

MYJ/MERING: MIGRANTEN, POPULISTISCHE WEERZIN EN STRAATSBURGSE VERPLICHTINGEN

Egbert Myjer *

Samenvatting | Oud EHRM-rechter Egbert Myjer myj/mert over dat, ongeacht populistische weerzin met betrekking tot migranten, Straatsburgse verplichtingen blijven bestaan.

DOI | 10.54195/NTM.19058

Even dacht ik: was er maar meer en tijdig serieuze aandacht besteed aan het in 2022 bij uitgeverij Prometheus verschenen boekje *Humeurig volk, verkrampde politiek en hoe het anders kan*. Parlementair historicus, emeritus hoogleraar van de Universiteit Leiden en Universiteit Maastricht en oud-PvdA-senator Van de Berg schetst daarin hoe de Nederlandse politiek sinds de jaren negentig wordt geteisterd door drie kwalen tegelijk: vluchtigheid van kiezers die geen vaste partijen meer kennen; verruwing in het gedrag van parlementariërs en kiezersgroepen; versplintering op het politieke toneel dankzij een sterk gegroeid aantal fracties in de Tweede en Eerste Kamer. Niet alleen verliezen oude volkspartijen stelselmatig aanhang, maar het gat dat zij opvullen wordt opgevuld door een keur aan belangenpartijen en populistische groeperingen. Met betrekking tot populisme herhaalt hij tien al eerder door hem in de bundel *Korthedshalve, over recht en macht in de democratie*, vermelde eigenschappen. Ik citeer een klein stukje over de punten vijf tot en met zeven:

‘Het populisme kenmerkt zich (5) door een sterke weerzin tegen invloed die ongevraagd van buiten de groep of gemeenschap komt. Het is sociaal introvert en dus tegen globalisering en tegen een supranationale Europese Unie. Evenals tegen ‘hinderlijke’ minderheden, staat het populisme (6) vanuit zijn radicale meerderheidsdoctrine sterk wantrouwig tegenover instituties die voor meerderheidsbesluiten een rem zouden kunnen zijn: de rechterlijke macht, de Ombudsman, de Eerste Kamer, het provinciaal bestuur en het koningschap. Dat maakt populisme tegelijkertijd tot een stroming die wel de democratie onderschrijft, maar niet zonder meer de bijbehorende rechtsstaat. Naast de afkeer tegen internationalisering in eigen samenleving kent het populisme (7) ook weerzin tegen de internationalisering in eigen samenleving, in de culturele of etnische minderheden. Populisme gaat vaak samen met verschijnselen als antisemitisme en/of anti-islamisme en in het algemeen met ongelijke behandeling van migranten.’

En, voeg ik daar aan toe: wantrouwend tegen alles wat komt van het EHRM en niet in het eigen straatje past.

Nu ik deze Myjmering opschrijf is er nog lang geen duidelijkheid over hoe de uitslag van de verkiezingen van 22 november 2023 zich heeft vertaald in een nieuw kabinet. Maar ik moest nog eens extra denken aan het boekje van Van de Berg tegen de achtergrond van diverse opmerkingen die de Ierse president van het EHRM, O’Leary, maakte tijdens en rond de *Opening of the Judicial Year*, op 26 januari 2024. De 46 lidstaten van de Raad van Europa hebben het EVRM geratificeerd. Daarmee hebben ze zich ook verbonden om de rechten uit het EVRM te garanderen

- Prof. mr. B.E.P. Myjer is oud-rechter van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg en emeritus bijzonder hoogleraar Mensenrechten aan de Vrije Universiteit van Amsterdam.

aan eenieder die ressorteert onder haar rechtsmacht (artikel 1 EVRM). En alle 46 lidstaten hebben dat vorig jaar tijdens hun topontmoeting in Reykjavik van 16-17 mei 2023 nog eens uitdrukkelijk bevestigd in de zogenaamde *Reykjavik Declaration*:

'We reaffirm our deep and abiding commitment to the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights as the ultimate guarantors of human rights across our continent, alongside our domestic democratic and judicial systems. We reaffirm our primary obligation under the Convention to secure to everyone within our jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention in accordance with the principle of subsidiarity, as well as our unconditional obligation to abide by the final judgments of the European Court of Human Rights in any case to which we are parties.'

Daarmee is bijvoorbeeld ook nog eens unaniem bevestigd de *case-law* van het EHRM met betrekking tot immigratie. Zie voor een uitgebreide samenvatting de *case-law guide on Immigration*, te vinden op de website van het EHRM.¹ En voor wat betreft uitzetting geldt als minimumregel:

'The Court has underlined that 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 (*Khasanov and Rakhmanov v. Russia* [GC], 2022, § 93). A right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols. However, deportation, extradition, or any other measure to remove an alien may give rise to an issue under Article 3 and hence engage the responsibility of the Contracting State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if removed, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. In such circumstances, Article 3 implies an obligation not to remove the individual to that country (*Ilias and Ahmed v. Hungary* [GC], 2019, §§ 125-126).'

Het hele systeem van het EVRM is zo ingericht dat de eerste verantwoordelijkheid ligt bij de lidstaat, en bij de nationale rechter. Pas als de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput kan er een taak liggen voor het EHRM. De rechtsmacht van het EHRM strekt zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het EVRM en de Protocollen daarbij die aan het EHRM worden voorgelegd (artikel 32 EVRM).

Subsidiariteit is daarbij een van de sleutelwoorden. Opmerkelijk: het *Judicial Seminar* dat pleegt vooraf te gaan aan de *Opening of the Judicial Year* en waaraan pleegt te worden deelgenomen door de presidenten of vertegenwoordigers van de hoogste nationale rechtscolleges was dit jaar gewijd aan *Revisiting subsidiarity in the age of shared responsibility*. Een *Seminar Background Paper* is te vinden op de website van het EHRM (aanklikken *events* en daarna aanklikken *2024 Seminar – Dialogue between Judges*). President O'Leary verduidelijkte dat sleutelwoord in haar inleiding tijdens het Seminar:

'As a tribute to one of my predecessors, Jean-Paul Costa, who sadly passed away last year, it's useful to reconvey the message with which he opened the 2010 seminar:

"The position of treaties in the hierarchy of legal instruments may vary from country to country. However, the Convention, a multilateral instrument for the collective enforcement 2/3 of rights, occupies a special place. National judges must interpret it, apply it, ensure that it prevails over rules or practices that are

1 'ECHR-KS', <https://ks.echr.coe.int/>.

incompatible with it. The more they do so, the less our Court will have to intervene, other than to act as a final rampart as its founding fathers intended.”

Following the entry into force of Protocol n° 15 in 2021, the Convention now contains an express reference to subsidiarity. But the protocol, it should be stressed, merely incorporated long-standing principles, deeply embedded in the Convention, as reflected in the Belgian Linguistics case which dates from 1968.

Subsidiarity as expressed in the Convention comprises two elements:

- an obligation for the States to implement the Convention guarantees, this being mainly an obligation of result rather than means, and
- an obligation for the Court to allow the national authorities to have the fullest opportunity to address a Convention complaint, however grievous, before it can examine the matter itself.’

En van (letterlijk) fundamenteel belang: het systeem berust op drie pijlers: democratie, rechten van de mens en de *rule of law*. Een democratisch gekozen meerderheid wordt door die pijlers in haar handelingsvrijheid beperkt. Als op nationaal niveau die meerderheid inbreuk gaat maken op de andere pijlers: de rechten van de mens of de *rule of law*, daaronder begrepen de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, zal uiteindelijk het EHRM kunnen ingrijpen. In het recente verleden werd dat bijvoorbeeld zeer duidelijk in zaken tegen Polen en Turkije.

Ook kan het EHRM in uitzonderlijke gevallen desgevraagd voorlopige maatregelen bevelen om een stop te zetten op anders niet terug te draaien acties van een nationale overheid. Dat staat verwoord in *Rule 39* van de *Rules of Court*. De Britse premier Sunak was begin van dit jaar nog aan het proberen om in het Verenigd Koninkrijk wetgeving te laten aannemen waarbij de overheid gerechtigd zou zijn een *Rule 39*-bevel naast zich neer te leggen. Het schandelijke woord *pyjama injunctions* was daarbij gevallen. En dat, terwijl de cijfers aantonen dat het EHRM maar zeer zelden klachten tegen het Verenigd Koninkrijk krijgt en in behandeling neemt en uiteraard nog veel minder vaak in Britse zaken *Rule 39* toepast. Zie daarover het uitstekende feitelijke overzicht van Grogan en Donald.²

Allicht vanwege juist die commotie liet president O’Leary zich eind januari 2024 ook uitvoerig uit over *Rule 39*. In het toen uitgekomen *Annual Report 2023*³ stelt zij over die voorlopige voorzieningen:

‘Interim measures adopted under Rule 39 have continued to make headlines in 2023.

It is important to recall that a failure by a respondent State to comply with interim measures undermines the effectiveness of the right of individual application guaranteed by Article 34 of the Convention and the State’s formal undertaking in Article 1 to protect the rights and freedoms set forth in the Convention.

When issuing interim measures, which it does in exceptional cases where there is an imminent risk of irreparable harm, the Court exercises its jurisdiction to ensure observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and Protocols thereto, in accordance with Article 19 of the Convention, which jurisdiction extends to all matters concerning their interpretation and application, as provided in Article 32.

In 2023 certain States have continued to question, however, whether they are bound by interim measures and the Court has continued to find respondent States to have violated their Article 34 obligations when such measures were disregarded.⁸

2 ‘The UK’s ECHR record: how common are Rule 39 orders and how often is the UK found to have violated rights?’, <https://ukandeu.ac.uk/explainers/the-uks-echr-record-how-common-are-rule-39-orders-and-how-often-is-the-uk-found-to-have-violated-rights/>, 25 januari 2024.

3 ‘Annual Report 2023’, <https://www.echr.coe.int/annual-reports>.

As emphasised in my speech at the opening of the 2023 judicial year, in view of the vital role played by interim measures in the Convention system, it should be a cause of grave concern that some Contracting States are prepared to flout international rule of law requirements in this manner.

The binding nature of interim measures does not mean that the Court does not listen to comments and criticisms in relation to its decision-making processes. As part of the series of procedural reforms outlined above, in June and November 2023 the Plenary Court adopted several decisions clarifying and codifying its existing practice relating to interim measures. The proposed codification of the Court's well-established case-law on Rule 39 is presently the subject of an ongoing consultation procedure.

An updated Practice Direction accompanying the amended Rule 39 will be prepared and published following the consultation process. Since 1st December the Court has, inter alia, disclosed the identity of the judges who render decisions on interim measure requests and maintained the established practice of adjourning the examination of requests for interim measures and requesting the parties to submit information in those circumstances where the situation is not extremely urgent and where the information that the applicants could submit to the Court was insufficient to enable the Court to examine the request.

In 2024, it plans to commence issuing formal judicial decisions for the parties.'

Duidelijk is in elk geval dat, ongeacht populistische weerzin met betrekking tot migranten, Straatsburgse verplichtingen blijven bestaan. En ik kan me bijna niet voorstellen dat er in Nederland een politicus is te vinden die Sunak-je wil spelen.