

Samenvatting Conclusie AG in de zaak over de IS-uitreizigers (19/05666)

In hoofdstuk 1 van de conclusie wordt de zaak ingeleid en een leeswijzer aangereikt.

Eiseressen zijn vanuit Nederland uitgereisd naar Syrië en/of Irak, waar de Islamitische Staat (IS) destijds de feitelijke macht had. Hun kinderen zijn deels met hen mee uitgereisd, deels in Syrië of Irak geboren. Sinds de val van het door IS uitgeroepen kalifaat worden zij – de meesten van hen tezamen met hun kinderen – vastgehouden in kampen in Noord-Syrië, onder het gezag van niet door Nederland erkende Syrisch-Koerdische autoriteiten. Vast staat dat de omstandigheden in de kampen erbarmelijk en gevaarlijk zijn.

Eiseressen hebben in dit kort geding gevorderd dat de Nederlandse Staat hen en hun kinderen repatriëert (dus naar Nederland overbrengt), althans zich daarvoor zoveel mogelijk inspant. Daarvoor hebben zij zich zowel beroepen op mensenrechtenverdragen als op de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW).

Zowel de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag als in hoger beroep het gerechtshof Den Haag heeft het beroep van Eiseressen op de mensenrechtenverdragen ongegrond geoordeeld omdat Eiseressen zich niet binnen de rechtsmacht van de Staat bevinden (in de zin van die verdragen).

In cassatie (dat wil zeggen in de procedure ten overstaan van de Hoge Raad) betogen Eiseressen opnieuw dat aan het vereiste van rechtsmacht wel is voldaan. Volgens de AG doen zij dit ten onrechte. Voor het aannemen van rechtsmacht van de Staat in de context van Eiseressen en hun kinderen, die zich zoals gezegd in Noord-Syrië bevinden en dus buiten het grondgebied van de Staat, bestaan onvoldoende aanknopingspunten. Weliswaar is het zogenaamde territorialiteitsbeginsel niet zonder uitzonderingen, maar naar de huidige stand van het recht is geen van die uitzonderingen van toepassing. De AG houdt rekening met de mogelijkheid van een uitbreiding (van het bereik) van deze uitzonderingen in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), maar zo'n uitbreiding zal dan toegespitst zijn op de individuele omstandigheden van een geval. Eiseressen hebben hun vorderingen evenwel niet toegesneden op zulke individuele omstandigheden.

Zowel volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank als volgens het gerechtshof hebben Eiseressen en in het bijzonder ook de kinderen een zwaarwegend belang bij hun terugkeer naar Nederland, spelen daarbij ook mensenrechten een rol en moet dit belang bij de toetsing van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW worden afgewogen tegen andere, door de Staat ingeroepen belangen. Die door de Staat ingeroepen belangen zien in het bijzonder op de nationale veiligheid, op veiligheidsrisico's in Noord-Syrië indien tot repatriëring zou worden overgegaan en de complexe politieke, diplomatieke en militaire verhoudingen in Syrië.

De voorzieningenrechter van de rechtbank en het gerechtshof zijn tot verschillende uitkomsten gekomen. De voorzieningenrechter heeft de Staat bevolen om zich in te spannen (en niet meer dan dat) voor repatriëring van de kinderen. Voor repatriëring van *Eiseressen zelf* moet de Staat zich volgens de voorzieningenrechter (slechts) inspannen voor zover dit nodig is om de kinderen te kunnen repatriëren. Het gerechtshof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en alsnog alle vorderingen van Eiseressen afgewezen. Het gerechtshof heeft tot uitgangspunt genomen dat de rechter de handelwijze van de Staat terughoudend dient te toetsen in verband met de beleidsvrijheid van de Staat op het terrein van (nationale) veiligheid en buitenlands beleid. Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat niet kan worden gezegd dat de Staat in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot zijn weigering om Eiseressen te repatriëren, hoe zwaarwegend de belangen van Eiseressen en hun kinderen ook zijn.

In cassatie klagen Eiseressen over het uitgangspunt van het hof dat de handelwijze van de Staat alleen terughoudend kan worden getoetst. Ook klagen zij over de juistheid en begrijpelijkheid van de door het hof gemaakte afweging van de belangen van Eiseressen en de Staat. De Staat van zijn kant richt in voorwaardelijk incidenteel beroep ook klachten tegen het arrest van het gerechtshof. Volgens die klachten is het hof juist niet terughoudend genoeg geweest en heeft het hof bij de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW ten onrechte indirecte werking toegekend aan mensenrechtenverdragen die bij gebreke van rechtsmacht niet van toepassing zijn.

De AG meent dat het cassatieberoep van Eiseressen moet worden verworpen en dat dus het arrest van het gerechtshof in stand kan blijven. Een belangrijke aantekening bij deze conclusie is dat zij vooral berust op de wijze waarop Eiseressen hun vorderingen hebben vormgegeven en onderbouwd. Volgens de AG bestaan er véle aanknopingspunten voor een opvatting volgens welke de vraag of het bevorderen van repatriëring voor de Staat plicht is, *per geval* behoort te worden beoordeeld. Vooral voor de repatriëring van de kinderen pleit veel. De foute keuzes van hun ouders kunnen aan deze kinderen niet worden tegengeworpen. Ook voor sommige van de moeders kan gelden dat hun weinig valt te verwijten, bijvoorbeeld omdat zij als jongvolwassenen niet werkelijk de keuze hadden om te weigeren hun man of partner op diens reis naar het kalifaat van IS te vergezellen. Eiseressen hebben er echter voor gekozen om in dit geding *niet* de individuele gevallen van hen en hun kinderen centraal te stellen; in plaats daarvan hebben zij zich op het standpunt gesteld dat de Staat hen *als groep* behoort te repatriëren. Ook strekken hun vorderingen uitsluitend tot het repatriëren van de vrouwen en de kinderen tezamen, en uitdrukkelijk niet tot het repatriëren van de kinderen alleen. Daarmee staat in dit geding alleen de rechtmatigheid van het door de Staat gevoerde repatriëringsbeleid ter beoordeling, dus in algemene zin, los van de toepassing van dat beleid op individuele gevallen. Mede gelet op de beleids- en beoordelingsruimte die op het terrein van buitenlands beleid aan de overheid toekomt, kan niet worden gezegd dat het beleid van de Staat jegens Eiseressen onrechtmatig is. De vorderingen van Eiseressen zijn dus terecht door het gerechtshof afgewezen.

In hoofdstuk 2 van de conclusie worden de feiten waarvan het gerechtshof is uitgegaan, weergegeven. Daaraan wordt vanuit openbare bronnen in voetnoten enige actuele context toegevoegd. Verder wordt het procesverloop bij de rechtbank, het gerechtshof en de Hoge Raad weergegeven.

In de conclusie wordt onder 2.4 een samenvatting gegeven van de belangrijkste overwegingen uit het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank en onder 2.7 van de belangrijkste overwegingen uit het arrest van het gerechtshof.

Hoofdstuk 3 van de conclusie bevat onder meer een beschrijving van drie lijnen die vooral bepalend zijn voor de beoordeling van de kwestie van repatriëring van IS-uitreizigers in het algemeen en die van deze zaak in het bijzonder (conclusie onder 3.6 e.v.). Het laatste deel van hoofdstuk 3 bevat een beschrijving van de hoofdlijnen van dat beleid aan de hand van openbare stukken (conclusie onder 3.21 e.v.).

Hoe men oordeelt over de kwestie van de repatriëring van IS-uitreizigers en van hun kinderen, is volgens de AG vooral afhankelijk van de vraag waar men drie lijnen trekt, als volgt:

1. Welke plaats komt toe aan mensenrechten, zoals erkend in onder meer het Europese mensenrechtenverdrag? Is bepalend of naar de huidige stand van de rechtspraak van het EHRM duidelijk is dat een bepaalde handelwijze van de Staat niet toelaatbaar is? Dit noemt men wel statische uitleg van het EVRM. Of is men bereid bestaande lijnen door te trekken, eventueel ook ondanks

het ontbreken van rechtsmacht in de zin van de mensenrechtenverdragen? Dit noemt men wel dynamische uitleg.

2. Wat is de juiste positie van de rechter ten opzichte van politieke besluitvorming? Welke afstand bewaart de rechter ten opzichte van afwegingen zoals door de uitvoerende macht, in samenwerking met de volksvertegenwoordiging, gemaakt?
3. Moet de rechtspositie van IS-uitreizigers en hun kinderen worden beoordeeld op groepsniveau of op individueel gevalsniveau? Is de Staat in algemene zin gehouden tot repatriëring van (bepaalde groepen) IS-uitreizigers respectievelijk hun kinderen of moet van geval tot geval worden onderzocht of de Staat tot repatriëring van bepaalde personen gehouden is?

Uit de analyse van openbare stukken blijkt volgens de AG dat de aan het beleid van de Staat ten grondslag liggende overwegingen met betrekking tot de IS-uitreizigers, zich niet zonder meer verzetten tegen een eventuele repatriëring van individuele uitreizigers en/of hun kinderen, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van ieder geval, maar wel tegen een repatriëring van Eiseressen en hun kinderen als groep (zoals in dit geding door Eiseressen gevorderd).

In hoofdstuk 4 van de conclusie wordt het vereiste van rechtsmacht besproken, zoals dat door de mensenrechtenverdragen wordt gesteld.

Hoofregel is het territorialiteitsbeginsel, volgens welke voor het vereiste van rechtsmacht beslissend is waar het slachtoffer van de beweerde mensenrechtenschending zich bevindt. Het EHRM erkent op dit beginsel enkele uitzonderingen, maar dit betreft uitzonderlijke gevallen. Er bestaat in de literatuur een stroming die bepleit dat een feitelijke mogelijkheid van beïnvloeding van mensenrechten, rechtsmacht doet ontstaan. Ook in een dynamische uitleg van de rechtspraak van het EHRM is dit echter geen geldend recht. Aan het vereiste van rechtsmacht is volgens de AG hier niet voldaan, in ieder geval niet voor Eiseressen als groep. Daarmee is de voorvraag of de mensenrechtenverdragen rechtstreeks van toepassing zijn dus ontkennend beantwoord. Daarvan uitgaande resteert nog de andere grondslag voor de vorderingen van Eiseressen: de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW.

Wat betreft die grondslag doet zich echter opnieuw een voorvraag voor: in hoeverre behoort de rechter bij de toetsing van buitenlands beleid van de Staat terughoudend te zijn? Daarover gaat hoofdstuk 5 van de conclusie.

In de rechtsstaat is eenieder aan het recht onderworpen, ook de overheid. Ook de rechtmatigheid van overheidshandelen kan door de rechter worden getoetst. Bij de beoordeling van het overheids-handelen houdt de rechter intussen rekening met de bijzondere positie van de overheid als behartiger van het algemeen belang. Die bijzondere positie uit zich onder meer in beleids- en beoordelingsruimte voor de overheid. Die ruimte is niet op alle beleidsterreinen even groot. Buitenlands beleid van de Staat toetst de rechter met bijzondere terughoudendheid. Uitvoeringshandelingen van de overheid in individuele gevallen worden in het algemeen niet terughoudend getoetst. Bij zulke uitvoeringshandelingen zijn ook de individuele rechten en aanspraken van burgers van belang.

Eiseressen hebben ervoor gekozen om niet de individuele rechtsverhouding van ieder van hen tot de Staat centraal te stellen. In plaats daarvan hebben zij zich op het standpunt gesteld dat de Staat hen *als groep* actief behoort te repatriëren. Ook strekken hun vorderingen uitsluitend tot het repatriëren van de moeders en de kinderen gezamenlijk, en uitdrukkelijk niet tot het repatriëren van de kinderen alleen. Daarom komt het er in dit geding op aan of er een rechtsnorm bestaat die voorschrijft dat de Staat Eiseressen en hun kinderen inderdaad allen dient te repatriëren, althans dat hij zich daartoe dient in te spannen, ongeacht de specifieke omstandigheden waarin Eiseressen zich (ieder

voor zich) bevinden en ongeacht andere feitelijke bijzonderheden, waaronder de ernst van het gevaar dat van de respectieve Eiseressen uitgaat.

Het meest uitvoerig is hoofdstuk 6 van de conclusie. In dat hoofdstuk wordt de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW op de kwestie van de IS-uitreizigers besproken.

Houvast voor die toepassing kan mede worden gevonden in mensenrechten en de daarmee verbonden zogenaamde positieve verplichtingen van de Staat, ook al ontbreekt rechtsmacht in de zin van de mensenrechtenverdragen. Met die mensenrechten, hier in het bijzonder het recht op leven en het verbod van foltering en onmenselijke behandeling, corresponderen namelijk zwaarwegende belangen van de IS-uitreizigers en hun kinderen. Ook andere bruikbare referenties voor de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm worden onderzocht, namelijk het recht op diplomatieke bescherming, buitenlandse rechtspraak over repatriëring van IS-uitreizigers en resoluties en gezaghebbende opinies over die repatriëring.

In verband met de terughoudendheid die de rechter bij de toetsing van buitenlands beleid van de Staat past, is bezwaarlijk een andere conclusie mogelijk dan dat het beleid van de overheid niet onrechtmatig is. Er zijn onvoldoende aanknopingspunten voor een ander oordeel. Weliswaar wordt over het gewicht van het door de Staat gehanteerde argument van nationale veiligheid verschillend gedacht. Het is echter niet aan de rechter om de doelmatigheid van overheidsbeleid te beoordelen.

Er bestaan wel véle aanknopingspunten voor een opvatting volgens welke de vraag of repatriëring voor de Staat plicht is op individueel gevalsniveau behoort te worden beoordeeld. Beoordeling van geval tot geval is het uitgangspunt bij de vraag of de IS-uitreizigers recht hebben op diplomatieke en/of consulaire bijstand. Ook bestaat er een zekere reflexwerking van de positieve verplichtingen zoals die uit mensenrechtenverdragen voortvloeien. Bij gebrek aan rechtsmacht bestaan voor de IS-uitreizigers echter geen absolute aanspraken. Hun zwaarwegende belangen moeten worden afgewogen tegen andere, eveneens zwaarwegende belangen. Omdat niet alle gevallen van IS-uitreizigers gelijk zijn, kan die weging verschillend uitvallen. De belangen van de kinderen van de IS-uitreizigers hebben een bijzonder groot gewicht.

Dat in individuele gevallen tot repatriëring kan worden overgegaan, behoort ook tot het beleidsuitgangspunt van de Staat. In het geval van de twee weeskinderen heeft repatriëring ook daadwerkelijk plaatsgevonden. Of dat, uitgaande van een beoordeling van geval tot geval, genoeg is, is in dit geding niet aan de orde. Eiseressen hebben hun pijlen gericht op het beleid van de Staat in algemene zin en hun vorderingen zien uitsluitend op de medewerking van de Staat aan hun repatriëring als groep. Ook in hun cassatieklachten kiezen zij die insteek. Daarop loopt het principaal cassatieberoep van Eiseressen stuk.

In zijn conclusie onder 6.70 e.v. maakt de AG aanvullend enkele opmerkingen over een beoordeling van individuele gevallen, zoals die volgens hem behoort plaats te vinden. Hij benadrukt onder meer het grote gewicht van de belangen van de kinderen. Een beoordeling van individuele gevallen is in deze zaak echter niet aan de orde.

In hoofdstuk 7 van de conclusie worden de klachten van Eiseressen in het principaal cassatieberoep één voor één besproken. Volgens de AG treffen de klachten van Eiseressen geen doel en kan het arrest van het gerechtshof in stand blijven. Daarmee behoeven de klachten van de Staat in het voorwaardelijk incidenteel beroep van de Staat strikt genomen geen behandeling meer, maar ten overvloede bespreekt de AG die klachten in hoofdstuk 8 van de conclusie toch. Ook die klachten zijn volgens de AG ongegrond.

Onder 9 van zijn conclusie adviseert de AG de Hoge Raad het principaal cassatieberoep van de IS-uitreizigers te verwerpen.