

Esther Wolthuis – E. Wolthuis LL.M is juridisch medewerker bij Pellicaan Advocaten te Amsterdam en redactiesecretaris van dit blad.

Promotie Bahija Aarrass: mensenrechtennormen als grond voor toelating en verblijf

Binding en bodem van grondrechten binnen en buiten de migratiecontext

Op grond van het verbod op foltering en het recht op gezinsleven worden verblijfsrechten toegekend. Kunnen deze rechten ook uit andere grondrechten voortvloeien? Bahija Aarrass onderzocht het en promoveerde 15 juni jl. op het onderzoek. Volgens haar kan dat inderdaad het geval zijn. Ze bepleit meer consistentie tussen het gebruik van grondrechten binnen een staat en het gebruik in een migratiecontext.

Aarrass onderzocht of en zo ja in welke gevallen er een recht op toelating en verblijf kan voortvloeien uit grondrechten die zijn geformuleerd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de mens. Om deze vraag te beantwoorden nam de promovenda jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in migratiezaken onder de loep. Zij destilleerde daaruit een *bindings-* en een *bodembenadering*.

De bindingsbenadering wordt gebruikt in zaken waarin de uitoefening van het recht verblijf in het gastland vereist. Er kan sprake zijn van locatiegebonden binding,

bijvoorbeeld wanneer een overleden familielid begraven is in het land van ontvangst, of van binding met een gemeenschap. Het uitgangspunt voor de bindingsbenadering is de uitspraak van het EHRM in *Abdulaziz*, waarin het Hof voor het eerst oordeelde dat het recht op respect voor het gezinsleven grensoverschrijdende implicaties kan hebben.¹

1 EHRM 28 mei 1985, 9214/80, 9473/81 en 9474/81 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*).



Godsdienstvrijheid kan in het geding komen als iemand niet wordt toegelaten voor een pelgrimage.

Het EHRM volgt volgens Aarrass de bodembenadering in zaken waarin het betreffende grondrecht in het land van herkomst zodanig geschonden dreigt te worden dat terugzending ongeoorloofd is. In feite houdt de bodembenadering dus in dat uit de schending van de kern van een bepaald mensenrecht een refoulementverbod kan voortvloeien. Aan de hand van deze twee benaderingen onderzocht Aarrass of de uitspraken van het EHRM in migratiezaken consistent zijn met uitspraken in interne, niet-migratie gerelateerde zaken.

Binding

De onderzochte mensenrechtenbepalingen heeft Aarrass onderverdeeld in vier categorieën: klassieke vrijheidsrechten, waaronder het recht op respect voor privéleven, vrijheid van godsdienst en vrijheid van meningsuiting en vergadering; procedurele rechten, zoals het recht op een eerlijk proces en het recht op vrijheid en veiligheid; sociaaleconomische rechten, bijvoorbeeld het recht op onderwijs en het recht op eigendom; en ten slotte het gelijkheidsbeginsel. Aarrass onderzocht wat de bindings- en bodemaspecten van deze rechten zijn, en analyseerde de rechtspraak van het EHRM in het licht daarvan. Dat stelde haar in staat te onderzoeken in hoeverre deze grondrechten op gelijke wijze worden uitgelegd in migratie- en asielzaken, als in interne zaken. Het proefschrift bevat zeer gedetailleerde analyses en conclusies per behandeld grondrecht, waarvoor Aarrass tijdens de promotieplechtigheid meermaals werd geprezen. Indien in een migratiezaak een bepaald grondrecht mogelijk in het geding is, zouden betrokkenen bij die zaak de conclusies over dat specifieke recht door kunnen nemen. In vogelvlucht trekt Aarrass de volgende conclusies. Klassieke vrijheidsrechten omvatten belangrijke bindingssnormen die kunnen vereisen dat uitoefening van het recht op een bepaalde locatie of in gemeenschappelijk verband plaatsvindt, zoals bij de toelating van religieus bedienaren. Maar aan de bescherming door het vrijheidsrecht in toelatings- en uitzettingszaken worden soms strengere

voorwaarden gesteld. Ten eerste dient vastgesteld te worden of een grensoverschrijdende binding bescherming geniet onder het betreffende grondrecht. Ten tweede speelt de immigratieclausule een rol, die inhoudt dat een staat meer ruimte krijgt bij het beperken van grondrechten bij immigratieregulering. Ten derde is relevant of het gaat om een toelatings- of uitzettingsmaatregel en ten slotte wordt rekening gehouden met de mate waarin de uitoefening van het grondrecht op andere manieren mogelijk is.

Sociaaleconomische rechten kunnen in migratiezaken een beroep op andere grondrechten versterken.

In migratiezaken is bescherming van het recht op respect voor privéleven al sterk ontwikkeld.² Uitzetting kan een inmening betekenen in het privéleven van de vreemdeling en wordt daarom onderworpen aan een toetsing waarin de mate van binding wordt meegewogen, zoals bij de uitzetting van tweede generatie migranten. De keerzijde van deze bindingsbenadering is dat het recht op respect voor privéleven niet in het geding is als het om eerste toelating gaat, omdat er dan immers nog geen binding is met het land van ontvangst. Onrechtmatig verblijf daarentegen valt wel onder de bescherming van het recht op respect voor privéleven. De vrijheid van meningsuiting en godsdienstvrijheid omvatten beide bindingsaspecten, omdat uitoefening van deze rechten kan samenhangen met een locatie of gemeenschap. Godsdienstvrijheid kan bijvoorbeeld in het geding komen als iemand niet wordt toegelaten voor een pelgrimage, waardoor niet op voorhand kan worden uitgesloten dat toelating is vereist voor de bescherming van dit recht. Het recht

2 Zie voor een uitgebreide analyse van recente rechtspraak van het EHRM en de ABRvS over dit grondrecht het artikel van Aarrass in *A&MR* 2021-4, 'Binding met de Nederlandse bodem. Rechterlijke toetsing aan het recht op respect voor privéleven in migratiezaken'.

op vrijheid van meningsuiting leidt in beginsel juist niet tot toelatingsaanspraken, omdat uitoefening van dat recht goed mogelijk is zonder fysieke toelating. Vaker zijn deze vrijheidsrechten echter in het geding vanwege hun gemeenschappelijke dimensie: in het kader van het bedienen van een bepaalde religieuze gemeenschap, of het kunnen uitdragen van een mening aan een bepaalde groep toehoorders. Godsdienstvrijheid en vrijheid van meningsuiting kunnen dan worden beperkt door uitzetting van de betreffende vreemdeling, hoewel de overheid met de maatregel volgens het EHRM dan wel het *oogmerk* moet hebben om die specifieke vrijheid in te perken. Aarrass ziet dit als problematisch, onder meer omdat hetzelfde voorbehoud niet wordt gemaakt bij het toetsen van een uitzettingsmaatregel aan het recht op respect voor gezinsleven.

Bij procedurele rechten zijn bindingsnormen in beginsel van geringe betekenis voor toelatings- en verblijfsaanspraken, en sociaaleconomische rechten worden in migratiezaken eigenlijk enkel in samenhang met het gelijkheidsbeginsel relevant.

Flagrante schending van klassieke vrijheidsrechten kan een refoulementverbod opleveren.

Bodem

Met betrekking tot bodemnormen constateert Aarrass dat het EHRM een hiërarchie hanteert in bepalingen ten aanzien van de mogelijkheid dat die normen tot een refoulementverbod zouden kunnen leiden. Artikelen 2 en 3 EVRM omvatten een inherent refoulementverbod. Wat betreft procedurele rechten staat niet meer ter discussie dat een flagrante schending daarvan tot een refoulementverbod kan leiden. Een gewone schending is daarvoor echter niet voldoende. De schending van klassieke vrijheidsrechten moet ook flagrant zijn om tot een refoulementverbod te leiden. Voorts concludeert Aarrass dat schending van klassieke vrijheidsrechten ook flagrant moet zijn om tot een refoulementverbod te kunnen leiden. Dit is in ieder geval niet uitgesloten met betrekking tot het recht op privéleven en het recht op vrijheid van godsdienst. Ten aanzien van deze rechten wordt het criterium van de 'flagrante schending' echter nog indringender getoetst dan bij procedurele rechten: volgens Aarrass zal dan meestal ook de drempel van artikel 3 EVRM moeten worden gehaald. Andere rechten kunnen volgens het EHRM geen schending van het refoulementverbod opleveren. Niettemin concludeert

Aarrass dat sociaaleconomische rechten een beroep op andere mensenrechtennormen kunnen versterken, bijvoorbeeld in samenhang met het recht op persoonlijke geestelijke en fysieke integriteit en het gelijkheidsbeginsel. Volgens Aarrass is bijvoorbeeld het succesvol inroepen van het refoulementverbod niet uitgesloten als het gaat om het volledig ontnemen van primair onderwijs aan kinderen waar die faciliteiten doorgaans wel bestaan, zeker als er een discriminatoire reden aan ten grondslag ligt, of als het samen gaat met beperkingen van andere grondrechten.

Als A, dan B

Tijdens de verdediging werd het onderzoek van Aarrass in een actuele maatschappelijke discussie getrokken. Zou het EHRM niet te ver gaan als het in migratiezaken normen toepast die daar origineel niet voor waren bedoeld? Worden daarmee niet de grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter overschreden? Aarrass verzuchtte dat zij tijdens haar onderzoek steeds hoorde: deze benadering gaat veel te ver, óf het gaat niet ver genoeg. De promovenda betoogde dat het daar niet om gaat. Volgens haar is het een kwestie van 'wie A zegt, moet ook B zeggen'. Als de normen in de interne context op deze manier worden uitgelegd, dan zou dezelfde uitleg in beginsel van toepassing moeten zijn in migratiezaken.

Hoe kan het dan dat mensenrechtennormen minder ver zijn ontwikkeld in de migratiecontext dan in de interne context? In een interview op NPO Radio 1 beschreef Aarrass een viciuze cirkel.³ Het EHRM doet weinig met deze grondrechten in migratiezaken, nationale rechters volgen die lijn, waardoor de grondrechten weinig worden aangevoerd – waardoor argumenten hierover niet bij het EHRM belanden. Met haar proefschrift geeft Aarrass de rechtspraktijk handvatten om deze cirkel te doorbreken. ◀

Mensenrechten en Migratierecht. Mensenrechtennormen als grond voor toelating en verblijf, Boom juridisch, Den Haag, 2021, ISBN 9789462909519, 674 p.

Promotoren: Hemme Battjes, Ben Vermeulen; promotiecommissie: Thomas Spijkerboer, Janneke Gerards, Eva Brems, Rick Lawson, Ashley Terlouw en Karin de Vries.

³ NPO Radio 1, *Spraakmakers*, 'Wil Eikelboom en Bahija Aarrass over mensenrechten bij migratiezaken', 17 juni 2021, <https://bit.ly/3nuhp6j>.

VU LAW
ACADEMY

Meer informatie en
inschrijven: vulaw.nl

CURSUS Actualiteiten vluchtelingenrecht 2 december 2021

Aan de hand van actuele casussen bespreken we vanuit verschillende invalshoeken wat er nu speelt in het vluchtelingenrecht. Ook behandelen we nieuwe ontwikkelingen in jurisprudentie en rechtspraak.

DOCENTEN: prof.mr. Hemme Battjes, mr.dr. Marcelle Reneman,
mr. dr. Lieneke Slingenberg, prof.mr. Thomas Spijkerboer.