



NANSEN BIJDRAGE 2021/3

Tegen de systematische detentie van asiezoekers aan de grens

NANSEN ontwikkelt juridische expertise over internationale bescherming en een interdisciplinaire benadering van asiel. NANSEN is ook een operationele partner van de UNHCR bij het verlenen van rechtshulp aan asielzoekers. De hier gedane aanbevelingen zijn het resultaat van een structurele analyse van de doeltreffendheid van de toegang tot internationale bescherming, het toezicht op de detentie van personen die bescherming zoeken en de individuele bijstand aan personen die bescherming nodig hebben (met inbegrip van staatlozen). In al zijn activiteiten besteedt NANSEN bijzondere aandacht aan mensen in kwetsbare situaties, waaronder slachtoffers van foltering.

Auteur : Marjan Claes

Redactie : Julie Lejeune – Valérie Klein

INHOUDSTAFEL

<i>Tegen systematische asielzoekers aan de grens.....</i>	3
1. Systematische vasthouding van verzoekers aan de grens	3
2. Voortgezette vasthouding op basis van artikel 74/6 Vreemdelingenwet	6
3. Individuele motivering van de toepassing van de grens- en versnelde procedure 7	
4. Aanvang vier weken termijn	9
<i>Rechterlijke controle op administratieve detentie</i>	10
<i>Vasthouding van gezinnen met minderjarige kinderen.....</i>	13
<i>Artikel 3 EVRM en het principe van non-refoulement.....</i>	14

Tegen systematische asielzoekers aan de grens

1. Systematische vasthouding van verzoekers aan de grens

In de praktijk worden verzoekers aan de grens systematisch vastgehouden. Volgens NANSEN is dit strijdig met Europees- en internationaal recht. NANSEN beveelt aan de Vreemdelingenwet in lijn te brengen met EU-recht zodat ook voor asielzoekers aan de grens individueel wordt beoordeeld of detentie noodzakelijk is en of minder dwingende maatregelen effectief kunnen worden toegepast.

Aanbeveling: Volledige omzetting van artikel 8 van de Opvangrichtlijn in artikel 74/5 van de Vreemdelingenwet door toevoeging van de bewoordingen “*Wanneer het, op basis van een individuele beoordeling, nodig blijkt en er geen andere, minder dwingende maatregelen effectief kunnen worden toegepast*”

NANSEN stelt vast dat de voorwaarden voorgeschreven door artikel 8.2 van de Opvangrichtlijn die de vasthouding van verzoekers omkaderen, niet zijn overgenomen in artikel 74/5, §1 van de Vreemdelingenwet, rechtsgrond voor vasthouding van verzoekers aan de grens. In tegenstelling tot artikel 74/6 Vreemdelingenwet, rechtsgrond voor vasthouding van verzoekers op het grondgebied, waarin deze voorwaarden wel zijn opgenomen. Het gevolg is dat elke verzoeker aan de grens systematisch wordt vastgehouden in het gesloten centrum. De memorie van toelichting bij de wet van 22 maart 2018 maakt duidelijk dat de Belgische staat vasthoudt aan de praktijk van systematische vasthouding van asielzoekers aan de grens ten einde een effectieve grensbewaking te kunnen waarborgen.¹

Volgens NANSEN is de systematische detentie van verzoekers aan de grens in strijd met EU-regelgeving en internationaal recht.

Uit de tekst van de Opvang- en Procedurerichtlijn volgt dat artikel 8 van de Opvangrichtlijn een overkoepelende bepaling is van toepassing op verzoekers in detentie wiens verzoek behandeld wordt volgens de grensprocedure. Zo bepaalt artikel 43.1 van de Procedurerichtlijn dat de grensprocedure dient ingevoerd te worden overeenkomstig de fundamentele beginselen en waarborgen zoals weergegeven in hoofdstuk II van de Procedurerichtlijn. In hoofdstuk II verwijst artikel 26 van de Procedurerichtlijn ‘bewaring’, uitdrukkelijk naar de gronden en voorwaarden van vasthouding van verzoekers vastgelegd in de Opvangrichtlijn. Artikel 8, lid 3 van de Opvangrichtlijn voorziet een exhaustieve lijst van zes gronden waarop een vasthouding kan worden gerechtvaardigd. Een van deze vasthoudingsgronden is om in het kader van een procedure een beslissing te nemen over het recht van de verzoeker om het grondgebied te betreden. Deze detentiegrond wordt niet afzonderlijk behandeld. Wat rechtvaardigt te besluiten dat detentie in het kader van een grensprocedure onderworpen is aan dezelfde voorwaarden van proportionaliteit en noodzakelijkheid als de andere detentiegronden van de richtlijn.² De overkoepelende principes uiteengezet in de overwegingen 15 en 20 van de Opvangrichtlijn, vormen de *ratio legis* van de bepalingen opgenomen in deze richtlijn, waaronder deze die vasthouding toestaan. Daaruit volgt dat ten einde de fysieke en psychische integriteit te waarborgen en ten einde de internationale wettelijke verplichtingen en artikel 31 van het Vluchtelingenverdrag te waarborgen, de principes van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit gelden voor elke vasthouding.

¹ MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 150.

² G. CORNELISSE, “Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law”, *Refugee Survey Quarterly*, 2016, 84.

Overeenkomstig artikel Artikel 52, lid 1 van het Handvest zijn beperkingen van het recht op vrijheid gewaarborgd door artikel 6 van het Handvest onderworpen aan het principe van evenredigheid, zij moeten met andere woorden noodzakelijk zijn en beantwoorden aan doelstellingen van algemeen belang. Deze vereisten werden door de uniewetgever ingevoerd in de herschikte Opvangrichtlijn.³ Dit wordt bevestigd door het Hof van Justitie in het arrest *K*⁴ waar het oordeelde dat ten einde conform te zijn aan artikel 6 van het Handvest elke beperking van het recht op vrijheid moet voldoen aan artikel 52, lid 1 van het Handvest. Dit houdt in dat vrijheidsberoving bij wet voorzien moet zijn, zoals het geval is in artikel 8 Opvangrichtlijn. Verder moet de wezenlijke inhoud van het recht op vrijheid gerespecteerd worden. Dit is het geval doordat artikel 8 Opvangrichtlijn bepaalt dat vasthouding slechts in uitzonderlijke omstandigheden mogelijk is, gebeurt op basis van het persoonlijk gedrag, gebonden is aan strikte voorwaarden en dat er procedurele waarborgen voorzien worden.⁵ Ten slotte dient het evenredigheidsbeginsel gerespecteerd te worden. Vasthouding dient met name noodzakelijk te zijn en te beantwoorden aan doelstellingen van algemeen belang, zoals het goed functioneren van het gemeenschappelijk asielstelsel. Dit houdt in dat degene die nood heeft aan internationale bescherming geïdentificeerd wordt en dat voorkomen wordt dat degene die hier geen nood aan heeft het grondgebied op onwettige wijze betreedt en er op onwettige wijze verblijft.⁶ Er dient een evenwicht te zijn tussen deze doelstelling van algemeen belang en het recht op vrijheid van ieder individu. Daarom worden bepaalde voorwaarden aan de vasthouding gekoppeld en kan in ieder afzonderlijk geval, slechts in laatste instantie tot detentie wordt overgegaan.⁷

Het Hof van Justitie specificeert dat het goed functioneren van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel niet kan rechtvaardigen dat tot detentie wordt besloten zonder dat de nationale autoriteiten vooraf per geval zijn nagegaan of deze evenredig is aan de nagestreefde doelstellingen. Een dergelijk onderzoek vereist volgens het Hof is voldaan aan alle voorwaarden van artikel 8 en 9 van de Opvangrichtlijn.⁸ Dit betekent dat een effectieve grenscontrole als doelstelling van algemeen belang niet volstaat om systematische detentie te rechtvaardigen. Om het evenredigheidsprincipe en de wezenlijke inhoud van het recht op vrijheid te respecteren dient immers voldaan te zijn aan de voorwaarden vooropgesteld in artikel 8 Opvangrichtlijn. Zo niet is sprake van een schending van artikel 6 Handvest in samenhang met artikel 52, lid 1 Handvest. Dat artikel 8 Opvangrichtlijn van toepassing is op verzoekers die onder het toepassingsgebied van artikel 43 Procedurerichtlijn vallen wordt verder bevestigd door het Hof van Justitie in het arrest *PPU*⁹. Hierin stelt het Hof van Justitie dat een aan de grensprocedure gekoppelde vasthouding onder het toepassingsgebied van artikel 8, lid 3, c) van de Opvangrichtlijn valt.¹⁰ Het Hof bevestigt dat vasthouding alleen is toegestaan in gevallen waarin zulks nodig blijkt op grond van een individuele beoordeling van elk geval en wanneer andere, minder dwingende maatregelen niet effectief kunnen worden toegepast.

Hieruit volgt volgens het Hof van Justitie dat de nationale autoriteiten een persoon die om internationale bescherming verzoekt alleen in bewaring kunnen houden nadat per geval is nagegaan of een dergelijke bewaring evenredig is aan de ermee nagestreefde doelen zoals uiteengezet in het arrest *K*.¹¹

³ G. CORNELISSE, "Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law", *Refugee Survey Quarterly*, 2016, 85.

⁴ HvJ 14 september 2017, C-18/16, *K*, ECLI:EU:C:2017:680, § 34.

⁵ HvJ 14 september 2017, C-18/16, *K*, ECLI:EU:C:2017:680, § 35.

⁶ HvJ 14 september 2017, C-18/16, *K*, ECLI:EU:C:2017:680, § 36.

⁷ HvJ 14 september 2017, C-18/16, *K*, ECLI:EU:C:2017:680, § 47.

⁸ HvJ 14 september 2017, C-18/16, *K*, ECLI:EU:C:2017:680, § 48.

⁹ HvJ 14 mei 2020, C-924/19, *PPU*, ECLI:EU:C:2020:367.

¹⁰ HvJ 14 mei 2020, C-924/19, *PPU*, ECLI:EU:C:2020:367, §§ 237-238.

¹¹ HvJ 14 mei 2020, C-924/19, *PPU*, ECLI:EU:C:2020:367, §§ 258-259.

Bijgevolg is NANSEN het niet eens met de redenering van het Grondwettelijk Hof zoals weergegeven in het arrest van 25 februari 2021 waar het stelt dat artikel 43 van de Opvangrichtlijn, dat de grensprocedure regelt, de *lex specialis* is ten aanzien van artikel 8 van de Opvangrichtlijn. Volgens het Hof is de algemene regeling vervat in artikel 8 Opvangrichtlijn slechts van toepassing voor zover zij verenigbaar is met de specifieke kenmerken van de grensprocedure. Een individuele beoordeling van de noodzaak tot vasthouding is niet verenigbaar met de specifieke procedure ingevoerd met artikel 43 van de Procedurerichtlijn, zo stelt het Hof. Waaruit dan volgt dat een tijdelijke vasthouding van elke verzoeker aan de grens noodzakelijk is in het kader van een efficiënte immigratiecontrole, ten einde een effectieve grenscontrole te waarborgen die niet met minder dwingende maatregelen kan worden bereikt.¹²

Volgens NANSEN is de Opvangrichtlijn, en artikel 8 de *lex specialis* wat detentie betreft ten opzichte van de Procedurerichtlijn. Overweging 8 van de Preambule van de Opvangrichtlijn bepaalt tevens dat om in de gehele Unie de gelijke behandeling van verzoekers te garanderen, de Opvangrichtlijn van toepassing is tijdens alle fasen en op alle soorten procedures betreffende verzoeken om internationale bescherming.

Bovendien houdt artikel 22 van de Opvangrichtlijn een identificatieplicht in van verzoekers in een kwetsbare situatie ten einde passende steun te bieden. In geval de detentie zonder onderscheid is, of zonder individuele beoordeling, zullen verzoekers in een kwetsbare situatie niet geïdentificeerd worden. Ook het EHRM vereist in bepaalde gevallen van kwetsbare personen, zoals kinderen, dat de noodzakelijkheid van detentie wordt aangetoond¹³. In het arrest *Thimothawes* tegen België beoordeelde het EHRM de praktijk van automatische grensdetentie in het licht van artikel 5, § 1, (f) EVRM. Het Hof stelde vast dat de opeenvolgende detentiemaatregelen op stereotiepe en laconieke wijze geformuleerd werden, en dat ze niet toelieten aan de verzoeker om de redenen te kennen die concreet zijn detentie rechtvaardigden. In *Thimothawes* herinnerde het Hof eraan dat veralgemeende of automatische vasthouding van asielzoekers zonder individuele beoordeling van bijzondere noden problematisch kan zijn in het licht van artikel 5 § 1 f) EVRM.¹⁴

De EU-regelgeving op vlak van detentie van verzoekers aan de grens is in lijn met het internationaal recht, meer bepaald artikel 9 IVBPR, dat het recht op vrijheid waarborgt. Het VN-Mensenrechtencomité overweegt dat vasthouding van verzoekers willekeurig is wanneer de individuele omstandigheden van de persoon niet in overweging worden genomen en wanneer minder dwingende maatregelen niet worden onderzocht. Onrechtmatige toegang op zich is onvoldoende om de vasthouding te rechtvaardigen.¹⁵ In meer recente rechtspraak overweegt het VN-Mensenrechtencomité in welke omstandigheden verzoekers die op onwettige wijze het grondgebied betreden, gedurende een korte periode kunnen worden vastgehouden.

Het VN-Mensenrechtencomité herhaalt de voorwaardelijkheid en de subsidiariteit van deze vasthouding en benadrukt dat vasthouding, gebaseerd op een dwingende regel die van toepassing is op een brede categorie van personen, willekeurig is.¹⁶

NANSEN adviseert daarom een aanpassing van de desbetreffende artikelen in de vreemdelingenwet ten einde conformiteit met deze regelgeving en een effectieve juridische controle van de vasthouding te garanderen

¹² Grondwettelijk Hof 25 februari 2021, nr. 23/2021, punten B.122.7 en B.122.8.

¹³ EHRM 1 september 2016, nr. 49734/12, *V.M./Verenigd Koninkrijk*, § 94; EHRM 20 december 2011, nr. 10486/10, *Yoh-Ekale Mwanje/België*, § 124; EHRM 12 juli 2016, nr. 11593/12, *A.B. en andere/ Frankrijk*, § 124; EHRM 19 januari 2012, nrs. 39472/07 en 39474/07, *Popov/Frankrijk*.

¹⁴ EHRM 4 april 2017, nr. 39061/11, *Thimothawes/België*, §§ 73, 77.

¹⁵ VN-Mensenrechtencomité 30 april 1997, CCPR/C/59/D560/93, *A./Australië*, § 9.4.

¹⁶ VN-Mensenrechtencomité 25 juli 2013, CCPR/C/108/D/2136/2012, *M.M.M. e.a./Australië*, § 10.3.

2. Voortgezette vasthouding op basis van artikel 74/6 Vreemdelingenwet

In de praktijk worden asielzoekers aan de grens voor wie het CGVS geen beslissing neemt binnen de vier weken na indiening van het verzoek meestal toch nog langer vastgehouden. NANSEN adviseert deze verzoekers effectief toegang tot het grondgebied te verlenen en vrij te stellen.

Aanbeveling: Vrijstelling van verzoekers om internationale bescherming aan de grens als het verzoek binnen de vier weken nog niet onontvankelijk verklaard of ten gronde geweigerd werd, en zij toegang verkrijgen tot het grondgebied. Dit verankeren in artikel 74/5 van de Vreemdelingenwet. In geval voortgezette vasthouding toch toegestaan wordt, wettelijk bepalen dat de totale duur van de vasthouding van een verzoeker om internationale bescherming twee maanden is.

Nansen stelt vast dat met de wet van 21 november 2017 de bestaande praktijk van voortgezette vasthouding, na grensdetentie, op basis van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet wettelijk verankerd werd. De memorie van toelichting bepaalt dat artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet ook van toepassing is op vreemdelingen die aanvankelijk aan de grens een verzoek om internationale bescherming hebben ingediend maar op grond van artikel 74/5, § 4 van de Vreemdelingenwet toegelaten werden het Rijk binnen te komen. Zij kunnen desgevallend op basis van dit artikel verder op het grondgebied worden vastgehouden.¹⁷

Algemeen wordt in deze beslissingen gemotiveerd dat de vasthouding noodzakelijk is om de gegevens te verkrijgen die ten grondslag liggen aan het verzoek om internationale bescherming, die niet zouden kunnen worden verkregen als de verzoeker niet vastgehouden zou worden, met name in geval van risico op onderduiken van de verzoeker. Het risico op onderduiken wordt vastgesteld op basis van het reizen met valse documenten of zonder de nodige documenten of omdat de verzoeker voor andere doeleinden dan de doeleinden waarvoor hij een verzoek om internationale bescherming heeft ingediend naar België zou zijn gekomen, omdat hij reisde met een toeristenvisum bijvoorbeeld. In se is er geen verschil in motivering tussen deze vasthoudingsmaatregel op basis van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet en de motivering van de initiële vasthouding aan de grens op basis van artikel 74/5 van de Vreemdelingenwet.¹⁸

Deze praktijk leidt tot een cumulatie van detentiemaatregelen¹⁹ en verlenging van de wettelijk bepaalde maximum detentietermijn van twee maanden²⁰ voor verzoekers om internationale bescherming.

Volgens NANSEN heeft de voortgezette vasthouding op basis van artikel 74/6 Vreemdelingenwet voor een verzoeker die toegang kreeg tot het grondgebied en tijdens de asielprocedure niet kan worden uitgewezen geen wettig doel.

Immers in het geval van verzoekers aan de grens voorziet artikel 52/3, § 2 van de Vreemdelingenwet dat de aflevering van een beslissing tot binnenkomstweigerings met

¹⁷ MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 151.

¹⁸ M. CLAES, "Vasthouding van personen met een mogelijke nood aan internationale bescherming als uitzonderingsmaatregel na de wet van 21 november 2017", *T. Vreemd.* Nr. 3, 2019, 209.

¹⁹ Zie voor de accumulatie van detentietitels en voor een wettelijk bepaalde maximum detentietermijn eveneens de bijdrage van MOVE voor het migratiewetboek.

²⁰ Artikel 74/5, § 3 Vreemdelingenwet en artikel 74/6, §1 Vreemdelingenwet

terugdrijving wordt uitgesteld tot na de negatieve beslissing van het CGVS. Dit betekent dat wanneer toegang tot het grondgebied wordt verleend op basis van het uitblijven van een beslissing van het CGVS of wanneer het CGVS beslist tot verder onderzoek er in principe nog geen terugdrijvingsbeslissing is genomen. Nadat toegang werd verleend, heeft de verzoeker overeenkomstig artikel 49/3/1 van de Vreemdelingenwet het recht om wettig op het grondgebied te verblijven in afwachting van een definitieve beslissing inzake het verzoek om internationale bescherming. Bijgevolg heeft de voortgezette vasthouding op het grondgebied op basis van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet geen wettig doel, gezien de verzoeker voor wie nog geen terugkeerprocedure werd opgestart, overeenkomstig de Vreemdelingenwet niet kan worden uitgewezen zolang de asielpprocedure loopt. Artikel 5, § 1, (f) EVRM bepaalt op limitatieve wijze dat vasthouding van een persoon enkel mogelijk is om hem te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen of van een persoon waartegen een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is.

Het EHRM oordeelde reeds in het arrest *Suso Musa t. Malta* dat detentie van een verzoeker tijdens de asielpprocedure niet kan worden bevolen voor uitwijzing in geval de nationale wetgeving niet toelaat de verzoeker te verwijderen tijdens de asielpprocedure. Het Hof besloot in dit geval tot een schending van artikel 5, § 1 EVRM stellende dat de overheid niet te goeder trouw handelde en dat de detentie niet nauw verbonden was met het nagestreefde doel.²¹ Ook het Hof van Justitie oordeelde in het arrest *JN* dat vasthouding van een verzoeker met het oog op uitwijzing in toepassing van artikel 8 van de Opvangrichtlijn kan om het nuttig effect van de Terugkeerrichtlijn te waarborgen. In deze zin dat de terugkeerprocedure, in het kader waarvan een terugkeerbesluit werd genomen, kan worden hervat in het stadium waarin zij is onderbroken als gevolg van de indiening van een verzoek om internationale bescherming, zodra dat verzoek in eerste aanleg is afgewezen.²² Het betreft dus het geval waarin de terugkeerprocedure werd opgestart en reeds een bevel om het grondgebied te verlaten of een beslissing tot terugdrijving werd afgeleverd, wat in principe niet het geval is voor een verzoeker aan de grens.

Samen met Myria stelt NANSSEN echter vast dat in de meeste gevallen een verzoeker aan de grens onmiddellijk een beslissing tot terugdrijving (bijlage 11) ontvangt terwijl de federale politie aan Myria verklaarde dat in de meeste gevallen een duidelijke asielaanvraag ingediend wordt bij aankomst aan de grens.²³ Deze praktijk vormt een schending van artikel 52/3, §2 Vreemdelingenwet.

Ook de redenering van het Hof van Justitie in het arrest *PPU*²⁴ lijkt zich te verzetten tegen een voortgezette vasthouding nadat de termijn van vier weken voor het CGVS om een beslissing te nemen is verstreken. Het Hof van Justitie oordeelde met betrekking tot artikel 43.3 van de Procedurerichtlijn dat in geval van massale aankomst van verzoekers het voor de lidstaten onmogelijk is om de grensprocedure aan hun grenzen of in hun transitzones toe te passen, de grensprocedure verder kan worden toegepast voor zover de verzoekers wanneer de vier weken termijn verstreken is worden ondergebracht op 'normale wijze'. Het Hof van Justitie verduidelijkt dat 'op normale wijze' uitsluit dat de verzoekers vastgehouden kunnen blijven en dat zij opgevangen moeten worden overeenkomstig de artikelen 17 en 18 van de Opvangrichtlijn. Dit impliceert dat wanneer de vier weken termijn voor behandeling van verzoeken aan de grens verstreken is, verzoekers niet langer vastgehouden kunnen blijven.

3. Individuele motivering van de toepassing van de grens- en versnelde procedure

²¹ EHRM 9 december 2013, nr. 42337/12, *Suso Musa/Malta*.

²² HvJ 15 februari 2016, C-601/15, *J.N.*, ECLI:EU:C:2016:84, § 75.

²³ Myria, *Een nieuw paradigma voor het Europese asiemodel? Toegang tot bescherming onder druk*, MyriaDoc9, juli 2019, 92, beschikbaar op <https://www.myria.be/files/Myriadoc-9-NL.pdf>

²⁴ HvJ 14 mei 2020, C-924/19, *PPU*, ECLI:EU:C:2020:367, § 242-244.

De huidige Belgische praktijk van systematische toepassing van de grens- en versnelde procedure voor verzoekers vastgehouden aan de grens staat op gespannen voet met Europees recht. Dit kan aangepakt worden door het invoeren van een individuele beoordeling en bijhorende motiveringsplicht van de noodzaak de grensprocedure toe te passen wanneer er aanwijzingen zijn dat het verzoek om internationale bescherming ongegrond is.

Aanbeveling:

In artikel 57/6/4, eerste lid van de Vreemdelingenwet de bewoordingen “*na een individuele beoordeling*” toevoegen, als volgt: “*De Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen is bevoegd*” om, **na een individuele beoordeling**, ten aanzien van de vreemdeling die tracht het Rijk binnen te komen zonder aan de in artikelen 2 en 3 gestelde voorwaarden, te voldoen en die aan de grens een verzoek om internationale bescherming heeft ingediend, aldaar het verzoek niet-ontvankelijk te verklaren op basis van artikel 57/6, § 3 of aldaar een beslissing te nemen over de grond van het verzoek in één van de situaties voorzien in artikel 57/6/1, § 1, eerste lid, a), b), c), d), e), f), g), i) of j).”

Daarnaast een motiveringsplicht opleggen aan het CGVS voor de beslissing tot verder onderzoek ten einde een effectieve controle van de wettigheid van de beslissing van de DVZ tot voortgezette vasthouding mogelijk te maken.

NANSEN stelt vast dat de systematische vasthouding van verzoekers aan de grens, eveneens leidt tot de systematische toepassing van de grensprocedure zoals bepaald in artikel 57/6/4 van de Vreemdelingenwet en de versnelde procedure zoals bepaald in artikel 57/6/1, §1 van de Vreemdelingenwet.

Uit de dossiers die NANSEN heeft geanalyseerd²⁵, blijkt dat:

- het CGVS de gronden die de DVZ aanvoert om detentie op grond van artikel 74/5, §1, 2° van de Vreemdelingenwet te rechtvaardigen, vaak overneemt in zijn beslissing, maar zonder zelf een individuele analyse uit te voeren of in zijn beslissing te verwijzen naar de concrete elementen van het dossier.
- in de gevallen waarin het CGVS de beslissing motiveert met andere argumenten dan degene die de DVZ gebruikt om de vasthouding te rechtvaardigen, deze geen steun vinden in het concrete dossier.
- in bepaalde gevallen de beslissing op geen enkele wijze wordt gemotiveerd.
- zelfs wanneer het CGVS bijzondere procedurele noden van de verzoeker vaststelt, dit de toepassing van de grensprocedure of de versnelde procedure niet in de weg staat.

²⁵ Zie NANSEN, *Kwetsbaarheid in detentie, motivering van detentietitels*, 3-5, beschikbaar op <https://nansen-refugee.be/wp-content/uploads/2020/11/2.-Kwetsbaarheid-in-detentie-II.-Motivering-detentietitels.pdf>; NANSEN, *Kwetsbaarheid in detentie, toepassing van de grensprocedure en de versnelde procedure*, 3, beschikbaar op https://nansen-refugee.be/wp-content/uploads/2021/03/4.-Kwetsbaarheid-in-detentie-IV.-Grensproce%CC%81edure_def_clean.pdf; Myria, *Een nieuw paradigma voor het Europese asiemodel? Toegang tot bescherming onder druk*, MyriaDoc9, juli 2019, 90, beschikbaar op <https://www.myria.be/files/Myriadoc-9-NL.pdf>. Voor voorbeelden van individuele gevallen, zie NANSEN, *Kwetsbaarheid in detentie, Toepassing van de grensprocedure en de versnelde procedure*, 4-7.

Er vindt met andere woorden geen degelijke individuele analyse plaats van het concrete geval op korte termijn alvorens de grensprocedure (in eerste instantie) toe te passen en er wordt hierover niet gemotiveerd in de beslissing. In de gevallen waarin het CGVS beslist de grensprocedure niet langer toe te passen en een beslissing tot verder onderzoek neemt, stelt NANSSEN vast dat deze beslissing werd genomen na het persoonlijk gehoor, of zelfs na de beslissing van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Gelet op de gevolgen van een versnelde procedure, gekoppeld aan voortdurende vasthouding, is NANSSEN echter van mening dat een beslissing tot verder onderzoek zo snel mogelijk moet worden genomen.

Bovendien wordt deze beslissing niet gemotiveerd door het CGVS, wat het moeilijk maakt te controleren of de voortgezette vasthouding op basis van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet die er mogelijks op volgt, wettig is. Immers in het geval het CGVS beslist tot verder onderzoek omwille van de complexiteit van het dossier of het specifiek kwetsbaar profiel van de verzoeker, kan dit een weerslag hebben op de wettigheid van de detentie.

Uit overweging 21 van de Preambule van de Procedurerichtlijn volgt dat de toepassing van de grensprocedure individueel moet worden gerechtvaardigd: *“Zolang de verzoeker gegronde redenen kan aanvoeren, hoeft het ontbreken van documenten bij binnenkomst of het gebruik van vervalste documenten op zich niet te leiden tot automatische toepassing van een grensprocedure of een versnelde procedure”* Dit volgt ook uit artikel 43 van de Procedurerichtlijn dat op exhaustieve wijze het gebruik van de grensprocedure vastlegt. Uit de voorbereidende werken bij de Procedurerichtlijn volgt dat de Europese Commissie met de invoering van de grensprocedure, misbruik van de asielprocedure wilde voorkomen: *“The modified proposal enhances the ability of Member States to address potential abuse of the asylum system. New rules provide that Member States may accelerate procedures and examine at the border claims **where the applicant has made clearly false or obviously improbable representations which contradict sufficiently verified country-of-origin information, thus making the claim clearly unconvincing.** The same applies to applicants who are a danger to national security or public order.”*²⁶

Dit wordt bevestigd door het arrest *Samba Diouf* waarin het Hof van Justitie stelde dat de gevallen die een behandeling van het verzoek in versnelde (grens)procedure rechtvaardigen, betrekking hebben op *“verzoeken waarbij alles wijst op de ongegrondheid ervan omdat de autoriteiten aan de hand van duidelijke en evidente elementen kunnen beslissen dat de verzoeker geen aanspraak op internationale bescherming kan maken alsmede op frauduleuze of misleidende verzoeken”*²⁷

Er kan bijgevolg geen automatische toepassing gemaakt worden van de grensprocedure voor elke verzoeker om internationale bescherming die niet aan de binnenkomstvoorwaarden voldoet van artikel 2 en 3 van de Vreemdelingenwet. De toepassing van deze procedure dient plaats te vinden na een individuele beoordeling wanneer er aanwijzingen zijn dat het verzoek om internationale bescherming ongegrond is.

4. Aanvang vier weken termijn

²⁶ European Commission, Amended Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Common Procedures for Granting and Withdrawing International Protection Status (Recast), COM(2011) 319 final, 1 Jun. 2011 Annex, 5, beschikbaar op https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-is-new/news/pdf/1_act_part1_v121_319_en.pdf

²⁷ HvJ 28 juli 2011, C-69/10, *Samba Diouf*, ECLI:EU:C:2011:524, § 31.

De Belgische praktijk waarbij de maximumtermijn van vier weken voor de behandeling van een verzoek in grensprocedure aanvangt op het moment dat de DVZ het verzoek om internationale bescherming verzendt naar het CGVS is in strijd met EU-recht. Overeenkomstig de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof beveelt NANSEN aan in de Vreemdelingenwet te verduidelijken dat deze termijn aanvangt vanaf de indiening van het verzoek om internationale bescherming.

Aanbeveling: Verduidelijken in de artikelen 57/6/4, lid 3 en 74/5, §4, 5° van de Vreemdelingenwet dat de maximumtermijn van vier weken voor de behandeling van een verzoek in grensprocedure door het CGVS aanvangt op de datum waarop het verzoek om internationale bescherming werd ingediend.

NANSEN stelt vast dat momenteel de maximumtermijn van vier weken voor de behandeling van een verzoek in grensprocedure door het CGVS overeenkomstig de artikelen 57/6/4, lid 3 en 74/5, §4, 5° van de Vreemdelingenwet, aanvangt na ontvangst van het verzoek om internationale bescherming dat door de minister of zijn gemachtigde werd overgezonden naar het CGVS.

Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat het aanvangspunt van de vier weken termijn dit van de datum is waarop het verzoek om internationale bescherming werd ingediend: *“Het Hof van Justitie van de Europese Unie oordeelde dat de termijn van vier weken waarin artikel 43, lid 2, van de « Procedurerichtlijn » voorziet, « aanvangt op de datum waarop het verzoek om internationale bescherming is ingediend in de zin van artikel 6, lid 2, van richtlijn 2013/32, welke datum geacht moet worden die te zijn waarop de procedure voor de behandeling van een dergelijk verzoek begint » (HvJ, grote kamer, 14 mei 2020, C-924/19 PPU en C-925/19 PPU, FMS e.a., voormeld, punt 240). Aldus schendt het vaststellen van het aanvangspunt van de voormelde termijn van vier weken op de ontvangst, door de CGVS, van het verzoek om internationale bescherming dat door de minister of zijn gemachtigde werd overgezonden, de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 43, lid 2, van de « Procedurerichtlijn”²⁸*

In de praktijk stelt NANSEN vast dat de DVZ reeds gevolg geeft aan dit arrest door vier weken na de indiening van het verzoek om internationale bescherming de voortgezette vasthouding op basis van artikel 74/6 Vreemdelingenwet te bevelen.

Rechterlijke controle op administratieve detentie

In de praktijk bestaan er een aantal obstakels voor een effectieve rechterlijke controle. Zoals de zonder voorwerp rechtspraak van het Hof van Cassatie waardoor een verzoek tot invrijheidstelling dat lopende is voor de onderzoeksgerechten zonder voorwerp is wanneer de DVZ een nieuwe autonome vasthoudingsmaatregel neemt; de regeling van het cassatieberoep volgens de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering waardoor de beroepstermijn in cassatie 15 dagen is en er geen wettelijke termijn is vastgelegd voor uitspraak; een rechterlijke controle op verzoek van de vreemdeling waardoor niet elke vasthouding gecontroleerd wordt door de rechter; een beperkte controle door de rechter die slechts bevoegd is om te oordelen over de wettigheid van detentie en niet over de opportuniteit; een gebrek aan specialisatie van de onderzoeksgerechten die moeten oordelen over de rechtmatigheid van detentie. NANSEN adviseert deze obstakels te verhelpen door wijziging van de Vreemdelingenwet en de rechtspraak.

²⁸ Grondwettelijk Hof 25 februari 2021, nr. 23/2021, punt B.125.1.

Aanbeveling: De zonder voorwerp rechtspraak van het Hof van Cassatie vindt niet langer toepassing.

De Belgische Staat werd verschillende keren veroordeeld door het EHRM op grond van artikel 5, §4 EVRM met betrekking tot het recht op een effectief rechtsmiddel inzake administratieve detentie omdat er niet binnen een korte termijn een definitieve beslissing over de rechtmatigheid van de vasthouding werd genomen.²⁹ Dit is het gevolg van de ‘zonder voorwerp cassatierechtspraak’ van het Hof van Cassatie. Deze rechtspraak houdt in dat wanneer de DVZ in de loop van de procedure, opgestart voor de onderzoeksgerechten, een nieuwe autonome vasthoudingsmaatregel³⁰ neemt, het beroep zonder voorwerp wordt omdat de initiële vasthoudingsmaatregel uit de rechtsorde verdwijnt en dus niet langer bestaat.^{31 32}

Zo is de beslissing tot heropsluiting nadat de vreemdeling een vlucht heeft geweigerd³³, op basis van artikel 27 van de Vreemdelingenwet of aan de grens op basis van artikel 74, §1, 1° van de Vreemdelingenwet een autonome vasthoudingsmaatregel. Concreet heeft dit tot gevolg dat wanneer de onrechtmatigheid van de vasthouding wordt vastgesteld door de onderzoeksgerechten, dit niet leidt tot een vrijstelling in geval er ondertussen een nieuwe autonome vasthoudingstitel werd genomen door de DVZ omdat in dat geval het Hof van Cassatie zal besluiten dat het beroep zonder voorwerp is.³⁴

In het arrest *Saqawat* maakt het EHRM een onderscheid tussen de formele geldigheid en de intrinsieke rechtmatigheid van een vasthoudingsmaatregel en besluit het dat de formele geldigheid geen obstakel mag vormen voor een controle van de rechtmatigheid van de detentie. Volgens het EHRM kan een nieuwe vasthoudingsmaatregel de onrechtmatigheid van de initiële maatregel niet rechtzetten of wegnemen en mogen formele, procedurele redenen niet in de weg staan aan een beslissing over de intrinsieke rechtmatigheid van de vasthouding binnen een korte, wettelijk bepaalde termijn. Het EHRM besluit dat het huidige Belgische juridische systeem *an sich* niet aan de voorwaarden van een effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 5, §4 EVRM voldoet.³⁵

In toepassing van deze rechtspraak van het EHRM is de ‘zonder voorwerp rechtspraak’ van het Hof van Cassatie niet langer houdbaar. Met als gevolg dat wanneer het onderzoeksgerecht definitief heeft geoordeeld dat de detentie onrechtmatig is, een nieuwe autonome detentiemaatregel genomen door de DVZ de vastgestelde onrechtmatigheid niet kan zuiveren. De rechtspraak van het Hof van Cassatie moet in deze zin gewijzigd worden.

Aanbeveling: Wijziging van artikel 72 Vreemdelingenwet. De bewoordingen “gehandeld overeenkomstig de wettelijke bepalingen op de voorlopige hechtenis” in artikel 72, vierde lid van de Vreemdelingenwet “vervangen door de woorden “de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis”.

²⁹ EHRM 11 april 2013, nr. 56005/10, *Firoz Muneer/België*; EHRM 14 november 2013, nr. 56028/10, *M.D./België*; EHRM 18 februari 2020, nr. 12848/15, *Makdoudi/België*; EHRM 30 juni 2020, nr. 54962/18, *Saqawat/België*

³⁰ Het begrip autonome en niet-autonome vasthoudingsmaatregel werd gecreëerd in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Cass. 31 augustus 2010, P.10.1423.N, Arr. Cass. 2010, 2070; Cass. 22 februari 2011, P.11.0225.N., Arr. Cass. 2011, 608; Cass. 6 januari 2010, P. 09.1756.F., Arr. Cass. 2010, 25; Cass. 2 oktober 2013, P. 13.1553.F., Arr. Cass. 2013, 1997.

³¹ Cass. 30 juli 1993, P.93.1046.N., Arr. Cass. 1993, 654 ; Cass. 21 oktober 2015, P.15.1257.F., Arr. Cass. 2015, 2409.

³² L. DENYS, *Overzicht van het Vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 1102.

³³ Cass. 23 augustus 2011, P.11.1456.F., Arr. Cass. 2011, 1717.

³⁴ Zie bijvoorbeeld Cass.30 juli 1993, P.93.1046.N., Arr. Cass. 1993, 654 ; Cass. 21 oktober 2015, P.15.1257.F., Arr. Cass., 2409.

³⁵ EHRM 30 juni 2020, nr. 54962/18, *Saqawat/België*,

In het Belgisch systeem wordt de rechterlijke controle op administratieve detentie geregeld door een combinatie van verschillende wetgevingen: de Vreemdelingenwet, de Voorlopige Hechteniswet en het Wetboek van Strafvordering.

Dat het cassatieberoep tegen administratieve detentie geregeld is volgens de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering en niet volgens de Voorlopige Hechteniswet van 20 juli 1990, staat eraan in de weg dat een vreemdeling binnen korte termijn een definitieve uitspraak krijgt over de rechtmatigheid van zijn vasthouding.³⁶ Overeenkomstig het Wetboek van Strafvordering moet het beroep voor het Hof van Cassatie immers worden ingesteld binnen 15 dagen³⁷ en er wordt geen specifieke termijn bepaald waarbinnen het Hof van Cassatie uitspraak moet doen. NANSEN treedt hier het standpunt van Meester Luc Denys bij, hij concludeert dat het volstaat om de bewoordingen van artikel 72, vierde lid van de Vreemdelingenwet “gehandeld overeenkomstig de wettelijke bepalingen op de voorlopige hechtenis” te vervangen door de woorden “de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis”.

Het cassatieberoep moet dan ingediend worden binnen 24 uur na de betekening van het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling en het Hof van Cassatie doet uitspraak binnen vijftien dagen vanaf de indiening van het cassatieberoep (artikel 31, §2 Voorlopige Hechteniswet).³⁸

Aanbeveling: Automatische rechterlijke controle op straffe van vrijstelling voorzien in artikel 71 Vreemdelingenwet binnen vijf dagen na de aanvang van de vasthouding en vervolgens maandelijks.

NANSEN adviseert om een automatische rechterlijke controle inzake de rechtmatigheid van administratieve detentie in te voegen in artikel 71 van de Vreemdelingenwet. NANSEN treedt hiermee het standpunt bij van Myria, de speciale rapporteur van de VN voor de mensenrechten van migranten, van de VN-werkgroep inzake arbitraire detentie³⁹, de Mensenrechtencommissaris bij de Raad van Europa⁴⁰, UNHCR⁴¹ en Move⁴².

In het huidige systeem gebeurt de rechterlijke controle op verzoek van de vreemdeling. Deze kan om de maand een verzoek tot invrijheidstelling indienen.⁴³ Er is geen ambtshalve controle voorzien, behalve wanneer de vasthouding een tweede maal verlengd wordt door de minister dan dient hij overeenkomstig artikel 74 van de Vreemdelingenwet binnen vijf

³⁶ De reden hiervoor is dat artikel 72 van de Vreemdelingenwet verwijst naar de destijds van kracht zijnde Voorlopige Hechteniswet van 20 april 1874 die geen bepalingen in verband met het cassatieberoep bevatte wat voorzien werd door het Wetboek van Strafvordering. Volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie wijzigt de nieuwe Voorlopige Hechteniswet van 20 juli 1990 die wel cassatieberoep voorziet artikel 72 van de Vreemdelingenwet niet. Het cassatieberoep inzake vasthouding van vreemdelingen blijft daarom geregeld volgens de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering.³⁶ Zie ook M. Claes, J. Lejeune, V. Klein, “Lessen uit het arrest Saqawat”, *T. Vreemd*, 2021 nr. 1.

³⁷ Voor een uitgebreid overzicht van de procedure voor het Hof van Cassatie zie *Mercuriale*, 56 e.v.

³⁸ Voor een uitgebreide analyse zie L. Denys, “Naar het einde van de cassatierechtspraak “zonder voorwerp” inzake de administratieve vrijheidsberoving van vreemdelingen”, *RW* 2020-21, nr. 21, 23 januari 2021, 802-815.

³⁹ Myria, *Projet d’observation générale Article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques Informations à destination du Comité des droits de l’homme*, mei 2014, 5-6, beschikbaar op <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GConArticle9/Submissions/CentreFederalMigration.pdf>

⁴⁰ Raad van Europa: Mensenrechtencommissaris, *Report by Nils Muižnieks, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Belgium from 14 to 18 September 2015, 28 januari 2016*, commdh (2016)1, § 30, beschikbaar op <https://rm.coe.int/16806db735>

⁴¹ UNHCR, *Detention Guidelines. Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, § 47 (iii) beschikbaar op <https://www.unhcr.org/publications/legal/505b10ee9/unhcr-detention-guidelines.html>

⁴² Zie de bijdrage van Move aan het migratiewetboek.

⁴³ Artikel 71, lid 3 van de Vreemdelingenwet.

⁴⁴ Te rekenen vanaf de laatste beschikking of het arrest van het onderzoeksgerecht, Cass. 31 augustus 2010, P.10.1423.N, Arr. Cass. 2010, 2070; Cass. 21 september 2010, P.10.1456.N, Arr. Cass. 2010, 224; Cass. 22 februari 2011, P.11.0225.N., Arr. Cass. 2011,608.

werkdagen na de verlenging de bevoegde raadkamer te vatten op straffe van vrijstelling. Zoals eveneens vastgesteld in de bijdrage van Move aan het migratiewetboek betekent dit dat een vreemdeling minder rechtsbescherming geniet dan een persoon die verdacht wordt van een ernstig misdrijf, waarvan de vasthouding binnen vijf dagen na de aanhouding automatisch door een rechter wordt getoetst en vervolgens om de maand of drie maanden.

In toepassing van artikel 9.3 van de Opvangwet vindt de automatische toetsing plaats bij aanvang van de vasthouding. Dit biedt een extra garantie op vlak van artikel 3 EVRM. In deze zin dat in elk geval de rechter zal kunnen controleren of de procedurele garanties inzake de artikel 3 EVRM toets werden gerespecteerd en of of er effectief geen risico op schending van artikel 3 EVRM bestaat bij terugkeer. Vervolgens staat een maandelijks toetsing toe dat rekening gehouden kan worden met gewijzigde omstandigheden die zich voordoen tijdens de detentie, bijvoorbeeld een evolutie van kwetsbaarheden.

Aanbeveling: Uitbreiding van de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten tot een opportuniteitscontrole.⁴⁵

Artikel 21 §4 van de Voorlopige Hechteniswet bepaalt voor een persoon waarvoor er ernstige aanwijzingen zijn van schuld aan een ernstig misdrijf, dat het onderzoeksgerecht zowel een wettigheids- als een opportuniteitscontrole doet van de handhaving van de hechtenis. Een vreemdeling die van zijn vrijheid is beroofd niet omdat hij mogelijks een ernstig misdrijf heeft gepleegd maar louter omdat hij zich niet wettig op het grondgebied bevindt of een verzoeker om internationale bescherming in detentie, dient minstens over eenzelfde controle te beschikken.

Zoals procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, André Henkens aangeeft in zijn mercuriale moet de rechterlijke macht het recht op individuele vrijheid waarborgen en beschermen tegen willekeur en machtsmisbruik. Om deze doelstelling te bereiken, dient de bevoegdheid van het onderzoeksgerecht te worden uitgebreid in die zin dat zij niet alleen de wettigheid maar ook de opportuniteit van de vasthoudingstitel kan beoordelen. Zodat het onderzoeksgerecht met andere woorden ook kan nagaan of de opsluiting in verhouding staat tot het nagestreefde doel en of de maatregel billijk is ten aanzien van de individuele situatie.⁴⁶

Aanbeveling: Rechterlijke toetsing voorbehouden aan een gespecialiseerde rechter

Samen met Move stelt NANSEN vast dat de rechters van de onderzoeksgerechten die momenteel oordelen over de wettigheid van administratieve detentie gespecialiseerd zijn in het strafrecht en weinig onderlegd zijn in het vreemdelingenrecht. Wat leidt tot een gebrekkige controle en weinig gemotiveerde rechtspraak. Daarom is NANSEN voorstander om de rechterlijke controle inzake administratieve detentie toe te vertrouwen aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Vasthouding van gezinnen met minderjarige kinderen

In de praktijk worden momenteel geen families met minderjarige kinderen meer vastgehouden in de hiervoor gecreëerde gezinsunits. De vasthouding van kinderen blijft echter wettelijk

⁴⁵ NANSEN verwijst hiervoor eveneens naar de bijdrage van Move aan het migratiewetboek.

⁴⁶ André HENKENS, De vrijheidsberoving van een vreemdeling en het beroep bij de rechterlijke macht, 2019, 74.

verankerd. Ten einde het hoger belang van het kind te beschermen adviseert NANSEN overeenkomstig de aanbeveling van het VN-Kinderrechtencomité om ook in de toekomst geen kinderen vast te houden en de Vreemdelingenrecht in deze zin aan te passen.

Aanbeveling: Artikel 74/9 van de Vreemdelingenwet dat de wettelijke basis vormt voor detentie van begeleide minderjarigen, schrappen.

NANSEN stelt vast dat momenteel in de praktijk geen minderjarigen meer vastgehouden worden in de gezinsunits bij 127bis. Tegelijkertijd wordt de procedure hangende voor de Raad van State tegen het Koninklijk besluit van 2 juli 2018 dat het regime en de werkingsmaatregelen van de gesloten gezinswoningen bepaalt verdergezet door de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie.

Volgens NANSEN brengt het opsluiten van kinderen altijd ernstige schade toe. Hun opsluiting louter op basis van de migratiestatus van hun ouders is bovendien in strijd met het Verdrag inzake de Rechten van het Kind.⁴⁷

NANSEN verwijst inzake de detentie van kinderen naar de bijdrage aan het migratiewetboek van het Platform kinderen op de vlucht, waarvan NANSEN lid is.

Artikel 3 EVRM en het principe van non-refoulement

NANSEN stelt vast dat er momenteel onvoldoende garanties bestaan voor een effectieve artikel 3 EVRM-toets alvorens over te gaan tot vasthouding. Wanneer een vreemdeling administratief wordt aangehouden op het grondgebied neemt de politie een hoorrecht af met onder andere tot doel vast te stellen of er een risico bestaat op schending van artikel 3 EVRM bij terugkeer. De politie vult hiertoe een vragenlijst in met specifieke vragen over de vrees bij terugkeer, de gezondheidstoestand en een eventueel familieleven. Op basis hiervan beslist de DVZ om een persoon al dan niet een bevel om het grondgebied af te leveren met eventuele vasthouding. Aan de grens wordt de vreemdeling gehoord door de federale politie die een administratief verslag opstelt voor de DVZ.

Aanbeveling

- Wettelijke omkadering van de garanties inzake het hoorrecht (minstens het voorzien van een tolk en de afname van het hoorrecht door een opgeleid persoon werkzaam voor de DVZ of het CGVS).
- In de Vreemdelingenwet een verplichte artikel 3 EVRM-toets voorzien in artikel 7, artikel 74/5 en 74/6 van de Vreemdelingenwet voordat een maatregel tot vasthouding wordt genomen.
- Een schorsend beroep in volle rechtsmacht invoeren bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen ten einde een verdedigbare grief op basis van artikel 3 EVRM

⁴⁷ Zie de bijdrage van NANSEN in Rosa Parks Law Clinic, "[20 ans après l'affaire Tabitha. De nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains](#)", 1 juni 2021 ook beschikbaar in het Nederlands op <https://nansen-refugee.be/nl/2018/04/18/nansen-note-2-immigratiedetentie-van-kinderen/>

tegen een bevel om het grondgebied te verlaten of een overdrachtsbeslissing in het kader van de Dublinprocedure te onderzoeken.

Uit de door NANSEN opgevolgde individuele gevallen blijkt dat er meestal geen tolk wordt ingezet door de politie bij het horen. Dit is een belangrijk obstakel voor het verstrekken van correcte informatie, het begrijpen van deze informatie en het eventueel identificeren van personen met een kwetsbaar profiel.⁴⁸ De federale politie aan de grens liet aan Myria weten geen beroep te doen op een tolk omdat ze er in de meeste gevallen wel in slaagt te communiceren. Als er zich echt een probleem voordoet kan beroep gedaan worden op een telefonische tolk of op collega's die een gemeenschappelijke taal spreken.⁴⁹

In haar rechtspraak benadrukt het EHRM het belang van een tolk en een betrouwbaar communicatiesysteem tussen de autoriteiten en de potentiële asielzoeker ten einde effectieve toegang tot de asielprocedure te garanderen.⁵⁰ Het EHRM stelt eveneens, zoals ook Myria benadrukt, dat het verstrekken van die informatie en het ter beschikking stellen van een tolk, niet mag afhangen van de goede wil van de grenspolitie of de kustwacht.⁵¹ Artikel 8.1 van de Procedurerichtlijn voorziet dat de lidstaten aan de grensdoorlaatposten tolkdiensten aanbieden voor zover dat nodig is om de toegang tot de asielprocedure inzake internationale bescherming te vergemakkelijken.

Verder kan de vraag gesteld worden of de politie goed geplaatst is om het vertrouwen te winnen van personen die gevlucht zijn uit hun thuisland omdat ze vervolgd worden of vervolging vrezen door de overheid, van deze overheid geen bescherming krijgen en onderweg negatieve ervaringen hebben opgedaan met de overheid, politie in andere EU-landen⁵².

In het bijzonder heeft NANSEN aan de grens vastgesteld dat erkend vluchtelingen in België die terugkeren na een reis uit of een verblijf in een derde land het risico lopen om vastgehouden en teruggedreven te worden aan de grens zonder artikel 3 EVRM-toets.

Het geval van een Syriër, erkend vluchteling in België illustreert deze problematiek. De man werd erkend als vluchteling in België in 2016 en was in het bezit van een B-kaart geldig tot november 2021. Hij werd administratief geschrapd in 2018 en bood zich in de luchthaven van Zaventem aan in april 2021. Er werd hem een teruggedrijvingsbeslissing afgeleverd door de federale politie. Uit het administratief verslag opgesteld door de politie bleek dat mijnheer niet gehoord werd omdat hij de hem gestelde vragen niet begreep. Uit het verslag blijkt niet dat er beroep gedaan werd op een tolk. Dezelfde dag werd hij vastgehouden voor teruggedrijving naar Turkije in het gesloten centrum Caricole in toepassing van artikel 74/5, §1, 1° van de Vreemdelingenwet. Noch uit de motivering van de teruggedrijvingsbeslissing, noch uit deze van de vasthoudingstitel blijkt dat de DVZ rekening hield met de status van erkend vluchteling en het feit dat hij daardoor recht heeft op een verblijfstitel in België of dat er een onderzoek gevoerd werd naar het risico op indirect refoulement van Turkije naar Syrië in toepassing van artikel 3 EVRM en artikel 33 van het Vluchtelingenverdrag. Uit deze beslissingen blijkt integendeel dat zij uitsluitend zijn gebaseerd op het feit dat hij niet voldeed aan de in artikel 3 van de Vreemdelingenwet gestelde binnenkomstvoorwaarden.

⁴⁸ Zie NANSEN, *Kwetsbaarheid in detentie, motivering van detentietitels*, 3-6, beschikbaar op <https://nansen-refugee.be/wp-content/uploads/2020/11/2.-Kwetsbaarheid-in-detentie-II.-Motivering-detentietitels.pdf>

⁴⁹ Myria, *Een nieuw paradigma voor het Europese asielmodel? Toegang tot bescherming onder druk*, MyriaDoc 9, 93, beschikbaar op <https://www.myria.be/files/Myriadoc-9-NL.pdf>

⁵⁰ FRA en de Raad van Europa, *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration Édition 2020*, 162, beschikbaar op https://www.echr.coe.int/documents/handbook_asylum_fra.pdf

⁵¹ EHRM 21 oktober 2014, *Sharifi en andere/Italië*, §215-217 en EHRM 11 december 2018, *M.A. en andere/Litouwen*, §108.

⁵² Zie NANSEN, [Kwetsbaarheid in detentie, Motivering van detentietitels](#).

Zowel het EHRM⁵³, als de Raad van State⁵⁴ en het Hof van Cassatie⁵⁵ concludeerden dat het onderzoek naar een mogelijke behandeling in strijd met artikel 3 EVRM moet gebeuren op het moment van het afleveren van een bevel om het grondgebied te verlaten en vóór het nemen van een dwangmaatregel. Een voorwaarde hiervoor is dat de bestemming waarnaar uitgewezen of teruggedreven wordt duidelijk is.⁵⁶ Voor erkend vluchtelingen dient in het bijzonder het principe van non refoulement vervat artikel 33 van het Vluchtelingenverdrag gerespecteerd te worden dat zowel een verbod van direct als indirect⁵⁷ refoulement inhoudt en eveneens geldt voor verzoekers vastgehouden aan de grens⁵⁸.

NANSEN stelt ten slotte vast dat er in de Vreemdelingenwet geen schorsend beroep in volle rechtsmacht voorzien is wanneer er een reëel risico op schending van artikel 3 EVRM opgeworpen wordt in geval van terugkeer naar het land van herkomst of overdracht in toepassing van de Dublin III-verordening. Artikel 39/2, §2 van de Vreemdelingenwet bepaalt dat tegen een bevel om het grondgebied te verlaten een beroep tot vernietiging en schorsing ingediend kan worden. Het betreft geen beroep in volle rechtsmacht maar een annulatieberoep. Dit beroep heeft geen automatisch schorsende werking. De Vreemdelingenwet voorziet enkel in specifieke gevallen een beroep met schorsende werking, namelijk een beroep in uiterst dringende noodzakelijkheid of voorlopige maatregelen in geval reeds een beroep tot vernietiging werd ingediend (artikel 39/82 van de Vreemdelingenwet).

Volgens het EHRM biedt het bestaand Belgisch systeem dat enkel een automatisch schorsend effect voorziet in geval van een beroep in uiterst dringende noodzakelijkheid en de mogelijkheid om voorlopige maatregelen te vragen, niet de nodige garanties onder artikel 13 EVRM in samenhang met artikel 3 EVRM en maakt het geen effectief rechtsmiddel uit.

Meer bepaald oordeelde het EHRM: “ *Selon la Cour, si une telle construction peut en théorie se révéler efficace, en pratique, elle est difficilement opérationnelle et est trop complexe pour remplir les exigences découlant de l'article 13 combiné avec l'article 3 de disponibilité et d'accessibilité des recours en droit comme en pratique(...)*.”⁵⁹

Ook het Hof van Justitie oordeelde herhaaldelijk dat: “**Hieruit volgt dat de in het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en het beginsel van non-refoulement besloten liggende bescherming op het gebied terugkeerbesluiten en eventuele verwijderingsbesluiten, moet worden verzekerd door de persoon die om internationale bescherming verzoekt een recht toe te kennen op een doeltreffend beroep met van rechtswege schorsende werking bij ten minste één rechterlijke instantie.**”⁶⁰

Specifiek in het kader van de Dublin III-verordening oordeelde het Hof van Justitie recentelijk in een zaak tegen de Belgische Staat: “*Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat artikel 27, lid 1, van de Dublin III-verordening, gelezen in het licht van overweging 19 van deze verordening, en artikel 47 van het Handvest aldus moeten worden*

⁵³ EHRM 13 december 2016, *Paposhvili/België*, nr. 41738/10.

⁵⁴ RvS 28 september 2017, nr. 239.259; RvS 29 mei 2018, nr. 241.623; RvS 29 mei 2018, nr. 241.625.

⁵⁵ Cass. 31 januari 2017, P.18.0035.F

⁵⁶ EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad/Bulgarije*; EHRM 15 april 2014, nr. 43875/09, *Asalya/Turkije*; RvV 1 oktober 2018, nr. 210383.

⁵⁷ UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, §7, disponible sur

<https://www.unhcr.org/4d9486929.pdf>. Zie ook, UNHCR, *Executive committee conclusion nr. 6 (XXVIII) Non-refoulement (1977)*, beschikbaar op <https://www.unhcr.org/en-us/578371524.pdf>

⁵⁸ GOODWIN-GILL, G., McADAM, J., *The Refugee in International Law*, Third edition, Oxford University Press, 2007, 232.

⁵⁹ EHRM 27 februari 2014, *Josef/België*, nr. 70055/10, § 103; EHRM 27 februari 2014, *SJ/België*, nr. 70055/10, §103; EHRM 7 juli 2015, *V.M. e.a./België*, nr. 60125/11, §215-217; EHRM 31 januari 2011, *MSS/België & Griekenland*, nr. 30696/09, §390.

⁶⁰ HvJ 19 juni 2018, *Gnandi*, C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465, §54-58; HvJ 18 december 2014, *Abdida*, C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453, §50-53.

uitgelegd **dat zij in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling** op grond waarvan de rechter bij het onderzoek van een bij hem ingesteld beroep tot nietigverklaring van een overdrachtsbesluit **geen rekening mag houden met omstandigheden die dateren van na de vaststelling van dat besluit** en die beslissend zijn voor de juiste toepassing van die verordening, tenzij die regeling voorziet in een specifiek rechtsmiddel dat een **ex-nunconderzoek** van de situatie van de betrokken persoon omvat waarvan de resultaten bindend zijn voor de bevoegde autoriteiten, welk rechtsmiddel kan worden ingesteld nadat die omstandigheden zich hebben voorgedaan en **waarvoor met name niet als voorwaarde geldt dat die persoon zijn vrijheid is ontnomen of dat de tenuitvoerlegging van het overdrachtsbesluit ophanden is.**⁶¹

De afwezigheid van een beroep in volle rechtsmacht is problematisch in het licht van bovenstaande rechtspraak. In zijn rechtspraak benadrukt het EHRM dat in het kader van artikel 13 EVRM in samenhang met artikel 3 EVRM een zorgvuldige en strenge *ex nunc* controle noodzakelijk is.⁶² Ook het Grondwettelijk Hof oordeelde dat het recht op een effectief rechtsmiddel vervat in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, in toepassing van artikel 52, lid 3 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie wordt verondersteld schorsend te zijn en een strikt en volledig onderzoek van de grieven van de verzoekers door een autoriteit met een bevoegdheid met volle rechtsmacht mogelijk moet maken.⁶³ Myria beveelde herhaaldelijk aan een beroep in volle rechtsmacht met automatisch schorsend effect in de Vreemdelingenwet in te voeren tegen een bevel om het grondgebied te verlaten of een beslissing tot overdracht in het kader van de Dublin III-verordening.⁶⁴

⁶¹ HvJ 15 april 2021, *HA*, C-194/19, ECLI:EU:C:2021:270, §49.

⁶² EHRM 31 januari 2011, *MSS/België & Griekenland*, nr. 30696/09.

⁶³ Grondwettelijk Hof 16 januari 2014, nr. 1/2014, §B.10.7.

⁶⁴ MYRIA, *Note à l'attention de la Commission de l'Intérieur, des Affaires générales et de la Fonction publique PROJETS DE LOI (DOC 54 – 2549/001 et 2548/001) du 22 juin 2017 modifiant la loi du 15/12/1980, Modifications en matière d'éloignements et détention*, 4 juli 2017, 20-21, beschikbaar op https://www.myria.be/files/20170704_Myria_avis_projet_de_loi_Transposition_Detention_eloignement.pdf; Myria, *Tierce intervention CEDH dans l'affaire V.M. et autres C. Belgique*, n° requête 60125/11, 6 juli 2016, beschikbaar op https://www.myria.be/files/160506_amicus_curiae_fax.pdf