

Lock him up of presidential harassment?

Het arrest van het Amerikaanse Hooggerechtshof in *Trump v. Vance*

J.E. OLDEMAN

1. Inleiding

Begin 2018 werd bekend dat president Trumps voormalig advocaat Michael Cohen vlak voor de presidentsverkiezingen van 2016 een flink bedrag had betaald aan pornoactrice Stormy Daniels. De bedoeling hiervan was dat zij zou zwijgen over de vermeende affaire die tussen haar en de president jaren geleden was voorgevallen. Deze betaling was mogelijkwjs in strijd met de regels die in de VS gelden omtrent het financieren van verkiezingscampagnes. Dit voorval vormde mede de aanleiding voor *District Attorney Vance* in New York om een strafrechtelijk onderzoek te starten naar de betalingen die de president en zijn bedrijven hadden verricht.¹ In het kader van deze procedure werden de *financial records* van de president opgevraagd middels een *subpoena duces tecum* gericht aan het accountantskantoor van de president, *Mazars USA*.² Dit is een dagvaarding om o.a. documenten te overhandigen. De statelijke dagvaarding aan *Mazars USA* ziet op persoonlijke financiële documenten van Trump vanaf 2011 en omvat daardoor tevens documenten voorafgaand aan het presidentschap van Trump.³

Al lange tijd wordt de president verzocht meer openheid te geven over zijn financiële situatie. De verzoeken tot inzage in zijn belastingaangiften roepen voor hem daarbij de meeste controverses op. Tot dusver weigert hij op deze verzoeken in te gaan en verweert hij zich steevast met twee argumenten. Ten eerste kunnen de belastingaangiften volgens hem niet worden verstrekt, omdat zij ter controle liggen bij de Amerikaanse belastingdienst. Anders dan Trump beweert, verhindert deze controle echter niet dat deze openbaar kunnen worden gemaakt. Bovendien is het gebruikelijk dat presidentskandidaten hun belastingaangiften kenbaar maken.⁴ Ten tweede voert Trump aan dat de kiezers in de VS ook niet geïnteresseerd zijn in zijn financiële situatie, zodat ook om die reden zijn belastingaangiften en andere financiële documenten het daglicht niet hoeven te zien. Ondanks dat de dagvaarding niet Trump verzocht om deze documenten aan te leveren, beweert hij hinder hiervan te ondervinden en spant hij een federale procedure aan tegen Vance (*Trump v. Vance*).⁵ De president

* Mr. J.E. (Anna) Oldeman is junior docent en promovenda Staatsrecht aan de Radboud Universiteit. De auteur bedankt prof. mr. Paul Bovend'Eert, mr. dr. Hansko Broeksteeg en mr. dr. Joost Sillen voor het waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1 Kinkoff 2020. Vance specificeert niet nader naar welke strafbare feiten hij precies onderzoek doet. Hij noemt het zelf: '*business transactions involving multiple individuals whose conduct may have violated state law*'. Zie: Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US_ (2020), p. 2.

2 In het vervolg wordt over het algemeen de term dagvaarding gebruikt in plaats van *subpoena duces tecum*.

3 Met 'statelijk' wordt voorts bedoeld op de deelstaat.

4 Buettner, Craig & McIntire 2020.

5 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US_ (2020).

stelt zich hierbij op het standpunt dat hij aan zijn ambt immuniteit kan ontlene tegen statelijke strafrechtelijke dagvaardingen, zelfs als de dagvaarding tot derden is gericht.

De stelling van Trump roept de vraag op of de *United States Constitution* (hierna: Amerikaanse Grondwet) of lagere regelgeving voorziet in immuniteit. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen civielrechtelijke en strafrechtelijke immuniteit. In zowel de Amerikaanse Grondwet als in lagere regelgeving wordt echter niets geregeld over civielrechtelijke en strafrechtelijke immuniteit van de president. Beide varianten van immuniteit zijn slechts voor Congresleden grondwettelijk geregeld. De vraag die vervolgens kan worden gesteld, is of aansprakelijkheid van de president daardoor is uitgesloten omdat andere opties denkbaar zijn, zoals de impeachmentprocedure. Door middel van de impeachmentprocedure kan de president uit zijn ambt worden ontheven indien hij schuldig wordt bevonden aan hoogverraad, omkoping of andere daarmee vergelijkbare zware misdrijven en misdragingen.⁶ Algemeen is aanvaard dat de impeachmentprocedure een politiek karakter heeft en dat de politieke misdragingen van de ambtsdrager daarin centraal staan. In de impeachmentprocedure wordt derhalve geen oordeel geveld over de aansprakelijkheid van de ambtsdrager voor de verrichte handelingen.

Aangezien de impeachmentprocedure eveneens geen soelaas biedt, dient zich de vervolgvraag aan of de jurisprudentie dan wellicht aanleiding geeft tot presidentiële immuniteit. In de jurisprudentie wordt voor de immuniteitskwesie een onderscheid gemaakt tussen betrokkenheid van de president bij een strafrechtelijke procedure en het initiëren van een strafrechtelijke vervolging tegen de president. Tot op heden is onduidelijk of strafrechtelijke vervolging van de president is toegelaten.⁷ Wel blijkt uit de jurisprudentie dat de president betrokken kan worden in een strafrechtelijke procedure.⁸ Ingevolge het oordeel van het Amerikaanse federale Hooggerechtshof in *Nixon v. Fitzgerald* (1982) geniet de president daarnaast nog absolute civielrechtelijke immuniteit voor handelingen in het kader van zijn ambt, aangeduid als *official acts*.⁹ Tot dusver bleek echter niet of de president immuniteit geniet tegen een statelijke strafrechtelijke dagvaarding aan een derde en waarin de dagvaarding wordt gevraagd om persoonlijke documenten van de president.

Op 9 juli 2020 beantwoordt het Hooggerechtshof deze rechtsvraag in het baanbrekende arrest *Trump v. Vance*.¹⁰ Hieronder ga ik ten eerste in op de achtergrond van deze kwesie en de procedure voorafgaand aan het oordeel van het Hooggerechtshof in *Vance* (§ 2). Daarna bespreek ik de arresten *United States v. Burr* (1807) en *United States v. Nixon* (1974) (§ 3). Deze arresten spelen een grote rol in het arrest *Vance*. Vervolgens ga ik in § 4 uitgebreid in op het arrest *Vance* van het Hooggerechtshof. Aansluitend lever ik in § 5 kritiek op het oordeel van het Hooggerechtshof. Ik sluit af met een conclusie (§ 6).

6 Art. II sectie 4 *United States Constitution*.

7 De meningen zijn verdeeld over strafrechtelijke vervolging van de president. Zie o.a.: Feldbaum 1974; Office of Legal Counsel 1973; Office of Legal Counsel 2000; Rotunda 1998.

8 Circuit Court of the United States for the District of Virginia 31 augustus 1807, *United States v. Burr*, 25 Fed. Cas. 30, No. 14692d; Supreme Court of the United States 24 juli 1974, *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683.

9 Supreme Court of the United States 24 juni 1982, *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731, p. 749.

10 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US __ (2020).

2. Van rechtbank tot Hooggerechtshof: de procedure en achtergrond van *Vance*

President Trump eist in de federale procedure dat de dagvaarding niet wordt uitgevoerd en beweert dat een president over absolute strafrechtelijke immuniteit beschikt tegen elke vorm van statelijk strafrechtelijk onderzoek of vervolging door de statelijke autoriteiten.¹¹ Hoewel de dagvaarding niet tot hem is gericht, beweert hij dat zijn ambt hem vrijwaart tegen deze uitoefening van statelijke strafrechtelijke bevoegdheden. Volgens Trump kunnen ook derden in het kader van een strafrechtelijk onderzoek niet worden verplicht privédocumenten van de president te overleggen. Deze immuniteit voor een zittende president baseert hij op artikel II en artikel VI (2) van de Amerikaanse Grondwet.

In artikel II van de Amerikaanse Grondwet worden de bevoegdheden en taken van de president uiteengezet. Daarnaast wordt de onafhankelijke positie van de president benadrukt ten opzichte van de andere staatsmachten. In het verleden stelde het Hooggerechtshof dat uit het grondwetsartikel ook voortvloeit dat de president als hoofd van de uitvoerende macht een unieke positie inneemt in het constitutionele staatsbestel.¹² De president meent vervolgens dat een statelijke strafrechtelijke procedure zijn bevoegdheden op grond van artikel II van de Amerikaanse Grondwet doorkruist en dat hij daardoor wordt belemmerd in de uitoefening van het presidentsambt. Tevens doet Trump een beroep op artikel VI (2) van de Amerikaanse Grondwet. Deze grondwetsbepaling wordt veelal aangeduid als de *Supremacy Clause*. De *Supremacy Clause* bewerkstelligt de voorrang van federaal recht boven het recht van de deelstaten. Trump roept deze bepaling in omdat volgens hem daaruit voortvloeit dat deelstaten een federaal ambt niet mogen weerhouden van de uitoefening van diens bevoegdheden. Hierbij speelt ook de onafhankelijkheid van de (federale) uitvoerende macht een rol. Deze onafhankelijkheid geldt eveneens ten opzichte van de deelstaten en is verder uitgekristalliseerd in de jurisprudentie.¹³

De vraag die voorts aan de *United States District Court for the Southern District of New York* (hierna: rechtbank) wordt voorgelegd is of een statelijke strafrechtelijke dagvaarding aan een derde voor privédocumenten van de president strijdig is met de bovengenoemde grondwetsbepalingen en of de president derhalve absolute strafrechtelijke immuniteit toekomt.¹⁴ De federale rechtbank deelt de ruime opvatting van Trump niet en oordeelt dat een zittende president geen absolute immuniteit geniet voor statelijke strafrechtelijke procedures. Op basis van de Amerikaanse Grondwet, de totstandkomingsgeschiedenis daarvan en de jurisprudentie van het Hooggerechtshof zet de rechtbank dat uitvoerig uiteen.¹⁵ De rechtbank wijst de zaak echter af omdat zij zich onbevoegd acht tot ingrijpen op grond van *Younger v. Harris*.¹⁶

¹¹ United States District Court for the Southern District of New York 7 oktober 2019, *Trump v. Vance*, 395 F. Supp. 3d 283, p. 2.

¹² Supreme Court of the United States 24 juni 1982, *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731, p. 749.

¹³ Zie: Supreme Court of the United States 6 maart 1819, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316; Supreme Court of the United States 24 februari 1914, *Farmers & Mechanics Savings Bank v. Minnesota*, 232 U.S. 516.

¹⁴ United States District Court for the Southern District of New York 7 oktober 2019, *Trump v. Vance*, 395 F. Supp. 3d 283.

¹⁵ United States District Court for the Southern District of New York 7 oktober 2019, *Trump v. Vance*, 395 F. Supp. 3d 283, p. 35-74.

¹⁶ Supreme Court of the United States 23 februari 1971, *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37, p. 43-54. Uit *Younger v. Harris* volgt een aantal criteria wanneer de federale rechter zich moet onthouden van een oordeel over een statelijke procedure. De rechtbank in *Trump v. Vance* oordeelt dat aan deze criteria is voldaan, zie: United States District Court for the Southern District of New York 7 oktober 2019, *Trump v. Vance*, 395 F. Supp. 3d 283, p. 13-35.

Het *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit* (hierna: hof) acht zich daarentegen wel bevoegd en gaat ook niet mee in de door president Trump voorgestelde ruime strafrechtelijke immuniteit. Het hof oordeelt dat een statelijke dagvaarding die gericht is tot derden om persoonlijke documenten aan te leveren van de president geen strijd oplevert met de presidentiële immuniteit.¹⁷ Het hof weigert in te gaan op de precieze omvang van de presidentiële immuniteit en eveneens niet op de situatie dat een zittende president wordt gedagvaard, vervolgd of gevraagd om documenten aan te leveren. De president stelt tegen het arrest beroep in bij het Hooggerechtshof hopende deze absolute immuniteit alsnog toegekend te krijgen.

3. Rechtspraak voor *Vance*: *Burr* en *US v. Nixon*

Het oordeel van het Hooggerechtshof in *Vance* is in hoge mate gebaseerd op twee arresten: *United States v. Burr* (1807) en *United States v. Nixon* (1974).¹⁸ In *Burr* stonden voormalig vicepresident Aaron Burr en president Jefferson lijnrecht tegenover elkaar. De onmin tussen beiden valt grotendeels te verklaren vanuit het feit dat ze beide presidentskandidaten waren en dat de spannende verkiezingsstrijd ten voordele van Jefferson werd beslecht in het Huis van Afgevaardigden. Een aantal jaren later smeedde Burr samen met generaal Wilkinson plannen om een aantal Westelijke staten af te splitsen van de VS en een confederatie te vormen. Nadat enkele geruchten hierover de ronde deden, stuurde Wilkinson president Jefferson enkele brieven waarbij hij Burr aanwees als degene die achter de plannen zat. Ten overstaan van het Congres benadrukte Jefferson vervolgens dat Burr zich schuldig had gemaakt aan hoogverraad. De gerechtelijke procedure die daarop volgde, werd door het Hooggerechtshof in *Vance* treffend omschreven als: “the greatest spectacle in the short history of the republic”, complete with a Founder-studded cast’.¹⁹

Voor de *Circuit Court of the United States for the District of Virginia* stond Burr terecht wegens hoogverraad. De beroemde *Supreme Court Chief Justice* Marshall trad op als *Circuit Judge*.²⁰ Burr meende dat hij met de brieven tussen Wilkinson en Jefferson zijn onschuld kon aantonen en verzocht deze in te brengen in de strafrechtelijke procedure. Daarmee diende zich de vraag aan of een president in het kader van een strafrechtelijke procedure een *subpoena duces tecum* kon ontvangen.²¹ Jefferson beantwoordde die vraag ontkennend. Hij beriep zich op de onafhankelijkheid van het presidentiële ambt, de machtscheiding en stelde dat de brieven mogelijk staatsgeheimen zouden bevatten. Marshall achtte deze redenering weinig overtuigend en oordeelde dat de documenten dienden te worden overhandigd. Immers, ‘a king is born to power and can ‘do no wrong’ [...] The President, by contrast, is ‘of the people’ and subject to the law’.²² De documenten werden vervolgens door Jefferson overhandigd waarbij hij wel benadrukte dat dit op vrijwillige basis was.

17 United States Court of Appeals for the Second Circuit 4 november 2019, *Trump v. Vance*, 941 F.3d 631, p. 17.

18 Circuit Court of the United States for the District of Virginia 31 augustus 1807, *United States v. Burr*, 25 Fed. Cas. 30, No. 14692d; Supreme Court of the United States 24 juli 1974, *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683.

19 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 5.

20 Destijds traden rechters van het Hooggerechtshof in het land af en toe op als *circuit judge*. Dit staat bekend als *circuit riding*. In 1911 is dit afgeschaft.

21 Hobson 2006, p. 5.

22 Zoals geciteerd in: Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 6.

Sindsdien hebben president niettemin voldaan aan de tot hen gerichte dagvaardingen, met uitzondering van president Nixon. In het kader van een gerechtelijke procedure van anderen over de Watergate-affaire werd Nixon aangewezen als *unindicted co-conspirator*. De *Special Prosecutor* Jaworski bracht daarbij een *subpoena duces tecum* uit aan de president. Hij wilde dat Nixon aan de rechtbank een aantal documenten overhandigde en tevens door de president gemaakte bandopnamen van bijeenkomsten in het *Oval Office*. De weigering tot het verstrekken van deze documenten en bandopnamen leidde tot de procedure die bekendstaat als *United States v. Nixon*.²³ Eenmaal aanbeland bij het Hooggerechtshof, stelde Nixon zich op het standpunt dat presidenten op basis van de Amerikaanse Grondwet recht hebben op absolute vertrouwelijkheid van hun gesprekken, documenten e.d., aangeduid als *executive privilege*. De president beriep zich daarbij op de machtscheiding en de zelfstandige positie van de uitvoerende macht daarbinnen. Het Hooggerechtshof maakte korte metten met deze redenering en oordeelde unaniem dat er een *executive privilege* bestaat, maar dat deze niet absoluut is. De machtscheiding is immers niet absoluut doordat in de Amerikaanse Grondwet *checks and balances* zijn opgenomen. Daarnaast verdraagt een absoluut *executive privilege* zich niet met het uitgangspunt van behoorlijke rechtspraak ('*fair administration of criminal justice*').²⁴ Tenzij de president een speciale noodzaak tot geheimhouding kon aanvoeren, diende hij de documenten en bandopnamen te overhandigen aan de rechtbank. Doordat de president zich slechts beriep op algemene noties van vertrouwelijkheid van presidentiële conversaties e.d. ontbrak deze speciale noodzaak en moesten de documenten worden overgeleverd aan de rechtbank. De president komt derhalve geen absoluut *executive privilege* toe.

4. Het arrest van het Hooggerechtshof in *Vance*

In *Vance* diende het Hooggerechtshof de rechtsvraag te beantwoorden of de president strafrechtelijke immuniteit toekomt ingeval een derde een statelijke strafrechtelijke dagvaarding ontvangt voor privédocumenten van de president. Het Hooggerechtshof in *Vance* bouwt daarvoor voort op *Burr* en *United States v. Nixon*. Hoewel het in deze voorgaande arresten gaat om tot de president gerichte federale dagvaardingen, oordeelt het Hooggerechtshof in *Vance* desondanks dat het voor de immuniteitskwestie de statelijke dagvaarding behandelt als het ware deze gericht is tot de president en betreft daarbij de federale jurisprudentie.²⁵ Trump acht het daarentegen cruciaal dat de dagvaarding afkomstig is van een deelstaat en beweert ook bij het Hooggerechtshof dat een zittende president absolute immuniteit geniet voor statelijke strafrechtelijke dagvaardingen. Indien aan de dagvaarding uitvoering wordt gegeven, levert dat volgens hem strijd op met artikel II en de *Supremacy Clause* van de Amerikaanse Grondwet. Zijn standpunt onderbouwt hij met drie inhoudelijke argumenten.

President Trump beweert allereerst dat statelijke dagvaardingen leiden tot verhindering van de uitoefening van het presidentsambt. Dit argument komt niet bepaald uit de lucht vallen. Het

23 Supreme Court of the United States 24 juli 1974, *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683.

24 Supreme Court of the United States 24 juli 1974, *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, p. 711-713.

25 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US __ (2020), p. 10.

Hoogerechtshof refereert aan de eerdere arresten *Nixon v. Fitzgerald* en *Clinton v. Jones*.²⁶ Zowel in *Fitzgerald* als in *Jones* beweren beide presidenten dat de ambtsuitoefening wordt bemoeilijkt door de federale dagvaardingen die zij hadden ontvangen. In *Fitzgerald* oordeelt het Hoogerechtshof dat de president absolute civielrechtelijke immuniteit krijgt toegekend voor handelingen verricht in functie.²⁷ De belemmering van uitoefening van het presidentsambt speelt hierbij geen rol. In *Jones* ontzegt het Hoogerechtshof president Clinton tijdelijke civielrechtelijke immuniteit voor privéhandelingen voorafgaand aan het presidentschap.²⁸ Wederom is de bemoeilijking van de ambtsuitoefening geen reden voor toekenning van immuniteit. In *Vance* oordeelt het Hoogerechtshof daarom als volgt: ‘Just as a ‘properly managed’ civil suit is generally ‘unlikely to occupy any substantial amount of a President’s time or attention, [...] two centuries of experience confirm that a properly tailored criminal subpoena will not normally hamper the performance of the President’s constitutional duties’.²⁹ Trump poogt hierna nog absolute immuniteit toegekend te krijgen door aan te geven dat een strafrechtelijke procedure een groter beroep doet op de president qua tijd en mentale belasting dan een civiele procedure, maar het Hoogerechtshof gaat ook hierin niet mee.³⁰

Als tweede voert Trump aan dat hij immuniteit geniet tegen statelijke strafrechtelijke dagvaardingen omdat daarvan een stigmatiserende werking uitgaat. Dit onderbouwt de president voorts door aan te geven dat zo’n dagvaarding zijn leiderschap zowel in de VS als in het buitenland ondermijnt.³¹ De stigmatiserende werking wordt echter volgens het Hoogerechtshof voorkomen door de geheimhoudingsregels die gelden met betrekking tot het delen van informatie.³² Het ongeoorloofd delen van informatie is in New York, de standplaats van *District Attorney Vance*, zelfs een misdrijf. Bovendien geeft het Hoogerechtshof aan dat een eventuele stigmatisering geen rol speelde bij de oordelen in *United States v. Nixon* en in *Jones*, waar het voor beide presidenten ging om ‘allegations of serious misconduct’.³³ Het Hoogerechtshof in *Vance* stelt derhalve het volgende over Trumps tweede argument: ‘there is nothing inherently stigmatizing about a President performing ‘the citizen’s normal duty of [...] furnishing information relevant’ to a criminal investigation’.³⁴

Als laatste noemt Trump dat het toelaten van statelijke strafrechtelijke dagvaardingen tot gevolg heeft dat de president in de toekomst wordt bedolven onder vele politiek gemotiveerde procedures. De uitdrukking die Trump hiervoor veelal bezigt, is *presidential harrasment*. Het Hoogerechtshof verwijst wederom naar het arrest *Jones*. Destijds achtte het Hoogerechtshof het al irreal dat de president bedolven zou worden onder politiek gemotiveerde procedures en wees het vergelijkbare argument af.³⁵ Rechtbanken zouden bovendien voldoende bij machte zijn hiermee rekening te houden en dan zaken versneld af kunnen doen. Trump benadrukt vervolgens nogmaals het verschil

26 Supreme Court of the United States 24 juni 1982, *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731; Supreme Court of the United States 27 mei 1997, *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681.

27 Supreme Court of the United States 24 juni 1982, *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731, p. 749.

28 Supreme Court of the United States 27 mei 1997, *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681, p. 692-710.

29 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 13.

30 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 13.

31 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 14.

32 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 14-15.

33 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 14.

34 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 14.

35 Supreme Court of the United States 27 mei 1997, *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681, p. 708.

met *Jones* door erop te wijzen dat het in *Vance* om een statelijke procedure gaat. Hij voert aan dat de deelstaten zich in vergelijking tot de federale overheid minder terughoudend opstellen uit eerbied voor de president en zijn bevoegdheden en dat daardoor de kans op *harassment* toeneemt. Hoewel het Hooggerechtshof het niet volledig uitsluit dat op deelstaatniveau strafrechtelijke procedures politiek gemotiveerd zijn, stelt het Hooggerechtshof dat het recht daartegen waarborgen bevat.³⁶ Deze waarborgen zijn onder andere het verbod om zogeheten *fishing expeditions* te ondernemen. Dit betekent dat er niet mag worden gezocht naar strafbare handelingen van een persoon met de bedoeling om diegene schade te berokkenen. Verder geeft het Hooggerechtshof aan dat de federale rechter kan ingrijpen indien een statelijke procedure de bevoegdhedenuitoefening van de president ondermijnt.³⁷ De deelstaat handelt dan immers in strijd met de in de Amerikaanse Grondwet neergelegde verhouding tussen de deelstaten en de ambten van het federale overheidsverband. Alle drie de argumenten van president Trump voor toekenning van absolute immuniteit worden door het Hooggerechtshof afgewezen. Daarna gaat het Hooggerechtshof in op de door de *Solicitor General* gepropageerde *heightened need standard*.³⁸ De *heightened need standard* houdt in dat statelijke dagvaardingen die gericht zijn tot de president aan bepaalde eisen moeten voldoen voordat zij worden uitgevaardigd. De gevraagde informatie dient derhalve noodzakelijk te zijn voor het uitbrengen van een dagvaarding. Tevens volgt uit deze verhoogde standaard dat een dagvaarding slechts kan worden uitgebracht als *ultimum remedium*. Het moet daarbij zijn uitgesloten dat de aanklager op een andere wijze de gevraagde informatie ter beschikking kan krijgen en dat wachten op de informatie tot het einde van de ambtstermijn van de president zeer onwenselijk is.³⁹ Evenals bij de immuniteitskwesitie betreft het Hooggerechtshof de federale jurisprudentie bij de beoordeling van de noodzaak tot een verhoogde standaard. Het Hooggerechtshof verwijst voorts naar de tweede Burr-procedure waarbij het niet gaat om hoogverraad maar om een *misdemeanor*.⁴⁰ In deze procedure oordeelde Marshall (als *Circuit Judge*) dat de president informatie kan achterhouden wegens *public safety*, vergelijkbaar met het later in de jurisprudentie erkende *executive privilege* van de president. De president geniet daardoor een bijzondere positie in een gerechtelijke procedure. Deze bijzondere positie geldt echter niet in *Vance*, aangezien het hier een dagvaarding voor privédocumenten van de president betreft. Dit komt tot uitdrukking in het volgende citaat van Burr in *Vance*: ‘If there be a paper in the possession of the executive, which is *not of an official nature*, he must stand, as respects that paper, in nearly the same situation with any other individual’.⁴¹ Bovendien is deze verhoogde standaard volgens het Hooggerechtshof niet noodzakelijk voor de ambtsuitoefening van de president in de zin van artikel II van de Amerikaanse Grondwet.⁴² Een statelijke dagvaarding leidt niet tot een ongerechtvaardigde lastenverzwaring voor de president zoals de *Solicitor General* betoogt. Verder is de statelijke dagvaarding niet bedoeld om opzettelijk schade toe te brengen aan de president en betreffen de gedagvaarde documenten privédocumenten.

36 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 16.

37 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 17.

38 De *Solicitor General* is werkzaam bij het ministerie van Justitie en stelt namens de federale overheid als *amicus curiae* deze verhoogde standaard voor.

39 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 17-18.

40 Circuit Court of the United States for the District of Virginia 15 september 1807, *United States v. Burr*, 25 Fed. Cas. 187. De *misdemeanor* betrof het aanzetten tot een oorlog met Spanje.

41 Zoals geciteerd in: Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 18.

42 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 18.

Een verhoogde standaard is daarom niet noodzakelijk en artikel II en de *Supremacy Clause* van de Amerikaanse Grondwet nopen daarbij niet tot een ander oordeel, aldus het Hooggerechtshof.⁴³ Als laatste geeft het Hooggerechtshof aan dat het belang van eerlijke en effectieve rechtshandhaving dient te prevaleren.⁴⁴ Hieruit vloeit voort dat er bij een strafrechtelijk onderzoek uitgebreide toegang moet zijn tot relevante informatie. Indien een statelijke dagvaarding gericht tot de president aan een verhoogde standaard dient te voldoen, blijft mogelijk belangrijke informatie liggen in het kader van dit onderzoek.

Evenals de absolute immuniteit voor de president wijst het Hooggerechtshof de *heightened need standard* af. Het Hooggerechtshof compenseert deze harde lijn door erop te wijzen dat de president als ieder ander de dagvaarding kan aanvechten.⁴⁵ Verder komt het Hooggerechtshof in *Vance* met de creatieve vondst van *subpoena-specific constitutional challenges*. Ingeval de president kan aantonen dat de dagvaarding de uitoefening van zijn constitutionele bevoegdheden verhindert, kan de federale rechter de dagvaarding vernietigen of zodanig veranderen dat de belemmering wordt weggenomen.⁴⁶ Dit geldt eveneens indien de president kan onderbouwen dat er een conflict bestaat tussen de rechterlijke procedure en zijn constitutionele bevoegdheden.⁴⁷ Deze uitweg van *subpoena-specific constitutional challenges* wordt uiteraard benut door Trump. Ondertussen zijn zowel bij de rechtbank als bij het hof de door Trump aangevoerde gronden afgewezen.⁴⁸ Wederom dient het Hooggerechtshof dus een oordeel te vellen over de openbaarmaking van Trumps financiële documenten. Aangezien Trump straks geen beroep meer kan doen op de bovengenoemde argumenten die zijn ontleend aan het presidentsambt, wordt het interessant hoe het Hooggerechtshof hierover oordeelt.

5. Kritiek op *Vance*

Hoewel *Vance* in hoge mate recht doet aan de adagia *no man is above the law* en *'the public has a right to every man's evidence'*, blijken deze echter niet consequent na te worden geleefd. Ook blijkt de beschrijving van de geschiedenis door het Hooggerechtshof niet altijd even accuraat. Het laatste valt terug te zien in de uitgebreide bespreking van *Burr* door het Hooggerechtshof in *Vance*. Des te meer is het opmerkelijk dat het Hooggerechtshof hierbij een essentieel element is vergeten. Uit *Burr* blijkt dat president Jefferson vrijwillig de documenten overhandigde. In *Vance* heeft het Hooggerechtshof dit vrijwillige aspect echter weggelaten, wellicht omdat het niet aansluit bij de redenering dat presidenten sindsdien hebben aanvaard dat zij kunnen worden gedagvaard.⁴⁹ Afgezien van de vergissing ten aanzien van *Burr*, verdienen mijns inziens de verdere overwegingen van het Hooggerechtshof over immuniteit niets anders dan lof. Het Hooggerechtshof zet

43 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 19.

44 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 19.

45 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 19.

46 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 20.

47 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 20.

48 United States District Court for the Southern District of New York 20 augustus 2020, *Trump v. Vance*, 19 Civ. 8694; United States Court of Appeals for the Second Circuit 7 oktober 2020, *Trump v. Vance*, Docket No. 20-2766.

49 *Article II – Presidential Immunity– State Criminal Investigation – Trump v. Vance* 2020, p. 438; Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 7.

overtuigend uiteen waarom de president geen absolute immuniteit geniet tegen statelijke strafrechtelijke dagvaardingen. Niettemin kan het oordeel over de *heightened need standard* wel worden aangescherpt. In *Vance* blijft onderbelicht dat de president om een verhoogde standaard vraagt voor privédocumenten en dat de meeste documenten hiervan dateren van voor zijn presidentschap. Het Hooggerechtshof had steviger kunnen beargumenteren dat geen aanspraak kan worden gemaakt op presidentiële privileges, zoals het *executive privilege*, met betrekking tot aan het presidentschap voorafgegangene zaken. De president profiteert anders van een verhoogde standaard voor privédocumenten welke hij niet had kunnen invoeren zonder het presidentsambt. In *Jones* zette het Hooggerechtshof dit beter uiteen. De unanieme en resolute afwijzing van tijdelijke immuniteit voor de zittende president Clinton vind ik weinig verschillen van het opwerpen van barrières voor dagvaarding van privédocumenten van de president voorafgaand zijn presidentschap. Feitelijk wordt met deze barrières alsnog een tijdelijke immuniteit gecreëerd.

De uitzondering van *subpoena-specific constitutional challenges* bewerkstelligt ook hetzelfde resultaat. Wat is immers het nut van uitvoerig uiteenzetten dat statelijke dagvaardingen geen inbreuk maken op de presidentiële bevoegdheden om vervolgens in de laatste overwegingen van *Vance* dit oordeel ernstig af te zwakken met de *subpoena-specific constitutional challenges*? In *Vance* was de dagvaarding nota bene niet eens tot de president gericht en besloot Trump zelf zich te begeven in een procedure tegen *District Attorney Vance*. Verder geniet de president weliswaar een bijzondere positie in het constitutionele staatsbestel maar ook dat rechtvaardigt mijns inziens deze exceptie nog niet. De president kan op dezelfde wijze als ieder ander de dagvaarding aanvechten. In *Vance* benoemt het Hooggerechtshof deze mogelijkheid ook expliciet: ‘a President may avail himself of the same protections available to every other citizen. These include the right to challenge the subpoena on any ground permitted by state law, which usually include bad faith, undue burden or breadth’.⁵⁰ Op basis van deze criteria heeft een politiek gemotiveerde procedure tegen de president weinig kans van slagen. Indien een dagvaarding niet strijdig is met voorgenoemde eisen, dan kan het tenslotte een weloverwogen gefundeerd onderzoek betreffen. De bewijsvergaring wordt dan belemmerd doordat de gedagvaarde persoon toevallig het presidentsambt bekleedt. Van belang hierbij is ook dat het in *Vance* gaat om een *subpoena duces tecum* en niet om het ten laste leggen van strafbare feiten of vervolging van de president. Tegen een aanklacht of vervolging van de president kunnen met recht de nodige constitutionele bezwaren worden geformuleerd.⁵¹ Het gaat daarentegen mijns inziens erg ver om te beargumenteren dat een dagvaarding voor documenten noodzaakt tot de uitzondering van *subpoena-specific constitutional challenges*. Van het adagium dat het Hooggerechtshof aanhaalt in de eerste zin van *Vance*; ‘the public has a right to every man’s evidence’, blijft derhalve weinig over.⁵²

50 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 19-20.

51 Het *Office of Legal Counsel* heeft in twee memoranda uitvoerig de bezwaren hertegen uiteengezet. Zie: *Office of Legal Counsel* 1973; *Office of Legal Counsel* 2000.

52 Supreme Court of the United States 9 juli 2020, *Trump v. Vance*, 591 US _ (2020), p. 1.

6. Conclusie

In *Vance* wordt eindelijk een licht gescheden op de omvang van de presidentiële immuniteit. Hoewel in *Vance* niet wordt ingegaan op de toelaatbaarheid van strafrechtelijke vervolging van de president, blijkt uit het arrest wel dat er goede redenen dienen te bestaan voor toekenning van absolute immuniteit. Voordat het Hoogerechtshof ingaat op de immuniteit tegen statelijke dagvaardingen zet het eerst de arresten *Burr* en *United States v. Nixon* uiteen. Uit deze arresten blijkt dat vrijwel alle presidenten hebben aanvaard dat zij een federale *subpoena duces tecum* kunnen ontvangen en daaraan hebben voldaan. Het adagium ‘*no man is above the law*’ geldt daarmee ook voor de president en staat daardoor nog fier overeind na deze arresten. In *Vance* zet het Hoogerechtshof deze lijn voort. Trumps voornaamste argument, dat de uitoefening van het presidentsambt wordt verstoord door een statelijke dagvaarding, is voor het Hoogerechtshof geen reden tot toekenning van absolute immuniteit tegen statelijke strafrechtelijke dagvaardingen. De stigmatiserende werking van een statelijke dagvaarding en het gevaar van *presidential harassment* vormen daartoe voor het Hoogerechtshof eveneens geen valide redenen. Het Hoogerechtshof toont zich ook geen voorstander van een *heightened need standard* voor statelijke dagvaardingen gericht tot de president. Dreigt voor de president dan toch een ‘lock ‘him’up-scenario’ in het uiterste geval? Hoewel het Hoogerechtshof de absolute immuniteit en de verhoogde standaard terecht afwijst, stelt het Hoogerechtshof dat de president *subpoena-specific constitutional challenges* kan aanvoeren voor de rechter. Mijns inziens is het merkwaardig dat de president deze kan stellen, aangezien een *subpoena duces tecum* geen vergaand middel betreft. Daarnaast blijft het bijzonder dat Trump beweert dat zijn ambtsuitoefening wordt verhinderd door een strafrechtelijke procedure tegen zijn accountantskantoor. Trumps eigen afweging om zich te begeven in een procedure tegen *District Attorney Vance* speelt voor het Hoogerechtshof klaarblijkelijk geen rol bij het creëren van de exceptie van *subpoena-specific constitutional challenges*.

Inmiddels heeft de president al bij de lagere rechters *subpoena-specific constitutional challenges* aangevoerd, maar daarmee geen successen behaald. Het is afwachten hoe het Hoogerechtshof zal oordelen over de door president Trump aangevoerde *subpoena-specific constitutional challenges*. Gelet op de uitspraken van de lagere rechters is de kans niet heel groot dat de financiële documenten van Trump langer in mist gehuld blijven. Bovendien is het lastig vol te houden dat openbaarmaking van financiële documenten de ambtsuitoefening verhindert nu president Trump geen tweede termijn tegemoet gaat. Een ‘lock ‘him’up-scenario’ ligt voorsnog niet in het verschieft voor de president; de openbaarmaking van zijn financiële privédocumenten waarschijnlijk wel.

Literatuur

Article II – Presidential Immunity 2020 - State Criminal Investigation - Trump v. Vance 2020

Article II – Presidential Immunity - State Criminal Investigation - Trump v. Vance (Harvard Law Review (134) 2020), p. 430-439

Buettner, Craig & McIntire 2020

R. Buettner, S. Craig & M. McIntire, 'Long-concealed records show Trump's chronic losses and years of tax avoidance', *New York Times* 27 september 2020

Feldbaum e.a. 1974

C.B. Feldbaum e.a., 'Staff Memorandum to Special Prosecutor Leon Jaworski concerning the indictment of President Nixon (Feb. 12, 1974)', *Hofstra Law Review* (22) 1999, p. 728-749

Hobson 2006

C.F. Hobson, *The Aaron Burr Treason Trial*, Washington D.C.: Federal Judicial Center 2006

Kinkoff 2020

N. Kinkoff, 'Symposium: *Vance, Mazars, Deutsche Bank*: Is the president above the law after all?', www.scotusblog.com 11 maart 2020

Office of Legal Counsel 1973

Office of Legal Counsel, *Amenability of the President, Vice President and other Civil Officers to Federal Criminal Prosecution while in Office*, 1973, www.justice.gov

Office of Legal Counsel 2000

Office of Legal Counsel, *A Sitting President's Amenability to Indictment and Criminal Prosecution*, 2000, www.fas.org

Rotunda 1998

R.D. Rotunda, *Indictability of the President* (Legal Opinion for the Office of the Independent Counsel), 1998, www.lawfareblog.com