

focus op rechtspraak

Kris van der Pas

De strategie in strategisch procederen

Hoe wordt er door ngo's strategisch geprocedeerd op het gebied van asielrecht: welke strategische keuzes worden er gemaakt en waarom?

HET TRAJECT

mr. K. van der Pas is promovenda, verbonden aan het Centrum voor Migratierecht van de Radboud Universiteit.

- Begeleiders: prof. Ashley Terlouw, prof. Henri de Waele, prof. Ellen Mastenbroek, dr. Eva Rietter
- Start promotieonderzoek: 1 oktober 2019, beoogde einddatum: 1 april 2024

1. Achtergrond & doelstellingen

Het Amerikaanse Hooggerechtshof verbood in 1954 segregatie op scholen, in de zaak *Brown v. Board of Education*. Dit was het resultaat van een jarenlange campagne van de National Association for the Advancement of Colored People (NAACP).¹ Het was het startschot voor het gebruik van juridische procedures om maatschappelijke verandering te bewerkstelligen.²

In de VS gebruikt men voor dit fenomeen de term 'public interest litigation', terwijl er Europees een voorkeur lijkt te bestaan voor de term 'strategisch procederen'.³ De exacte betekenis van deze termen is onduidelijk, maar strategisch procederen kan ruwweg gedefinieerd worden als: het gebruikmaken van juridische procedures om verandering (sociaal, juridisch, politiek) te bewerkstelligen die het individuele- en/of zaaksbelang overstijgt.⁴

Strategisch procederen in Europa ziet er, in vergelijking met de VS, erg anders uit. In de VS is sprake van een systeem van 'adversarial legalism', waarin rechtszaken een prominente rol spelen in het creëren van beleid.⁵ Procederen is daardoor een logische strategie voor ngo's om hun doelen te bereiken. In Europa ligt dit anders,

hoewel ook wordt beweerd dat er met de komst van de Europese Unie steeds meer sprake is van 'Eurolegalism'.⁶ Zeker is dat Europa als klimaat voor strategisch procederen interessant is vanwege het 'multi-level' systeem, met twee supranationale hoven, namelijk het Hof van Justitie van de EU en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, wier uitspraken gevolgen kunnen hebben voor een groot deel van het continent.⁷

Mogelijk heeft dit klimaat in de afgelopen jaren geleid tot een groei van (aandacht voor) strategisch procederen in Europa. Asielrecht⁸ is in dit kader een relevant onderzoeksgebied: met de komst van het Gemeenschappelijk Europees Asiel Systeem (GEAS) heeft Unierecht een grote invloed gekregen ('Europeanisering van het asielrecht' genoemd)⁹ en ook mensenrechten spelen een belangrijke rol in het rechtsgebied.¹⁰ Verschillende belangrijke rechtszaken in het (Europees) asielrecht zijn tot stand gekomen met betrokkenheid van ngo's.¹¹ Strategische inmenging is van belang: asielzoekers en vluchtelingen hebben veel problemen in het vinden van de weg naar de rechter, waardoor ngo's toegang tot het recht kunnen waarborgen.¹² Deze ngo's zijn in Europa te vinden in allerlei vormen: er zijn bijvoorbeeld organisaties die zich exclusief richten op strategisch procederen, er zijn ngo's die tot doel hebben de rechten van migranten en vluchtelingen te verbeteren, en er zijn organisaties die mensenrechten in brede zin willen beschermen. Inzicht in het speelveld van strategisch procederen door ngo's is hierdoor interessant om te onderzoeken en het doel van mijn onderzoek.

1 US Supreme Court, 17 mei 1954, 347 U.S. 483 (*Brown v. Board of Education of Topeka*). Zie S. Cummings, 'Law and Social Movements: Reimagining the Progressive Canon', *Wisconsin Law Review*, 2018, p. 106-107.

2 De positieve impact van deze zaak wordt wel betwist, zie bijv. G. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, University of Chicago Press 1991; M. Klarman, 'How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis', *Journal of American History* (81) 1994, p. 81-118. Een ander bekend voorbeeld is: US Supreme Court, 22 januari 1973, 410 U.S. 113 (*Roe v. Wade*).

3 M. Ramsden & K. Gledhill, 'Defining Strategic Litigation', *Civil Justice Quarterly* (38) 2019, afl. 4, p. 420.

4 Vertaald van K. van der Pas, 'Conceptualising strategic litigation', *Onati Socio-legal Series* (11) 2021, afl. 6 (online).

5 R. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press 2003.

6 D. Kelemen, *Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Harvard University Press 2011.

7 D. Anagnostou (ed.), *Rights and Courts in Pursuit of Social Change: Legal Mobilisation in the Multi-Level European System*, Hart Publishing 2014.

8 Met asielrecht bedoel ik: alle materiële en procedurele regels omtrent het indienen van een asielverzoek en de periode waarna asiel is verleend.

9 E. Guild, 'The Europeanisation of Europe's Asylum Policy', *International Journal of Refugee Law* (18) 2006, afl. 3-4, p. 630-651.

10 M. Land, K. Libal, J. Chambers (eds.), *Beyond Borders: The Human Rights of Non-Citizens at Home and Abroad*, Cambridge University Press 2021.

11 Bijvoorbeeld: HvJ EU 21 november 2011, ECLI:EU:C:2011:865 (*N.S. & M.E.*), EHRM 21 januari 2011, 30696/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609 (*M.S.S./België en Griekenland*), EHRM 13 februari 2020, 8675/15 en 8697/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD00867515 (*N.D. en N.T./Spanje*).

12 A. Terlouw, 'Access to Justice for Asylum Seekers: Is the Right to Seek and Enjoy Asylum Only Black Letter Law?', in C. Grütters, S. Mantu & P. Minderhoud (red.), *Migration on the Move: Essays on the Dynamics of Migration*, Brill 2017, p. 247-267.

In de huidige literatuur over strategisch procederen en in bredere zin mobilisering van het recht ('legal mobilisation') zijn ruwweg twee stromingen te vinden.¹³ Het eerste ziet op de waarom-vraag: waarom stappen ngo's naar de rechter? Zowel vanuit de politicologie als de rechtssociologie is (en wordt) naar deze vraag gekeken, waarop een veelvoud aan politieke, juridische en organisatorische factoren als antwoord is gegeven.¹⁴ De tweede stroming kijkt naar de impact van strategische procedures: wat voor effect hebben ze?¹⁵ Deze literatuur biedt een gemixt beeld, met zowel gewenste als ongewenste effecten.

Er is daarentegen weinig inzicht (met uitzondering van wat Amerikaanse literatuur) in *hoe* er strategisch wordt geprocedeerd: welke keuzes worden er gemaakt in een strategisch proces en waarom? Gelet op de multi-level systeem in Europa, de verschillende nationale en internationale rechtsbronnen, de groeiende rol van mensenrechten, en de verscheidenheid aan actoren die strategisch procederen, is er een veelheid aan mogelijkheden binnen een strategisch proces in het asielrecht in Europa.

Om inzicht te krijgen in de impact en verandering die strategisch procederen kan bewerkstelligen, is het van belang om te weten wat er gebeurt in deze procedures. In mijn onderzoek kijk ik daarom naar vier 'dimensies' (keuzes) binnen strategisch procederen. De eerste is de keuze voor procederen als strategie, in lijn met de hierboven genoemde eerste stroom in de literatuur. De tweede keuze is het forum: bij welke rechter(s) wordt een procedure gestart? De derde dimensie is de manier waarop de ngo betrokken is in de procedure, als directe partij of meer indirect.¹⁶ Tot slot richt ik mijn onderzoek op het onderwerp (de juridische claim) en argumentatie die onderdeel is van strategische procedures.

2. Onderzoeksoepzet

Om de voornoemde dimensies van strategisch procederen door ngo's op het gebied van asielrecht in Europa te onderzoeken gebruik ik bestaande literatuur en empirisch onderzoek (interviews). De bestaande literatuur is op te splitsen in twee delen: de hierboven genoemde 'legal mobilisation' literatuur en de Amerikaanse literatuur over 'public interest litigation'.

In de eerstgenoemde wordt de 'waarom'-vraag behandeld en wordt de term 'legal mobilisation' gebruikt om te doelen op strategisch procederen.¹⁷ Uit dit soort onderzoek zijn verschillende factoren naar voren gekomen als relevant: factoren extern aan degenen die strategisch procederen en interne factoren. Voorbeelden van externe factoren zijn de Political Opportunity Structures.¹⁸ De gedachte achter deze theorie is kortgezegd dat wanneer toegang tot politieke organen 'gesloten' is, men naar de rechter zal stappen. Als de toegang tot politieke organen 'open' is, zal er voor een andere strategie worden gekozen, zoals lobbyen. Andere literatuur wijst Legal

Opportunity Structures aan als relevant, wat het procedurele en materiële juridische kader en de openheid ('receptiveness') van rechters inhoudt.¹⁹ In deze literatuur wordt beargumenteerd dat open structuren, zoals een gunstig juridisch kader, procedurele mogelijkheden om naar de rechter te stappen (voor ngo's), en receptieve rechters, leiden tot meer strategisch procederen.

Uit andere literatuur is gebleken dat de hiervoor genoemde theorieën niet altijd kunnen verklaren waarom strategisch procederen wordt gekozen als strategie. Zo zijn er situaties met gesloten juridische mogelijkheden (bijvoorbeeld beperkte toegang tot de rechter), maar waarin ngo's toch naar de rechter stappen om hun doelen te bereiken.²⁰ Daarom hebben andere auteurs gekeken naar factoren die verschillen per organisatie (en beweging) die procedeert. De voornaamste organisatorische (interne) factor die relevant is gebleken zijn de middelen ('resources') van organisaties.²¹ De term middelen kan in brede zin worden opgevat,²² maar ik heb ervoor gekozen om het op te delen in drie aspecten: financiële/materiële middelen, personele middelen ('human resources'), en de relaties van ngo's met andere maatschappelijke actoren.²³ Bij de personele middelen wordt in mijn onderzoek ook een deel van de literatuur inbegrepen die kijkt naar de identiteit van een organisatie en hoe bepaalde zaken 'geframed' worden.²⁴ Al deze factoren zijn deels bevestigd en deels ontkracht in bestaand onderzoek, dus vormt het een geheel kader voor mijn eigen onderzoek dat relevant is om te toetsen voor het asielrecht.

Italiaanse ngo's zien het EHRM als een betere optie dan het HvJ EU vanwege de afhankelijkheid van de nationale rechter die een prejudiciële vraag moet stellen, terwijl dit voor de Nederlandse ngo's anders ligt.

De tweede stroom in de literatuur die ik meeneem in het theoretisch kader is de genoemde Amerikaanse literatuur over 'public interest litigation'.²⁵ Hierin wordt meer gekeken naar andere beslissingen tijdens het strategisch proces zoals waar er wordt geprocedeerd en met wat voor argumentatie, maar er is geen eenduidig, coherent theoretisch kader te vinden dat gebruikt wordt. Daarom zijn aspecten uit deze literatuur geïncorporeerd in het theoretisch kader uit de 'legal mobilisation' literatuur.

Op basis van het gevormde theoretisch kader heeft de casusselectie plaatsgevonden. Ik heb ervoor gekozen om te kijken naar zes ngo's uit drie verschillende lidstaten van de EU en hun strategie binnen

- 13 S. Boucher & H. McCammon, 'Social Movements and Litigation', in D. Snow et al. (eds.) *The Wiley Blackwell Companion to Social Movements*, 2nd edition, John Wiley & Sons 2019, p. 306-321.
- 14 Zie bijvoorbeeld E. Andersen, *Out of the Closets & into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*, Ann Arbor: University of Michigan Press 2006; L. Vanhala, 'Is Legal Mobilization for the Birds? Legal Opportunity Structures and Environmental Nongovernmental Organizations in the United Kingdom, France, Finland, and Italy', *Comparative Political Studies* (51) 2018, afl. 3, p. 380-412.
- 15 Zie bijvoorbeeld M. McCann, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago University Press 1994; M. Baumgärtel, *Demanding Rights: Europe's Supranational Courts and the Dilemma of Migrant Vulnerability*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.
- 16 Zie ook K. van der Pas, 'Strategisch interveniëren als derde partij: Een bruikbaar middel in het migratierecht?', *AM&R* 2023, afl. 4, p. 192-197.
- 17 De term kan 'legal mobilisation' kan breder uitgelegd worden. Zie bijvoorbeeld voor een dergelijke bredere conceptualisering J. Handmaker & S. Taekema, 'O Lungo Drom: Legal Mobilization as Counterpower', *Journal of Human Rights Practice* 2023 (alleen online).
- 18 Belangrijke werken zijn bijvoorbeeld: H. Kitschelt, 'Political Opportunity Structures and Political Protest: Anti-Nuclear Movements in Four Democracies', *British Journal of Political Science* (16) 1986, afl. 1, p. 57-85; C. Coglianesi, 'Litigating within Relationships: Disputes and Disturbance in the Regulatory Process', *Law & Society Review* (30) 1996, afl. 4, p. 735-766.

- 19 Belangrijke werken zijn bijvoorbeeld: E. Andersen, *Out of the Closets and into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*, University of Michigan Press 2006; C. Hilson, 'New Social Movements: The Role of Legal Opportunity', *Journal of European Public Policy* (9) 2002, afl. 2, p. 238-255.
- 20 Zie bijvoorbeeld L. Vanhala, 'Legal Opportunity Structures and the Paradox of Legal Mobilization by the Environmental Movement in the UK', *Law & Society Review* (46) 2012, afl. 3, p. 523-556.
- 21 De theorie heet dan ook: resource mobilization theory. Zie J. McCarthy & M. Zald, 'Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory', *American Journal of Sociology* (82) 1977, afl. 6, p. 1212-1241.
- 22 Bijvoorbeeld door mee te nemen: 'financial, human, social-organizational, cultural and moral resources', zie B. Edwards, J. McCarthy, & D. Mataca, 'The Resource Context of Social Movements', in D. Snow, S. Soule, H. Kriesi, & H. McCammon, *The Wiley Blackwell Companion to Social Movements* 2019, John Wiley & Sons Ltd, p. 79-97.
- 23 Ik kijk bijvoorbeeld niet naar sociaal-culturele of morele middelen, omdat deze in de bestaande literatuur niet voorkomen.
- 24 Zie hierover bijvoorbeeld: L. Israël, 'Rights on the Left? Social Movements, Law and Lawyers after 1968 in France', in D. Anagnostou (red.), *Rights and Courts in Pursuit of Social Change: Legal Mobilisation in the Multi-Level European System*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing 2014; L. Vanhala, *Making Rights a Reality? Disability Rights Activists and Legal Mobilization*, Cambridge University Press 2011.
- 25 Zie bijvoorbeeld: S. Cummings & D. Rhode, 'Public Interest Litigation: Insights From Theory and Practice', *Fordham Urban Law Journal* (36) 2009, afl. 4, p. 603-651; L. Nielsen & C. Albiston, 'The Organization of Public Interest Practice: 1975-2004', *North Carolina Law Review* (84) 2006, afl. 5, p. 1591-1622.

strategisch procederen nader te onderzoeken. De drie lidstaten zijn gekozen door de procedurele mogelijkheden om te procederen voor ngo's (als onderdeel van Legal Opportunity Structures) te vergelijken. Het meest verschillend zijn de mogelijkheden in Nederland (meest open), Duitsland (meest gesloten) en Italië (ertussenin). Vervolgens zijn twee ngo's per lidstaat gekozen, die beide strategisch procederen in het asielrecht, maar een andere focus hebben. De ene ngo komt op voor de rechten van migranten/vluchtelingen/asielzoekers, terwijl de andere opkomt voor mensenrechten in het algemeen. Dit om de organisatie-identiteit (een relevante interne factor, zie hierboven) te variëren. Deze ngo's zijn: het Public Interest Litigation Project van het NJCM, Vluchtelingenwerk, het European Center for Constitutional and Human Rights (Duitsland), Pro Asyl (Duitsland), de Associazione Ricreativa e Culturale Italiana (Italië) en de Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (Italië). Vervolgens heb ik semigestructureerde interviews gehouden met verschillende leden van elke ngo om meer te weten te komen over hun keuzes in een strategisch proces, met specifieke aandacht voor de vier hierboven genoemde dimensies.

3. Voorlopige bevindingen

Hoewel ik geen definitieve uitspraken kan doen over mijn bevindingen, wil ik hier graag een tipje van de sluier oplichten over wat ik gevonden heb in de vergelijking tussen de verschillende ngo's en hun manier van strategisch procederen. Ik zal daarbij de verschillende keuzes binnen een strategisch proces die ik bekijk hieronder in volgorde toelichten.

Zoals gezegd heeft de eerste keuze, het kiezen voor procederen als strategie, qua theorievorming de meeste aandacht gekregen. Wat opvalt in de context van mijn eigen onderzoek in vergelijking met bestaand (recent) onderzoek, is dat politieke aspecten (zoals ontvankelijkheid van de politiek voor zaken gerelateerd aan asiel) als reden voor strategisch procederen een belangrijke rol spelen voor de geïnterviewde ngo's. Een terugkerend thema is dat de politiek niet luistert als het gaat om 'asiel', en daarom stappen organisaties naar de rechter. Dit is opvallend omdat recente literatuur minder kijkt naar Political Opportunity Structures en dit vaak zelfs helemaal niet bespreekt.²⁶ Desondanks lijkt dit niet de enige relevante factor te zijn: de identiteit van de organisatie en de achtergrond van het personeel (juridisch opgeleid) spelen ook een grote rol in strategie-keuze. De organisaties die weinig strategisch procederen hebben bijvoorbeeld weinig personeel met een juridische achtergrond in dienst. Juridische aspecten (Legal Opportunity Structures) spelen in mindere mate een rol: zij bepalen meer per onderwerp of procederen een reële optie is.

Als het gaat om de forumkeuze zijn juridische procedurele regels daarentegen van groot belang. Natuurlijk bepalen deze in veel gevallen de geografische keuze voor een gerechtelijke instantie, maar ook het achterliggende probleem kan de keuze voor een bepaalde (inter)nationale rechter bepalen. Het concept van Legal Opportunity Structures is dus zeer geschikt als factor voor deze keuze. Wel zit er ook een subjectief element aan de forumkeuze. Met

name op internationaal niveau zitten er verschillen in wat er geprefereerd wordt per ngo. Zo zien de Italiaanse ngo's het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als een betere en makkelijker bereikbare optie dan het Hof van Justitie van de EU vanwege de afhankelijkheid van de nationale rechter die een prejudiciële vraag moet stellen, terwijl dit voor de Nederlandse en (een van de) Duitse ngo's anders ligt. Ook een niet-bindend oordeel van een VN-comité wordt anders gewaardeerd door de verschillende ngo's.

Het soort betrokkenheid bij een strategische procedure verschilt enorm tussen de ngo's, ook tussen ngo's binnen dezelfde lidstaat. Dit is opvallend omdat het procedurele juridische kader (en dus Legal Opportunity Structures) erg leidend is in hoe ngo's betrokken kunnen zijn. Bepaalde ngo's prefereren het om zelf naar de rechter stappen, omdat er hierdoor geen conflict kan ontstaan tussen de doelen van de individuele cliënt en de doelen van de strategische procedure. Andere ngo's daarentegen werken juist uitsluitend via individuen, wat in het asielrecht juridisch-procedureel gezien vaak 'makkelijker' is. Ook zijn er ngo's die veel indirecter werken, door bijvoorbeeld financieel of met expertise bestaande procedures ondersteunen. Juridische aspecten spelen dus een rol, maar er is ook een subjectieve perceptie en aanpak per ngo.

De laatste keuze, voor de claim en argumentatie die wordt gebruikt, is in veel gevallen sterk afhankelijk van het soort ngo dat procedeert. Als de ngo een fundamentele rechten-achtergrond heeft, wordt er vaker een beroep gedaan op internationale mensenrechtenverdragen, terwijl ngo's die werken in het asielrecht vaker een beroep doen op EU-recht. Dit heeft, mijns inziens, vaak te maken met 'framing' van de problematiek, die vanuit de achtergrond van ngo-leden wordt ingekleurd. Iemand met een mensenrechtelijke juridische achtergrond zal bijvoorbeeld sneller mensenrechtelijke argumentatie gebruiken dan iemand met een juridische achtergrond in Nederlands recht.

Al met al is te zien dat het speelveld in de gekozen lidstaten erg verschilt: zo is bijvoorbeeld het recht op asiel in Italië een civiel recht, terwijl andere zaken omtrent asielzoekers en vluchtelingen (zoals werkvergunningen en ngo-boten die niet mogen aanleggen in Italiaanse havens) door de bestuursrechter worden afgehandeld. Ngo's geven aan dat dit hun strategische procedures en de mogelijke impact ervan sterk inkleurt. In Duitsland kiest een van de geïnterviewde ngo's ervoor om slechts in beperkte mate nationaal te procederen onder meer vanwege de lastige toegang tot de rechter. Hier staat tegenover dat ondanks deze grote juridische verschillen op nationaal niveau (die ook internationaal doorwerken) organisaties hun eigen percepties op strategisch procederen hebben en hun eigen keuzes maken.

Uiteindelijk hoop ik met mijn bevindingen bij te dragen aan meer bewustwording van de strategische keuzes die gemaakt worden, de redenen daarachter en tot slot inzicht in het speelveld voor strategisch procederen in het Europese asielrecht. ◀

26 Zie voor uitzondering A. Lejeune & J. Ringelheim, 'The Differential Use of Litigation by NGOs: A Case Study on Antidiscrimination Legal Mobilization in Belgium', *Law & Social Inquiry* 2022 (online).