judges on judging, views from the bench*, Washington: CQ Press 2008, p. 198-206.

Segal, Spaeth & Benesh, 2005

J.A. Segal, H.J. Spaeth, S.C. Benesh, *The Supreme Court in the American Legal System*, New York: Cambridge University Press 2005.

Simon, 2007

J. Simon, *Governing Through Crime, How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Slobogin, 1999

C. Slobogin, 'Why Liberals Should Chuck the Exclusionary Rule', *University of Illinois Law Review* 1999, p. 363-446.

Smits, 2006

A.H.H. Smits, *Strafvorderlijk onderzoek van telecommunicatie* (diss.), Nijmegen: WLP 2006.

Solove, 2007

D.J. Solove, 'I've Got Nothing to Hide', *San Diego Law Review*, p. 745-772.

Solove, 2008

D.J. Solove, *Understanding Privacy*, Cambridge: Harvard University Press 2008.

Starr, 2009

S.B. Starr, 'Sentence Reduction as a Remedy for Prosecutorial Misconduct', *Georgetown Law Journal* 2009, p. 1509-1566.

Steiker, 1994

C.S. Steiker, 'Second Thoughts About First Principles', *Harvard Law Review* 1994, p. 820-857.

Steiker, 1996

C.S. Steiker, 'Counter-Revolution in Constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, Two Answers', *Michigan Law Review* 1996, 2466-2551.

Stewart, 1983

P. Stewart, 'The Road to *Mapp v. Ohio* and Beyond, The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases', *Columbia Law Review* 1983, p. 1365-1404.

Strauss, 1988

D.A. Strauss, 'The Ubiquity of Prophylactic Rules', *University of Chicago Law Review* 1988, p. 190-209.

Strauss, 2005

D.A. Strauss, 'Supreme Swings', *University of Chicago Magazine* 2005, p. 28-31.

Stuiveling, 2009

S.J. Stuiveling, Rechtspraaklezing 2009, 'Transparantie en Rechtspraak: kennis delen met de samenleving', Den Haag, Sdu Uitgevers 2009.

Stuntz, 1997

W.J. Stuntz, 'The Virtues and Vices of the Exclusionary Rule', *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1997, p. 443-456.

Tonry, 2004

M.H. Tonry, *Thinking about Crime, Sense and Sensibilities in American Penal Culture*, New York: Oxford University Press 2004.

Toobin, 2009

J. Toobin, 'Bench press, Are Obama's judges really liberals?', *The New Yorker*, 21 september 2009, <http://www.newyorker.com>.

Van Berckel & Roijers, 2007

M. van Berckel & Y. Roijers, 'Eindrapport Rechtspraak 2015', in: M. van Berckel & Y. Roijers (red.), *Rechtspraak 2015*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Van der Wilt, 2000

H. van der Wilt, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en internationale rechtshulp in strafzaken: een impressie van de Amerikaanse rechtspraak', *DD* 2000, p. 169-194.

Whitebread & Slobogin, 2008

C.H. Whitebread & C. Slobogin, *Criminal procedure, An analysis of cases and concepts*, New York: Foundation Press 2008.

WRR, 2002

WRR-rapport aan de regering, 'De toekomst van de nationale rechtsstaat', Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Ziff, 1967

H.L. Ziff, 'Seizures by Private Parties: Exclusion in Criminal Cases', *Stanford Law Review* 1967, p. 608-618.

Zinn, 2005

H. Zinn, *A People's History of the United States, 1492-present*, New York: Harper Perennial Modern Classics 2005.

Rechtspraakregister

Amerikaans Hooggerechtshof

<i>Marbury v. Madison</i> , 5 U.S. 137 (1803)	p. 38, 74
<i>Scott v. Sandford</i> , 60 U.S. 393 (1856)	p. 37
<i>Hopt v. Utah</i> , 110 U.S. 574 (1884)	p. 177
<i>Boyd v. United States</i> , 116 U.S. 616 (1886)	p. 20, 86, 95, 138
<i>Brown v. Walker</i> , 161 U.S. 591 (1896)	p. 196
<i>Plessy v. Ferguson</i> , 163 U.S. 537 (1896)	p. 47
<i>Bram v. United States</i> , 168 U.S. 532 (1897)	p. 178, 180
<i>Adams v. New York</i> , 192 U.S. 585 (1904)	p. 96
<i>Beavers v. Haubert</i> , 198 U.S. 77 (1905)	p. 237
<i>Weeks v. United States</i> , 232 U.S. 383 (1914)	p. 20, 48, 95
<i>Silverthorne Lumber Co v. United States</i> , 251 U.S. 385 (1920)	p. 95, 159, 163
<i>Burdeau v. McDowell</i> , 256 U.S. 465 (1921)	p. 87, 138, 139
<i>United States v. Sullivan</i> , 274 U.S. 259 (1927)	p. 192
<i>Olmstead v. United States</i> , 277 U.S. 438 (1928)	p. 95, 98
<i>Sorrells v. United States</i> , 287 U.S. 435 (1932)	p. 224, 227, 232
<i>Mooney v. Holohan</i> , 294 U.S. 103 (1935)	p. 240
<i>Brown v. State of Mississippi</i> , 297 U.S. 278 (1936)	p. 175-176, 178, 181
<i>Nardone v. United States</i> , 308 U.S. 338 (1939)	p. 159-161, 169, 221
<i>Chambers v. State of Florida</i> , 309 U.S. 227 (1940)	p. 179
<i>Ward v. State of Texas</i> , 316 U.S. 547 (1942)	p. 179
<i>McNabb v. United States</i> , 318 U.S. 332 (1943)	p. 72, 98, 176, 182-183
<i>United States v. Monia</i> , 317 U.S. 424 (1943)	p. 191
<i>Lyons v. Oklahoma</i> , 322 U.S. 596 (1944)	p. 216
<i>United States v. Mitchell</i> , 322 U.S. 65 (1944)	p. 183
<i>Ashcraft v. Tennessee</i> , 322 U.S. 143 (1944)	p. 179, 181
<i>United States v. White</i> , 322 U.S. 694 (1944)	p. 197
<i>Screws v. United States</i> , 325 U.S. 91 (1945)	p. 126
<i>United States v. Bayer</i> , 331 U.S. 532 (1947)	p. 216
<i>Haley v. Ohio</i> , 332 U.S. 596 (1948)	p. 180
<i>Shapiro v. United States</i> , 335 U.S. 1 (1948)	p. 193
<i>Upshaw v. United States</i> , 335 U.S. 410 (1948)	p. 182

<i>Wolf v. Colorado</i> , 338 U.S. 25 (1949)	p. 48, 73, 96-97, 100, 121, 138
<i>Watts v. Indiana</i> , 338 U.S. 49 (1949)	p. 72, 179, 180
<i>Brinegar v. United States</i> , 338 U.S. 160 (1949)	p. 156, 167
<i>Rogers v. United States</i> , 340 U.S. 367 (1951)	p. 192
<i>Hoffman v. United States</i> , 341 U.S. 479 (1951)	p. 191
<i>United States v. Jeffers</i> , 342 U.S. 48 (1951)	p. 151
<i>Rochin v. California</i> , 342 U.S. 165 (1952)	p. 38, 75, 91, 239-240
<i>Stein v. New York</i> , 346 U.S. 156 (1953)	p. 181
<i>Barrows v. Jackson</i> , 346 U.S. 249 (1953)	p. 86, 148
<i>Walder v. United States</i> , 347 U.S. 62 (1954)	p. 168, 213
<i>Irvine v. California</i> , 347 U.S. 128 (1954)	p. 91
<i>Brown v. Board of Education</i> , 347 U.S. 483 (1954)	p. 37, 47, 49
<i>Leyra v. Denno</i> , 347 U.S. 556 (1954)	p. 180, 216
<i>Ullmann v. United States</i> , 350 U.S. 422 (1956)	p. 190, 195
<i>Fikes v. Alabama</i> , 352 U.S. 191 (1957)	p. 178-179
<i>Breithaupt v. Abram</i> , 352 U.S. 432 (1957)	p. 91
<i>Mallory v. United States</i> , 354 U.S. 449 (1957)	p. 59, 182
<i>Brown v. United States</i> , 356 U.S. 148 (1958)	p. 192
<i>Sherman v. United States</i> , 356 U.S. 369 (1958)	p. 224-225, 229, 230, 232-233
<i>Payne v. Arkansas</i> , 356 U.S. 560 (1958)	p. 178-179
<i>Crooker v. California</i> , 357 U.S. 433 (1958)	p. 179-180
<i>N.A.A.C.P. v. Alabama</i> , 357 U.S. 449 (1958)	p. 86, 148
<i>Spano v. New York</i> , 360 U.S. 315 (1959)	p. 174, 180-183
<i>Blackburn v. Alabama</i> , 361 U.S. 199 (1960)	p. 180-181
<i>Jones v. United States</i> , 362 U.S. 257 (1960)	p. 150-151, 169
<i>Elkins v. United States</i> , 364 U.S. 206 (1960)	p. 97-98
<i>Monroe v. Pape</i> , 365 U.S. 167 (1961)	p. 123
<i>Silverman v. United States</i> , 365 U.S. 505 (1961)	p. 146
<i>Rogers v. Richmond</i> , 365 U.S. 534 (1961)	p. 178, 180
<i>Chapman v. United States</i> , 365 U.S. 610 (1961)	p. 154
<i>Mapp v. Ohio</i> , 367 U.S. 643 (1961)	p. 48, 61, 67, 83, 94, 96-99, 118, 121
<i>Baker v. Carr</i> , 369 U.S. 186 (1962)	p. 86, 87
<i>Carnley v. Cochran</i> , 369 U.S. 506 (1962)	p. 209
<i>Engel v. Vitale</i> , 370 U.S. 421 (1962)	p. 61
<i>Wong Sun v. United States</i> , 371 U.S. 471 (1963)	p. 104, 159-160, 212, 214

<i>Townsend v. Sain</i> , 372 U.S. 293 (1963)	p. 179
<i>Gideon v. Wainwright</i> , 372 U.S. 335 (1963)	p. 48, 176
<i>Fay v. Noia</i> , 372 U.S. 391 (1963)	p. 83
<i>Lynum v. Illinois</i> , 372 U.S. 528 (1963)	p. 180
<i>Fahy v. Connecticut</i> , 375 U.S. 85 (1963)	p. 212
<i>Ker v. California</i> , 374 U.S. 23 (1963)	p. 97
<i>Stoner v. California</i> , 376 U.S. 483 (1964)	p. 154
<i>Massiah v. United States</i> , 377 U.S. 201 (1964)	p. 67, 185, 187
<i>Malloy v. Hogan</i> , 378 U.S. 1 (1964)	p. 48, 176, 199
<i>Jackson v. Denno</i> , 378 U.S. 368 (1964)	p. 179, 219-220
<i>Escobedo v. Illinois</i> , 378 U.S. 478 (1964)	p. 185-186
<i>Beck v. Ohio</i> , 379 U.S. 89 (1964)	p. 26
<i>Griffin v. California</i> , 380 U.S. 609 (1965)	p. 194
<i>Griswold v. Connecticut</i> , 381 U.S. 479 (1965)	p. 39
<i>Linkletter v. Walker</i> , 381 U.S. 618 (1965)	p. 79, 82-83
<i>Albertson v. Subversive Activities Control Board</i> , 382 U.S. 70 (1965)	p. 193
<i>United States v. Ewell</i> , 383 U.S. 116 (1966)	p. 236-237
<i>Tehan v. Shott</i> , 383 U.S. 406 (1966)	p. 41
<i>Miranda v. Arizona</i> , 384 U.S. 436 (1966)	p. 43-44, 50, 61, 73, 154, 176, 178, 181, 189, 198-212
<i>Davis v. North Carolina</i> , 384 U.S. 737 (1966)	p. 180
<i>Garrity v. New Jersey</i> , 385 U.S. 493 (1967)	p. 194
<i>Chapman v. California</i> , 386 U.S. 18 (1967)	p. 32
<i>Klopper v. North Carolina</i> , 386 U.S. 213 (1967)	p. 27, 48, 236, 238
<i>In re Gault</i> , 387 U.S. 1 (1967)	p. 195
<i>Camara v. Municipal Court</i> , 387 U.S. 523 (1967)	p. 139
<i>United States v. Wade</i> , 388 U.S. 218 (1967)	p. 185
<i>Stovall v. Denno</i> , 388 U.S. 293 (1967)	p. 79, 84
<i>Katz v. United States</i> , 389 U.S. 347 (1967)	p. 142, 149, 151
<i>Marchetti v. United States</i> , 390 U.S. 39 (1968)	p. 193
<i>Simmons v. United States</i> , 390 U.S. 377 (1968)	p. 150, 192, 194
<i>Haynes v. United States</i> , 390 U.S. 722 (1968)	p. 193
<i>Mathis v. United States</i> , 391 U.S. 1 (1968)	p. 202
<i>Bruton v. United States</i> , 391 U.S. 123 (1968)	p. 213
<i>Darwin v. Connecticut</i> , 391 U.S. 346 (1968)	p. 216
<i>Bumper v. North Carolina</i> , 391 U.S. 543 (1968)	p. 153, 169

<i>Terry v. Ohio</i> , 392 U.S. 1 (1968)	p. 98, 157
<i>Mancusi v. DeForte</i> , 392 U.S. 364 (1968)	p. 151
<i>Smith v. Hooey</i> , 393 U.S. 374 (1969)	p. 241, 236
<i>Alderman v. United States</i> , 394 U.S. 165 (1969)	p. 86, 100, 148-151, 169
<i>Orozco v. Texas</i> , 394 U.S. 324 (1969)	p. 204
<i>Frazier v. Cupp</i> , 394 U.S. 731 (1969)	p. 154, 180
<i>Leary v. United States</i> , 395 U.S. 6 (1969)	p. 193
<i>Dickey v. Florida</i> , 398 U.S. 30 (1970)	p. 236, 243
<i>Williams v. Florida</i> , 399 U.S. 78 (1970)	p. 31
<i>Harris v. New York</i> , 401 U.S. 222 (1971)	p. 212, 213
<i>McGautha v. California</i> , 402 U.S. 183 (1971)	p. 192
<i>California v. Byers</i> , 402 U.S. 424 (1971)	p. 193
<i>Bivens v. Six Unknown Federal Narcotics Agents</i> , 403 U.S. 388 (1971)	p. 122, 130
<i>Coolidge v. New Hampshire</i> , 403 U.S. 443 (1971)	p. 139, 154, 156
<i>United States v. Marion</i> , 404 U.S. 307 (1971)	p. 236, 238-239
<i>Lego v. Twomey</i> , 404 U.S. 477 (1972)	p. 221
<i>United States v. Biswell</i> , 406 U.S. 311 (1972)	p. 144
<i>Johnson v. Louisiana</i> , 406 U.S. 356 (1972)	p. 161
<i>Kastigar v. United States</i> , 406 U.S. 441 (1972)	p. 196
<i>Argersinger v. Hamlin</i> , 407 U.S. 25 (1972)	p. 48
<i>United States v. United States District Court</i> , 407 U.S. 297 (1972)	p. 156
<i>Shadwick v. City of Tampa</i> , 407 U.S. 345 (1972)	p. 156
<i>Barker v. Wingo</i> , 407 U.S. 514 (1972)	p. 20, 236-237, 240-242, 245
<i>Beecher v. Alabama</i> , 408 U.S. 234 (1972)	p. 179
<i>Couch v. United States</i> , 409 U.S. 322 (1973)	p. 197
<i>United States v. Russel</i> , 411 U.S. 423 (1973)	p. 228-230, 232
<i>Schneckloth v. Bustamonte</i> , 412 U.S. 218 (1973)	p. 152-154
<i>Strunk v. United States</i> , 412 U.S. 434 (1973)	p. 33, 89, 245
<i>Cady v. Dombrowski</i> , 413 U.S. 433 (1973)	p. 97
<i>United States v. Calandra</i> , 414 U.S. 338 (1974)	p. 98-101, 149
<i>United States v. Matlock</i> , 415 U.S. 164 (1974)	p. 154-155
<i>Blackledge v. Perry</i> , 417 U.S. 21 (1974)	p. 90
<i>Michigan v. Tucker</i> , 417 U.S. 433 (1974)	p. 200, 218
<i>United States v. Nixon</i> , 418 U.S. 683 (1974)	p. 38
<i>Gerstein v. Pugh</i> , 420 U.S. 103 (1975)	p. 26, 28, 49

<i>Oregon v. Hass</i> , 420 U.S. 714 (1975)	p. 213
<i>United States v. Peltier</i> , 422 U.S. 531 (1975)	p. 111
<i>Brown v. Illinois</i> , 422 U.S. 590 (1975)	p. 161, 163, 169
<i>Michigan v. Mosley</i> , 423 U.S. 96 (1975)	p. 211
<i>United States v. Watson</i> , 423 U.S. 411 (1976)	p. 154
<i>Garner v. United States</i> , 424 U.S. 648 (1976)	p. 191-192
<i>Paul v. Davis</i> , 424 U.S. 693 (1976)	p. 78
<i>Beckwith v. United States</i> , 425 U.S. 341 (1976)	p. 204-205
<i>Fisher v. United States</i> , 425 U.S. 391 (1976)	p. 197
<i>Hampton v. United States</i> , 425 U.S. 484 (1976)	p. 225, 228-229, 231
<i>Doyle v. Ohio</i> , 426 U.S. 610 (1976)	p. 214
<i>United States v. Janis</i> , 428 U.S. 433 (1976)	p. 101-102
<i>Stone v. Powell</i> , 428 U.S. 465 (1976)	p. 42, 101, 121
<i>Connally v. Georgia</i> , 429 U.S. 245 (1977)	p. 156, 182
<i>Oregon v. Mathiason</i> , 429 U.S. 492 (1977)	p. 202, 204
<i>United States v. Washington</i> , 431 U.S. 181 (1977)	p. 191
<i>United States v. Lovasco</i> , 431 U.S. 783 (1977)	p. 239
<i>United States v. Ceccolini</i> , 435 U.S. 268 (1978)	p. 104, 162
<i>Ballew v. Georgia</i> , 435 U.S. 223 (1978)	p. 31
<i>Lakeside v. Oregon</i> , 435 U.S. 333 (1978)	p. 194
<i>Mincey v. Arizona</i> , 437 U.S. 385 (1978)	p. 179, 182, 214
<i>Monell v. Department of Social Services of New York</i> , 436 U.S. 658 (1978)	p. 124
<i>Franks v. Delaware</i> , 438 U.S. 154 (1978)	p. 111, 168
<i>Butz v. Economou</i> , 438 U.S. 478 (1978)	p. 122
<i>Rakas v. Illinois</i> , 439 U.S. 128 (1978)	p. 149-150, 158
<i>United States v. MacDonald</i> , 456 U.S. 850 (1978)	p. 238
<i>New Jersey v. Portash</i> , 440 U.S. 450 (1979)	p. 214
<i>North Carolina v. Butler</i> , 441 U.S. 369 (1979)	p. 210
<i>Dunaway v. New York</i> , 442 U.S. 200 (1979)	p. 161
<i>Lo-Ji Sales Inc. V. New York</i> , 442 U.S. 319 (1979)	p. 156
<i>Michigan v. DeFillippo</i> , 443 U.S. 31 (1979)	p. 166
<i>Rhode Island v. Innis</i> , 446 U.S. 291 (1980)	p. 207-208
<i>United States v. Havens</i> , 446 U.S. 620 (1980)	p. 101, 167
<i>United States v. Henry</i> , 447 U.S. 264 (1980)	p. 187
<i>Anderson v. Charles</i> , 447 U.S. 404 (1980)	p. 214

<i>Walter v. United States</i> , 447 U.S. 649 (1980)	p. 139, 141
<i>United States v. Payner</i> , 447 U.S. 727 (1980)	p. 67, 94, 101
<i>United States v. Salvucci</i> , 448 U.S. 83 (1980)	p. 150
<i>Rawlings v. Kentucky</i> , 448 U.S. 98 (1980)	p. 152, 156
<i>United States v. Morrison</i> , 449 U.S. 361 (1981)	p. 92
<i>Carter v. Kentucky</i> , 450 U.S. 288 (1981)	p. 194
<i>Estelle v. Smith</i> , 451 U.S. 454 (1981)	p. 202
<i>Edwards v. Arizona</i> , 451 U.S. 477 (1981)	p. 44, 186, 211, 212
<i>California v. Prysock</i> , 453 U.S. 355 (1981)	p. 208
<i>United States v. Goodwin</i> , 457 U.S. 368 (1982)	p. 90
<i>Taylor v. Alabama</i> , 457 U.S. 687 (1982)	p. 161, 163
<i>Harlow v. Fitzgerald</i> , 457 U.S. 800 (1982)	p. 122
<i>Wyrick v. Fields</i> , 459 U.S. 42 (1982)	p. 210
<i>Los Angeles v. Lyons</i> , 461 U.S. 95 (1983)	p. 36, 86, 124
<i>Illinois v. Gates</i> , 462 U.S. 213 (1983)	p. 100, 156
<i>Oregon v. Bradshaw</i> , 462, U.S. 1039 (1983)	p. 212
<i>California v. Beheler</i> , 463 U.S. 1121 (1983)	p. 204, 208
<i>Minnesota v. Murphy</i> , 465 U.S. 420 (1984)	p. 202, 204
<i>United States v. Jacobsen</i> , 466 U.S. 109 (1984)	p. 141
<i>Nix v. Williams</i> , 467 U.S. 431 (1984)	p. 41, 130, 164
<i>New York v. Quarles</i> , 467 U.S. 649 (1984)	p. 200, 209, 218
<i>Berkemer v. McCarthy</i> , 468 U.S. 420 (1984)	p. 201-203
<i>Hudson v. Palmer</i> , 468 U.S. 517 (1984)	p. 144
<i>Allen v. Wright</i> , 468 U.S. 737 (1984)	p. 86
<i>Segura v. United States</i> , 468 U.S. 796 (1984)	p. 104, 107, 137, 160, 163
<i>United States v. Leon</i> , 468 U.S. 897 (1984)	p. 100-102, 110-111, 118, 165
<i>Massachusetts v. Shepard</i> , 468 U.S. 981 (1984)	p. 165
<i>INS v. Lopez-Mendoza</i> , 468 U.S. 1032 (1984)	p. 128
<i>New Jersey v. T.L.O.</i> , 469 U.S. 325 (1985)	p. 139
<i>Oregon v. Elstad</i> , 470 U.S. 298 (1985)	p. 131, 214
<i>Maine v. Moulton</i> , 474 U.S. 159 (1985)	p. 188
<i>United States v. Loud Hawk</i> , 474 U.S. 302 (1986)	p. 238, 241
<i>Daniels v. Williams</i> , 474 U.S. 327 (1986)	p. 123
<i>Moran v. Burbine</i> , 475 U.S. 412 (1986)	p. 179, 182, 186, 210-211
<i>Michigan v. Jackson</i> , 475 U.S. 625 (1986)	p. 41, 186

<i>Batson v. Kentucky</i> , 476 U.S. 79 (1986)	p. 79
<i>California v. Ciraolo</i> , 476 U.S. 207 (1986)	p. 142
<i>Dow Chemical v. United States</i> , 476 U.S. 227 (1986)	p. 148
<i>Kuhlmann v. Wilson</i> , 477 U.S. 436 (1986)	p. 187-188
<i>Allen v. Illinois</i> , 478 U.S. 364 (1986)	p. 195
<i>Colorado v. Connelly</i> , 479 U.S. 157 (1986)	p. 101, 180, 210, 221
<i>Griffith v. Kentucky</i> , 479 U.S. 314 (1987)	p. 84
<i>Conneticut v. Barrett</i> , 479 U.S. 523 (1987)	p. 210
<i>Colorado v. Spring</i> , 479 U.S. 564 (1987)	p. 209-210
<i>Maryland v. Garrison</i> , 480 U.S. 79 (1987)	p. 166
<i>United States v. Dunn</i> , 480 U.S. 294 (1987)	p. 143
<i>Illinois v. Krull</i> , 480 U.S. 340 (1987)	p. 101, 111, 166
<i>Town of Newton v. Rumery</i> , 480 U.S. 386 (1987)	p. 85
<i>Arizona v. Mauro</i> , 481 U.S. 520 (1987)	p. 208
<i>Anderson v. Creighton</i> , 483 U.S. 635 (1987)	p. 122
<i>Arizona v. Robertson</i> , 486 U.S. 675 (1988)	p. 212
<i>Braswell v. United States</i> , 487 U.S. 99 (1988)	p. 197
<i>United States v. Taylor</i> , 487 U.S. 326 (1988)	p. 245
<i>Murray v. United States</i> , 487 U.S. 533 (1988)	p. 163-164
<i>Florida v. Riley</i> , 488 U.S. 445 (1989)	p. 148
<i>Teague v. Lane</i> , 489 U.S. 288 (1989)	p. 42, 79, 84
<i>City of Canton v. Harris</i> , 489 U.S. 378 (1989)	p. 124
<i>Skinner v. Railway Labor Executives Association</i> , 489 U.S. 602 (1989)	p. 140
<i>Duckworth v. Eagan</i> , 492 U.S. 195 (1989)	p. 208
<i>James v. Illinois</i> , 493 U.S. 307 (1990)	p. 168
<i>United States v. Verdugo-Urquidez</i> , 494 U.S. 259 (1990)	p. 141
<i>Michigan v. Harvey</i> , 494 U.S. 344 (1990)	p. 214
<i>New York v. Harris</i> , 495 U.S. 14 (1990)	p. 104, 107, 162
<i>Minnesota v. Olson</i> , 495 U.S. 91 (1990)	p. 149, 152
<i>Illinois v. Perkins</i> , 496 U.S. 296 (1990)	p. 189, 208
<i>Alabama v. White</i> , 496 U.S. 325 (1990)	p. 158
<i>Pennsylvania v. Muniz</i> , 496 U.S. 582 (1990)	p. 196, 208
<i>Illinois v. Rodriguez</i> , 497 U.S. 177 (1990)	p. 155, 166-167
<i>Cage v. Louisiana</i> , 498 U.S. 39 (1990)	p. 221
<i>Minnick v. Mississippi</i> , 498 U.S. 146 (1990)	p. 186, 212

<i>Arizona v. Fulminante</i> , 499 U.S. 279 (1991)	p. 33, 179-180, 182
<i>Payne v. Tennessee</i> , 501 U.S. 808 (1991)	p. 41
<i>Jacobsen v. United States</i> , 503, U.S. 540 (1992)	p. 232-233
<i>Doggett v. United States</i> , 505 U.S. 647 (1992)	p. 243
<i>Lockhart v. Fretwell</i> , 506 U.S. 364 (1993)	p. 85
<i>United States v. Olano</i> , 507 U.S. 725 (1993)	p. 32
<i>United States v. Padilla</i> , 508 U.S. 77 (1993)	p. 149
<i>FDIC v. Meyer</i> , 510 U.S. 471 (1994)	p. 122
<i>Arizona v. Evans</i> , 514 U.S. 1 (1995)	p. 102, 166
<i>Goeke v. Branch</i> , 514 U.S. 115 (1995)	p. 42
<i>Whren v. United States</i> , 517 U.S. 806 (1996)	p. 218
<i>United States v. Lanier</i> , 520 U.S. 259 (1997)	p. 126
<i>City of Boerne v. Flores</i> , 521 U.S. 507 (1997)	p. 75
<i>Hudson v. United States</i> , 522 U.S. 93 (1997)	p. 90
<i>United States v. Ramirez</i> , 523 U.S. 65 (1998)	p. 107
<i>Pennsylvania Board of Probation and Parole v. Scott</i> , 524 U.S. 357 (1998)	p. 101
<i>United States v. Balsys</i> , 524 U.S. 666 (1998)	p. 190, 195
<i>Minnesota v. Carter</i> , 525 U.S. 83 (1998)	p. 147, 149, 152
<i>Wilson v. Layne</i> , 526 U.S. 603 (1999)	p. 122
<i>Neder v. United States</i> , 527 U.S. 1 (1999)	p. 32
<i>Dickerson v. United States</i> , 530 U.S. 428 (2000)	p. 38, 50, 75, 77, 183, 199, 209
<i>Bush v. Gore</i> , 531 U.S. 98 (2000)	p. 34, 114
<i>Saucier v. Katz</i> , 533 U.S. 194 (2001)	p. 124
<i>Kyllo v. United States</i> , 533 U.S. 227 (2001)	p. 142, 145-147
<i>Correctional Services Corporation v. Malesko</i> , 534 U.S. 61 (2001)	p. 122
<i>McKune v. Lile</i> , 536 U.S. 24 (2002)	p. 195
<i>United States v. Drayton</i> , 536 U.S. 194 (2002)	p. 153, 157
<i>Hope v. Pelzer</i> , 536 U.S. 730 (2002)	p. 122
<i>Kaupp v. Texas</i> , 538 U.S. 626 (2003)	p. 157, 160-161, 169
<i>Chavez v. Martinez</i> , 538 U.S. 760 (2003)	p. 77, 195
<i>Mitchell v. Esperanza</i> , 540 U.S. 12 (2003)	p. 32
<i>Fellers v. United States</i> , 540 U.S. 519 (2004)	p. 187
<i>United States v. Flores-Montano</i> , 541 U.S. 149 (2004)	p. 144
<i>Yarborough v. Alvarado</i> , 541 U.S. 652 (2004)	p. 206
<i>Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada</i> , 542 U.S. 177 (2004)	p. 191, 193

<i>Missouri v. Seibert</i> , 542 U.S. 600 (2004)	p. 34, 67, 216
<i>United States v. Patane</i> , 542 U.S. 630 (2004)	p. 218
<i>Sosa v. Alvarez-Machain</i> , 542 U.S. 692 (2004)	p. 123
<i>Winsconsin v. Knapp</i> , 542 U.S. 952 (2004)	p. 218-219
<i>Illinois v. Caballes</i> , 543 U.S. 405 (2005)	p. 144
<i>Hudson v. Michigan</i> , 547 U.S. 586 (2006)	p. 72, 101-110, 130, 158, 162
<i>Georgia v. Randolph</i> , No. 04-1067 (2006)	p. 155
<i>Samson v. California</i> , No. 04-9728 (2006)	p. 144
<i>Zedner v. United States</i> , No 05-5992 (2006)	p. 244
<i>Brendlin v. California</i> , No. 06-8120 (2007)	p. 158
<i>Virginia v. Moore</i> , No. 06-1082 (2008)	p. 97
<i>Danforth v. Minnesota</i> , No. 06-8273 (2008)	p. 85
<i>Snyder v. Louisiana</i> , No. 06-10119 (2008)	p. 79
<i>Begay v. United States</i> , No. 06-11543 (2008)	p. 18
<i>District of Columbia v. Heller</i> , No. 07-290 (2008)	p. 18
<i>Rothgery v. Gillespie County, Texas</i> , No. 07-440 (2008)	p. 184-185
<i>Herring v. United States</i> , No. 07-513 (2009)	p. 100-102, 110-113, 166
<i>Arizona v. Gant</i> , No. 07-542 (2009)	p. 157
<i>Pearson v. Callahan</i> , No. 07-751 (2009)	p. 41, 122, 124
<i>Van de Kamp v. Goldstein</i> , No. 07-854 (2009)	p. 124
<i>Cone v. Bell</i> , No. 07-1114 (2009)	p. 35
<i>Knowles v. Mirzayance</i> , No. 07-1315 (2009)	p. 35
<i>Kansas v. Ventris</i> , No. 07-1356 (2009)	p. 41, 189, 214
<i>Montejo v. Louisiana</i> , No. 07-1529 (2009)	p. 41, 185-186
<i>Corley v. United States</i> , No. 07-10441 (2009)	p. 59, 72, 175, 177, 182, 184
<i>Vermont v. Brillon</i> , No. 08-88 (2009)	p. 241
<i>Safford United School District v. Redding</i> , No. 08-479 (2009)	p. 122
<i>Maryland v. Shatzer</i> , No. 08-680 (2010)	p. 211
<i>Bloate v. United States</i> , No. 08-728 (2010)	p. 241
<i>Florida v. Powell</i> , No. 08-1175 (2010)	p. 208

Hooggerechtshof van Californië

<i>People v. Cahan</i> , 44 C2d 434 (1955)	p. 222
<i>California v. Bracamonte</i> , 15 Cal. 3d 394 (1975)	p. 94
<i>People v. Zelinski</i> , 24 Cal.3d 357 (1979)	p. 139
<i>Doe v. City of Los Angeles</i> , No. S142546 (2007)	p. 90

Hooggerechtshof van Florida

Munoz v. Florida, 629 So.2d 90 (Fla. 1993) p. 228

Federale Circuit Courts

Rheuark v. Shaw, 628 No. F.2d 297 (5th Cir. 1980) p. 240

Simpson v. United States, 632 A.2d 374 (D.C. 1993) p. 67

United States v. Kozeny, No. 073107 (2nd Cir. 2008) p. 90

House of Lords

King v. Warickshall, 1 Leach 263 (1783) p. 177

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 27 november 2008, NJ 2009, 214 (*Salduz tegen Turkije*) p. 15

Hoge Raad

HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470 p. 20

HR 3 oktober 2000, LJN AA7309, NJ 2000, 721, m.nt. JdH p. 19

HR 17 juni 2008, LJN BD2578, NJ 2008, 358 p. 19

HR 28 oktober 2008, LJN BE9817 p. 266

HR 30 juni 2009, LJN BH3079 p. 15

Trefwoordenregister

A

acoustic separation	p. 65, 68	- tijdigheid	p. 32, 87
active pursuit doctrine	p. 165	beveiligingspersoneel	p. 139
activisme, rechterlijk	p. 47	bewakingspersoneel	p. 139
adversaire procedure	p. 184, 187	bewijslast	p. 32, 87-88, 125
adverse inferences	p. 194	- afstand Miranda-rechten	p. 209
afstand	zie: waiver	- beyond reasonable doubt	p. 221
amendementen	p. 35, 37	- entrapment	p. 230
appel	p. 31	- fruit	p. 221
arraignment	p. 29, 186	- preponderance of evidence	p. 221
arrestwarrant	p. 26	- schending due process	p. 220
associate justice	p. 36	- schending Miranda-regels	p. 220
attenuation exception	p. 104, 109, 159-160, 216	- schending Vierde Amendement	p. 168
- ernst onrechtmatigheid	p. 161	- schending Zesde Amendement	p. 220
- normatief of feitelijk	p. 104	- toestemming tot search	p. 168-169
- schutznorm	p. 104, 162	bewijsuitsluitingsregel	zie: exclusionary rule
- tijdsverloop	p. 161	beyond reasonable doubt	p. 221
- tussenkomende omstandigheden	p. 161	Bill of Rights	p. 37, 48, 60
automatic reversal	p. 33	billboards	p. 61

B

bail	p. 26, 28	binding precedent	p. 38
bail, to set	p. 28	bindover	p. 29
Batson Violations	p. 79-80	Bivens Action	p. 122
beeldvorming	p. 65-66, 68, 102, 118	booking	p. 26
bekentenis	zie: verhoor	braakmiddel	p. 91
bench trial	p. 31	bright line rule	p. 42-43, 199
benoeming rechters	p. 36	buitenlandse opsporing	p. 141
beroep op vormverzuim	p. 32, 85	Burger Court	p. 60, 65
- bewijslast	zie: bewijslast	burgerfora	p. 127
- contemporaneous objection rule	p. 32	burgeroorlog	p. 37
- plea bargaining	p. 85	burgerrechten	p. 37, 47
- sepot	p. 85		
- standing	zie: standing		

C

case-in-chief	p. 31, 213
cases and controversies	p. 35-36, 87, 125
causaal verband	p. 104, 107, 160
cautie	zie: Miranda-warnings

certiorari	p. 33	cruel trilemma	p. 190, 196
checks and balances	p. 35	custodial interrogation	p. 205-206
chief justice	p. 36	custody	p. 202, 206
chokehold	p. 124	- beoordelingsfactoren	p. 202, 204
citizen	p. 37	- bevraging bestuurder op openbare	
civil liberties	p. 47	weg	p. 203
civil rights	p. 47	- Miranda-warnings	p. 202
Civil Rights Act	p. 122	- objectieve toets	p. 202-203, 207
civil rights claims	p. 106	- ondervraging in politiebureau	p. 204
Civil War Amendments	p. 37, 74	- ondervraging in woning	p. 204
civilian review board	p. 127	- Terrystop	p. 204
clearly established rule	p. 126, 130	- traffic-stop	p. 203
collateral order doctrine	p. 33	- zelfmelder	p. 204
common law	p. 24, 176		
common law voluntariness test	p. 177	D	
communisme	p. 47	databank met onjuistheid	p. 110
communistenregistratie	p. 193	decision rules	p. 64, 66-68, 74
competentie federale rechter	p. 35-36	declination	p. 27
complaint	p. 27-29	defendant	p. 28, 174
complainant	p. 28	demografische ontwikkeling	p. 58
concurring opinion	p. 34	Dertiende Amendement	p. 37
conduct rules	p. 63-64, 66-68, 74	disciplinaire bestraffing	p. 89
confrontation clause	p. 212	discovery	p. 30
Congres	p. 35-36	dismissal	p. 88-91
conservatief	p. 47	- belangenafweging	p. 91-93
conservatief activisme	p. 50	- benadeling verdachte	p. 92-93
constitutionele toetsing	p. 38	- benadering hooggerechtshof	p. 92
contemporaneous objection rule	p. 32	- federale overheidsstructuur	p. 91
continuing waiver theorie	p. 192	- machtenscheiding	p. 91
core	p. 64	- speedy trial	p. 245
counter revolution, due process	p. 60, 64	- verhouding tot bewijsuitsluiting	p. 92, 94
counter-majority-difficulty	p. 76	- with prejudice	p. 92, 245
courtpacking-plan	p. 46	- without prejudice	p. 245
criminal proceeding	p. 195	dissenting opinion	p. 34
cross examination	p. 31	double jeopardy clause	p. 90

Dred Scott	p. 37	- vicarious entrapment	p. 232
due process clause	p. 37, 47-48, 93	equal protection clause	p. 47
- bescherming tegen entrapment	p. 230	exclusionary rule	p. 19, 63, 88-89
- bescherming tegen search en seizure	p. 138	- aandacht rechter	p. 120
- bescherming tegen vertraging		- aard geschonden norm	p. 105
strafproces	p. 239, 240	- active pursuit doctrine	p. 165
- machtscheiding	p. 231	- afzonderlijk forum beslist	p. 220
due process revolution	p. 48-49, 60, 64	- als grondwettelijk recht	p. 99
due process voluntariness test	p. 177-182, 200	- attenuation exception	p. 104, 109, 159-161
- beoordelingsfactoren	p. 179	- belangenafweging	p. 99, 213
- impeachment evidence	p. 214	- beschermt alleen schuldigen	p. 117
- nadelen daarvan	p. 199	- betekenis alternatieven	p. 106, 108, 119
E		- but-for causaliteit	p. 104, 160
eerlijk strafproces	p. 171	- causaal verband	p. 104, 107, 160-161
- schending Vierde Amendement	p. 171	- constitutionalisation	p. 97
enforcement clause	p. 74	- deconstitutionalisation	p. 99
entrapment	p. 90	- doelbewuste normschending	p. 162
- bewijslastverdeling	p. 230	- eerlijk strafproces	p. 171
- definitie	p. 224	- empirisch aantoonbaar effect	p. 116
- derivative entrapment	p. 232	- exclusionary rules	p. 94
- due process toetsing	p. 230-231	- feitelijke inschatting agenten onjuist	p. 166-167
- hypothetical person test	p. 226	- fouten rechter	p. 166
- machtscheiding	p. 228, 231	- fruit doctrine	p. 104, 109, 158-159
- objectieve toets	p. 225	- geen persoonlijk recht verdachte	p. 100
- overheidshandelen	p. 232	- good faith exceptie	p. 63, 103, 110-111, 113, 165, 167
- police deterrence	p. 226	- grondslag	p. 97-98
- predispositie verdachte	p. 233	- grondslag en excepties	p. 172
- predisposition test	p. 225	- grondwetsgeschiedenis	p. 95
- private entrapment	p. 232	- herhaalde bekentenis	p. 215
- redelijke wetsuitleg	p. 227	- hypothetical independent source	p. 164
- schifting 'onschuldigen' en criminelen	p. 230	- imago strafrechtspleging	p. 102, 118
- statelijke rechtspraak	p. 228	- impact	p. 62
- subjectieve toets	p. 225	- impeachment evidence	p. 31, 63, 167, 213
- verschillende vormen	p. 232		

- independent circumstances test p. 165
 - independent source doctrine p. 109, 159, 163-164
 - inevitable discovery exceptie p. 109, 164
 - integriteitsargument p. 98
 - invloed op rechtsvorming p. 120
 - invloed op verdediging p. 120
 - kosten-baten afweging p. 100-101, 103, 105, 110, 113, 165, 213
 - kritiek daarop p. 114-121
 - kritiek op kosten-baten afweging p. 103, 113
 - Massachusetts-rule p. 219
 - McNabb-Mallory-rule p. 182-184
 - medeplichtigheidsargument p. 98
 - meeneed verbalisanten p. 117
 - niet bedoeld om fouten rechter te voorkomen p. 166
 - normering opsporing p. 119
 - ongrondwettige bekentenis p. 212
 - onrechtmatig binnentreden gevolgd door rechtmatig afgelegde verklaring p. 107
 - onrechtmatig binnentreden gevolgd door rechtmatige doorzoeking p. 107
 - ontstaan p. 96
 - orthodox rule p. 219
 - over-deterrence p. 105, 119
 - police deterrence p. 98, 101, 105, 119, 166, 213
 - pragmatische benadering p. 99
 - praktische betekenis p. 114, 116
 - principiële benadering p. 98
 - procedure p. 219
 - proportionaliteit p. 117
 - reflexive application p. 102
 - remedial deterrence p. 117
 - schadevergoeding als alternatief p. 106, 108
 - schending federale wet p. 183
 - schutznorm p. 104
 - silver platter doctrine p. 97
 - structureel voorkomende vormfouten p. 108, 111-112
 - systemic deterrence p. 116
 - toegenomen professionaliteit politie p. 106
 - toesnijden op concreet geval p. 113, 117
 - under-deterrence p. 119
 - verhindert ontwikkeling alternatieven p. 121
 - vermijden in ernstige zaken p. 116
 - verrassend bij onduidelijk recht p. 118
 - verwijtbaarheid vormfout p. 111
 - voor- en nadelen p. 115
 - voorschrijven aan staten p. 96
 - waarheidsvinding p. 101-102, 115, 171
 - zichtbaarheid gevolg p. 118
- F**
- fair examination rule p. 191-192
 - federaal hooggerechtshof zie: hooggerechts-hof
 - Federal Rules of Criminal Procedure p. 25
 - Federal Tort Claims Act p. 123
 - federale grondwet p. 35
 - minimumwaarborgen p. 49, 94, 97
 - federale overheidsstructuur p. 24
 - felony p. 27, 29
 - filing charges p. 27
 - first appearance p. 28
 - forumshopping p. 167
 - framers p. 39
 - fruit of the poisonous tree p. 63, 104, 109

- attenuation exception p. 104, 109, 159-161, 216
- causaal verband p. 104, 160
- derivative evidence p. 214
- fysiek bewijs na schending
- Miranda-regels p. 218
- getuigenverklaring na schending
- Miranda-regels p. 218
- herhaalde bekentenis p. 214
- independent source doctrine p. 109, 159, 163
- inevitable discovery exceptie p. 109
- onderscheid Vierde Amendement en
- Miranda-regels p. 215
- onderscheid Vierde en Vijfde
- Amendement p. 214
- prophylactic rules p. 215
- Vierde Amendement p. 158
- Vijfde Amendement p. 214
- fysiek geweld p. 93
- G**
- general trial court p. 29
- Gerstein-toetsing p. 28-29
- good faith exceptie p. 63, 103, 110, 165
- kritiek daarop p. 167
- objectieve toetsing p. 111
- onjuiste info verantwoordelijkheid
- politie p. 111, 113
- onjuiste info verantwoordelijkheid
- rechter p. 113
- schending Miranda-regels p. 217
- government official p. 139
- governmental misconduct p. 90
- grand jury p. 26, 28-29
- getuigenverhoor p. 191
- indictment p. 29
- grondrechtenbescherming p. 73-74
- grondwet p. 35
- grondwetsinterpretatie p. 38
- bedoeling wetgever p. 41
- bevoegdheidsverdeling wetgever-
- rechter p. 74-75
- binding federale wetgever p. 73
- binding lagere rechter p. 73
- binding statelijke wetgever p. 73
- bright line rule p. 42-43
- conservatief activisme p. 50
- counter-majority-difficulty p. 76
- efficiënte rechtshandhaving p. 45
- judicial creativity p. 39
- liberaal activisme p. 49-50
- living instrument p. 39
- majoritarianism p. 76
- minimumwaarborgen p. 49, 94, 97
- (non-)originalists p. 39
- over-inclusiveness p. 42, 81
- overrulen p. 65
- prophylactic rules p. 44-45, 74, 77, 200
- remedial deterrence p. 79-81
- remedial incorporation p. 81
- remedial substantiation p. 81
- restrictieve interpretatie p. 65
- stare decisis p. 40, 65, 76-77
- toetsingsmaatstaf p. 42-43
- under-inclusiveness p. 42, 82
- waarheidsvinding p. 41, 102
- guilty plea p. 29

H

habeas corpus p. 34, 41-42, 63, 83-84, 87
harmless error p. 32, 80, 88
hechtenis zie: custody
hoger beroep p. 31
hoger beroep, omvang toetsing in p. 32
hooggerechtshof p. 33, 35
- benoeming rechters P. 36
- competentie p. 35
- kritiek op p. 61
- power of judicial review p. 37, 74, 76, 84
- supervisory authority p. 183
hydraulic effect p. 81
hypothetical independent source p. 164
hypothetical person test p. 226

I

immunititeit p. 122
- absolute immunity p. 122, 124
- qualified immunity p. 122-124
- vervolgingsimmunititeit p. 196
impeachment evidence p. 31, 63, 213
- due process voluntariness test p. 214
- getuigenverklaring p. 168
- verklaring verdachte p. 167
- Vierde Amendement p. 167
inactive docket p. 28
inclusionary rules p. 63
independent circumstances test p. 165
independent source doctrine p. 109, 159
- bevriezing situatie na onrechtmatig
binnentreden p. 163
- hypothetical independent source p. 164
- kritiek daarop
indictment p. 28-29, 186

inevitable discovery exceptie p. 109
- active pursuit doctrine p. 165
- independent circumstances test p. 165
- kritiek daarop p. 164
information p. 28-29
injunction p. 124
institutionalized private searcher p. 139
integriteitsargument p. 98
intermediate appellate court p. 31
interne toetsing p. 127
interrogation p. 187
- functioneel equivalent p. 207
- indirecte ondervraging p. 208
- zelfmelder p. 208
investigative misconduct p. 90

J

jail p. 27
judicial review, power of p. 37, 74, 76, 84
jury selection procedure p. 30, 80
juryrechtspraak p. 31
- juryinstructie p. 194
- recht daarop p. 31, 79
justicability p. 36

K

'kat uit de zak' p. 214
klachtenregeling p. 127
knock and announce-rule p. 103
kosten-baten afweging p. 100-101
- kritiek daarop p. 103
Ku Klux Klan Act p. 123

L

late modern society	p. 53	- custody	p. 202-203
legitimate expectation of privacy	p. 138, 148-150	- de minimis variations	p. 208
- inhoud begrip	p. 149	- doelbewust omzeilen	p. 216
liberaal	p. 47	- ernst feit	p. 201, 203
liberaal activisme	p. 49-50	- fruit-doctrine	p. 218
liberal totems	p. 62	- fysiek bewijs als fruit schending	p. 218
lock-up	p. 26	- gebrekkige warnings	p. 210
		- getuigenverklaring als fruit schending	p. 218
		- good faith exceptie	p. 217
		- grondwetschending door gebruik	

M

machtenscheiding	p. 35	voor bewijs	p. 219
- dismissal	p. 91	- inhoud warnings	p. 208
- due process toetsing	p. 231	- interrogation	p. 207-208
- entrapment	p. 228, 231	- ondervraging in politiebureau	p. 204
- redelijke wetsuitleg	p. 227	- ondervraging in woning	p. 204
- speedy trial	p. 239	- overheidshandelen	p. 201
magistrate court	p. 26	- praktische noodzaak	p. 198
majoritarianism	p. 76	- public safety exception	p. 209
Massachusetts-rule	p. 219	- Terrystop	p. 204
McNabb-Mallory-rule	p. 182-184	- traffic-stop	p. 203
medeplichtigheidsargument	p. 98	- undercoveractie	p. 208
media	p. 54, 59, 65-66, 68, 90	- zelfmelder	p. 204, 208
minimumstraffen	p. 18	misdemeanor	p. 27
Miranda-rechtspraak	p. 61	mootness	p. 36
- grondwettelijke basis	p. 200	Mutt and Jeff routine	p. 199
- impact op politie	p. 61, 200		
- ophef	p. 200	N	
Miranda-warnings	p. 66, 191	nemo tenetur	zie: privilege against self-incrimination
- aanvankelijk verzuim	p. 215-216	New Deal wetgeving	p. 46
- afstand	p. 209	nolle prosequi	p. 27, 30, 238
- afwijkende warnings	p. 208	nolo contendere	p. 29
- betekenis in kader due process		non-originalists	p. 39
voluntariness test	p. 180, 182	no-paper	p. 27
- bevraging bestuurder op openbare weg	p. 203		
- custodial interrogation	p. 205-206		

O

ombudsman	p. 127
Omnibus Crime Control and Safe Streets Act	p. 183
opinion	p. 34
opsporingsonderzoek	p. 25
originalists	p. 39
orthodox rule	p. 219
over-deterrence	p. 105, 109, 119, 128
overheidsdienaar	p. 139
overheidshandelen	p. 86, 122, 190
- entrapment	p. 232
- gezamenlijk optreden met private partij	p. 140
- government official	p. 139
- handelen private partij dat voortvloeit uit overheidsregels	p. 140
- handelen private partij op verzoek overheid	p. 140
- Miranda-warnings	p. 201
- onderscheid met privaat handelen	p. 139-140
- overheidsdienaar	p. 139
- particuliere opsporing	p. 139
overheidstoezicht	p. 144
- reasonable expectation of privacy	p. 144
over-inclusiveness	p. 42, 81
overrule	p. 65
OvJ	p. 56

P

particuliere opsporing	p. 139
penitentiary	p. 27
people	p. 141
peperspray	p. 93

per curiam beslissing	p. 34
periferie	p. 64
plain error	p. 32
plea	p. 29
plea agreement	p. 30, 85
plea negotiations	p. 29-30
police deterrence	p. 98, 101, 105, 119
- entrapment	p. 226
- nut in concreet geval	p. 105
- over-deterrence	p. 119, 128
- strafvermindering	p. 128
- systemic deterrence	p. 116
- under-deterrence	p. 119
police over-reaching	p. 68
politiek	p. 57
politisering	p. 59
popularisering	p. 59
post New Deal conservative position	p. 49
precedentwerking	p. 38
predisposition test	p. 225
preliminary hearing	p. 27, 28
preponderance of evidence	p. 221
president	p. 35
pre-trial motion	p. 30, 87, 150
privacy	p. 58
- individueel en algemeen belang	p. 137
- inhoud begrip	p. 136
- legitimate expectation of privacy	p. 138
- pluriform karakter	p. 137
- reasonable expectation of privacy	p. 138
private policing	p. 139
privilege against self-incrimination	p. 189
- aannemen houding	p. 196
- aantrekken kleding	p. 196
- accountant	p. 197

- advocaat	p. 197	public safety exception	p. 209
- bescherming eer en goede naam	p. 196	publieke opinie	p. 54, 57
- bekendmaken identiteit bij verkeersongeval	p. 194	- verwachtingspatroon	p. 57
- belastingaangifte	p. 192	Q	
- bloedmonster	p. 196	qualified immunity	p. 122-124
- compulsion	p. 190	quasi judicial review	p. 127
- continuïng waiver theorie	p. 192	R	
- criminal proceeding	p. 195	reasonable expectation of privacy	p. 138, 141
- fair examination rule	p. 191-192	- bankgegevens	p. 143
- fair state-individual balance	p. 193	- beeper	p. 143
- fotografie	p. 196	- empirisch onderzoek	p. 147
- gebaar maken	p. 196	- gecontroleerde aflevering	p. 143
- individueel recht	p. 197	- gereguleerde handel	p. 144
- line-up	p. 196	- geurhond	p. 143
- meten	p. 196	- gevangene in cel	p. 144
- non-criminal sanction	p. 195	- grensverkeer	p. 144
- publiek ordeningsrecht	p. 193	- hennepkwekerij	p. 145
- rechtspersoon	p. 197	- inhoud begrip	p. 142
- regulatory purpose doctrine	p. 193	- luchtfotografie	p. 148
- schriftmonster	p. 196	- maatstaf	p. 143
- stemgeluids-sample	p. 196	- narcotest	p. 144
- subpoena	p. 198	- normatieve toetsing	p. 147
- uitlevering bewijsstukken	p. 198	- observatie vanuit de lucht	p. 143, 148
- undercover in politiecel	p. 208	- onderzoek auto	p. 150
- use en derivative use immuniteit	p. 196	- overheidstoezicht	p. 144
- verschijnen in rechtbank	p. 196	- pseudokoop	p. 143
- vervolgingsimmuniteit	p. 196	- satelietfotografie	p. 143
- vingerafdrukken	p. 196	- schriftonderzoek	p. 143
probable cause	p. 26, 28-29	- subpoena	p. 142
procedurele waarborgen	p. 72-73	- technologische ontwikkelingen	p. 146
prophylactic rules	p. 44-45, 74, 77, 81, 187, 199-200, 215	- telefoongegevens	p. 143
- kosten baten afweging	p. 186	- third party doctrine	p. 147
prosecutorial misconduct	p. 32, 89-90	- toetsingsfactoren	p. 143-144

- undercoveractie	p. 142	- dismissal als reactie op schending	
- voicesample	p. 143	speedy trial	p. 245
- voorwerpen in/waarvan afstand is gedaan	p. 143	remedial incorporation	p. 81
- voorwerpen waarvan verpakking inhoud prijsgeeft	p. 143	remedial substantiation	p. 81
- vuilniszak	p. 143	remedies	p. 63-65, 74-79
- waarneming in open veld	p. 143	- toesnijden op vormfout	p. 92
- warmtebeeldkijker	p. 145	retried	p. 31
- woning	p. 143, 145-146	reversal	p. 32, 80, 88
recht op rechtsbijstand	p. 184	rights	p. 63-65, 74-79
- adversaire procedure	p. 184	rights-essentialism	p. 77
- afstand	p. 184, 191, 211	risico-avers	p. 56
- attachment	p. 184	rubberstamp	p. 167
- bekentenis	p. 186	rule of law	p. 73, 98-99
- undercoveractie	p. 187	S	
- vanaf welk moment	p. 184	schadevergoeding	p. 106, 121
rechtersrecht	p. 72-74	- Bivens Action	p. 122
rechtsvergelijking	p. 18	- Federal Tort Claims Act	p. 123
Reconstruction Amendments	p. 37	- immuniteit	p. 122
redelijke wetsuitleg	p. 227	- opzetvereiste	p. 129
regulatory purpose doctrine	p. 193	- qualified immunity	p. 122-124
Rehnquist Court	p. 50, 60, 64	- § 1983 U.S.C.	p. 123
Rehnquist Court Conservative		schutznorm	p. 92, 104, 148, 149, 212
Reformation	p. 64	- attenuation	p. 104, 162
rejection	p. 27	search	p. 137
remedial deterrence	p. 78, 117	- inhoud begrip	p. 142
- dismissal als reactie op schending		- na door private partij uitgevoerde search	p. 141
speedy trial	p. 245	- reasonable expectation of privacy	p. 141
- feitelijke vaststellingen	p. 81	search en seizure	p. 138
- hydrolic effect	p. 81	- bankgegevens	p. 143
- interpretatie grondwettelijke rechten	p. 79	- beeper	p. 143
- vermijden exclusionary rule in ernstige zaken	p. 116	- gecontroleerde aflevering	p. 143
remedial equilibration	p. 78	- gereguleerde handel	p. 144
		- gevangene in cel	p. 144

- geurhond	p. 143	solicitor-general	p. 34
- grensverkeer	p. 144	speedy trial, recht op een	p. 48
- maatstaf	p. 143	- aanvang termijn	p. 237
- observatie vanuit de lucht	p. 143	- ad hoc balancing test	p. 240
- overheidstoezicht	p. 144	- amorf	p. 237
- pseudokoop	p. 143	- appelfase	p. 238, 240
- satellietfotografie	p. 143	- benadeling verdachte	p. 241
- schriftonderzoek	p. 143	- beoordelingsfactoren	p. 240
- stop-and-frisk	p. 157	- beschermde belangen	p. 236
- telefoongegevens	p. 143	- dismissal	p. 245
- Terrystop	p. 157-158	- duur vertraging	p. 240
- toestemming	p. 152	- machtenscheiding	p. 239
- toetsingsfactoren	p. 143-144	- niet mee te tellen tijdsverloop	p. 244
- traffic-stop	p. 157	- nolle prosequi motion	p. 238
- voicesample	p. 143	- proceshouding verdachte	p. 241
- voorwerpen in/waarvan afstand is gedaan	p. 143	- reden vertraging	p. 240
- voorwerpen waarvan verpakking inhoud prijsgeeft	p. 143	- regeling in wetgeving	p. 243
- vuilniszak	p. 143	- relatief recht	p. 237
- waarneming in open veld	p. 143	- Speedy Trial Act	p. 244
- wettelijke regeling	p. 138	- tijdsverloop i.v.m. rechtsmiddelen	p. 238
- woning	p. 143	- vague concept	p. 237
segregatie	p. 47	- verjaring	p. 238
seizure	p. 137, 157	staged arrest	p. 90
- reasonable expectation of privacy	p. 141	standing	p. 36, 63, 86
- stop-and-frisk	p. 157	- automatic standing theorie	p. 149-150
- Terrystop	p. 157-158	- drugs verdachte in handtas derde	p. 152
- traffic-stop	p. 158	- drugs verdachte in hotelkamer tante	p. 151
selective incorporation	p. 48, 60	- drugs verdachte in woning vriend waar hij overnachtte	p. 151
sentencing proceeding	p. 31	- geschriften vakbond in gedeeld kantoor vakbondsmedewerker	p. 151
separate but equal doctrine	p. 47	- gesprekken in en om woning verdachte	p. 151
sepot	p. 27, 85	- inzittenden auto	p. 150
silver platter doctrine	p. 97	- legitimate expectation of privacy	p. 138, 148-149
slachtoffer	p. 56	- logé in woning	p. 152
slavernij	p. 37		

- mededader	p. 149	- Miranda-warnings	p. 204
- niet-logerende gast in woning	p. 152	terugwerkende kracht nieuwe	
- possessory interest	p. 150	rechtspraak	p. 82-85
- reasonable expectation of privacy	p. 138	testimonial evidence, non-	
- schending Vijfde Amendement	p. 212	- aannemen houding	p. 196
- target theorie	p. 149-150	- aantrekken kleding	p. 196
- verhouding verdachte tot doorzochte		- bescherming eer en goede naam	p. 196
plaats	p. 152	- bloedmonster	p. 196
- verhouding verdachte tot inbeslag-		- fotografie	p. 196
genomene	p. 152	- gebaar maken	p. 196
stare decisis et non quieta movere	p. 40, 65,	- line-up	p. 196
	76-77	- meten	p. 196
stationhouse bail	p. 26	- schriftmonster	p. 196
stop-and-frisk	p. 157	- stemgeluids-sample	p. 196
strafbaarstelling onrechtmatig handelen	p. 126	- verschijnen in rechtbank	p. 196
- clearly established rule	p. 126	- vervolgingsimmunititeit	p. 196
- effectiviteit	p. 126	- vingerafdrukken	p. 196
- opzetvereiste	p. 126	third party doctrine	p. 147
strafoplegging	p. 31	- bankgegevens	p. 148
strafproces, waarheidsvinding als doel	p. 41	- telefoongegevens	p. 148
strafvermindering	p. 89, 127	- undercover	p. 148
- police deterrence	p. 128	three strikes you're out	p. 31
- speedy trial	p. 245	toestemming	p. 152
structural error	p. 33, 80	- bewijslast	p. 168-169
subpoena	p. 26	- door derde	p. 154-155
- privilege against self-incrimination	p. 197	- door derde bij weigering verdachte	p. 155
- reasonable expectation of privacy	p. 142	- door derde die achteraf onbevoegd	
supervisory authority hooggerechtshof	p. 183	blijkt	p. 155
suspect	p. 174	- door nachtwaker tot doorzoeking	
swearing match	p. 226	hotelkamer	p. 154
systemic deterrence	p. 116	- door verhuurder woning	p. 154
		- geldigheid	p. 153
T		- search	p. 152
take the stand	p. 31, 213	- vrijwilligheid	p. 153
Terrystop	p. 157-158	totality of the circumstances test	p. 42

- | | | | |
|---------------------------------------|------------------------|------------------------------------------------|------------------|
| traffic-stop | p. 158 | - druk | p. 190 |
| - custodial interrogation | p. 203 | - due process voluntariness test | p. 177-178 |
| - Miranda-warnings | p. 203 | - fair examination rule | p. 191-192 |
| transactional immunity | p. 196 | - formele regulering verhoor | p. 189 |
| trial | p. 30 | - functioneel equivalent interrogation | p. 207 |
| trail court | p. 28, 29 | - fysieke ontberingen | p. 179 |
| U | | - getuige | p. 190 |
| uitvoerende macht | p. 35 | - good cop bad cop | p. 199 |
| undercover | p. 142, 187 | - jeugdige | p. 179 |
| - in politiecel | p. 187, 208, 214 | - juridische basis toetsing | p. 176 |
| - interrogation | p. 208 | - langdurige (illegale) detentie | p. 179 |
| - reasonable expectation of privacy | p. 142, 148 | - langdurige verhoren | p. 179 |
| - third party doctrine | p. 148 | - McNabb-Mallory-rule | p. 182-184 |
| under deterrence | p. 119 | - Miranda-warnings | p. 180, 191, 199 |
| under-inclusiveness | p. 42, 81 | - misleiding | p. 180 |
| use en derivative use immunity | p. 196 | - Mutt and Jeff routine | p. 199 |
| V | | - na beroep op recht op rechtsbijstand | p. 186 |
| Veertiende Amendement | p. 17, 37, 47 | - onrechtmatig verkregen bewijs en steunbewijs | p. 178 |
| veiligheid | p. 56 | - ontwikkeling rechterlijke toetsing | p. 175 |
| verbodsactie | p. 124 | - persoonlijke fysieke beperkingen | p. 179 |
| verhoor | zie ook: interrogation | - persoonlijke mentale beperkingen | p. 180 |
| - bedreigen met geweld | p. 179 | - roken | p. 179 |
| - beloften | p. 180 | - undercover in politiecel | p. 187 |
| - beoordelingsfactoren vrijwilligheid | p. 179 | - verdachte | p. 190 |
| - beperking contact met raadsman | p. 179 | - verhooromstandigheden | p. 174 |
| - beperking contract met vrienden | p. 179 | - vervolgingsimmunititeit | p. 196 |
| - betrouwbaarheid | p. 174 | - video-opnamen | p. 199 |
| - common law | p. 176 | - voeding | p. 179 |
| - common law voluntariness test | p. 177 | - voorgeleiding aan rechter | p. 182 |
| - compulsion | p. 190 | - 'waarheidsserum' | p. 179 |
| - continuing waiver theorie | p. 192 | - ziekenhuis | p. 179 |
| - cruel trilemma | p. 190, 196 | - zwijgrecht | p. 191 |
| | | verjaring | p. 90 |
| | | verlofstelsel | p. 33 |

vervolgingsbeslissing	p. 27	- recht op rechtsbijstand	p. 185-186, 191
- gelijkheidsbeginsel	p. 90	- zwijgrecht	p. 191
- vindictive prosecution	p. 90	warrantless arrest	p. 26
vervolgingsimmunititeit	p. 196	warrantvereiste	p. 156
- transactional immunity	p. 196	- uitzondering	p. 156
- use en derivative use immunity	p. 196	Warren Court	p. 47, 49, 60-61, 64-65
verzekeringsinspecteur	p. 139	wetgevende macht	p. 35
Vierde Amendement	p. 16	witness	p. 174
- eerlijk strafproces	p. 171	writ of certiorari	p. 33
- fruit doctrine	p. 158-159	writ of habeas corpus	p. 34
- overheidshandelen	p. 138		
- people	p. 141	Z	
- reasonable expectation of privacy	p. 141	Zesde Amendement	p. 16-17
- toepasselijkheid	p. 138	zwijgrecht	p. 191
Vijfde Amendement	p. 16	- adverse inferences	p. 194
vindictive prosecution	p. 90	- afstand	p. 191, 211
vormfout	p. 14	- sancties op zwijgen	p. 194
vormverzuim	p. 14	§ 1983 U.S.C.	p. 123
vrijwilligheid	p. 153		
- bekentenis	p. 179		
- toestemming	p. 153		
vuurwapen, recht tot dragen	p. 18		

W

waarheidsvinding	p. 41, 101
waiver	p. 32
- bewijslast	p. 209
- bewust en doordacht	p. 209-210
- continuïng waiver theorie	p. 192
- gebrekkige warnings	p. 210
- Miranda-rechten	p. 209
- na eerder beroep op recht op rechtsbijstand	p. 211
- na eerder beroep op zwijgrecht	p. 211
- niet-uitdrukkelijk	p. 210

Over de auteur

Mr. Reindert Kuiper is als gerechtsauditeur verbonden aan het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden en is daar werkzaam in de strafsector. Voorts is hij adjunct-sectretaris van de Raad van Tucht voor Registeraccountants en Accountants-Administratieconsulenten te Amsterdam en van de Raad voor Geschillen voor dezelfde beroepsgroep. Hij werkt thans aan een proefschrift met als onderwerp de wijze waarop de strafrechter op vormverzuimen reageert.

Colofon

Raad voor de rechtspraak
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

Deze publicatie verschijnt in het kader van het wetenschappelijk onderzoeksprogramma van de Raad voor de rechtspraak. Uitgave daarvan betekent niet dat de inhoud het standpunt van de Raad voor de rechtspraak weergeeft.

Begeleidingscommissie:

J. de Hullu
Raadsheer Hoge Raad

W.A.M. van Schendel
Raadsheer Hoge Raad

Voor leden van de rechterlijke organisatie zijn gratis exemplaren beschikbaar. Deze kunnen worden besteld bij:
Raad voor de rechtspraak
Secretariaat afdeling Ontwikkeling
Postbus 90613
2509 LP Den Haag
Tel. (070) 361 97 05

De integrale tekst van dit rapport is gratis te downloaden van:
www.rechtspraak.nl/gerechten/Rvdr
Rubriek: wetenschappelijk onderzoek

Uitgever

Sdu Uitgevers BV, Den Haag

Vormgeving

Corps, Den Haag

Opmaak binnenwerk

Studio Typeface, Lelystad

Oplage
450 stuks

Mei 2010

© Staat der Nederlanden (Raad voor de rechtspraak)
Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, in een voor anderen toegankelijk gegevensbestand worden opgeslagen of worden openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad voor de rechtspraak. De toestemming wordt hierbij verleend voor het verveelvoudigen, in een gegevensbestand toegankelijk maken of openbaar maken waarvoor geen geldelijke of andere tegenprestatie wordt gevraagd en ontvangen en waarbij deze uitgave als bron wordt vermeld.