

ANNOTATIE

H.F. e.a. t. Frankrijk (EHRM, nrs. 24384/19 en 44234/20) – Geen verplichting om IS-kinderen in Syrische opvangkampen te repatriëren

A. Pijnenburg

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ,
ECLI:CE:ECHR:2022:0914JUD002438419 (EHRC-2022-0232)*

1. In *H.F. e.a. t. Frankrijk* buigt de Grote Kamer van het EHRM zich over de verplichtingen van Europese landen jegens kinderen van IS-strijders (en hun moeders) in Syrische opvangkampen. In navolging van de Nederlandse rechter en het Kinderrechtencomité scheidt het EHRM nu meer duidelijkheid (of juist verwarring) met betrekking tot de repatriëring van IS-kinderen en hun moeders. Meer in het algemeen is dit arrest interessant omdat het de meest recente episode is in de saga van het EHRM en extraterritoriale rechtsmacht, en omdat het EHRM voor het eerst art. 3, lid 2, van Protocol 4 uitgebreid interpreteert ('Aan niemand mag het recht worden ontnomen het grondgebied te betreden van de Staat, waarvan hij een onderdaan is'). Deze noot gaat in op deze verschillende aspecten.

2. Klagers zijn de (groot)ouders van twee vrouwen die in 2014 en 2015 met hun partners naar Syrië zijn gereisd om zich bij de groepering Islamitische Staat (IS) te voegen, en hun drie kinderen, geboren in 2014, 2016 en 2019. Begin 2019, als de Syrische Democratische Strijdkrachten de oorlog tegen IS winnen, worden de vrouwen en hun kinderen gearresteerd en vastgehouden in opvangkampen in Syrisch Koerdistan. De situatie in de kampen is erbarmelijk: ze worden willekeurig en voor onbeperkte tijd opgesloten, de weersomstandigheden zijn extreem, ze worden blootgesteld aan geweld, kinderen zijn ondervoed en uitgedroogd, en lopen het risico te worden gedood. Tussen maart 2019 en

januari 2021, oordelend per geval, repatrieerde Frankrijk 35 kinderen uit opvangkampen in Noordoost-Syrië. De dochters en kleinkinderen van klagers zaten daar niet tussen. Tussen oktober 2018 en mei 2020 hebben klagers via verschillende wegen op nationaal niveau – zonder succes – geprobeerd de repatriëring van hun familieleden teweeg te brengen.

3. Een van de meest interessante aspecten van deze zaak betreft de vraag hoe dit arrest de gecompliceerde (en vaak bekritiseerde) jurisprudentie over extraterritoriale rechtsmacht van het EHRM verder ontwikkelt. Allereerst herhaalt de Grote Kamer de bestaande principes, zoals vastgelegd in o.a. *Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*,^[1] *Catan e.a. t. Moldova en Rusland*,^[2] *Georgië t. Rusland (II)*^[3] en *M.N. e.a. t. België*.^[4] Vervolgens beantwoordt de Grote Kamer achtereenvolgens drie vragen om vast te stellen of Frankrijk *in casu* rechtsmacht uitoefent over de dochters en kleinkinderen van klagers. Allereerst stelt het Hof vast dat Frankrijk geen effectieve controle heeft over het grondgebied in Noordoost-Syrië en ook geen autoriteit of controle uitoefent over de familieleden van klagers die in kampen in die regio worden vastgehouden. Ten tweede oordeelt het Hof dat het starten van nationale juridische procedures, hetzij door de Franse autoriteiten of door de klagers, de rechtsmacht van Frankrijk niet in het leven roept. Tenslotte beantwoordt het EHRM de vraag of er *connecting ties* zijn met Frankrijk. Wat art. 3 EVRM (folterverbod) betreft oordeelt het Hof op dit punt dat de beslissing van de Franse autoriteiten om de familieleden niet te repatriëren hen niet binnen de rechtsmacht van Frankrijk brengt met betrekking tot de mishandeling die ze ondergaan in de opvangkampen. Echter, wat art. 3, lid 2, van Protocol 4 betreft (recht op terugkeer naar land van nationaliteit), bepaalt het Hof dat er speciale omstandigheden zijn, waardoor de dochters en kleinkinderen van klagers wél onder de rechtsmacht van Frankrijk vallen. Hoewel nationaliteit geen autonome grondslag voor rechtsmacht kan vormen, spelen in dit geval de volgende omstandigheden een rol: klagers hebben meerdere officiële verzoeken tot repatriëring ingediend; in deze verzoeken beriepen zij zich op de fundamentele waarden van de democratische samenlevingen die de Raad van Europa vormen en op het feit dat hun familieleden werden geconfronteerd met een reële en onmiddellijke bedreiging van hun leven en lichamelijk welzijn; de familieleden kunnen niet zonder hulp van de Franse autoriteiten naar Frankrijk reizen; en de Koerdische autoriteiten hebben zich bereid verklaard de vrouwelijke gevangenen met de Franse nationaliteit en hun kinderen over te dragen aan de Franse autoriteiten. *H.F. e.a. t. Frankrijk* voegt zo een klein stukje toe aan de grotere puzzel van de extraterritoriale rechtsmacht onder het EVRM: gelet op de genoemde omstandigheden oefent Frankrijk toch rechtsmacht uit over IS-vrouwen en hun kinderen met betrekking tot het recht op terugkeer. De sterk op de zaak gerichte criteria die de Grote Kamer aanlegt maken het echter onwaarschijnlijk dat deze bevinding in andere zaken van toepassing is dan IS-vrouwen en hun kinderen in opvangkampen.

4. Vervolgens zet de Grote Kamer een gedetailleerde interpretatie van art. 3, lid 2, van Protocol 4 uiteen. Het erkent dat art. 3 van Protocol 4 een absoluut en onvoorwaardelijk verbod op uitzetting van een onderdaan behelst, maar ook dat er in voorkomend geval ruimte kan zijn voor impliciete beperkingen, in de vorm van uitzonderlijke maatregelen die slechts tijdelijk zijn. Zoals andere EVRM-bepalingen kan ook art. 3, lid 2, van Protocol 4 positieve verplichtingen aan staten opleggen. Staten hebben echter geen verplichting om hun onderdanen te repatriëren. Daarom hebben Franse burgers die in kampen in Noordoost-Syrië worden vastgehouden geen algemeen recht om gerepatriëerd te worden op grond van art. 3, lid 2, van Protocol 4.

5. Verder oordeelt het Hof dat art. 3, lid 2, van Protocol 4 een positieve verplichting voor de staten kan impliceren wanneer, gelet op de specifieke kenmerken van een bepaald geval, een weigering van de staat om maatregelen te nemen de betrokken onderdaan in een situatie zou doen belanden die *de facto* vergelijkbaar is met die van ballingschap. Daartoe onderneemt het Hof twee stappen. Als eerste oordeelt het dat er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, gelet op de extraterritoriale factoren die bijdragen tot het bestaan van een risico voor het leven en het fysieke welzijn van de familieleden van klagers. Ten tweede concludeert het Hof dat de beoordeling van de door klagers ingediende verzoeken om repatriëring niet omgeven was met passende waarborgen tegen willekeur, wat resulteert in een schending van art. 3, lid 2, van Protocol 4.

6 Kortom: er is géén algemeen recht om gerepatriëerd te worden, hoewel de betreffende procedures wél omgeven moeten zijn met passende waarborgen tegen willekeur. Deze interpretatie van de Grote Kamer wordt door verschillende rechters bekritiseerd. Enerzijds vinden rechters Pavli en Schembri Orland dat er *in casu* niet alleen een procedurele maar ook een materiële schending van art. 3, lid 2, van Protocol 4 is, omdat het stilzitten van de Franse autoriteiten de familieleden van klagers aan een vorm van *de facto* ballingschap heeft blootgesteld. Anderzijds is volgens rechters Yudkivska, Wojtyczek en Roosma art. 3, lid 2, van Protocol 4 *in casu* niet van toepassing, en heeft de focus op passende waarborgen tegen willekeur weinig toegevoegde waarde voor personen in een vergelijkbare situatie als de familieleden van klagers. Dit laat zien dat de poging van de Grote Kamer om een middenweg te vinden van beide kanten kritiek oogst.

7. Klagers hebben hun klacht bij het EHRM in mei 2019 en oktober 2020 ingediend. Rond dezelfde tijd – in maart en november 2019 – ontving het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties vergelijkbare klachten tegen Frankrijk. Het Comité besloot in september 2020 en februari 2021 dat deze klachten ontvankelijk waren: Frankrijk oefende rechtsmacht uit omdat het, als de staat van nationaliteit van de kinderen, het vermogen en de bevoegdheid heeft om de rechten van de betrokken kinderen te beschermen door actie te ondernemen om

hen te repatriëren of andere consulaire maatregelen te nemen.[5] Vervolgens oordeelde het Comité in februari 2022 dat Frankrijk de volgende bepalingen van het Kinderrechtenverdrag heeft geschonden: art. 3 (belangen van het kind), art. 6, lid 1 (recht op leven en ontwikkeling), en art. 37 sub a (folterverbod). Daarbij bepaalde het Comité dat Frankrijk de familieleden van klagers moest repatriëren.[6] De reikwijdte van de verplichtingen die het EVRM oplegt is dus beperkter dan onder het Kinderrechtenverdrag. Dit bevestigt eens te meer dat het EHRM een restrictievere interpretatie van extraterritoriale rechtsmacht hanteert dan de VN-comités.[7]

8. In het licht van het voorgaande verdient ook de opstelling van de Nederlandse rechter vermelding. In augustus 2019 hebben 23 Nederlandse vrouwen en 56 kinderen de staat gesommeerd hen te repatriëren vanuit de opvangkampen in Noord-Syrië. In eerste aanleg oordeelde de voorzieningenrechter dat zij zich buiten de rechtsmacht van de Nederlandse staat bevinden, maar dat de Staat zich op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (artikel 6:162 BW) moet inspannen om de kinderen te repatriëren.[8] In hoger beroep bevestigde het Gerechtshof Den Haag dat de Nederlandse staat geen rechtsmacht uitoefent over de vrouwen en kinderen in de opvangkampen in Noord-Syrië. Wat de zorgvuldigheidsnorm betreft oordeelde het Gerechtshof echter dat de door de Staat gemaakte belangenafweging om de vrouwen en kinderen niet te repatriëren de marginale toets van de rechter doorstaat.[9] In cassatie bekrachtigde de Hoge Raad de uitspraak van het Gerechtshof: er is niet voldaan aan het vereiste van rechtsmacht, en ondanks de zwaarwegende belangen van de vrouwen en de kinderen handelt de Staat niet onrechtmatig door hen niet naar Nederland te halen en zich daartoe ook niet in te spannen.[10] De Nederlandse rechter kwam zo tot dezelfde conclusie als het EHRM – er is geen verplichting om vrouwen en kinderen in opvangkampen te repatriëren – maar oordeelde, in tegenstelling tot zowel het EHRM als het Kinderrechtencomité, dat de Staat geen rechtsmacht over hen uitoefent. De kans bestaat daarmee dat de Nederlandse rechter zijn beoordeling in toekomstige, vergelijkbare zaken met betrekking tot extraterritoriale rechtsmacht enigszins zal moeten aanpassen, al hoeft dat dus niet per definitie tot een andere concrete uitkomst te leiden. Voorts belet bovenstaande de Nederlandse staat er natuurlijk niet van om IS-vrouwen en hun kinderen alsnog te repatriëren, met name om te voorkomen dat lopende strafzaken worden stopgezet.[11]

9. Tot slot: wat moet men in het licht van bovenstaande onthouden van *H.F. e.a. t. Frankrijk*? De belangrijkste bevinding van het EHRM is, dat staten onder het EVRM geen verplichting hebben om vrouwen en kinderen te repatriëren die worden vastgehouden in erbarmelijke omstandigheden in opvangkampen in Noord-Syrië. Dit is in tegenspraak met het oordeel van het Kinderrechtencomité maar in lijn met de bevindingen van de Nederlandse rechter. Staten kunnen echter wel positieve verplichtingen hebben onder art. 3, lid 2, van Protocol 4. *In casu* zijn dat procedurele verplichtingen: de betreffende procedures moeten omgeven zijn met

passende waarborgen tegen willekeur. Met andere woorden: het EVRM biedt maar heel beperkte bescherming aan vrouwen en kinderen die worden vastgehouden in opvangkampen in Noord-Syrië.

A. Pijnenburg

Universitair Docent Internationaal en Europees Recht, Radboud Universiteit Nijmegen

[1] *Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 55721/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, «EHRC» 2011/156 m.nt. Den Heijer.

[2] *Catan e.a. t. Moldova en Rusland*, EHRM (GK) 19 oktober 2012, nr. 43370/04, 8252/05 en 18454/06, ECLI:CE:ECHR:2012:1019JUD004337004, «EHRC» 2013/13 m.nt. Groen.

[3] *Georgië t. Rusland (II)*, EHRM (GK) 21 januari 2021, nr. 38263/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD003826308, *EHRC Updates*, m.nt. M. Zwanenburg en F. Tan.

[4] *M.N. e.a. t. België*, EHRM (GK) 5 maart 2020 (ontv.), nr. 3599/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0505DEC000359918, *EHRC Updates*, m.nt. H. De Vylder.

[5] Kinderrechtencomité 30 september 2020, nrs. 79/2019 en 109/2019, par. 9 en 10; Kinderrechtencomité 4 februari 2021, nr. 77/2019, par. 9 en 10.

[6] Kinderrechtencomité 8 februari, nrs. 77/2019, 79/2019 en 109/2019, par. 6.9, 7 en 8 sub c.

[7] Zie bijvoorbeeld H. Duffy, 'Communications No. 79/2019 and 109/2019 *L.H. et al v. France* and 77/2019 *F.B. et al v. France*; French Children in Syrian Camps: the Committee on the Rights of the Child and the Jurisdictional Quagmire' Leiden Children's Rights Observatory Case Note 2021/3, 18 februari 2021, <https://www.childrensrightsobservatory.nl/case-notes/casenote2021-3>.

[8] Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909.

[9] Gerechtshof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208.

[10] HR 26 juni 2020 ECLI:NL:HR:2020:1148.

[11] Zie 'Nederland wil 41 Nederlandse IS-vrouwen en kinderen uit Syrië ophalen', *RTL Nieuws* 28 september 2022.