

Het inreisverbod van president Trump

Over presidentiële bevoegdheden en de intensiteit van rechterlijke toetsing

R. VAN DER HULLE*

* Mr. drs. R. van der Hulle is advocaat bij Allen & Overy LLP in Amsterdam en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekscentrum voor Staat en Recht (SteR) van de Radboud Universiteit in Nijmegen. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

¹ Executive Order No. 13769, *Protecting the Nation From Foreign Terrorists Entry into the United States* (27 januari 2017).

² *Ibid.*, artikel 3(c) en artikel 5(d). Artikel 3(g) bevatte de mogelijkheid om in individuele gevallen een uitzondering te maken.

³ *Washington v. Trump*, 2017 WL 462040 (District Court for the Western District of Washington) (2017); *Washington v. Trump*, 847 F. 3d. 1151 (Court of Appeals for the Ninth Circuit) (2017).

⁴ Executive Order No. 13780, *Protecting the Nation From Foreign Terrorists Entry into the United States* (6 maart 2017).

⁵ *Ibid.*, artikel 2(c) en artikel 6(b). Artikel 3(c) bevatte de mogelijkheid om in individuele gevallen een uitzondering te maken.

⁶ *Ibid.*, artikel 2(a).

⁷ *International Refugee Assistance Project (IRAP) v. Trump*, 2017 WL 1018235 (District Court for the District of Maryland) (2017); *Hawaii v. Trump*, 2017 WL 1167383 en 1011673 (District Court for the District of Hawaii) (2017); *IRAP v. Trump*, 857 F. 3d 554 (Court of

1. Inleiding en voorgeschiedenis

Het is niet overdreven om te stellen dat het presidentschap van Donald Trump tot nu toe veelbewogen is. Sinds zijn aantreden in januari 2017 heeft hij diverse beslissingen genomen die wereldwijd gevolgen hebben gehad. Een van deze maatregelen is het inreisverbod dat hij kort na zijn aantreden afkondigde.¹ Dit inreisverbod schortte de toelating van personen uit een beperkt aantal, overwegend islamitische, landen tot de Verenigde Staten op en stelde onder meer beperkingen aan het totale aantal vluchtelingen dat in de Verenigde Staten in 2017 kon worden toegelaten. Aanvankelijk gold deze opschorting voor 90 dagen en richtte het verbod zich tot zeven landen die vaak met terrorisme in verband worden gebracht: Irak, Iran, Libië, Somalië, Soedan, Syrië en Jemen.² Niet verrassend werd het inreisverbod ook direct voor de rechter aangevochten. Nadat een lagere rechter het inreisverbod had geschorst,³ nam President Trump een tweede, aangepaste, versie van het inreisverbod aan.⁴ Net als de eerste versie schortte deze versie de toelating van personen uit een beperkt aantal, overwegend islamitische, landen voor 90 dagen op, en stelde het onder meer beperkingen aan het totale aantal vluchtelingen dat in de Verenigde Staten in 2017 kon worden toegelaten.⁵ Concreet ging het daarbij om zes van de zeven landen die ook onder de eerste versie van het inreisverbod vielen: Iran, Libië, Somalië, Soedan, Syrië en Jemen. Deze tweede versie van het inreisverbod schreef daarnaast voor dat in de tussentijd onderzoek zou worden verricht naar de informatie die deze en andere landen met de Verenigde Staten uitwisselen over de identiteit en achtergrond van personen die naar de Verenigde Staten willen reizen.⁶ Ook de tweede versie van het inreisverbod werd door tegenstanders aangevochten en door lagere rechters geschorst.⁷ Tegen de tijd dat het Hooggerechtshof zich hierover kon uitspreken, was de 90-dagen termijn verstreken.⁸ Wel had het in de tussentijd de schorsing van de aangepaste

versie van het inreisverbod door lagere rechters gedeeltelijk ongedaan gemaakt. Bij wijze van voorlopige maatregel had het Hof bepaald dat de aangepaste versie van het inreisverbod wel kon worden ingevoerd voor personen uit de genoemde landen die geen nauwe relatie met de Verenigde Staten hebben, bijvoorbeeld vanwege familie, studie of werk.⁹ Daarmee gaf het Hof een belangrijk signaal af dat het minder moeite had met het inreisverbod dan lagere rechters.

President Trump nam vervolgens een derde versie van het inreisverbod aan.¹⁰ Net als de eerdere versies voorziet deze derde versie onder meer in een opschorting van de toelating van personen uit een beperkt aantal, overwegend islamitische, landen. Aanvankelijk was de derde versie gericht tot de volgende landen: Tsjaad, Iran, Libië, Somalië, Syrië, Jemen, Venezuela en Noord-Korea.¹¹ Aan de keuze om het inreisverbod tot deze acht landen te richten, is het in de tweede versie voorgeschreven onderzoek ten grondslag gelegd.¹² Daaruit was gebleken dat de hiervoor genoemde landen niet of slechts in beperkte mate bereid zijn om informatie uit te wisselen over de identiteit en achtergrond van personen die naar de Verenigde Staten willen reizen. Afhankelijk van de bereidheid van deze landen om dergelijke informatie uit te wisselen en de kwaliteit daarvan, gaat het inreisverbod voor sommige landen verder dan voor andere landen.

Anders dan in de twee eerdere versies, is de opschorting van de toelating in deze derde versie van het inreisverbod echter niet aan een concrete termijn gebonden. Wel schrijft deze versie voor dat het inreisverbod steeds na 180 dagen wordt herzien.¹³ Op basis van een eerste herziening is bijvoorbeeld vastgesteld dat de informatie-uitwisseling met Tsjaad inmiddels is verbeterd. Het inreisverbod, voor zover dat op Tsjaad betrekking had, is daarom opgeheven.¹⁴ Daardoor bestrijkt het verbod op dit moment nog zeven landen: Iran, Libië, Somalië, Syrië, Jemen, Venezuela en Noord-Korea.

Deze derde versie van het inreisverbod kon evenmin op goedkeuring van lagere rechters rekenen. Op 26 juni 2018 heeft ook het Hoogerechtshof zich over deze versie uitgesproken.¹⁵ Het Hof deed dit nadat lagere rechters ook deze versie hadden geschorst en na deze schorsing aanvankelijk ongedaan te hebben gemaakt.¹⁶ Daarmee gaf het Hof in de tussentijd opnieuw een belangrijk signaal af dat het minder moeite had met het inreisverbod dan lagere rechters. Het inhoudelijke oordeel van het Hof van 26 juni 2018 bevestigt dit: anders dan lagere rechters hadden geoordeeld, kan het inreisverbod volgens het hoogste Amerikaanse rechtscollege de rechterlijke toets doorstaan. Dit oordeel is een belangrijke overwinning voor President Trump en zal in deze bijdrage nader worden bezien.

Appeals for the Fourth Circuit (2017); *Hawaii v. Trump*, 859 F.3d 741 (Court of Appeals for the Ninth Circuit) (2017).

8 Bij orders van 10 en 24 oktober 2017 verklaarde het Hof de betreffende zaken *moot*, zie *Trump v. Hawaii*, 583 U.S.__(2017); *Trump v. IRAP*, 583 U.S.__(2017).

9 *Trump v. Hawaii* en *Trump v. IRAP*, 582 U.S.__(2017). De opschorting van het inreisverbod bleef aldus in stand, dat wil zeggen dat het inreisverbod niet

bij de buren

kon worden toegepast, tegenover 'foreign nationals who have a credible claim of a bona fide relationship with a person or entity in the United States.' *Ibid.*, p. 12. Dit tussentijdse oordeel had veel weg van een compromis tussen de verschillende leden, zie ook *Trump v. Hawaii* en *Trump v. IRAP*, 582 U.S.__(2017), p. 3 (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part).

10 Presidential Proclamation No. 9645, *Enhancing Vetting Capabilities and Processes for Detecting Attempted Entry Into the United States by Terrorists or Other Public-Safety Threats* (24 september 2017).

11 *Ibid.*, artikel 2(a) tot en met artikel 2(h). Ook deze derde versie van het inreisverbod

2. Kern van het geschil

De toelaatbaarheid van het inreisverbod spitste zich toe op twee vragen: enerzijds de vraag of de President bevoegd is om een dergelijke maatregel vast te stellen en anderzijds de vraag of deze maatregel verenigbaar is met de Amerikaanse Grondwet. Tegenstanders van het verbod meenden dat beide vragen ontkennend moesten worden beantwoord. Alvorens het oordeel van het Hooggerechtshof te bespreken, zal voor een goed begrip daarvan het standpunt van de tegenstanders kort nader worden bezien. Vervolgens zal ook kort worden ingegaan op de intensiteit van de rechterlijke toetsing. Zoals hierna zal blijken, hangt het antwoord op beide vragen uiteindelijk voor een groot deel af van de terughoudendheid die de rechter hanteert bij zijn beoordeling van de aan het inreisverbod ten grondslag gelegde motieven.

2.1. Bevoegdheidsoverschrijding

De Amerikaanse Grondwet bepaalt dat het buitenlands beleid moet worden vormgegeven door de President en het Congres gezamenlijk.¹⁷ Ook het immigratiebeleid wordt door beide staatsmachten nader ingevuld. Het Congres heeft daartoe de *Immigration and Nationality Act* (hierna: de INA) aangenomen. Deze wet bevat diverse regels ter regulering van de toelating van immigranten en vluchtelingen tot Amerikaans grondgebied, waaronder diverse gronden om toelating te weigeren. Daarnaast heeft het Congres in deze wet bepaalde bevoegdheden aan de President gedelegeerd. Tot deze bevoegdheden behoort onder meer de bevoegdheid om burgers uit andere landen geheel van toelating uit te sluiten. Deze bevoegdheid is in het bijzonder neergelegd in artikel 1182(f) van de INA:

‘Whenever the President finds that the entry of any aliens or of any class of aliens into the United States would be detrimental to the interests of the United States, he may by proclamation, and for such period as he shall deem necessary, suspend the entry of all aliens or any class of aliens as immigrants or non-immigrants, or impose on the entry of aliens any restrictions he may deem to be appropriate.’

Uit de tekst van deze bepaling volgt dat de President bevoegd is burgers uit andere landen de toegang tot de Verenigde Staten te ontzeggen indien en zolang het algemeen belang dat naar zijn mening vereist. Tegenstanders meenden echter dat het inreisverbod een overschrijding van deze bevoegdheid inhield. Volgens hen was niet gebleken dat het algemeen belang tot invoering van het inreisverbod noopte. Daar kwam bij dat in de INA reeds is voorzien in de mogelijkheid om vluchtelingen en immigranten te weigeren bij het ontbreken van voldoende informatie over hun identiteit. Het inreisverbod vormde volgens tegenstanders dan

bevatte in artikel 3(c) de mogelijkheid om in individuele gevallen een uitzondering te maken.

12 *Ibid.*, artikel 1(c) tot en met artikel 1(j).

13 *Ibid.*, artikel 4(a).

14 Presidential Proclamation No. 9723, *Maintaining Enhanced Vetting Capabilities and Processes for Detecting Attempted Entry into the United States by Terrorists or Other Public-Safety Threats* (10 april 2018).

15 *Trump v. Hawaii*, 585 U.S.__(2018).

16 *Trump v. Hawaii*, 265 F. Supp. 3d 1140 (District Court for the District of Hawaii) (2017). Bij orders van 4 december 2017 maakte het Hof de opschorting van het inreisverbod door de rechter in eerste aanleg tijdelijk ongedaan totdat de hogereberoepsrechter op het hoger beroep zou hebben beslist, zie 583 U.S.__(2018). De hogereberoepsrechter bevestigde uiteindelijk voor een groot deel het oordeel van de rechter in eerste aanleg, maar bepaalde, in lijn met het eerdere tussentijdse oordeel van het Hof, dat het inreisverbod wel in werking kon treden voor personen uit de betrokken landen die geen nauwe relatie met de Verenigde Staten hebben, bijvoorbeeld vanwege familie, studie of werk, zie *Trump v. Hawaii*, 878 F. 3d 662 (Court of Appeals for the Ninth Circuit) (2017).

17 Zie artikel I en artikel II van de Amerikaanse Grondwet. Vgl. ook Passchier 2017.

ook een doorkruising van de in de INA gestelde regels. Daarnaast betoogden zij dat de uitoefening van deze gedelegeerde bevoegdheid niet in strijd mag komen met het gelijkheidsbeginsel. Het inreisverbod staat volgens tegenstanders op gespannen voet met dit beginsel, nu het verbod burgers uit overwegend islamitische landen raakt. Het verbod maakt daarmee niet alleen een onderscheid op basis van nationaliteit, maar ook op basis van religie.

2.2. Strijd met de Amerikaanse Grondwet

Tegenstanders van het inreisverbod voegden hieraan toe dat het verbod ook in strijd is met de Amerikaanse Grondwet. Concreet was de strijdigheid volgens hen niet alleen gelegen in het gelijkheidsbeginsel, maar eerst en vooral in de zogenoemde *Establishment Clause* van het Eerste Amendement van de Amerikaanse Grondwet. Op grond van die bepaling is de overheid verplicht om religies neutraal te behandelen. Het is daarom niet toegestaan de ene religie te bevoordelen of te benadelen ten opzichte van andere religies.¹⁸

Volgens tegenstanders geeft het inreisverbod wel blijk van een dergelijke benadeling. Vaststaat dat de meeste landen die door het inreisverbod worden geraakt islamitisch zijn. Tegenstanders van het inreisverbod betoogden dat het verbod in werkelijkheid ook is bedoeld als instrument om moslims te weren en aldus is gebaseerd op een afkeer van een bepaalde religie. Ter ondersteuning hiervan verwezen zij naar diverse uitlatingen van President Trump op Twitter en in andere media voorafgaand en vlak na zijn aantreden. Deze uitlatingen gaven volgens tegenstanders blijk van zijn ware beweegredenen en zijn moeilijk te verenigen met de officiële lezing dat het verbod is vastgesteld met het oog op de nationale veiligheid.

2.3. Toetsingsintensiteit

Zoals gezegd en hierna verder zal worden toegelicht, komt het bij de beoordeling van de tegen het inreisverbod aangevoerde bezwaren voor een groot deel aan op de intensiteit van de door de rechter te hanteren toets. Deze toetsingsintensiteit is regelmatig onderwerp van discussie in geschillen die raken aan de vormgeving van het buitenlands beleid en het immigratiebeleid. De reden hiervoor is gelegen in het vaak politieke karakter van beslissingen die ter invulling van dit beleid worden genomen.

Daarbij kunnen verschillende benaderingen worden onderscheiden. Denkbaar is dat de rechter bij de beoordeling van beslissingen ter vormgeving van het buitenlands beleid of het immigratiebeleid, of bij de vaststelling van de relevante feiten, een inhoudelijke beoordeling geheel

¹⁸ Zie bijv. *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993); *Larson v. Valente*, 456 U.S. 228 (1982); *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987).

achterwege laat. De Amerikaanse rechter is meer en minder recent daartoe overgegaan bij de beoordeling van bepaalde beslissingen op deze beleidsterreinen. Dergelijke beslissingen hebben in dat geval te gelden als *political question*. Voorbeelden hiervan zijn beslissingen tot erkenning van de soevereiniteit van een ander land en beslissingen tot militair ingrijpen.¹⁹ Een benadering die hier lijnrecht tegenover staat, houdt in dat de rechter ondanks de politieke gevoeligheid van het geschil overgaat tot een volle inhoudelijke beoordeling.

In de praktijk kiest de Amerikaanse rechter in geschillen die raken aan het buitenlands beleid en het immigratiebeleid vaak voor een benadering tussen beide uitersten. In de kern houdt deze tussenbenadering in dat de rechter een inhoudelijke beoordeling van de relevante feiten en de ter beoordeling staande beslissingen of maatregelen niet geheel achterwege laat, maar daarbij wel een zeer grote mate van terughoudendheid in acht neemt.²⁰ Zoals hierna zal blijken, kiezen lagere Amerikaanse rechters en het Hooggerechtshof ook bij de beoordeling van het inreisverbod van President Trump voor een dergelijke tussenbenadering, door aan te nemen dat het verbod niet in alle opzichten aan rechterlijk toezicht is onttrokken. Ook dan zijn er echter vele gradaties mogelijk. In vergelijking met lagere rechters kiest het Hof uiteindelijk voor de meest terughoudende benadering.

Bijzondere aandacht verdient hierbij de zaak *Kleindienst v. Mandel* uit 1972.²¹ Deze zaak wordt gezien als de basis voor deze tussenbenadering. Concreet ging het in deze zaak om een Belgische journalist en aanhanger van het Marxisme die door professoren verbonden aan een Amerikaanse universiteit was uitgenodigd om een conferentie in de Verenigde Staten bij te wonen. De INA schreef voor dat aanhangers van het communisme niet voor toelating tot de Verenigde Staten in aanmerking kwamen. Wel kende deze wet de bevoegdheid toe om hierop in individuele gevallen een uitzondering te maken. De verantwoordelijke minister had echter geweigerd om van deze bevoegdheid gebruik te maken en de Belgische journalist een visum te verlenen. De professoren vochten deze beslissing voor de rechter aan.

Het Hooggerechtshof stelde voorop dat, hoewel buitenlandse onderdanen in beginsel geen rechten kunnen ontlenen aan de Amerikaanse Grondwet, dit wel gold voor de betrokken professoren die de Belgische journalist voor de conferentie hadden uitgenodigd. De weigering van de verantwoordelijke minister om aan de Belgische journalist een visum toe te kennen, vormde een inbreuk op het door het Eerste Amendement gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting en het daarvan afgeleide recht om informatie te ontvangen.²² Vervolgens stelde het Hof vast dat beslissingen over het toelaten van buitenlandse onderdanen en

19 Zie hierover Van der Hulle 2017; Van der Hulle 2018a.

20 Zie bijv. *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787 (1977); *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010). Vgl. ook *Kerry v. Din*, 576 U.S. ___(2015); *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008); *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57 (1981); *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981).

21 *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972).

22 *Ibid.*, 762-765.

vluchtelingen bij uitstek een politiek karakter hebben. Dit karakter maakt dat deze beslissingen slechts in beperkte mate aan een rechterlijke toetsing kunnen worden onderworpen. Concreet heeft de rechter zich volgens het Hof te beperken tot een beoordeling van de aan een beslissing ten grondslag gelegde redenen. Indien deze redenen op het eerste gezicht legitiem en te goeder trouw zijn, dient de rechter zich te onthouden van een verdergaande inhoudelijke beoordeling van de eventuele andere redenen die aan de beslissing ten grondslag liggen en de gemaakte belangenafweging. Voor een indringendere toets is alleen plaats, indien de ter rechtvaardiging van een beslissing aangevoerde redenen op het eerste gezicht niet legitiem zijn en blijken te geven van kwade trouw.²³

Deze door het Hof in 1972 geïntroduceerde ‘Mandel-doctrine’ is zeer terughoudend en niet onomstreden. Op basis van deze doctrine oordeelde het Hof in *Kleindienst v. Mandel* dat de verantwoordelijke minister had kunnen weigeren om de Belgische journalist een visum te geven. Aan deze weigering had de minister ten grondslag gelegd dat de journalist ook eerder de Verenigde Staten had bezocht en toen, onder strikte voorwaarden, wel een visum had gekregen. Volgens de minister had de journalist deze voorwaarden niet nageleefd. Het Hof oordeelde dat dit op het eerste gezicht een legitieme reden was om een visum nu te weigeren en zag daarom van een verdere inhoudelijke beoordeling af.²⁴

3. Oordeel van het Hof

Zoals gezegd, kan het inreisverbod van President Trump volgens het Hooggerechtshof de juridische toets doorstaan. Daarmee is echter niet gezegd dat het oordeel van het Hof unaniem was. Integendeel: net als in diverse andere politiek en maatschappelijk gevoelige zaken was het Hof zeer verdeeld.²⁵ Het oordeel dat het inreisverbod de juridische toets kan doorstaan, werd door de vijf meer conservatief georiënteerde leden onderschreven. De vier overige, meer liberaal georiënteerde leden van het Hof waren met lagere rechters van mening dat het inreisverbod wel onrechtmatig is.

3.1. Oordeel van de meerderheid

Opvallend is dat de verdeeldheid binnen het Hof niet zozeer betrekking heeft op de vraag of de President op grond van artikel 1182(f) van de INA bevoegd is om een maatregel zoals het inreisverbod vast te stellen. Zoals gezegd, volgt uit deze bepaling dat de President bevoegd is burgers uit andere landen de toegang tot de Verenigde Staten te ontzeggen indien en zolang het algemeen belang dat naar zijn mening noodzakelijk maakt.

²³ *Ibid.*, 765-770.

²⁴ *Ibid.*, 758-760 en 769.

²⁵ Vgl. Sillen 2013.

Het Hof concludeert dat het inreisverbod aan alle voorwaarden uit deze bepaling voldoet. Hoewel het Hof zich openlijk afvraagt in hoeverre het aan de rechter is om na te gaan of het algemeen belang zonder meer noopt tot het treffen van een dergelijke maatregel, is het tegelijkertijd van mening dat het hiervoor bedoelde onderzoek naar de bereidheid van landen om informatie uit te wisselen over de identiteit van burgers die de Verenigde Staten willen bezoeken een toereikende motivering vormt voor het verbod.²⁶

Volgens het Hof is het inreisverbod evenmin in strijd met de structuur van de INA. Zoals gezegd, voorziet de INA reeds in de mogelijkheid om burgers uit andere landen te weren bij het ontbreken van voldoende informatie over hun identiteit. Het inreisverbod staat hiermee niet op gespannen voet. Integendeel: volgens het Hof vult het verbod de INA aan, omdat het beoogt andere landen te bewegen de uitwisseling van informatie te verbeteren.²⁷

Het Hof verwerpt ten slotte ook het betoog dat de uitoefening van de in artikel 1182(f) van de INA gedelegeerde bevoegdheid niet in strijd mag komen met het gelijkheidsbeginsel. Hoewel het Hof erkent dat de INA het maken van een onderscheid op basis van nationaliteit, religie en andere kenmerken verbiedt, geldt dit uitsluitend bij het nemen van beslissingen op individuele verzoeken om toelating en niet bij de daaraan voorafgaande vaststelling van de personen die voor toelating tot de Verenigde Staten in aanmerking kunnen komen. Het aan het inreisverbod ten grondslag liggende onderscheid op basis van nationaliteit kan dan ook geen reden zijn voor het oordeel dat dit verbod een overschrijding van de in artikel 1182(f) gedelegeerde bevoegdheid inhoudt. Hetzelfde geldt voor het gestelde onderscheid op basis van religie. Het Hof wijst er in dit verband op dat vergelijkbare maatregelen die op basis van dezelfde bepaling in het verleden zijn vastgesteld ook betrekking hadden op specifieke landen en daarmee ook een onderscheid maakten op basis van nationaliteit.²⁸

Het Hof ziet dan ook geen aanleiding voor het oordeel dat President Trump onbevoegd was om het inreisverbod vast te stellen. Daarmee neemt het Hof afstand van het oordeel van lagere rechters die wel gevoelig waren voor de argumenten van tegenstanders van het verbod. Anders dan de meeste lagere rechters, komt het Hof daardoor ook toe aan een beoordeling van de gestelde strijdigheid van het verbod met de Amerikaanse Grondwet. Daarbij stelt het de *Mandel*-doctrine voorop.²⁹ Zoals beschreven, moet de rechter op grond daarvan grote terughoudendheid in acht nemen en zich beperken tot de vraag of de redenen die aan een beslissing of maatregel ten grondslag zijn gelegd op het eerste gezicht legitiem en te goeder trouw zijn. Volgens het Hof is dat hier het geval: de

26 *Trump v. Hawaii*, 585 U.S.— (2018), onderdeel III A, p. 11-15. Het Hof voegt hieraan toe dat het inreisverbod van President

Trump uitgebreider is gemotiveerd dan andere maatregelen die in het verleden op basis van dezelfde bepaling zijn vastgesteld. Ter illustratie noemt het Hof maatregelen van President Clinton en President Reagan met betrekking tot leden van de Soedanese regering en het Soedanese leger (1996) en illegale migratie over zee (1981).

27 *Ibid.*, onderdeel III B, p. 15-20.

28 *Ibid.*, onderdeel III C, p. 20-24. Als voorbeeld noemt het Hof vergelijkbare inreisverboden van President Carter en President Reagan met betrekking tot Iran (1979) en Cuba (1986).

29 *Ibid.*, onderdeel IV C, p. 30-31.

aan het inreisverbod ten grondslag gelegde bescherming van de nationale veiligheid is een dergelijke reden. Dit betekent in beginsel het einde van de inhoudelijke beoordeling.³⁰

Toch gaat het Hof nog een stap verder, door hieraan toe te voegen dat zelfs bij een verdergaande inhoudelijke toets het inreisverbod overeind blijft.³¹

Deze aanvullende toets houdt in dat de rechter nagaat of het verbod zo is vormgegeven dat het in redelijkheid kan worden geacht aan de bescherming van de nationale veiligheid bij te dragen of in redelijkheid moet worden geacht uitsluitend te zijn ingegeven door vijandigheid ten opzichte van een religie.³² Het inreisverbod doorstaat ook deze toets: volgens het Hof kan niet in redelijkheid worden gezegd dat dit verbod in geen enkel opzicht verband houdt met de bescherming van de nationale veiligheid, maar is ingegeven door een afkeer van een bepaalde religie. Daarbij wijst het erop dat vijf van de zeven landen die door het verbod worden geraakt weliswaar islamitisch zijn, maar in totaal slechts acht procent van de wereldwijde bevolking die de islam aanhangt omvatten. Of het inreisverbod effectief is en getuigt van wijsheid, is volgens het Hof nadrukkelijk niet aan de rechter en valt buiten deze aanvullende inhoudelijke toets.³³

3.2. Oordeel van de minderheid

De verdeeldheid binnen Hof spitst zich vooral toe op dit laatste aspect, en daarmee op de vraag of het inreisverbod in werkelijkheid is ingegeven door een afkeer van een bepaalde religie en de indringendheid waarmee de rechter dit moet toetsen. De liberale minderheid is van mening dat de meerderheid ten onrechte terugvalt op de *Mandel*-doctrine.³⁴ Ook de door dezelfde meerderheid gehanteerde aanvullende toets acht zij onjuist.³⁵

Daartoe wijst de minderheid erop dat het inreisverbod een generieke maatregel is die veel burgers raakt, terwijl het in de zaak *Kleindienst v. Mandel* waarop deze doctrine is gebaseerd ging om individuele beslissingen over het toekennen van een visum. Daar komt bij dat in *Kleindienst v. Mandel* niet de *Establishment Clause* aan de orde was. Volgens de liberale minderheid vereist deze bepaling dat de rechter indringender toetst of een beslissing of maatregel blijkt geeft van een afkeer van een bepaalde religie en de ene religie bevoordeelt of benadeelt ten opzichte van een andere religie. Daarbij is bepalend hoe 'a reasonable observer', oftewel een redelijke observeerder, de beslissing of maatregel interpreteert.³⁶

De liberale minderheid concludeert dat een redelijke observeerder in het licht van alle beschikbare informatie, die vooral bestaat uit uitlatingen van President Trump op Twitter en in andere media, het verbod waarschijnlijk zou interpreteren als een maatregel die uitsluitend of overwegend is ingegeven door een afkeer van de islam. Dat maakt deze

30 *Ibid.*, p. 32: 'A conventional application of *Mandel*, asking only whether the policy is facially legitimate and bona fide, would put an end to our review.'

31 Het Hof gaat daartoe over omdat de regering ter zitting had gesuggereerd dat ook naar haar mening niet zonder meer met toepassing van de *Mandel*-doctrine moest worden volstaan. *Ibid.*: '[T]he Government has suggested that it may be appropriate here for the inquiry to extend beyond the facial neutrality of the order.'

32 *Ibid.*: 'For our purposes today, we assume that we may look behind the face of the Proclamation to the extent of applying rational basis review. That standard of review considers whether the entry policy is plausibly related to the Government's stated objective to protect the country and improve vetting processes.'

33 *Ibid.*, onderdeel IV D, p. 33-36.

34 *Trump v. Hawaii*, 585 U.S.____ (2018), onderdeel II, p. 13-15 (Sotomayor, J., dissenting).

35 *Ibid.*, p. 15.

36 Zie bijv. ook eerder *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S.____ (2014); *McCreary County v. American Civil Liberties Union*, 545 U.S. 844 (2005).

maatregel wel degelijk in strijd met de *Establishment Clause* en daarmee ongrondwettig.³⁷

4. Commentaar

Het zojuist beschreven oordeel van het Hooggerechtshof over het inreisverbod vormt zonder meer een belangrijke overwinning voor President Trump. Door dit oordeel blijft een van zijn meest omstreden maatregelen in stand. Toch is dit oordeel niet heel verrassend, niet alleen in het licht van de tussentijdse signalen die het Hof in aanloop naar dit oordeel gaf, maar ook gezien de huidige samenstelling van het Hof. Het oordeel dat het inreisverbod rechtmatig is, wordt door vijf van de negen leden, en daarmee door de kleinst mogelijke meerderheid, onderschreven. Deze vijf leden zijn benoemd door Republikeinse presidenten en zijn, zoals gezegd, meer conservatief georiënteerd. Zij staan een ruime uitleg van de bevoegdheden van de President op het gebied van het buitenlands beleid en immigratie voor, gecombineerd met een terughoudende rechterlijke toetsing en een beperkte uitleg van de reikwijdte van grondrechten.³⁸

Op zichzelf valt voor terughoudendheid bij geschillen die raken aan het buitenlands beleid en immigratie veel te zeggen. Zoals gezegd, hebben beslissingen en maatregelen die ter invulling van dit beleid worden genomen vaak een politiek karakter. Of een bepaalde beslissing of maatregel noodzakelijk is, bijvoorbeeld met het oog op de nationale veiligheid, vergt in de regel politieke afwegingen en een beoordeling van geheime en gevoelige informatie. Dat de rechter terughoudend is om deze politieke afwegingen aan een inhoudelijke beoordeling te onderwerpen, is zonder meer verdedigbaar. Ook de Nederlandse rechter staat in beginsel een dergelijke benadering voor: volgens de Hoge Raad moet ook de Nederlandse rechter bij zaken die raken aan het buitenlands beleid en defensie een grote mate van terughoudendheid aan de dag leggen.³⁹

De vraag is echter of dit alles ook geldt wanneer grondrechten in het geding zijn, zoals bij het inreisverbod. Ligt in dat geval niet een minder terughoudende benadering in de rede? Eerdere rechtspraak van het Hof suggereert dat de betrokkenheid van grondrechten inderdaad tot een minder terughoudende toetsing kan nopen:

‘Whatever power the United States Constitution envisions for the Executive (in the context of national security and foreign affairs), it most assuredly envisions a role for all three branches when individual liberties are at stake.’⁴⁰

37 *Trump v. Hawaii*, 585 U.S.____ (2018), onderdeel I B 1, p. 4 en 13 (Sotomayor, J., dissenting). Twee leden van de liberale minderheid benadrukten dat het inreisverbod de mogelijkheid biedt om aan personen uit de bedoelde landen onder bepaalde voorwaarden alsnog een visum te verlenen. Volgens deze leden zijn er aanwijzingen dat personen uit deze landen die de islam aanhangen en op zichzelf voor een visum in aanmerking komen, een visum toch is geweigerd. Ook dit duidt erop dat afkeer van de islam wel degelijk aan het inreisverbod en de toepassing daarvan ten grondslag ligt, zie *Trump v. Hawaii*, 585 U.S.____ (2018) (Breyer, J., dissenting).

38 Vgl. Sillen 2015; Sillen 2016.
39 HR 21 december 2001, NJ 2002/217, m.nt. Koopmans (*Inzet kernwapens*); HR 6 februari 2004, NJ 2004/329 (*Afghanistan*). Zie ook Van der Hulle 2018a.
40 *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 536 (2004). Zie ook *Trump v. Hawaii*, 585 U.S.____(2018), onderdeel II, p. 15, voetnoot 6 (Sotomayor, J., dissenting).

Hierbij geldt overigens dat de Amerikaanse Grondwet geen recht toekent aan buitenlandse onderdanen om te worden toegelaten tot Amerikaans grondgebied.⁴¹ Het inreisverbod grijpt eerst en vooral in op het recht van Amerikaanse staatsburgers die willen worden herenigd met hun familie en universiteiten en bedrijven die buitenlandse onderdanen willen toelaten en te werk stellen. Ook kunnen zij een beroep doen op de *Establishment Clause* van de Amerikaanse Grondwet.⁴²

Vastgesteld moet worden dat de *Mandel*-doctrine die de conservatieve meerderheid hanteert bij de beoordeling van het inreisverbod van President Trump weinig voorstelt. Zoals gezegd, is deze doctrine gebaseerd op de zaak *Kleindienst v. Mandel* uit 1972. De rechter moet op grond van die doctrine van een verdere inhoudelijke beoordeling afzien wanneer de aan een bepaalde beslissing of maatregel ten grondslag gelegde redenen op het eerste gezicht legitiem zijn en geen blijk geven van kwade trouw. Voor de regering is dit een eenvoudig te nemen horde: door simpelweg te verwijzen naar een legitiem belang, zoals de bescherming van de nationale veiligheid, kan een bepaalde beslissing of maatregel in beginsel overeind blijven, hoe ingrijpend deze beslissing of maatregel ook is.

Terecht plaatst de liberale minderheid van het Hof hier vraagtekens bij. Waar het in *Kleindienst v. Mandel* ging om individuele beslissingen over het al dan niet toekennen van een visum, gaat het bij het inreisverbod om een algemene maatregel die vele burgers raakt. Het verbod heeft daarmee een aanzienlijk breder bereik dan de beslissingen over toekennen van een visum. Daar komt bij dat in *Kleindienst v. Mandel* niet de *Establishment Clause* aan de orde was, maar het recht op vrijheid van meningsuiting en het daarvan afgeleide recht op het ontvangen van informatie. Hoewel beide rechten voortvloeien uit het Eerste Amendement, is daarmee nog niet gezegd dat de in *Kleindienst v. Mandel* gehanteerde benadering ook bij de *Establishment Clause* moet worden toegepast. Integendeel: eerdere rechtspraak biedt steun voor de stelling dat deze bepaling een indringendere toetsing vereist.⁴³

Ook de aanvullende toets die de conservatieve meerderheid hanteert stelt weinig voor. Deze toets houdt in dat de rechter nagaat of de betrokken maatregel zo is vormgegeven dat zij in redelijkheid kan worden geacht aan het daaraan ten grondslag gelegde belang bij te dragen. Niet verrassend doorstaat het inreisverbod ook deze toets: niet kan worden gezegd dat het inreisverbod in geen enkel opzicht verband houdt met de nationale veiligheid. Kenmerkend hiervoor is ook de overweging van de meerderheid dat weliswaar vijf van de zeven landen die door het verbod worden geraakt islamitisch zijn, maar dat deze landen slechts acht procent van de wereldwijde bevolking die de islam aanhangt omvatten. Door het

41 Zie bijv. *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972). Vgl. ook *Kerry v. Din*, 576 U.S. ___ (2015).

42 Om die reden neemt het Hof aan dat betrokken appellanten een voldoende belang, oftewel *standing*, hebben bij een inhoudelijke beoordeling, zie *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. ___ (2018), onderdeel IV A, p. 25, en onderdeel IV C, p. 30.

43 Zie bijv. *McCreary County v. American Civil Liberties Union*, 545 U.S. 844 (2005); *Larson v. Valente*, 456 U.S. 228 (1982); *Presbyterian Church in U. S. v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church*, 393 U.S. 440 (1969).

inreisverbod af te zetten tegen de wereldwijde bevolking die de islam aanhangt, is het niet verwonderlijk dat de meerderheid concludeert dat het inreisverbod geen blijk geeft van een afkeer voor een bepaalde religie. Met de liberale minderheid kan dan ook de vraag worden gesteld of de inhoudelijke toetsing die de conservatieve meerderheid aan de dag legt niet te terughoudend is. Terecht vraagt de minderheid hierbij aandacht voor uitlatingen van President Trump op Twitter en in de media voorafgaand en na zijn beëdiging. In december 2015, toen de verkiezingscampagne net van start was gegaan, riep Trump uitdrukkelijk op tot 'a total and complete shutdown of Muslims entering the United States'. Later in de campagne weigerde Trump hierop terug te komen en sprak hij nadrukkelijk over een voornemen tot invoering van een 'Muslim ban'.⁴⁴ Ook na zijn beëdiging als President weigerde Trump desgevraagd op het voornemen tot invoering van een 'Muslim ban' terug te komen. Na ondertekening van de eerste versie van het inreisverbod verklaarde hij: 'We all know what it means'. Vergelijkbare verklaringen volgden na ondertekening van de latere versies van het verbod. Misschien wel het meest illustratief is de uitlating van President Trump tijdens een politieke bijeenkomst dat de tweede versie van het inreisverbod niets meer was dan 'a watered down version', oftewel een afgezwakte versie, van de eerste versie van het verbod en was opgesteld 'at the behest of the lawyers'. Daarbij gaf Trump ook aan dat de eerste versie nog steeds zijn voorkeur genoot, om later opnieuw te spreken over 'a watered down, politically correct version' van het eerste inreisverbod.⁴⁵

De liberale minderheid moet worden toegegeven dat deze uitlatingen in ieder geval bij een redelijke observeerder de indruk kunnen wekken dat het inreisverbod eerst en vooral is ingegeven door een afkeer van de islam. Deze uitlatingen zijn moeilijk te verenigen met de officiële lezing dat het verbod is vastgesteld met het oog op de nationale veiligheid. Treffend spreekt de minderheid in dit verband van 'window dressing', om daar vervolgens aan toe te voegen dat zelfs onder de door de conservatieve meerderheid gehanteerde benadering het inreisverbod de juridische toets niet kan doorstaan.⁴⁶ Volgens de minderheid geeft het verbod niet alleen blijk van kwade trouw, nu het lijkt gebaseerd op een afkeer van een religie, maar is evenmin gebleken dat de INA niet reeds voorziet in toereikende mogelijkheden om personen uit andere landen met mogelijk terroristische motieven te weren.⁴⁷

De conservatieve meerderheid houdt zich echter nadrukkelijk op de vlakte en gaat aan de uitlatingen van President Trump voorbij, deels omdat deze uitlatingen vóór zijn aantreden zijn gedaan.⁴⁸ Daarmee miskent de meerderheid echter dat de uitlatingen van Trump ook dateren van na zijn beëdiging als President. Daar komt bij dat juist in een politiek systeem

44 *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. ___ (2018), onderdeel I B 1, p. 4-6, (Sotomayor, J., dissenting), met verdere verwijzingen.

45 *Ibid.*, p. 6-10 (Sotomayor, J., dissenting), met verdere verwijzingen.

46 *Ibid.*, onderdeel I B 2, p. 13 (Sotomayor, J., dissenting).

47 *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. ___ (2018), onderdeel II, p. 16-17 (Sotomayor, J., dissenting).

48 *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. ___ (2018), onderdeel IV B, p. 29.'

zoals dat van de Verenigde Staten, met een rechtstreeks mandaat van de kiezer, het maken van een onderscheid tussen uitlatingen van een politicus voorafgaand aan zijn verkiezing en aantreden enerzijds en uitlatingen van dezelfde politicus in functie anderzijds veel minder voor de hand ligt. Het komt tegen deze achtergrond dan ook enigszins gekunsteld voor om de uitlatingen die Trump als presidentskandidaat heeft gedaan volledig te negeren. Dit geldt temeer nu Trump, eenmaal in functie, daar nimmer afstand van heeft genomen, maar heeft aangegeven met het inreisverbod zijn eerdere voornemen te hebben uitgevoerd en daarmee een verkiezingsbelofte te hebben ingelost.

Kenmerkend voor de terughoudende benadering van de conservatieve meerderheid is ten slotte het standpunt van *Justice Kennedy*, die vlak na het bekend worden van dit oordeel zijn pensioen aankondigde. Hoewel ook hij tot deze meerderheid behoort, wordt hij over het algemeen gezien als een meer gematigde rechter, omdat hij met de liberale minderheid heeft gestemd voor bijvoorbeeld legalisering van het homohuwelijk en het recht op abortus.⁴⁹ Van enige gematigdheid lijkt bij zijn beoordeling van het inreisverbod echter geen sprake. In zijn *concurring opinion* stelt Kennedy dat vele beslissingen van de President en de regering op het gebied van het buitenlands beleid en immigratie geheel of gedeeltelijk aan rechterlijk toezicht zijn onttrokken, en daarmee als een *political question* hebben te gelden. Daar staat volgens hem echter tegenover dat de President en andere functionarissen een eed hebben afgelegd om de Amerikaanse Grondwet te allen tijde te respecteren:

'There are numerous instances in which the statements and actions of Government officials are not subject to judicial scrutiny or intervention. That does not mean those officials are free to disregard the Constitution and the rights it proclaims and protects. The oath that all officials take to adhere to the Constitution is not confined to those spheres in which the Judiciary can correct or even comment upon what those officials say or do. Indeed, the very fact that an official may have broad discretion, discretion free from judicial scrutiny, makes it all the more imperative for him or her to adhere to the Constitution and to its meaning and its promise.'⁵⁰

Deze overweging is opmerkelijk en weinig overtuigend: moeilijk valt in te zien in welk opzicht de eed die de President en andere functionarissen hebben afgelegd enige geruststelling biedt in gevallen waarin de rechter een inhoudelijke beoordeling van beslissingen en maatregelen die op gespannen voet staan met grondrechten geheel of gedeeltelijk achterwege laat.

49 Zie respectievelijk *Obergefell v. Hodges*, 76 U.S. ____ (2015); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Ook bij de beoordeling van de grondwettigheid van de doodstraf heeft Kennedy regelmatig de kant van zijn liberale collega's gekozen. Zie voor de actuele discussie daarover Van der Hulle 2018b. 50 *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. ____ (2018), p. 1-2 (Kennedy, J., concurring).

5. Afronding

Het oordeel van het Hooggerechtshof over het inreisverbod van President Trump is voor de rechtspraak van groot belang. Duidelijk is dat de hoogste rechter van de Verenigde Staten een ruime uitleg van de bevoegdheden van de President op het gebied van het buitenlands beleid en immigratie voorstaat, gecombineerd met een terughoudende rechterlijke toetsing. Het is niet overdreven om te stellen dat de President hiermee weinig in de weg wordt gelegd om op deze beleidsterreinen zijn eigen koers te varen: zolang hij zijn beslissingen motiveert onder verwijzingen naar op het eerste gezicht legitieme redenen, zoals de bescherming van de nationale veiligheid, is de kans groot dat deze beslissingen voor de rechter overeind blijven. Dat ook het inreisverbod van President Trump in stand is gebleven, is tegen die achtergrond niet heel verrassend.

In het licht van de huidige samenstelling van het Hof is het niet aannemelijk dat het Hof op korte termijn deze terughoudende koers zal verlaten of aanzienlijk zal nuanceren. Evenmin is aannemelijk dat President Trump zijn toon zal matigen en van koers zal veranderen. Onlangs kondigde hij een maatregel aan die beoogt de grote stroom vluchtelingen via Mexico naar de Verenigde Staten te ontmoedigen, door voor te schrijven dat deze vluchtelingen alleen voor toelating in aanmerking kunnen komen indien zij zich bij de daarvoor aangewezen, officiële grensposten melden. Net als het inreisverbod heeft ook deze maatregel tot veel discussie geleid. Inmiddels hebben lagere rechters deze maatregel geschorst, omdat deze maatregel volgens hen in strijd zou zijn met de INA.⁵¹

De ruime bevoegdheden van de President gecombineerd met een terughoudende rechterlijke toetsing maken dat het vooral aan het Congres is om tegenwicht te bieden tegen de beslissingen en maatregelen van de President op het gebied van het buitenlands beleid en immigratie. In het verleden heeft het Congres zich daarbij zeer terughoudend getoond.⁵² De vraag is of het Congres in een deels gewijzigde samenstelling na de tussentijdse verkiezingen bereid en in staat is om deze terughoudendheid enigszins te laten varen.

⁵¹ *East Bay Sanctuary Covenant v. Trump*, 18-cv-06810-JST (District Court for the Northern District of California) (2018); *East Bay Sanctuary Covenant v. Trump*, 18-17274 (Court of Appeals for the Ninth Circuit) (2018).

⁵² Zie ook Passchier 2017.

Literatuur

Passchier 2017

R. Passchier, 'Als *Commander in Chief* kan President Trump straks bijna alles', *NJB* 2017/2, p. 6-13

Sillen 2013

J.J.J. Sillen, 'De strijd om het homohuwelijk in de Verenigde Staten', *NJB* 2013/2301, p. 2728-2735

Sillen 2015

J.J.J. Sillen, 'Het homohuwelijk in de VS. Tussen progressieve en conservatieve rechtsvinding', *NJB* 2015/1541, p. 2102-2108

Sillen 2016

J.J.J. Sillen, 'Het Scalia Court. De nalatenschap van Justice Antonin Scalia (1936-2016)', *Ars Aequi* 2016, p. 781-786

Van der Hulle 2017

R. van der Hulle, 'Het vonnis van de Haagse rechtbank over het Oekraïne-referendum in het licht van de Amerikaanse *political question*-doctrine', *NJB* 2017/1755, p. 2312-2319

Van der Hulle 2018a

R. van der Hulle, 'De rol van de rechter bij vraagstukken van buitenlands beleid en defensie: over *Crown acts of state*, *political questions* en rechterlijk absteren', *RM Themis* 2018, p. 58-66

Van der Hulle 2018b

R. van der Hulle, 'De actuele discussie over de doodstraf in de Verenigde Staten', *Ars Aequi* 2018, p. 130-139