

*Verslag promotie Eva Hilbrink over patronen
in de jurisprudentie van de Europese hoven*

‘EHRM-rechters begrijpen hun eigen jurisprudentie niet’

Zouden Straatsburgse rechters zelf niet begrijpen hoe hun jurisprudentie over schending van artikel 8 EVRM in migratiezaken werkt?

Dat was de belangrijkste vraag toen Eva Hilbrink op vrijdag 27 oktober jl. haar proefschrift *Adjudicating the Public Interest in Immigration Law* verdedigde.

Eva Hilbrinks dissertatie heeft als ondertitel *A systematic content analysis of Strasbourg and Luxembourg case law on legal restrictions to immigration and free movement*. Toekomstige onderzoekers van EHRM-jurisprudentie kunnen niet meer om een systematische inhoudsanalyse ‘à la Hilbrink’ heen, aldus promotor Hemme Battjes in zijn laudatio. Haar nauwgezette analyse van de EHRM- en HvJ EU-jurisprudentie over de toetsing van nationale immigratiecriteria, levert ook nogal wat op. Het toont een verschil in benadering van beide hoven die van belang is voor de nationale rechtspraak. De Straatsburgse en Luxemburgse toetsing van de omstandigheden van het geval blijken bepaald niet onderling inwisselbaar.

‘Are judges fooling themselves?’

De EHRM-jurisprudentie wordt vaak als onvoorspelbaar en inconsistent gekenschetst. Een van de interessantste conclusies van Hilbrink is dat er juist een eenduidig patroon in te onderscheiden is. Dit patroon maakte zij zichtbaar door de analyse van 151 zaken, verwerkt tot een beslissingsschema. Zo blijkt dat het belang van verdragsstaten bij de beheersing van migratie stelselmatig voorrang krijgt boven de individuele belangen van vreemdelingen.

Iedereen kent de overwegingen van het EHRM dat ‘Contracting States have the right as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens.’ Het EHRM is altijd expliciet geweest over het belang dat een staat een effectief migratiebeleid moet kunnen voeren, en dat staten hierin een aanzienlijke beoordelingsvrijheid hebben. In artikel 8 EVRM-zaken waarin de vraag speelt of de weigering tot toelating of uitzetting het recht op gezins- of privéleven schendt, overweegt het EHRM standaard dat het

beoordeelt of er in het concrete geval een eerlijke belangenafweging heeft plaatsgevonden. Uit de analyse van Hilbrink blijkt dat in meer dan de helft van de onderzochte zaken de uitkomst niet bepaald wordt door het gewicht van de betrokken belangen. In die zaken laat het EHRM het algemeen belang alleen maar niet voorgaan, als de verdragsstaat zich niet aan zijn eigen regels heeft gehouden, of als het individu dat niet voldoet aan het nationale criterium daarvoor niet verantwoordelijk kan worden gehouden.

Dat het EHRM als onvoorspelbaar en inconsistent wordt gezien komt volgens Hilbrink doordat het Hof steeds zegt het algemeen belang af te wegen tegen de individuele belangen, maar in feite in een groot deel van de zaken het algemeen belang alleen noemt als factor, zonder er een gewicht aan toe te kennen (p.175 van het proefschrift).

De conclusie van Hilbrink dat er een patroon is ook al zegt iedereen van niet, leidde tot het nodige vuurwerk tijdens de verdediging. Opponent Alexander Aleinikoff, hoogleraar aan het Zolberg Institute of Migration and Mobility in New York, vroeg de promovenda of EHRM-rechters zich daadwerkelijk niet bewust zijn van het patroon in hun uitspraken. ‘Are judges fooling themselves?’ En opponent Marie Bénédicte Dembour, hoogleraar aan de universiteit van Brighton, wilde weten hoe de vele ‘dissenting opinions’ van rechters bij artikel 8 EVRM-uitspraken zich verhouden tot het beslisschema.

Volgens Hilbrink is het niet daadwerkelijk afwegen van belangen geen bewuste handelwijze. Het probleem is dat in een groot aantal artikel 8 EVRM-zaken het technisch onmogelijk is om het gewicht van het algemeen belang te bepalen. Dit is het geval bij procedurele voorschriften en criteria die de personele reikwijdte betreffen. Zo kun je niet stellen dat een identiteitsfraudeur een grotere of een kleinere bedreiging voor het algemeen belang is dan iemand die niet over een mvv beschikt. En iemand die geen duurzame relatie heeft; wat zijn



'De rechters denken belangen af te wegen maar zien niet in dat het vaak onmogelijk is om een inhoudelijke uitspraak te doen over het gewicht van het algemeen belang.' Eigen foto.

de bezwaren tegen het toestaan van verblijf aan juist *deze* persoon? Het belang bij handhaving van dit type voorschriften is in alle gevallen even zwaar. Dus als het EHRM de ernst van identiteitsfraude benoemt, lijkt het alsof het daarmee een bepaald gewicht toekent aan het algemeen belang bij verblijfsweigering, maar in deze zaken *kunnen* geen belangen worden gewogen. De rechters *are fooling themselves* doordat ze denken belangen af te wegen maar niet inzien dat het vaak onmogelijk is om een inhoudelijke uitspraak te doen over het gewicht van het algemeen belang.

In zaken waarin geen belangenafweging plaatsvindt kan een migrant alleen zijn zaak succesvol bepleiten met een goed excuus voor niet-naleving van de migratieregels, of door te laten zien dat de staat zich niet aan zijn eigen regels heeft gehouden. Als dat lukt, kan het EHRM tot een schending concluderen zonder de nationale regels als zodanig, of de manier waarop in de nationale context de belangen zijn afgewogen, ter discussie te hoeven stellen. Doordat het Hof in die zaken toch aandacht besteedt aan bijvoorbeeld de ernst van de gedragingen en de individuele belangen, lijkt het alsof deze aspecten beslissend zijn voor de uitkomst van de zaak.

Volgens Hilbrink laten de *dissenting opinions* zien hoe de Straatsburgse handelwijze verhuult wat in een groot deel van de artikel 8 EVRM-zaken de doorslag geeft. Het Hof wekt altijd de indruk belangen af te wegen, ook in zaken waarin het schema van Hilbrink de uitkomst bepaalt. In zaken waarin het EHRM op grond van het schema niet tot een schending komt, lijkt het alsof het individueel belang gewoon niet zwaar genoeg was, en wijzen *dissenters* op zaken waarin het Hof op grond van vergelijkbare individuele belangen wel een schending aannam. En in zaken waarin het EHRM op grond van het schema wel een schending constateert, is niet duidelijk dat dit samenhangt met een inconsistente regeltoepassing of een goed excuus voor het overtreden van de regels, en wijzen *dissenters* op zaken waarin vergelijkbare overtredingen wel tot een schending hebben geleid.

Speciaal voor immigratie?

In analyses van jurisprudentie over migratie en artikel 8 EVRM, en de aanwezige 'margin of appreciation' voor ver-

dragsstaten, wordt de EHRM-toetsing tot dusver verklaard aan de hand van het onderscheid tussen uitzetting en toelating van vreemdelingen of het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen. Hilbrink ziet een ander onderscheid, namelijk tussen zaken met en zonder immigratie-specifieke aspecten. Immigratie-specifieke aspecten zijn aspecten die enkel in de context van migratie kunnen bepalen of een staat iemand fysiek uit de samenleving mag verwijderen. Voorbeelden daarvan: ontbreken van voldoende inkomen, ontbreken van een duurzame relatie. En bijvoorbeeld de zwaarte en de ernst van strafbare feiten zijn niet immigratie-specifiek. Als er immigratie-specifieke aspecten zijn, oordeelt het EHRM anders – namelijk volgens het schema – dan wanneer een zaak geen immigratie-specifieke aspecten bevat. Volgens Hilbrink spelen bij openbare orde-zaken immigratie-specifieke aspecten alleen een rol als bijvoorbeeld de delicten zijn gepleegd terwijl de betrokkene een onzekere verblijfsstatus had.

Volgens opponent Pieter Boeles, emeritus hoogleraar aan de Universiteit Leiden, maakt Hilbrink niet duidelijk welke elementen in openbare orde-zaken nu wel en welke niet immigratie-specifiek zijn. Hij wees erop dat uitzetting als reactie op een strafrechtelijk vergrijp alleen maar op vreemdelingen wordt toegepast, nooit op eigen onderdanen. Daarom moet het bij uitstek als immigratie-specifiek worden aangemerkt. De legitimiteit van deze extra sanctie, die alleen op migranten wordt toegepast, is nooit door het Hof ter discussie gesteld.

Volgens Hilbrink merkt zij in haar onderzoek de uitzettingsmaatregel aan als immigratie-specifiek. Of uitzetting het aangewezen middel is om betrokkene fysiek uit de maatschappij te verwijderen, wordt in openbare orde-zaken dan ook niet beoordeeld. Het feit dat er delicten zijn gepleegd, de reden voor uitzetting, is daarentegen niet immigratie-specifiek. In openbare orde-zaken die geen overige migratie-specifieke aspecten bevatten, toetst het Hof volgens Hilbrink voller dan wanneer er immigratie-specifieke redenen voor uitzetting aan de orde zijn.

Appels en peren

Door alle prikkelende gedachten over de Straatsburgse jurisprudentie zou je haast vergeten dat het proefschrift van Hilbrink tevens het Unierecht bestrijkt. Ze laat zien dat het Hof van Justitie wél heel systematisch de omstandigheden van het geval toetst. 'Maar is dat wel zo bijzonder', vroeg opponent Janneke Gerards, hoogleraar aan de Universiteit Utrecht. De rechtsorde waarin het EHRM functioneert is immers fundamenteel anders die van het HvJ EU. Daarom is de jurisprudentie van het Hof van Justitie onmogelijk te vergelijken met de jurisprudentie van het EHRM, waarin geen systematische toets plaatsvindt, zo meent Gerards. Er is sprake van totaal verschillende perspectieven op grond van het institutionele kader en de procedurele setting. Ook de teksten die het HvJ EU moet uitleggen, zijn vele malen duidelijker dan het algemeen geformuleerde EVRM.

Volgens Hilbrink blijkt uit haar analyse wél besef van de verschillen tussen de twee rechtsordes. Haar vergelijking had niet als doel aan te tonen dat de ene werkwijze beter is dan de andere, maar veeleer om nationale rechters die bij de uitleg of toetsing van nationaal recht te maken hebben met beide rechtsordes, te voorzien van inzicht in de toetsingsmechanismen van de twee hoven.