

# Uitspraak

## RECHTBANK DEN HAAG

Zittingsplaats 's-Hertogenbosch

Bestuursrecht

zaaknummer: NL21.295 VERWIJZINGSUITSpraak

### uitspraak van de enkelvoudige kamer van 26 januari 2021 in de zaak tussen

X **[eiser]**, geboren op [geboortedatum] 1973, van Marokkaanse nationaliteit, eiser,

V-nummer: [V-nummer]

(gemachtigde: mr. C.F. Wassenaar),

en

**de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid**, verweerder

(gemachtigde: L. Verhaegh).

### Verzoek **prejudiciële** spoedprocedure (PPU):

Verzoek op grond van artikel 267 VWEU<sup>1</sup> aan het Hof van Justitie van de Europese Unie tot het beantwoorden van de navolgende prejudiciële vragen in een spoedprocedure zoals is bepaald in artikel 23bis van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en artikel 107 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Unie:

I Is het de lidstaten toegestaan, gelet op artikel 47 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest)<sup>2</sup>, gelezen in samenhang met artikel 6 Handvest en artikel 53 Handvest en tegen de achtergrond van artikel 15, tweede lid aanhef en onder b, Terugkeerrichtlijn<sup>3</sup>, artikel 9, derde lid, Opvangrichtlijn<sup>4</sup> en artikel 28, vierde lid, Dublinverordening<sup>5</sup>, om de gerechtelijke procedure waarin kan worden opgekomen tegen door de autoriteiten opgelegde vreemdelingendetentie zo in te richten dat het de rechter is verboden om alle aspecten van de rechtmatigheid van de detentie ambtshalve te onderzoeken, te beoordelen en bij de ambtshalve vaststelling dat de detentie onrechtmatig is deze onrechtmatige detentie onmiddellijk te beëindigen en de onmiddellijke invrijheidsstelling van de vreemdeling te bevelen? Indien het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) een dergelijke nationale regeling onverenigbaar acht met het recht van de Unie, betekent dit dan tevens dat indien de vreemdeling de rechter verzoekt om in vrijheid te worden gesteld deze rechter steeds verplicht is om alle relevante feiten en elementen van de rechtmatigheid van de detentie ambtshalve actief en grondig te onderzoeken en te beoordelen?

II Luidt, gelet op artikel 24, tweede lid, Handvest, gelezen in samenhang met artikel 3, punt 9, Terugkeerrichtlijn, artikel 21 Opvangrichtlijn en artikel 6 Dublinverordening, de beantwoording van vraag I anders als de door de autoriteiten gedetineerde vreemdeling minderjarig is?

III Vloeit uit het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, zoals gegarandeerd in artikel 47 Handvest, gelezen in samenhang met artikel 6 Handvest en artikel 53 Handvest en tegen de achtergrond van artikel 15, tweede lid aanhef en onder b, Terugkeerrichtlijn, artikel 9, derde lid, Opvangrichtlijn en artikel 28, vierde lid, Dublinverordening, voort dat de rechter in elke instantie, indien de vreemdeling deze rechter verzoekt de vreemdelingenbewaring op te heffen en hem in vrijheid te stellen, elke beslissing op dit verzoek moet voorzien van een draagkrachtige inhoudelijke motivering indien de voorziening in rechte overigens is ingericht op de wijze zoals dit in deze lidstaat is gedaan? Indien het Hof een nationale rechtspraak waarin de rechter in tweede en dus hoogste aanleg kan

volstaan met het geven van een beslissing zonder enige inhoudelijke motivering hiervoor onverenigbaar acht met het recht van de Unie gelet op de wijze waarop in deze lidstaat deze voorziening in rechte overigens is ingericht, betekent dit dan dat een dergelijke bevoegdheid voor de rechter die in tweede en dus hoogste instantie beslist in asielzaken en reguliere vreemdelingzaken ook onverenigbaar moet worden geacht met het recht van de Unie gelet op de kwetsbare positie van de vreemdeling, het aanzienlijke belang in vreemdelingrechtelijke procedures en de vaststelling dat deze procedures in afwijking van alle overige administratieve procedures als het gaat om rechtsbescherming dezelfde geringe procedurele waarborgen voor de vreemdeling als de bewaringsprocedure kennen? Luidt, gelet op artikel 24, tweede lid, Handvest, de beantwoording van deze vragen anders indien de vreemdeling die in rechte opkomt tegen een vreemdelingrechtelijk besluit van de autoriteiten minderjarig is?

De rechtbank wil het Hof conform artikel 107, tweede lid, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie in overweging geven om de gestelde prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

I Artikel 47 Handvest, gelezen in samenhang met artikel 6 Handvest en artikel 53 Handvest, en tegen de achtergrond en doelstelling van de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en de Dublinverordening, moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling die het de rechter verbiedt ambtshalve alle aspecten van de rechtmatigheid van de detentie te onderzoeken, te beoordelen en bij de ambtshalve vaststelling dat de detentie onrechtmatig is deze onrechtmatige detentie onmiddellijk te beëindigen en de onmiddellijke invrijheidsstelling van de vreemdeling te bevelen. Indien de vreemdeling de rechter verzoekt om de vreemdelingenbewaring op te heffen en in vrijheid te worden gesteld, is deze rechter steeds verplicht om alle relevante feiten en elementen van de rechtmatigheid van de detentie ambtshalve actief en grondig te onderzoeken, te beoordelen en indien hij vaststelt dat de detentie onrechtmatig is deze onrechtmatige detentie onmiddellijk te beëindigen en de vreemdeling onmiddellijk in vrijheid te stellen.

II Artikel 47 Handvest, gelezen in samenhang met artikel 6 Handvest, artikel 24 Handvest en artikel 53 Handvest, en tegen de achtergrond en doelstelling van Terugkeerrichtlijn, Opvangrichtlijn en Dublinverordening, moet aldus worden uitgelegd dat de rechter, indien een minderjarige vreemdeling deze rechter verzoekt de vreemdelingenbewaring op te heffen en in vrijheid te worden gesteld, verplicht is alle relevante feiten en elementen van de rechtmatigheid van de detentie ambtshalve grondig en actief te onderzoeken en te beoordelen, waarbij steeds te gelden heeft dat de rechter verplicht is de detentie onmiddellijk te beëindigen als deze onrechtmatig is, zodat de minderjarige onmiddellijk in vrijheid wordt gesteld.

III Artikel 47 Handvest, gelezen in samenhang met artikel 6 Handvest en artikel 53 Handvest, en tegen de achtergrond en doelstelling van de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en de Dublinverordening, moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling die een bevoegdheid toekent aan de rechter die in tweede en hoogste instantie uitspraak doet over vreemdelingenbewaring om zijn uitspraak niet te voorzien van een draagkrachtige inhoudelijke motivering indien dit afwijkt van een motiveringsplicht die in die lidstaat voor alle overige administratieve, strafrechtelijke en civielrechtelijke procedures wel is opgelegd.

Artikel 47 Handvest, gelezen tegen de achtergrond en doelstelling van de relevante vreemdelingrechtelijke bepalingen in het Unierecht, dient aldus te worden uitgelegd dat toegang tot de rechter, in het geval een vreemdeling in rechte opkomt tegen een vreemdelingrechtelijke beslissing van de autoriteiten, ook het recht op een inhoudelijk gemotiveerde uitspraak van de rechter die in tweede en laatste instantie oordeelt omvat, in ieder geval voor zover in die lidstaat voor alle overige

administratieve, strafrechtelijke en civielrechtelijke gerechtelijke procedures wel een motiveringsplicht geldt.

Artikel 47 Handvest, gelezen in samenhang met artikel 24, tweede lid, Handvest en tegen de achtergrond en doelstelling van de relevante vreemdelingrechtelijke bepalingen in het Unierecht, moet aldus worden uitgelegd dat –steeds- indien een minderjarige vreemdeling in rechte opkomt tegen een vreemdelingrechtelijke beslissing van de autoriteiten, de rechter verplicht is zijn uitspraak inhoudelijk te motiveren op een wijze die de minderjarige, in ieder geval door tussenkomst van een rechtsbijstandverlener, in staat stelt om te begrijpen waarom hij al dan niet in het gelijk wordt gesteld.

### **Motivering van de spoedeisendheid (PPU) conform het bepaalde in artikel 107 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Unie.**

De prejudiciële verwijzing heeft betrekking op de uitlegging van bepalingen uit het Unierecht die behoren tot de gebieden bedoeld in titel V van het derde deel van het VWEU, betreffende de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.

Eiser bevindt zich sinds 1 november 2020 in vreemdelingenbewaring waardoor zijn vrijheid ten tijde van deze verwijzingsuitspraak nagenoeg drie maanden is ontnomen, zodat de omstandigheid als bedoeld in artikel 267, vierde alinea, VWEU aan de orde is.

De beantwoording van de prejudiciële vragen door het Hof heeft een rechtstreekse en beslissende invloed op de uitkomst van het hoofdgeding en wellicht op de beëindiging dan wel voortdoring van de bewaring. De nationale procedure waarin door eiser is opgekomen tegen zijn bewaring is geschorst totdat het Hof de vragen heeft beantwoord, maar tegelijkertijd wordt door de autoriteiten wel aan de uitzetting van eiser gewerkt.

De prejudiciële vragen hebben betrekking op de reikwijdte en intensiteit van de wijze van toetsen door de rechter van het besluit tot vreemdelingenbewaring. In de nationale rechtspraak is het een rechter thans verboden om indien hij ambtshalve vaststelt dat de detentie onrechtmatig is, deze detentie onmiddellijk te beëindigen en de betreffende vreemdeling onmiddellijk in vrijheid te stellen.

Niet uitgesloten kan worden dat de beantwoording van de prejudiciële vragen door het Hof met zich zal brengen dat een rechter verplicht is om ambtshalve alle feiten en elementen van de rechtmatigheid van de detentie te onderzoeken om zodoende te voldoen aan zijn Unierechtelijke verplichtingen om daadwerkelijk rechtsbescherming te bieden en op grond daarvan een onrechtmatige detentie onmiddellijk te beëindigen en de betreffende vreemdeling onmiddellijk in vrijheid te stellen.

Totdat dat het Hof deze vragen beantwoordt is niet uitgesloten dat de vrijheid van een vreemdeling onrechtmatig is ontnomen terwijl de rechter dit onderkent, maar de onrechtmatige detentie desondanks voortduurt omdat door of namens de vreemdeling niet uitdrukkelijk een beroep is gedaan op juist die feiten en elementen die tot de conclusie leiden dat de detentie onrechtmatig is.

Ten aanzien van minderjarige vreemdelingen wordt in deze nationale rechtspraak geen onderscheid gemaakt.

Er is bovendien sprake van divergentie tussen de gerechten met betrekking tot de vraag of gelet op het Unierecht een ambtshalve beoordeling van de rechtmatigheid van vreemdelingenbewaring moet plaatsvinden, zeker nu de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op 23 december 2020<sup>6</sup> hierover een prejudiciële vraag aan het Hof heeft voorgelegd. De rechtbank acht deze divergentie bijzonder onwenselijk omdat dit leidt tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. De vreemdeling kan niet zelf bepalen bij welk gerecht hij zijn procedure aanhangig maakt, terwijl de enkele omstandigheid welk gerecht en welke individuele rechter de behandeling van zijn zaak krijgt toebedeeld bepalend zal zijn voor de intensiteit waarmee de rechtmatigheid van de detentie door de rechter zal worden beoordeeld.

#### Verzoek tot voeging en verzoek tot het bepalen van een behandeling ter zitting.

Op 23 december 2020 heeft de Afdeling bij het Hof verzocht om beantwoording in een versnelde procedure (PPA) van een prejudiciële vraag die betrekking heeft op dezelfde rechtsvragen als die in de onderhavige procedure aan de orde zijn<sup>7</sup>. De rechtbank verzoekt het Hof om beide verwijzingen conform artikel 54 van Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie wegens verknochtheid te voegen voor een mondelinge behandeling en eindarrest.

De rechtbank verzoekt het Hof om een mondelinge behandeling ter openbare zitting te bepalen. De prejudiciële vragen hebben betrekking op de bevoegdheid en verplichting van de rechter als het gaat om het beoordelen van de rechtmatigheid van vreemdelingendetentie en of de nationale rechtspraktijk op dit punt verenigbaar is met het recht van de Unie.

De vragen zien op de omvang van de taak van de rechter om rechtsbescherming te bieden aan individuele vreemdelingen die opkomen tegen de autoriteiten. Het zijn echter beide procespartijen die beter in staat zijn het Hof in te lichten tot welke gevolgen de nationale rechtspraktijk voor de vreemdelingen leidt, waardoor een mondelinge behandeling zal bijdragen aan een beter begrip van de zaak en de hierbij aan de orde zijnde belangen.

Een mondelinge behandeling zal het Hof in staat stellen om de gevolgen van de nationale rechtspraktijk ten volle te bevragen en te betrekken bij de door de rechtbank gevraagde uitleg van de Unierechtelijke bepalingen. Het Hof zal tijdens een behandeling ter zitting ook de autoriteiten uitdrukkelijk en grondig kunnen bevragen waarom stevast hoger beroep wordt ingesteld als een rechter de rechtmatigheid van de detentie ambtshalve toetst in weerwil van het in de nationale rechtspraktijk neergelegde verbod daarop. De proceshouding van de autoriteiten behelst steeds het zich verzetten tegen een uitbreiding van de mogelijkheid die een rechter heeft om rechtsbescherming te bieden aan individuele vreemdelingen die door diezelfde autoriteiten worden gedetineerd. De rechtbank constateert dat de autoriteiten nimmer hebben verduidelijkt in nationale gerechtelijke procedures welk belang zij hierbij hebben. Indien de autoriteiten in hoger beroep gaan met als primaire grief dat het de rechter verboden is ambtshalve de rechtmatigheid van de detentie te beoordelen heeft de Afdeling tot nu toe steeds, behoudens in de twee zaken waarin de Afdeling thans de prejudiciële vraag aan het Hof heeft voorgelegd, de autoriteiten in het gelijk gesteld, de uitspraak van de rechtbank met deze motivering vernietigd en geen inhoudelijke beoordeling gegeven over de door de rechtbank ambtshalve verrichte beoordeling van de rechtmatigheid van de detentie.

De autoriteiten hebben kennelijk een belang bij het in stand blijven van een verbod op een verdergaande rechterlijke controle van de besluiten om vreemdelingen te detineren. De Afdeling stelt hierover geen vragen aan de autoriteiten en de rechtbank krijgt hierover, desgevraagd, geen antwoorden.

## Samenvatting

In het Unierecht en het EVRM zijn geen bepalingen opgenomen over de intensiteit van de toetsing en beoordeling door de rechter van de rechtmatigheid van de vreemdelingenbewaring. De lidstaten kunnen gelet op het beginsel van procedurele autonomie zelf een procedure inrichten waarbij de vreemdeling de rechter kan verzoeken om hem in vrijheid te stellen.

In de nationale rechtspraak is het de rechter thans verboden om de relevante feiten en elementen van de rechtmatigheid van de vreemdelingenbewaring ambtshalve te onderzoeken en te betrekken bij zijn beslissing als een vreemdeling verzoekt om in vrijheid te worden gesteld. De rechter is enkel bevoegd om de door of namens de vreemdeling aangedragen feiten en omstandigheden te onderzoeken en te beoordelen. Uitsluitend als deze feiten en omstandigheden tot de conclusie leiden dat de detentie onrechtmatig is, is de rechter bevoegd en verplicht om deze detentie te beëindigen en de onmiddellijke invrijheidstelling van de vreemdeling te bevelen.

Thans heeft dan ook, ondanks dat (spoedige) toegang tot de rechter is gegarandeerd, te gelden dat de rechter als hij "slechts" ambtshalve constateert dat de detentie onrechtmatig is, deze onrechtmatige detentie moet laten voortduren omdat de nationale wetgeving en de uitleg hiervan door de Afdeling hem verbiedt daadwerkelijke rechtsbescherming te bieden en de effectuering van het grondrecht op vrijheid zoals gegarandeerd in het Handvest te waarborgen. Dit geldt onverkort indien de gedetineerde vreemdeling minderjarig is.

De vraag die opkomt is of deze nationale rechtspraak verenigbaar is met het recht van de Unie, hierbij in ogenschouw nemend de Unierechtelijke verplichting voor de rechter om een onrechtmatige detentie onmiddellijk te beëindigen en de onmiddellijke invrijheidstelling van de vreemdeling te bevelen.

De rechtbank vraagt het Hof in dit verband om een nadere uitleg van artikel 47 Handvest, gelezen in samenhang met artikel 6 Handvest, artikel 24, tweede lid, Handvest en artikel 53 Handvest en de relevante bepalingen uit de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en de Dublinverordening.

De nationale gerechtelijke procedure om op te komen tegen vreemdelingenbewaring bevat vanuit het oogpunt van rechtsbescherming een beperkt aantal procedurele waarborgen. De vraag die opkomt is of deze waarborgen, ongeacht of het Hof uit het Unierecht een verplichting voor de rechter afleidt om ambtshalve de rechtmatigheid van de detentie te beoordelen, volstaan om de bewaringsprocedure in zijn totaliteit materieel gezien te kwalificeren als een doeltreffende voorziening in rechte. De rechtbank wijst op procedurele uitzonderingen in de nationale rechtspraak die –uitsluitend– gelden voor het vreemdelingenrecht waaronder de vreemdelingenbewarings-procedure. In dit verband vraagt de rechtbank aan het Hof of een nationale regeling waarin een uitzondering op de motiveringsplicht is opgenomen voor de rechter in tweede en laatste aanleg, die een wettelijke bevoegdheid heeft om te volstaan met een uitspraak zonder enige inhoudelijke motivering maar enkel met een zogenaamde "verkorte motivering", en die dus uitsluitend geldt voor bewaringsprocedures en overige vreemdelingrechtelijke procedures, verenigbaar is met het recht van de Unie.

### **Procesverloop**

Bij besluit van 1 november 2020 heeft verweerder aan eiser de maatregel van bewaring op grond van artikel 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw) opgelegd.

De rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's-Hertogenbosch, heeft op 14 december 2020 uitspraak gedaan op het beroep tegen de oplegging van de maatregel van bewaring en het beroep ongegrond verklaard. Eiser heeft tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld. Ten tijde van het onderzoek ter zitting in de onderhavige procedure is nog geen uitspraak gedaan in hoger beroep.

Eiser heeft tegen de voortduring van de maatregel van bewaring op 8 januari 2021 beroep ingesteld. Dit beroep moet tevens worden aangemerkt als een verzoek om toekenning van schadevergoeding.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 25 januari 2021. Eiser heeft niet aangegeven dat hij in persoon gehoord wil worden op dit volgeroep, zodat hij niet is opgeroepen voor de zitting. Eiser heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde. Verweerder heeft zich eveneens laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde.

De rechtbank heeft met partijen ter zitting besproken dat geen einduitspraak zal volgen omdat de rechtbank het noodzakelijk acht prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen alvorens uitspraak te kunnen doen en dat het onderzoek in deze zaak wordt geschorst totdat het Hof de prejudiciële vragen heeft beantwoord. De rechtbank heeft hierbij aangegeven dat het Hof om voeging van deze verwijzing met de verwijzing van de Afdeling zal worden verzocht, alsmede dat de rechtbank het Hof zal verzoeken om behandeling in een prejudiciële spoedprocedure (PPU). De rechtbank heeft beide partijen ter zitting uitdrukkelijk in de gelegenheid gesteld hun standpunt hierover naar voren te brengen.

Verweerder heeft na afloop van de zitting een bericht in het digitale dossier geplaatst en aangegeven dat er naar het oordeel van verweerder geen aanleiding bestaat voor de rechtbank om prejudiciële vragen te stellen, onder meer omdat verweerder niet is gebleken dat de vraag van de Afdeling aan het Hof onvolledig is geweest. Verweerder heeft hierbij aangegeven te verwachten dat hij in de gelegenheid zal worden gesteld een zienswijze op een voorgenomen concept-vraag kenbaar te kunnen maken.

De rechtbank heeft partijen hierop bericht dat van het standpunt van verweerder kennis is genomen maar dat indien de rechtbank, kennelijk anders dan verweerder, wel aanvullende vragen over de uitleg van het Unierecht noodzakelijk acht om uitspraak te kunnen doen, dit voor de rechtbank bepalend is voor de afweging om al dan niet prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

De rechtbank heeft partijen niet in de gelegenheid gesteld nader schriftelijk te reageren op de voorgenomen vragen. Het gaat er immers om dat de rechtbank zelf nadere uitleg van het Hof over het Unierecht noodzakelijk acht alvorens uitspraak te kunnen doen, ongeacht of partijen dat noodzakelijk achten voor de rechtbank. Verweerder heeft bovendien in de procedure die heeft geleid tot de verwijzingsuitspraak van de Afdeling uitgebreid zijn standpunt over de nationale rechtspraktijk als het gaat om de toetsing van vreemdelingenbewaring kunnen toelichten. Verweerder is in die procedure in staat gesteld om de door de Afdeling gestelde vragen voorafgaand aan de behandeling ter zitting schriftelijk te beantwoorden, is in de gelegenheid gesteld op 22 september 2020 mondeling zijn standpunt te bepleiten en is vervolgens, blijkens de uitspraak van 23 december 2020, door de Afdeling in staat gesteld zijn zienswijze op de door de Afdeling voorgenomen en uiteindelijk gestelde vraag te geven. Het standpunt van verweerder over de vraag of de rechter ambtshalve de rechtmatigheid van de vreemdelingenbewaring moet kunnen toetsen is de rechtbank genoegzaam

bekend en kan verweerder overigens kenbaar maken aan het Hof in beide verwijzingsprocedures.

Anders dan bij de hoger beroepen die tot de verwijzingsuitspraak van de Afdeling hebben geleid, is de vreemdeling in de onderhavige procedure gedetineerd hangende de prejudiciële procedure. Het karakter van vrijheidsontneming verdraagt zich niet met verdere vertraging van de procedure enkel om verweerder nogmaals in de gelegenheid te stellen zijn –reeds bekende – standpunt over de wijze waarop de rechter in zijn optiek zijn besluiten tot vreemdelingenbewaring mag toetsen kenbaar te maken.

Zodra het Hof uitspraak heeft gedaan zal de spoedige voortzetting van de behandeling van het beroep in overleg met partijen worden bepaald.

## **Overwegingen**

1. In de maatregel van bewaring heeft verweerder overwogen dat de openbare orde de maatregel vordert, omdat het risico bestaat dat eiser zich aan het toezicht zal onttrekken en eiser de voorbereiding van het vertrek of de uitzettingsprocedure ontwijkt of belemmert. De rechtbank heeft bij uitspraak van 14 december 2020 uitspraak gedaan op het beroep tegen de oplegging van de maatregel en dit ongegrond verklaard. Het vooronderzoek ten behoeve van die uitspraak is op 7 december 2020 gesloten. In de onderhavige procedure, waarin eiser opkomt tegen de voortdurende van de detentie, zal de rechtbank bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de vreemdelingenbewaring de periode van 8 december 2020 tot het moment dat het onderzoek wordt gesloten betrekken.

2. Eiser heeft zijn verzoek om in vrijheid te worden gesteld onderbouwd door gemotiveerd te stellen dat zicht op uitzetting binnen een redelijke termijn ontbreekt. Verweerder heeft in reactie hierop aangegeven dat de procedure voor de aanvraag van een vervangend reisdocument nog steeds loopt en de Marokkaanse autoriteiten niet hebben medegedeeld dat geen reisdocument zal worden verstrekt.

## Inleiding

3. De rechtbank acht het noodzakelijk om voordat tot beoordeling van het beroep wordt overgegaan duidelijkheid van het Hof te verkrijgen over de omvang van de verplichting en bevoegdheid van de rechtbank bij het onderzoeken en beoordelen van de rechtmatigheid van de maatregel van vreemdelingenbewaring. Aan de orde is de vraag hoe de rechtbank, geleid op het recht van de Unie en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), de rechtmatigheid van de vreemdelingenbewaring dient te onderzoeken en te beoordelen als de vreemdeling verzoekt om hem in vrijheid te stellen.<sup>8</sup> De vreemdeling heeft toegang tot de rechter aan wie hij kan verzoeken om in vrijheid te worden gesteld en hij kan daartoe argumenten aandragen. De vraag rijst echter of de rechter om invulling te geven aan zijn Unierechtelijke verplichtingen, gelet op het ingrijpende karakter van de habeas corpus-maatregel, ambtshalve ten gronde de rechtmatigheid van de detentie moet onderzoeken en beoordelen als de vreemdeling verzoekt om invrijheidstelling. De rechter verzoekt het Hof deze vraag te beantwoorden door uit te leggen of de nationale vreemdelingenbewaringsprocedure een doeltreffende voorziening in rechte biedt.

4. De Afdeling heeft bij uitspraak van 23 december 2020 over de vraag of op grond van het Unierecht



een verplichting tot een ambtshalve toetsing van de maatregel tot bewaring moet worden aangenomen een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof. Normaalgesproken wordt een voornemen tot het stellen van prejudiciële vragen op grond van niet bindende afspraken tussen de gerechten die bestuursrechtelijke zaken behandelen met alle andere gerechten gedeeld ter kennisgeving en om deze andere gerechten in staat te stellen aan te geven dat zij overwegen vergelijkbare vragen te stellen zodat de vragen gevoegd kunnen worden voorgelegd aan het Hof. De rechtbank stelt vast dat de Afdeling dit, in afwijking van haar gewoonte, voorafgaand aan deze verwijzingsuitspraak niet heeft gedaan. De rechtbank heeft dus, daargelaten dat dit gecompliceerd zou zijn omdat de verwijzingsuitspraak van de Afdeling twee hoger beroepen betreft die verweerder heeft ingesteld tegen uitspraken van juist deze rechtbank, geen gelegenheid gehad om de Afdeling te verzoeken aanvullende vragen aan het Hof voor te leggen. De rechtbank ziet zich dan ook genoodzaakt een zelfstandige verwijzingsuitspraak te doen om zodoende de rechtsvragen in de nationale rechtspraak over of het in nationale wetgeving en door de Afdeling zo geïnterpreteerde verbod op de ambtshalve toetsing door de rechter van een maatregel tot vreemdelingendetentie verenigbaar is met het recht van de Unie in volle omvang aan het Hof voor te kunnen leggen.

5. De Afdeling heeft de vraag voorgelegd of "het Unierecht, meer in het bijzonder artikel 15, tweede lid, van de Terugkeerrichtlijn en artikel 9 van de Opvangrichtlijn, gelezen in samenhang met artikel 6 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, tot een ambtshalve toetsing in die zin dat de rechter verplicht is uit eigen beweging (ex officio) te beoordelen of aan alle voorwaarden voor bewaring is voldaan, met inbegrip van de voorwaarden waarvan de vreemdeling niet heeft betwist dat eraan is voldaan, terwijl hij daartoe wel de mogelijkheid had?"

6. De vragen van de rechtbank hebben betrekking op de omvang en reikwijdte van het grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte en de effectieve rechtsbescherming die de rechter moet bieden als de autoriteiten het grondrecht op vrijheid (tijdelijk) ontnemen op vreemdelingrechtelijke gronden. De rechtbank stelt vast dat de Afdeling artikel 47 Handvest in haar 25 pagina's tellende verwijzingsuitspraak niet heeft genoemd bij het beoordelingskader waar zij haar jurisprudentie en haar verwijzing op baseert. In rechtsoverweging 6.5 merkt de Afdeling enkel op dat in de Toelichtingen bij het Handvest<sup>9</sup> is vermeld dat artikel 6 Handvest ook het recht op een doeltreffende voorziening in rechte waarborgt en artikel 6 Handvest wellicht meer bescherming biedt dan de Afdeling afleidt uit artikel 5 EVRM..

7. De rechtbank onderkent het belang dat aan de procedurele autonomie van de lidstaten is toegekend en zoals dat door het Hof in zijn vaste jurisprudentie meermalen is bevestigd, alsmede de voorwaarden van gelijkwaardigheid en het doeltreffendheid die hierbij te gelden hebben<sup>10</sup>. De rechtbank wenst echter te vernemen hoe dit beginsel zich verhoudt tot de reikwijdte van de rechtsbescherming die de rechter moet bieden als de autoriteiten van een lidstaat een vreemdeling detineren op grond van de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn of de Dublinverordening en daarmee inbreuk maken op het grondrecht van een individu op vrijheid. De rechtbank zal hieronder uiteenzetten tot welke gevolgen in de nationale rechtspraak het toekennen van een groter gewicht aan de procedurele autonomie van de lidstaten dan aan de verplichting voor de rechter om rechtsbescherming te bieden door de rechtmatigheid van de detentie ambtshalve te beoordelen leidt. De rechtbank zal ook motiveren waarom op grond van het recht van de Unie en het ERVM de rechtsvraag aan de orde is of deze nationale rechtspraak voorziet in een doeltreffende voorziening in rechte om vervolgens, bij wijze van vraag over de uitleg van de voor de rechtbank relevante bepalingen, aan te geven dat de rechtbank elke rechter verplicht acht, ongeacht het nationaalrechtelijke toetsingskader, te waarborgen dat de grondrechten van een individu ten volle worden geëffectueerd in een procedure waarbij de vreemdeling opkomt tegen de autoriteiten die het grondrecht op vrijheid (tijdelijk) op vreemdelingrechtelijke gronden ontnemen.

8. In het nationale recht is bepaald dat voor bestuursrechtelijke procedures heeft te gelden dat de rechter uitspraak doet op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan en kan ambtshalve de feiten aanvullen<sup>11</sup>. Uit de toelichting op deze wettelijke

bepaling blijkt dat de wetgever hiermee heeft beoogd rechtsbescherming te bieden aan het individu die opkomt tegen een besluit van de overheid<sup>12</sup>. De nationale wetgever heeft er voor gekozen om de procedure waarin kan worden opgekomen tegen de vreemdelingendetentie onder te brengen in het bestuursrecht. De Afdeling heeft deze wettelijke bepaling steeds aldus uitgelegd dat het een rechter *verboden* is om de rechtmatigheid van de vreemdelingendetentie ambtshalve ten gronde te onderzoeken, te beoordelen en bij de vaststelling dat de detentie onrechtmatig is deze detentie te beëindigen en de onmiddellijke invrijheidsstelling van de vreemdeling te bevelen. De Afdeling heeft in haar vaste jurisprudentie alleen toegestaan dat de rechter voorschriften die zien op toegang tot de rechter, bevoegdheidsregels en bepalingen die een behoorlijke procesgang regelen ambtshalve controleert en toetst. De Afdeling heeft hierbij steeds aangegeven dat enkel de feiten en omstandigheden waarop door of namens de vreemdeling uitdrukkelijk een beroep wordt gedaan om te beargumenteren dat de detentie moet worden beëindigd door de rechter mogen worden beoordeeld bij het toetsen van het besluit van de autoriteiten om een vreemdeling te detineren. De Afdeling heeft deze uitleg ook steeds onverkort van toepassing geacht ten aanzien van minderjarige gedetineerde vreemdelingen.

9. De Afdeling heeft op grond van nationale wetgeving aangenomen dat het de rechter verboden is om de rechtmatigheid ambtshalve te beoordelen. De rechtbank stelt vast dat de Afdeling in haar verwijzingsuitspraak van 23 december 2020 enkel een vraag stelt aan het Hof over een mogelijke Unierechtelijke verplichting om vreemdelingendetentie ambtshalve te toetsen. De Afdeling heeft echter niet uitdrukkelijk overwogen dat thans -in weerwil van haar vaste jurisprudentie- wel een bevoegdheid voor de rechter om ambtshalve te toetsen wordt aangenomen, zodat de rechtbank dit zal betrekken bij de vragen aan het Hof om uitleg van het recht van de Unie. De rechtbank overweegt hierbij dat indien het Hof uit het Unierecht enkel een bevoegdheid om ambtshalve te toetsen afleidt, dit in de nationale rechtspraktijk mogelijk tot willekeur, rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid gaat leiden. Het zal dan voor de vreemdeling afhankelijk zijn van het gerecht waaraan zijn zaak wordt toebedeeld en aan welke individuele rechter wordt opgedragen het beroep tegen de detentie te beoordelen of van deze bevoegdheid gebruik wordt gemaakt, waarbij heeft te gelden dat de vreemdeling hierin geen keuze heeft. De rechtbank verzoekt het Hof dit bij de uitleg van de omvang en reikwijdte van het grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte te betrekken.

#### Het recht op vrijheid en de ontneming hiervan op vreemdelingrechtelijke gronden

10. In artikel 52, derde lid, Handvest, is bepaald dat voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend maar dat deze bepaling niet verhindert dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.

11. In artikel 5, eerste lid, EVRM en artikel 6 Handvest is het grondrecht op vrijheid neergelegd. Artikel 5, eerste lid, EVRM bepaalt voorts dat niemand zijn vrijheid mag worden ontnomen, behalve in een aantal limitatief opgesomde gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure. Artikel 52, eerste lid, Handvest, bepaalt dat beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden bij wet worden moeten gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden moeten eerbiedigen. Het Handvest en het EVRM staan dus toe dat het grondrecht op vrijheid kan worden ontnomen of beperkt.

12. Op grond van de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en de Dublinverordening is het de autoriteiten ook toegestaan het recht op vrijheid van een vreemdeling te ontnemen.

13. De rechtbank stelt vast dat de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en de Dublinverordening geen bepalingen bevatten die zien op de wijze en intensiteit waarop een rechter de vreemdelingendetentie moet toetsen. Wel bepalen de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en de Dublinverordening een limitatieve opsomming van de gronden waarop de autoriteiten een vreemdeling mogen detineren en

daarmee het recht op vrijheid (tijdelijk) mogen ontnemen. Ook is bepaald welke feiten en omstandigheden aan de orde moeten zijn indien de autoriteiten een vreemdeling willen detineren.

14. De rechtbank wijst voorts op de navolgende bepalingen:

Een ieder, wie door arrestatie of detentie zijn vrijheid is ontnomen, heeft het recht een voorziening te vragen bij het gerecht opdat deze spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de detentie onrechtmatig is. (artikel 5, vierde lid, EVRM);

De betrokken onderdaan van een derde land, wordt als zijn bewaring niet rechtmatig is, onmiddellijk vrijgelaten. (artikel 15, tweede lid onder b, Terugkeerrichtlijn);

Indien de toetsing ertoe leidt dat de bewaring niet als rechtmatig beoordeeld wordt, wordt de betrokken verzoeker onmiddellijk vrijgelaten. (Artikel 9, derde lid, Opvangrichtlijn);

Op de voorwaarden voor de bewaring van personen en op de waarborgen die gelden voor de in bewaring gehouden personen zijn, (...) de artikelen 9 (...) van de Richtlijn 2013/33/EU van toepassing (artikel 28, vierde lid, Dublinverordening)

15. Ook de nationale wetgeving kent vergelijkbare bepalingen die de rechter verplichten de opheffing van de maatregel te bevelen als hij bij het beroep van oordeel is dat de toepassing of tenuitvoerlegging van de (voortdurende van de) maatregel in strijd is met de wet dan wel bij afweging van alle daarbij betrokken belangen niet gerechtvaardigd is<sup>13</sup>.

16. Deze bovengenoemde bepalingen uit het EVRM en het recht van de Unie schrijven dwingend voor dat als de vreemdelingendetentie niet (langer) rechtmatig is deze detentie onmiddellijk moet worden beëindigd en de vreemdeling onmiddellijk moet worden vrijgelaten. De rechtbank stelt vast deze bepalingen zodanig helder zijn geformuleerd dat ze geen nadere uitleg behoeven. Volstrekt helder is immers dat als de detentie niet rechtmatig is, deze onrechtmatige detentie onmiddellijk moet worden beëindigd en dat deze verplichting, daargelaten dat de autoriteiten zodra deze onderkennen dat de vrijheidsbenemende maatregel onrechtmatig is deze onmiddellijk zelf moeten beëindigen, aan de rechter is opgelegd indien de vreemdeling in rechte opkomt tegen inbreuk op zijn grondrecht op vrijheid. De rechtbank stelt ook vast dat deze bepalingen geen voorwaarde of voorbehoud bevatten dat deze verplichting voor de rechter niet geldt als door of namens de vreemdeling in een procedure geen uitdrukkelijk beroep wordt gedaan op omstandigheden of argumenten waaruit volgt dat de detentie niet rechtmatig is. Dit betekent naar het oordeel van de rechtbank dat zodra de omstandigheden die de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en Dublinverordening noemen ophouden te bestaan de detentie dus niet (langer) rechtmatig is en de rechter, die gehouden is om in overeenstemming met het recht van de Unie te handelen, dus de onrechtmatige detentie onmiddellijk moet beëindigen.

17. De rechtbank ziet zich voor de vraag gesteld wat dit betekent voor de wijze waarop en de intensiteit waarmee de rechter de rechtmatigheid moet beoordelen en wat daarmee de omvang is van de rechtsbescherming die rechter moet bieden aan een vreemdeling die de rechter verzoekt om in vrijheid te worden gesteld.

#### Wijze en intensiteit van beoordeling van de rechtmatigheid van de detentie door de rechter

18. De rechtbank overweegt dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) in haar jurisprudentie nimmer uitdrukkelijk heeft bepaald dat de rechter steeds verplicht is om alle aspecten van de rechtmatigheid van de vreemdelingendetentie ambtshalve te toetsen. Het EHRM heeft ook nimmer bepaald dat er een zodanig recht op een ambtshalve beoordeling door een rechter voortvloeit uit het EVRM.

19. De rechtbank is evenwel niet op de hoogte van een uitspraak van het EHRM die betrekking heeft op een klacht dat onrechtmatige detentie heeft voortgeduurd omdat de rechter die onrechtmatigheid weliswaar ambtshalve heeft geconstateerd maar deze situatie niet heeft beëindigd vanwege een in de nationale rechtspraak opgelegd verbod daartoe. Nu artikel 5, vierde lid, EVRM bepaalt dat bij onrechtmatige detentie het individu "shall be released" kan dan ook niet worden afgeleid dat het EHRM geen schending van het grondrecht op vrijheid zou vaststellen indien de vreemdeling onrechtmatig gedetineerd is en blijft omdat zowel de administratieve als de rechterlijke autoriteiten deze onrechtmatige inbreuk op het recht op vrijheid hebben laten voortduren, terwijl de rechter zich ten volle bewust was van het onrechtmatige karakter van de detentie. Dat het EHRM nimmer letterlijk heeft overwogen dat de in het recht op vrijheid geïncorporeerde toegang tot de rechter betekent dat de rechter ambtshalve in staat of verplicht moet zijn om de onmiddellijke invrijheidstelling te bevelen als de detentie onrechtmatig is, betekent dan ook niet dat de nationale rechtspraak geen strijd kan opleveren met artikel 5 EVRM en niet tot een gegronde klacht zou leiden. Het komt de rechtbank veeleer voor dat het zo evident is dat uit artikel 5, vierde lid, EVRM voortvloeit dat de rechter verplicht is een onrechtmatige detentie te beëindigen en de onmiddellijke invrijheidstelling te gelasten dat dit geen uitdrukkelijke bespreking behoeft. Hierbij heeft te gelden dat uitgangspunt is dat de vreemdeling een fundamenteel recht op vrijheid heeft. Bij wijze van uitzondering kunnen de autoriteiten op vreemdelingrechtelijke gronden een inbreuk op dit grondrecht maken in situaties als voorzien bij wet. Het is dan aan de autoriteiten om aan te tonen dat deze inbreuk rechtmatig is. Het is immers niet meer dan logisch en een algemeen rechtsbeginsel dat een procespartij die claimt dat hij een uitzondering op de hoofdregel mag maken dit ook moet onderbouwen. Dit heeft nog meer te gelden als het om vrijheidsbeneming gaat, omdat in dit geval het maken van een uitzondering op de hoofdregel zeer ingrijpende gevolgen heeft en bovendien geen sprake is van gelijkwaardige procespartijen. Het zijn immers de autoriteiten die een uitzondering maken op het grondrecht op vrijheid van een individuele vreemdeling. De rechtbank verzoekt het Hof uit te leggen of de bewijslast voor de stelling dat de inbreuk op vrijheid is geoorloofd inderdaad op de autoriteiten rust. Dit betekent dan immers dat ongeacht wat de vreemdeling aanvoert de autoriteiten de rechter moeten overtuigen dat de detentie rechtmatig is zodra de vreemdeling een procedure tegen zijn detentie aanhangig maakt bij de rechter. Indien het Hof deze redenering van de rechtbank onderschrijft, volgt reeds uit artikel 5, vierde lid, EVRM dat de rechtbank verplicht is om ambtshalve de rechtmatigheid van de detentie te onderzoeken en te beoordelen en zich in ieder geval niet te beperken tot de door of namens de vreemdelingen aangedragen feiten en omstandigheden.

20. Een nationale rechtspraak die het de rechter verbiedt uitvoering te geven aan zijn verplichting om een onrechtmatige detentie onmiddellijk te beëindigen, terwijl de rechterlijke toets in dezelfde bepaling is opgenomen als de bepaling die het grondrecht op vrijheid garandeert, lijkt daarmee onvereenigbaar met artikel 5 EVRM. In rechtsoverweging 9 van de verwijzingsuitspraak van 23 december 2020 heeft de Afdeling ter motivering van haar verzoek om een versnelde behandeling mede aangegeven dat het antwoord op de prejudiciële vraag de duur van de eventuele onrechtmatige vrijheidsberoving kan verkorten in al die procedures van vreemdelingen die thans gedetineerd zijn. De Afdeling lijkt hiermee te onderkennen dat de nationale rechtspraak inderdaad met zich kan brengen dat een onrechtmatige detentie, ondanks de door artikel 5, vierde lid, EVRM gegarandeerde toegang tot de rechter, kan voortduren maar ziet hierin –kennelijk– geen aanleiding om deze nationale rechtspraak in strijd te achten met artikel 5, vierde lid, EVRM. De Afdeling legt immers blijkens haar verwijzingsuitspraak alleen een prejudiciële vraag aan het Hof voor omdat artikel 6 Handvest wellicht meer bescherming biedt dan artikel 5, vierde lid, EVRM. De Afdeling lijkt zich hierbij op het standpunt te stellen dat beide bepalingen toegang tot de rechter garanderen en daardoor reeds het grondrecht op vrijheid waarborgen. De rechtbank vraagt het Hof uit te leggen of het enkele recht om een gemotiveerd verzoek tot invrijheidstelling aan de rechter voor te kunnen leggen volstaat om aan de eisen van artikel 6 Handvest te voldoen. Als de rechter de vreemdeling geen bescherming kan bieden door te waarborgen dat zijn vrijheid niet onrechtmatig wordt ontnomen is het recht op toegang tot de rechter immers van weinig betekenis.

21. Het Hof heeft in het arrest Otis<sup>14</sup> overwogen dat:

*"Wat meer bepaald het recht op toegang tot de rechter betreft, moet worden gepreciseerd dat een "gerecht" pas in overeenstemming met artikel 47 van het Handvest over een betwisting inzake uit het Unierecht voortvloeiende rechten en verplichtingen kan beslissen indien het bevoegd is om alle voor het bij hem aanhangige geding relevante feitelijke en juridische kwesties te onderzoeken".*

22. Het Hof heeft in het arrest Mahdi<sup>15</sup> onder meer het navolgende overwogen:

*"45. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat deze verplichting tot mededeling van voornoemde redenen vereist is, zowel om de betrokken derdelander de mogelijkheid te bieden zijn rechten onder zo goed mogelijke omstandigheden te verdedigen en met volledige kennis van zaken te beslissen of hij er baat bij heeft zich tot de bevoegde rechter te wenden, als om deze laatste ten volle in staat te stellen om de controle van de rechtmatigheid van de betrokken handeling uit te oefenen (...)*

*(...)*

62. *Daaruit volgt dat een juridische autoriteit die beslist over een verzoek tot verlenging*

*van de bewaring, moet kunnen beslissen over elk relevant feitelijk en juridisch element om te bepalen of een verlenging van de bewaring gerechtvaardigd is in het licht van de in de punten 58 tot en met 61 van het onderhavige arrest vermelde vereisten, wat een grondig onderzoek impliceert van de feitelijke elementen van elk concreet geval. Wanneer de aanvankelijk gelaste bewaring niet langer is gerechtvaardigd ten opzichte van deze vereisten, moet de bevoegde rechterlijke autoriteit (...) de invrijheidstelling van de betrokken derdelander gelasten. Daartoe moet de rechterlijke autoriteit die beslist over een verzoek tot verlenging van de bewaring in staat zijn rekening te houden zowel met de*

*feitelijke elementen en de bewijzen die zijn aangevoerd door de administratieve autoriteit die de aanvankelijke bewaring heeft gelast, als met elke eventuele opmerking van de betrokken derdelander. Bovendien moet zij elk ander voor haar beslissing relevant element kunnen onderzoeken indien zij dit noodzakelijk acht. Daaruit volgt dat de bevoegdheden van de rechterlijke autoriteit in het kader van een controle in geen geval kunnen zijn beperkt tot louter de elementen die door de betrokken administratieve autoriteit zijn aangevoerd.*

63. *Iedere andere uitlegging van artikel 15 van richtlijn 2008/115 zou ertoe leiden dat de*

*leden 4 en 6 van dit artikel hun nuttige werking wordt ontnomen en dat de bij artikel 15, lid 3, tweede volzin, van deze richtlijn vereiste rechterlijke controle wordt uitgehold, waardoor de verwezenlijking van de door deze richtlijn nagestreefde doelstellingen in gevaar zou worden gebracht.*

*(...)*

23. Allereerst blijkt uit het Mahdi-arrest dat de beoordeling van de rechtmatigheid van de detentie óók betrekking moet hebben op de door de vreemdeling aangedragen argumenten. Hieruit volgt naar het oordeel van de rechtbank dat de beoordeling door de rechter door de nationale rechtspraak dus niet beperkt kan worden tot de door of namens de vreemdeling aangedragen argumenten. Overigens wijst de rechtbank er op dat indien de vreemdeling zelf niet in rechte opkomt tegen oplegging van de maatregel, verweerder in de nationale rechtspraak verplicht is om mededeling te doen van de detentie, zodat de rechter elke maatregel toetst ook indien de vreemdeling hiertoe dus zelf geen verzoek doet. Het maakt de controle door de rechter van de rechtmatigheid van de detentie in deze zogenaamde kennisgevingsprocedure zinledig als het de rechter verboden is om ambtshalve alle

elementen en feiten te onderzoeken omdat de vreemdeling in het geheel niet heeft verzocht om een rechterlijke controle en daartoe dus ook geen feiten en omstandigheden aandraagt.

24. De rechtsvragen en het feitencomplex die aan dit arrest ten grondslag liggen zijn niet identiek aan de rechtsvragen en feiten in de onderhavige zaak. Ook heeft dit arrest betrekking op de Terugkeerrichtlijn en bepaalt het Hof niet letterlijk dat de overwegingen uit dit arrest ook voor een maatregel tot vreemdelingenbewaring geldt indien die is gebaseerd op de Opvangrichtlijn of Dublinverordening. Dat laat onverlet dat het Hof in dit arrest aangeeft dat de rechter die over een verlengingsbesluit beslist ten volle in staat moet zijn om de controle van de rechtmatigheid van de betrokken handeling uit te oefenen en de invrijheidstelling moet bevelen als de detentie niet (langer) rechtmatig is. Niet valt in te zien waarom de rechterlijke autoriteit die beslist over elk ander verzoek van de vreemdeling om de bewaring op te heffen niet om vergelijkbare redenen, gelet op het karakter van vrijheidsontneming, in staat moet zijn om de feitelijke elementen van elk concreet geval grondig te onderzoeken en de rechtmatigheid van de inbewaringstelling ten volle te controleren. Het gaat er immers om dat de vreemdeling niet onrechtmatig zijn vrijheid mag worden ontnomen en hij dit door de rechter moet kunnen laten controleren die vervolgens alle aspecten van de rechtmatigheid grondig moet onderzoeken en in staat moet zijn en daartoe ook gehouden is om de onrechtmatige detentie onmiddellijk te beëindigen ongeacht of het vaststellen van de onrechtmatigheid ambtshalve of op grond van door of namens de vreemdeling aangedragen feiten en omstandigheden plaatsvindt.

25. De nationale rechtspraktijk beperkt de rechterlijke toetsing echter op voorhand door de toetsing van de rechtmatigheid te beperken tot uitsluitend de door de vreemdeling aangedragen feiten en omstandigheden en de rechter niet in staat te stellen elk relevant feitelijk en juridisch element te controleren en beoordelen. Het arrest Mahdi ziet op de mogelijkheden die de rechter moet hebben om de rechtmatigheid van de bewaring te kunnen beoordelen. Nu het Unierecht en het EVRM bepalen dat indien de limitatief opgesomde omstandigheden waarop de detentie is gebaseerd niet (langer) aan de orde zijn en deze detentie dus onrechtmatig is, de detentie onmiddellijk moet worden beëindigd, ligt het niet alleen voor de hand dat deze beoordeling van de rechter betrekking moet hebben op alle aspecten van de rechtmatigheid van de detentie op vreemdelingrechtelijke gronden, maar ook dat de rechter dus niet alleen bevoegd maar ook gehouden is al deze aspecten te onderzoeken om te controleren of de autoriteiten de vreemdeling rechtmatig detineren.

26. Bovenstaande overwegingen van het Hof lijken te duiden op algemene uitgangspunten zodat de rechtbank deze overweging dus ook ten grondslag legt aan de motivering dat niet kan worden volstaan met een bevoegdheid tot het ambtshalve onderzoeken en beoordelen van de rechtmatigheid van de detentie. Weliswaar blijkt uit de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en de Dublinverordening en de omzetting hiervan in de nationale wet- en regelgeving onder welke omstandigheden een vreemdeling kan worden gedetineerd zodat in die zin weliswaar sprake is van rechtszekerheid. Welke rechter belast wordt met de behandeling van het verzoek tot invrijheidstelling zal echter doorslaggevend zijn voor de vraag met welke intensiteit de rechtmatigheid zal worden onderzocht en zal worden beoordeeld. Het is dan aan de individuele rechter om te bepalen in welke gevallen hij al dan niet gebruik zal maken van zijn bevoegdheid om ambtshalve de detentie te onderzoeken en te beoordelen. Het komt de rechtbank voor dat dit tot onvoorspelbaarheid, rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid zal leiden. De rechtbank verwijst hierbij naar het arrest van het Hof van 15 maart 2017 in de zaak Al Chodor<sup>16</sup> waarin het Hof overweegt dat aangezien bewaring een ernstige inbreuk op het recht op vrijheid vormt daarvoor strikte waarborgen gelden. De rechtbank leidt hieruit af dat juist als een voorziening in rechte betrekking heeft op het opkomen tegen een inbreuk door de autoriteiten op het grondrecht op vrijheid deze voorziening tenminste rechtszekerheid en rechtsgelijkheid als waarborgen moet bieden.

Doeltreffende voorziening in rechte om op te komen tegen vreemdelingrechtelijke detentie.

27. Het grondrecht op vrijheid is verankerd in alle mensenrechtenverdragen en het recht van de Unie. Indien de autoriteiten van een lidstaat gebruik willen maken van hun bevoegdheid om dit grondrecht tijdelijk in te perken of te ontnemen op vreemdelingrechtelijke gronden zullen zij, zoals reeds overwogen door de rechtbank, moeten motiveren dat de detentie rechtmatig is. De vreemdeling heeft het recht hiertegen op te komen in een gerechtelijke procedure. Zoals hiervoor overwogen regelt het recht van de Unie en het EVRM niet hoe de lidstaten de procedure om op te komen tegen vreemdelingendetentie moeten inrichten. Lidstaten zijn op grond van hun procedurele autonomie bevoegd om dit zelf te regelen met inachtneming van de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid. Het recht van de Unie garandeert wel het recht op een doeltreffende voorziening in rechte aan een ieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, zodat de voorziening in rechte waar de rechtmatigheid van de vreemdelingendetentie kan worden aangevochten eveneens doeltreffend moet zijn.

28. Het Hof heeft in zijn arrest FMS e.a. van 14 mei 2020<sup>17</sup> onder meer het navolgende overwogen:

*140. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat artikel 47 van het Handvest op zichzelf volstaat en niet hoeft te worden verduidelijkt door bepalingen van het Unierecht of van nationaal recht, om particulieren een recht te verlenen dat zij zonder meer kunnen invoeren.*

(...)

*142. Ten tweede is het in dit verband bij gebreke van Unieregelgeving ter zake weliswaar een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingesteld ter bescherming van de aan het Unierecht ontleende individuele rechten, maar zijn de lidstaten er in alle gevallen verantwoordelijk voor te verzekeren dat het recht op daadwerkelijke rechterlijke bescherming van deze rechten wordt geëerbiedigd, zoals is gewaarborgd in artikel 47 van het Handvest.*

(...)

*287. Het staat dus aan het Hof om in de eerste plaats te bepalen of de verwijzende rechter, gesteld dat hij van oordeel is dat de onderbrenging van verzoekers in de hoofdgedingen in de sector van de Rösztke-transitzone die bestemd is voor derdelanders wier asiolverzoek is afgewezen, bewaring vormt, zich krachtens het Unierecht bevoegd kan verklaren om de rechtmatigheid van een dergelijke bewaring te toetsen, ondanks het feit dat geen enkele nationale bepaling een dergelijke rechterlijke toetsing mogelijk maakt.*

(...)

*288. In dit verband moet ten eerste worden opgemerkt dat artikel 15 van richtlijn 2008/115 onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is en derhalve rechtstreekse werking heeft (...) Om soortgelijke redenen moet artikel 9 van richtlijn 2013/33 ook geacht worden een dergelijke werking te hebben.*

*289. Daarnaast geven artikel 15, lid 2, derde alinea, van richtlijn 2008/115 en artikel 9, lid 3, van richtlijn 2013/33 op het betrokken gebied een concrete invulling aan het in artikel 47 van het Handvest gewaarborgde recht op effectieve rechterlijke bescherming. Zoals in punt 140 van dit arrest is benadrukt, volstaat dit artikel 47 op zichzelf en hoeft het niet door bepalingen van het Unierecht of van nationaal recht te worden verduidelijkt om particulieren een recht te verlenen dat zij zonder meer kunnen invoeren.*

*290. Ten tweede is een nationale regeling die niet waarborgt dat de rechtmatigheid van het bestuurlijke besluit waarbij de bewaring wordt bevolen van een persoon die om internationale bescherming verzoekt of van een illegaal verblijvende derdelander, niet alleen in strijd met artikel 15, lid 2, derde alinea, van richtlijn 2008/115 en artikel 9, lid 3, van richtlijn 2013/33, zoals in de punten 261 en 277 van dit arrest is opgemerkt, maar schendt een dergelijke regeling ook de wezenlijke inhoud van het in artikel 47 van het Handvest gewaarborgde recht op effectieve rechterlijke bescherming, aangezien daardoor absoluut wordt verhinderd dat een rechter uitspraak doet over de eerbiediging van de door het Unierecht gewaarborgde rechten en vrijheden van een in bewaring gehouden derdelander.*

*291. Derhalve en om vergelijkbare redenen als die welke in de punten 138 tot en met 146 van dit arrest*

*zijn uiteengezet, leggen het beginsel van voorrang van het Unierecht en het recht op effectieve rechterlijke bescherming, dat wordt gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest, de verwijzende rechter de plicht op om, indien hij van oordeel is dat verzoekers in de hoofdgedingen in bewaring worden gehouden, zich bevoegd te verklaren om de rechtmatigheid van een dergelijke bewaring te onderzoeken en indien nodig elke nationale bepaling die hem verbiedt aldus te handelen, buiten toepassing te laten.*

292. *In de tweede plaats moet worden benadrukt dat artikel 15, lid 2, laatste alinea, van richtlijn 2008/115 en artikel 9, lid 3, laatste alinea, van richtlijn 2013/33 uitdrukkelijk bepalen dat wanneer de bewaring als onrechtmatig wordt beoordeeld, de betrokken persoon onmiddellijk moet worden vrijgelaten.*

293. *Hieruit volgt dat de nationale rechter in een dergelijk geval zijn beslissing in de plaats moet kunnen stellen van die van de bestuurlijke autoriteit die de bewaring heeft bevolen en ofwel een alternatief voor de bewaring ofwel de invrijheidstelling van de betrokken persoon moet kunnen uitspreken (zie in die zin arrest van 5 juni 2014, Mahdi, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, punt 62). (...)*

294. *Derhalve verlenen artikel 15, lid 2, van richtlijn 2008/115 en artikel 9, lid 3, van richtlijn 2013/33 de verwijzende rechter de bevoegdheid, indien geen andere rechter daar krachtens het nationale recht over beschikt, om te beslissen verzoekers in de hoofdgedingen onmiddellijk in vrijheid te stellen indien hij van oordeel is dat er bij hun bewaring in de sector van de Röske-transitzone die bestemd is voor derdelanders wier asiolverzoek is afgewezen, sprake is van bewaring die in strijd is met de daarop toepasselijke bepalingen van het Unierecht.*

29. Het Hof heeft in het arrest FMS e.a. de gestelde prejudiciële vragen onder meer als volgt beantwoord:

#### *Beantwoording vraag 8*

*"Het beginsel van voorrang van het Unierecht en het recht op effectieve rechterlijke bescherming, dat wordt gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, moeten aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter op grond daarvan verplicht is om zich, bij gebreke van een nationale bepaling waarin is voorzien in rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van een bestuurlijk besluit waarbij de bewaring wordt bevolen van personen die om internationale bescherming verzoeken of van derdelanders wier asiolverzoek is afgewezen, bevoegd te verklaren om uitspraak te doen over de rechtmatigheid van een dergelijke bewaring en dat deze rechter gemachtigd is om de betrokkenen onmiddellijk in vrijheid te stellen indien hij van oordeel is dat er sprake is van bewaring in strijd met het Unierecht."*

30. De feiten en rechtsvragen die aan dit arrest van het Hof ten grondslag liggen zijn niet identiek aan de nationale rechtspraktijk waarin immers wel in een rechterlijke toets is voorzien. Het Hof overweegt echter wel dat de rechter daadwerkelijk effectieve rechterlijke bescherming moet bieden en dus uitspraak moet doen over de rechtmatigheid van de detentie en bij strijd met het Unierecht de vreemdeling onmiddellijk in vrijheid moet stellen ook als de nationale regeling daarin niet voorziet.

31. In de zaak FMS e.a. ontbrak een rechterlijke toets volledig zodat duidelijk is dat de waarborgen van een effectieve voorziening in rechte niet zijn gewaarborgd. In de nationale rechtspraktijk is wel voorzien in een rechterlijke toets. Indien deze procedure echter geen doeltreffende voorziening in rechte is, is het de vraag of op grond van de uitleg die het Hof in bovenstaand arrest heeft gegeven dit betekent dat de rechter zich verplicht of bevoegd moet achten ambtshalve alle aspecten van de rechtmatigheid van de detentie te beoordelen om daarmee daadwerkelijk rechtsbescherming te bieden bij gebreke van een nationale regeling die de rechter daartoe in staat stelt. De rechtbank zal daarom uiteenzetten hoe de nationale voorziening in rechte om op te komen tegen vreemdelingenbewaring is ingericht, zodat kan worden beoordeeld of dit de vreemdeling effectieve rechterlijke bescherming biedt.

#### *Nationale rechtspraktijk*



32. Het Hof heeft in rechtsoverweging 34 van zijn arrest van 9 september 2020<sup>18</sup> herhaald dat:

*"34. In herinnering zij gebracht dat het volgens vaste rechtspraak van het Hof, bij het ontbreken van Unievoorschriften ter zake, krachtens het beginsel van procedurele autonomie een zaak van de interne rechtsorde van de lidstaten is om de procedureregels vast te stellen voor vorderingen in rechte die worden ingediend ter bescherming van de rechten van de justitiabelen, op voorwaarde evenwel dat die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke situaties naar nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel)(...)"*.

33. Het Hof heeft in ditzelfde arrest ook overwogen dat:

*"42. Aangaande in de tweede plaats de eerbiediging van de voorwaarde inzake het doeltreffendheidsbeginsel met betrekking tot een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof bij het onderzoek van elk geval waarin de vraag rijst of een nationaal procedurevoorschrift de toepassing van het Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, rekening moet worden gehouden met de plaats van dat voorschrift in de gehele procedure en met het verloop en de bijzonderheden van deze procedure voor de verschillende nationale instanties. Vanuit dit oogpunt dient in voorkomend geval met name rekening te worden gehouden met de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure"*.

34. De rechtbank leidt uit dit arrest van het Hof af dat om het doeltreffendheidsbeginsel te eerbiedigen, de voorziening in rechte materieel moet volstaan om als een daadwerkelijk rechtsmiddel te kunnen worden aangemerkt.

35. De rechtbank zal uiteenzetten in welke procedurele waarborgen in de nationale gerechtelijke procedure is voorzien. De rechtbank zal tevens toelichten wat de reikwijdte van deze waarborgen in de praktijk is, zodat het Hof beter in staat zal zijn om bij de beantwoording van de vragen te bezien of deze voorziening in rechte materieel volstaat om aangemerkt te kunnen worden als daadwerkelijk rechtsmiddel voor een vreemdeling die door de autoriteiten wordt gedetineerd en de rechter verzoekt om hem in vrijheid te stellen.

36. Om een deugdelijk rechtsmiddel te garanderen in de nationale rechtspraktijk is voorzien in een aantal waarborgen waarvan artikel 5 EVRM en artikel 47 Handvest ook bepalen dat deze waarborgen in acht moeten worden genomen bij het bieden van een voorziening in rechte. Zo wordt elke vrijheidsontnemende maatregel door een rechter getoetst ook als de vreemdeling hierom niet verzoekt, vindt deze rechterlijke toetsing en uitspraak door de rechter spoedig na inbewaringstelling plaats, heeft de vreemdeling na inbewaringstelling het recht om bij een eerste rechterlijke toets in persoon te worden gehoord en heeft de vreemdeling recht op gratis gespecialiseerde rechtsbijstand.

37. De rechtbank wenst van het Hof te vernemen of deze waarborgen op zichzelf volstaan om de nationale procedure reeds te kunnen aanmerken als een doeltreffende voorziening en wijst daarvoor op het navolgende.

38. De autoriteiten die de vreemdeling op vreemdelingrechtelijke gronden detineren stellen, zodra de rechter om een beoordeling van de rechtmatigheid van de detentie wordt verzocht, de rechtbank een dossier ter beschikking zodat de argumenten van de vreemdeling kunnen worden beoordeeld. In de onderhavige procedure waarin de vreemdeling opkomt tegen de voortdurende detentie hebben de autoriteiten een dossier ter beschikking gesteld dat wat betreft omvang en inhoud representatief is voor deze procedures. Het Hof heeft kennis kunnen nemen van dit dossier dat door de rechtbank in kopie aan het Hof is overgelegd. Indien de vreemdeling in rechte opkomt tegen de voortdurende detentie heeft hij geen recht om in persoon te worden gehoord. Namens de vreemdeling worden in deze procedures dan ook schriftelijk beroepsgronden ingediend, zodat de rechtbank kan beoordelen

of aanstonds duidelijk is of de gronden al dan niet slagen of dat een behandeling ter zitting is geïndiceerd om tot een uitspraak te kunnen komen. Het Hof heeft kunnen constateren dat het dossier in de onderhavige zaak bestaat uit twee verslagen van vertrekgesprekken waarvan slechts één verslag van een halve pagina relevant is voor de te beoordelen periode van de detentie. Verder hebben de autoriteiten een zogenaamde voortgangsrapportage gedateerd op 8 januari 2021 overgelegd, geduid als "Model 120 Gegevens met betrekking tot uitzetting". Een dergelijke rapportage betreft een standaardmatig formulier waarop de autoriteiten vermelden welke feitelijke handelingen zij verrichten om uitzetting te bewerkstelligen. Voor de beoordeling van de onderhavige procedure is van de vier pagina's die deze rapportage bevat enkel relevant dat in de te beoordelen periode die begint op 8 december 2020 de autoriteiten schriftelijk hebben gerappelleerd bij de Marokkaanse autoriteiten of de aanvraag voor een vervangend reisdocument dat is aangevraagd op 14 maart 2019 in behandeling wordt genomen en dat er op 6 januari 2021 een vertrekgesprek heeft plaatsgevonden en eiser daarin heeft aangegeven dat hij vanuit detentie geen activiteiten heeft ondernomen om terugkeer naar Marokko te bespoedigen. Eiser heeft aangevoerd dat zicht op uitzetting binnen een redelijke termijn ontbreekt. De rechtbank kan uit dit uiterst summiere dossier niet alle relevante feiten en omstandigheden afleiden die noodzakelijk zijn om te kunnen beoordelen of voortzetting van de detentie rechtmatig is. De rechtbank acht het niet alleen relevant om te vernemen waarom verweerder zicht op uitzetting aanwezig acht als reeds 21 keer schriftelijk is gerappelleerd of de aanvraag voor een reisdocument in behandeling wordt genomen. De rechtbank wil ook worden geïnformeerd over waarom de autoriteiten zich op het standpunt stellen dat de oplegging van een lichter middel in deze fase van de bewaring niet aan de orde is. In de voortgangsrapportage is weliswaar vermeld dat de vreemdeling niets heeft ondernomen om zijn terugkeer naar Marokko te bespoedigen, maar een niet meewerkende houding is niet afdoende als motivering om niet te volstaan met een lichter middel. De rechtbank moet kunnen controleren of de autoriteiten actief hebben onderzocht of er alternatieve maatregelen mogelijk zijn om aan uitzetting te kunnen werken en deze uitzetting niet wordt verhinderd doordat de vreemdeling zich hier bij een lichter middel aan zal onttrekken. Indien de autoriteiten dit afdoende kunnen motiveren wil de rechtbank ook weten waarom de persoonlijke omstandigheden van eiser niet met zich brengen dat desondanks van detentie wordt afgezien. In het onderhavige geval blijkt uit de gronden van beroep dat eiser gedurende een zeer lange periode in Nederland verblijft en kampt met verslavingsproblematiek. De medische voorzieningen in detentie zijn vergelijkbaar met de medische voorzieningen in de vrije maatschappij. De rechtbank wil echter van de autoriteiten vernemen welke specifieke voorzieningen in detentie bestaan voor vreemdelingen die kampen met verslavingsproblematiek. Het dossier biedt de rechtbank geen mogelijkheid deze aspecten van de rechtmatigheid te onderzoeken. De rechter moet gelet op zijn verplichting om een onrechtmatige detentie onmiddellijk te beëindigen dus wel actief vragen stellen tijdens het onderzoek ter zitting om in ieder geval de feiten en omstandigheden te achterhalen die noodzakelijk zijn voor de rechtmatigheidstoets. Dat de vreemdeling in een eerdere procedure heeft kunnen opkomen tegen de oplegging van de maatregel maakt dit niet anders omdat deze vragen ook bij de vraag of voortduring van de detentie rechtmatig is relevant zijn. De rechtbank wijst er hierbij op dat tegen de uitspraak van de rechtbank over de voortduring van de maatregel geen hoger beroep open staat. De vreemdeling heeft in deze procedure voorts geen recht om in persoon te worden gehoord. De maximale termijn die de detentie op grond van de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en de Dublinverordening kan voortduren is aanzienlijk, terwijl de rechter bij een beroep tegen de voortduring van de detentie een zeer summiere dossier ter beschikking wordt gesteld. In de nationale rechtspraak moet de vreemdeling op grond van ditzelfde summiere dossier zijn argumenten voor invrijheidstelling baseren en is het vervolgens de rechter niet toegestaan om zich nader ter vergewissen van alle relevante feiten en omstandigheden door ambtshalve onderzoek te verrichten. De rechter die de rechtmatigheid van de voortduring van de detentie beoordeelt is hooguit per toeval dezelfde rechter die de eerste rechtmatigheidsbeoordeling heeft verricht. Bij de toedeling van de zaken wordt hier geen rekening mee gehouden. Dit betekent dat de rechter die het beroep tegen de voortduring behandelt niet vanzelfsprekend op de hoogte is van de argumenten die de vreemdeling tegen de oplegging van de maatregel heeft aangevoerd, de reactie van de autoriteiten hierop en de motivering van de uitspraak van de rechter in eerste en in tweede aanleg. Het dossier dat de rechtbank ter beschikking wordt gesteld om de rechtmatigheid van de voortduring van de detentie te beoordelen bevat bovendien niet de maatregel van bewaring.

39. De Afdeling legt de nationale wetgeving zo uit dat alleen feiten en omstandigheden die door of namens de vreemdeling worden aangevoerd door de rechter beoordeeld mogen en moeten worden. Dit betekent ook dat de rechter indien hij aanstonds bij de bestudering van het dossier onrechtmatigheden vaststelt in ieder geval moet wachten totdat het onderzoek ter zitting plaatsvindt omdat de vreemdeling bij de eerste rechtmatigheidstoets door de rechter pas zijn argumenten voor zijn verzoek tot invrijheidsstelling kenbaar maakt<sup>19</sup>. Dit kan de rechter dus in de situatie brengen dat hij op grond van het dossier van de autoriteiten aanstonds constateert dat de vreemdeling onrechtmatig is gedetineerd, hij desondanks eerst moet kennismaken van de argumenten van de vreemdeling en het de rechter vervolgens verboden is de vreemdeling in vrijheid te stellen als deze niet de juiste argumenten hiervoor aandraagt.

40. De gerechtelijke procedure waarbij de vreemdeling kan opkomen tegen vreemdelingendetentie is in afwijking van de meeste nationaalrechtelijke procedures rechtspraak in twee in plaats van in drie instanties. Het recht om in hoger beroep te gaan voorziet in een grievenstelsel. Dit betekent dat de maatregel tot vreemdelingenbewaring niet vanzelfsprekend in volle omvang voorligt bij de Afdeling. Door de partij die in hoger beroep gaat dient gemotiveerd te worden aangegeven tegen welk onderdeel van de uitspraak van de rechtbank wordt opgekomen. Dit heeft tot gevolg dat op feiten en omstandigheden die de rechter in eerste aanleg niet bij zijn uitspraak heeft beoordeeld geen beroep kan worden gedaan in hoger beroep. Tegen een uitspraak op beroep tegen de voortdurende van de vreemdelingendetentie staat, zoals hiervoor overwogen, geen hoger beroep open zodat de uitspraak van de rechter in eerste aanleg de enige toets van de voortdurende van de detentie is. Weliswaar is de vreemdeling niet beperkt in het aantal keren dat hij kan opkomen tegen de voortdurende van zijn detentie, echter indien zich geen nieuwe feiten of omstandigheden voordoen zal een dergelijk beroep weinig kansrijk zijn.

41. De wetgeving voorziet voorts niet in bepalingen of het (hoger)beroep wordt behandeld door een enkelvoudige kamer of door een meervoudige kamer en dit is ook niet afhankelijk van een keuze van partijen. In de nationale rechtspraak geschiedt de behandeling van het (hoger) beroep tegen de vreemdelingenbewaring zelden door een meervoudige kamer, terwijl het bewaringsrecht steeds complexer wordt. Bovendien heeft te gelden dat in hoger beroep zelden een behandeling ter zitting plaatsvindt. Het recht om door de rechter in persoon te worden gehoord is alleen gegarandeerd in eerste aanleg en uitsluitend bij een eerste toets van de rechtmatigheid van de detentie. De vreemdeling heeft dus in hoger beroep, in een procedure tegen de voortdurende van de detentie en in een beroep tegen de verlenging van de maatregel geen recht om in persoon te worden gehoord. In de praktijk worden vreemdelingen zelden in persoon gehoord als het niet een eerste toets betreft, ook al wordt regelmatig gemotiveerd hierom verzocht.

42. Zoals artikel 47 Handvest voorschrijft voorziet de nationale rechtspraak in gratis rechtsbijstand voor de vreemdeling die in rechte wil opkomen tegen de maatregel van vreemdelingenbewaring indien de vreemdeling niet over toereikende financiële middelen beschikt. Het is hoogst uitzonderlijk dat in deze zaken door advocaten niet op basis van een zogenaamde toevoeging wordt geprocedeerd. De rechtsbijstand wordt verleend door advocaten die een verplicht minimum aantal bewaringsprocedures op jaarbasis moeten voeren en ook cursussen over vreemdelingenbewaring moeten volgen om voor financiering van deze werkzaamheden op grond van een puntenstelsel in aanmerking te komen.

43. Dit leidt tot enige expertise en een zekere basiskennis bij deze advocaten. De geringe omvang van de vergoeding voor deze vorm van rechtsbijstand betekent evenwel dat een advocaat naast zaken op zogenoemde toevoegingsbasis ook zaken van betalende cliënten zal moeten behandelen omdat het anders nagenoeg onmogelijk is om een onderneming rendabel te maken. De advocaat die rechtszoekenden bijstaat in procedures over vreemdelingenbewaring kan zich dan ook niet beperken tot het uitsluitend behandelen van deze procedures om daarmee zich te specialiseren. Het aantal advocaten dat procedeert in vreemdelingenbewaring is in vergelijking met het aanbod aan zaken bovendien zodanig groot dat het gemiddeld aantal zaken dat een individuele gekwalificeerde advocaat krijgt toebedeeld gering is. Het komt geregeld voor dat advocaten op jaarbasis net kunnen

voldoen aan het minimum aantal te voeren procedures om voor het verlenen van gefinancierde rechtsbijstand in bewaringszaken in aanmerking te komen. De rechtbank merkt op dat de procesvertegenwoordigers van de autoriteiten en de individuele rechter aanzienlijk meer vreemdelingendetentie-zaken op jaarbasis behandelen dan individuele advocaten en in die zin meer expertise kunnen opbouwen en kennis kunnen opdoen over bewaringsrecht. De rechtbank acht hierbij bovendien aannemelijk dat zowel de procesvertegenwoordiger van de autoriteiten als de rechter kunnen steunen op meer juridische ondersteuning bij de behandeling van concrete zaken dan een rechtsbijstandverlener.

44. De rechtbank wijst het Hof er voorts op dat de Algemene wet bestuursrecht voor alle administratieve procedures als hoofdregel bepaalt dat de schriftelijke uitspraak de gronden van de beslissing vermeldt<sup>20</sup>. De Afdeling is echter als gerecht in tweede en hoogste instantie –uitsluitend- in vreemdelingenzaken op grond van de Vreemdelingenwet bevoegd om uitspraken waarbij de uitspraak van de rechtbank wordt bevestigd “verkort” te motiveren. Deze bevoegdheid bestaat ook als het gaat om vreemdelingenbewaring. Deze zogenaamde “verkorte motivering” behelst niet meer dan de enkele mededeling dat er geen grieven zijn ingediend die slagen of *“vragen opwerpen die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven”*<sup>21</sup>. De Afdeling heeft onlangs, na aanleiding van aanhoudende kritiek vanuit de rechtspraak over het veelvuldig onverplicht gebruik maken van deze bevoegdheid, initiatief genomen om bij wijze van experiment een korte aanvullende mededeling op deze verkorte motivering te geven door middel van een categorisering van zaken die met een dergelijke motivering worden afgedaan. Dit is echter evenmin een inhoudelijke motivering van de uitspraak waarbij aan de individuele rechtszoekende wordt uitgelegd wat de redenen van de beslissing op zijn grieven zijn. De Afdeling maakt van deze bevoegdheid, ook als het gaat om vreemdelingenbewaring, in nagenoeg alle uitspraken op hoger beroep waarbij de rechtbankuitspraak wordt bevestigd gebruik. De rechtbank wenst van het Hof te vernemen of toegang tot de rechter voor de vreemdeling die aan de rechter verzoekt om in vrijheid te worden gesteld het recht op een gemotiveerde uitspraak omvat gelet op het belang dat de uitspraak in hoogste instantie in de totale procedure inneemt. De rechtbank wijst er hierbij uitdrukkelijk op dat een concrete procedure in vreemdelingenbewaring weliswaar eindigt met een uitspraak van de Afdeling, maar dat dit niet betekent dat de detentie ook steeds eindigt. De maatregel waarbij de vreemdelingenbewaring wordt opgelegd kan dus voortduren, terwijl de vreemdeling geen recht heeft om de motivering van de uitspraak van de Afdeling over die maatregel te vernemen.

45. Detentie op vreemdelingrechtelijke gronden is een bestuursrechtelijke maatregel en kent derhalve juridisch gezien een ander karakter dan een strafrechtelijke detentie. Voor de vreemdeling zal echter het juridische karakter van zijn detentie weinig relevant zijn omdat het in beide gevallen leidt tot vrijheidsontneming. Wat voor de vreemdeling wel relevant is, is dat de strafrechtprocedure in de nationale rechtspraak in drie in plaats van twee instanties kent. Het strafrecht kent geen grievenstelsel, zodat in tweede aanleg de vraag of een verdenking tot een veroordeling en strafoplegging in de vorm van detentie moet leiden in volle omvang voorligt, ongeacht wat de verdachte/veroordeelde aanvoert. De strafprocedure kent voor de verdachte kenbare bepalingen over wanneer behandeling door een meervoudige kamer zal plaatsvinden, wat rechtszekerheid met zich meebrengt, daargelaten dat een behandeling door een meervoudige kamer een kwaliteitsborg in vergelijking met een behandeling door een enkelvoudige kamer. De strafrechter onderzoekt - óók ambtshalve- ten gronde of er strafbare gedragingen door de verdachte hebben plaatsgevonden, of deze verwijtbaar en aan de verdachte toerekenbaar zijn en of er vrijheidsontneming dient te volgen. In het strafrecht heeft te gelden dat degene die stelt dat inbreuk moet worden gemaakt op het recht op vrijheid, te weten het Openbaar Ministerie, wettig en overtuigend bewijs moet leveren dat een geëiste detentie rechtmatig is. De rechter is niet beperkt tot het beoordelen van alleen die feiten en omstandigheden die de verdachte aandraagt om de rechtmatigheid van een voorgestelde detentie te beoordelen. Daargelaten dat de procedure voor een verdachte reeds hierom beduidend meer waarborgen als het gaat om rechtsbescherming kent dan de procedure waarbij een vreemdeling opkomt tegen vreemdelingenbewaring, heeft de vreemdeling, anders dan een verdachte, geen recht op een gemotiveerde uitspraak in tweede aanleg. Een verdachte heeft bij strafoplegging in hoogste aanleg zekerheid over de duur van de te ondergane detentie. De vreemdeling krijgt die zekerheid

niet, ook niet na een uitspraak van de rechter in eerste of in tweede aanleg. De vreemdeling kan enkel weten wat de maximale duur van de vreemdelingendetentie kan zijn. Hierbij heeft echter wel te gelden dan een opheffing in verband met bijvoorbeeld een belangenafweging na een duur van zes maanden, niet in de weg staat een oplegging van een nieuwe maatregel met weer een onzekere duur met ook als inzet om de uitzetting, die eerder niet is geëffectueerd, te bewerkstelligen. De vreemdeling heeft er dus groot belang bij om te weten waarom de Afdeling zijn verzoek tot invrijheidstelling niet honoreert. Door rechtsbijstandverleners wordt bovendien met een dergelijke verkorte motivering geen enkel inzicht verschaft waarom de aangevoerde grieven tegen de rechtbankuitspraak niet slagen. Daargelaten dat advocaten dus in aanmerkelijk minder bewaringszaken dan procesvertegenwoordigers procederen en dan rechters behandelen, is het voor advocaten bij gebreke van een inhoudelijk gemotiveerde uitspraak niet eenvoudig om de jurisprudentie van de Afdeling te doorgronden en het juridisch steeds complexer wordende bewaringsrecht te beheersen, terwijl juist deze advocaten diegenen zijn die namens de vreemdeling op de relevante feiten en omstandigheden moeten wijzen om te bewerkstelligen dat de rechter in staat is een onrechtmatige detentie te beëindigen. Deze zogenaamde "91 lid 2-uitspraken" worden bovendien nimmer gepubliceerd zodat de rechtsbijstandverlener, anders dan de procesvertegenwoordiger en de rechter die via hun organisatie van alle uitspraken kennis kunnen nemen, niet op de hoogte kan zijn van deze uitspraken als die niet zijn geweest in zaken waarin hij zelf een vreemdeling bijstaat.

46. De rechtbank overweegt dat gelet op het bovenstaande geen sprake is van gelijkwaardige procespartijen in een situatie dat de sterkere partij inbreuk maakt op het grondrecht op vrijheid van de meest kwetsbare partij. Volgens nationale regelgeving en jurisprudentie is het juist die meest kwetsbare partij, namelijk de vreemdeling en zijn advocaat, die de omvang van het geding bepaalt door feiten en omstandigheden aan te moeten dragen om door de rechter te laten toetsen.

47. De Afdeling heeft in haar jurisprudentie en haar verwijzingsuitspraak aangegeven dat zij de waarborgen van de nationale procedure voldoende en in overeenstemming met het EVRM en het Unierecht acht. De Afdeling acht het tevens niet in strijd met het Unierecht om haar uitspraken, ook als het gaat om vreemdelingendetentie, niet te voorzien van een inhoudelijke motivering<sup>22</sup> en ziet ondanks dat dit bij herhaling is en wordt verzocht vanuit de rechtspraak met als voornaamste argument dat toegang tot de rechter het recht op een met redenen omklede uitspraak van die rechter omvat, geen aanleiding om het Hof prejudiciële vragen hierover te stellen<sup>23</sup>.

48. De rechtbank vraagt het Hof uit te leggen of artikel 47 Handvest, gelezen in samenhang met artikel 6 Handvest, in de weg staat aan een wettelijke bevoegdheid voor de rechter in tweede en hoogste aanleg om te volstaan met een verkorte motivering zoals toegepast in de nationale rechtspraak gelet op de grote belang voor de vreemdeling om de redenen voor afwijzing van zijn verzoek te kennen en bovengenoemde omstandigheid dat de rechtsbijstandverlener diegene is die thans bepaalt welke feiten en omstandigheden door de rechter worden betrokken bij de rechtmatigheidsbeoordeling.

De rechtbank wijst er uitdrukkelijk op dat in de nationale rechtspraak in alle administratieve procedures die geen betrekking hebben op het vreemdelingenrecht het recht bestaat op een gemotiveerde rechterlijke beslissing in twee instanties. Uitsluitend met betrekking tot vreemdelingenprocedures, geëntameerd door derdelanders en Unieburgers uit andere lidstaten, is er een uitzondering op de motiveringsplicht en bestaat er een bevoegdheid voor de Afdeling, die als tweede en tevens laatste instantie uitspraak doet, om haar uitspraken af te doen zonder inhoudelijke redenen voor de uitspraak te geven.

De rechtbank verwijst hierbij ook naar de omstandigheid dat uitsluitend tegen uitspraken van de rechtbank die zien op een eerste beroep tegen de oplegging van de maatregel van vreemdelingenbewaring en tegen een zogenaamde verlengingsbeslissing hoger beroep open staat. Indien de uitspraak in hoger beroep niet inhoudelijk wordt gemotiveerd maar wel tot een voortdurend van de detentie leidt verneemt de rechtsbijstandverlener dus niet waarom zijn grieven niet slagen. Dit maakt het aandragen van feiten en omstandigheden bij een mogelijk beroep tegen het voortduren

van de bewaring aanmerkelijk complexer dan in het geval dat de uitspraak in hoger beroep de redenen bevat waarom de Afdeling tot haar beslissing is gekomen. De rechtsbijstandsverlener is belast met het aandragen van de relevante feiten en elementen, maar is niet in staat in een vergelijkbaar aantal procedures als de procesvertegenwoordigers van de autoriteiten en individuele rechters kennis en expertise op te doen. Deze procedurele achterstand wordt vergroot doordat de uitspraken in hoger beroep bij een bevestiging van de rechtbank-uitspraak nagenoeg altijd met een verkorte motivering worden afgedaan. Tot slot draagt aan de procedurele achterstand bij dat nagenoeg geen bewaringsuitspraken worden gepubliceerd. De autoriteiten en rechters hebben toegang tot alle uitspraken ook indien deze niet worden gepubliceerd. De rechtsbijstandsverlener kan alleen kennis nemen van de uitspraken in de zaken waarin hij zelf procedeert of waarin toch een beslissing is genomen om de uitspraak te publiceren waarbij heeft te gelden, zoals hiervoor toegelicht, dat uitspraken van de Afdeling die met een verkorte motivering worden afgedaan nimmer worden gepubliceerd.

Gelet op de procedurele achterstand die een rechtsbijstandsverlener in bewaringszaken heeft rijst de vraag of de lidstaten de procedure zo mogen inrichten dat het de Afdeling, die in tweede en hoogste instantie oordeelt over de oplegging van de maatregel en het verlengingsbesluit, bevoegd is om te volstaan met een zogenaamde verkorte motivering. De rechtbank wijst er hierbij tot slot op dat deze bevoegdheid enkel in de wet is opgenomen om een mogelijk grote werklast te kunnen beheersen. Deze beheersing van de werklast, daargelaten de vraag of dit ooit een valide argument voor een individuele rechter of een rechterlijke instantie in zijn geheel kan zijn om zijn uitspraak niet te motiveren, gaat enkel ten koste van vreemdelingen die een voorziening in rechte vragen in een vreemdelingrechtelijke procedure. De beheersing van de werklast wordt dus niet ten koste gebracht van rechtszoekenden die tegen andere besluiten van de overheid opkomen, ongeacht het belang dat in die procedures de inzet is. Thans rijst door het veelvuldig gebruik van deze bevoegdheid de vraag in hoeverre het niet hoeven motiveren van een uitspraak in tweede en hoogste aanleg afbreuk doet aan de minimale eisen waaraan een gerechtelijke procedure moet voldoen om te kwalificeren als doeltreffende voorziening in rechte als het om vreemdelingendetentie gaat.

49. Ook indien het Hof bij de beantwoording van de prejudiciële vragen onder een doeltreffende voorziening in rechte als een vreemdeling wil opkomen tegen vreemdelingendetentie verstaat dat de rechter verplicht is om ambtshalve alle relevante feiten en omstandigheden van de rechtmatigheid van de detentie te onderzoeken en beoordelen, wenst de rechtbank de vraag naar de verenigbaarheid van de "verkorte motivering" in bewaringszaken met het Unierecht te handhaven. Juist gelet op het zeer ingrijpende karakter van vreemdelingenbewaring, dat een inbreuk op het grondrecht op vrijheid door de autoriteiten behelst, vraagt de rechtbank zich af of het recht op een doeltreffende voorziening in rechte niet alleen betekent het recht op spoedige toegang tot de rechter en een spoedige beslissing op het verzoek om in vrijheid te worden gesteld maar ook op het recht, indien de hoogste rechter dit verzoek tot invrijheidstelling afwijst, op een met redenen omklede beslissing.

50. De rechtbank acht de beantwoording van vraag om uitleg voor de nationale rechtspraktijk van belang ongeacht de beantwoording van de andere door de rechtbank voorgelegde vragen. De rechtbank acht deze uitleg noodzakelijk voor zowel de individuele vreemdeling die een gemotiveerde uitspraak wenst als zijn verzoek om invrijheidstelling ook door de hoogste rechter wordt afgewezen, als voor de rechtsbijstandsverlener die kennis moet kunnen nemen van de redenen waarom zijn grieven niet slagen zodat hij bij het namens de vreemdeling opkomen tegen de voortdrijving van de procedure zijn gronden daarop kan afstemmen. Indien het Hof de "verkorte motivering" in uitspraken over vreemdelingenbewaring niet verenigbaar acht met het Unierecht gelet op de beperkte reikwijdte van de overige procedurele waarborgen in de nationale vreemdelingenrechtelijke procedure, verzoekt de rechtbank het Hof om tevens aan te geven of deze uitleg ook geldt voor uitspraken in overige vreemdelingenzaken. De procedurele waarborgen en de reikwijdte hiervan in de bewaringsprocedures zijn identiek aan de procedurele waarborgen in uitspraken in asielpcedures en reguliere vreemdelingenprocedures. In alle vreemdelingrechtelijke procedures heeft te gelden dat er in afwijking van civielrechtelijke en strafrechtelijke procedures slechts twee instanties zijn en in hoger beroep

veelal uitspraak wordt gedaan zonder een behandeling ter zitting, de vreemdeling dan ook geen recht heeft om in persoon te worden gehoord en uitspraken waarin de uitspraak van de rechtbank worden bevestigd nagenoeg altijd uitsluitend worden voorzien van de zogenaamde "verkorte" motivering. Voor vreemdelingen, die doordat de procedures zien op het toekennen of handhaven van bescherming en verblijfsaanspraken op reguliere gronden in de lidstaat, is het belang in een procedure aanzienlijker dan in vele andere administratieve procedures. Naar het oordeel van de rechtbank brengt dit reeds hierom een bijzondere kwetsbaarheid met zich mee. Juist daarom is de vraag aan de orde of een met redenen omklede beslissing in beide fases van de gerechtelijke procedure is vereist om van een doeltreffende voorziening in rechte te kunnen spreken. Vreemdelingen dienen als de rechtbank hen niet in het gelijk stelt en de Afdeling deze uitspraak bevestigt kennis te kunnen nemen van de redenen waarom hun grieven niet slagen. Bij gebreke van een inhoudelijk gemotiveerde uitspraak is het haast onmogelijk voor de vreemdeling en zijn rechtsbijstandverlener om te beslissen of het zinvol is een herhaalde aanvraag tot verblijf te doen, terwijl het nalaten van het indienen van een nieuwe aanvraag doorgaans tot gevolg zal hebben dat voortgezet feitelijk verblijf illegaal is en er een plicht ontstaat om de lidstaat of het grondgebied van de Unie te verlaten.

51. Het komt de rechtbank voor dat juist in vreemdelingrechtelijke procedures, zoals deze in de nationale rechtspraak zijn ingericht en die gelet op het bovenstaande beperkte procedurele waarborgen kennen, uit artikel 47 Handvest in ieder geval een inhoudelijke motiveringsplicht voor beide rechterlijke instanties voortvloeit. In de nationale wetgeving is echter uitsluitend voor vreemdelingrechtelijke procedures deze uitzondering op de motiveringsplicht als bevoegdheid voor de Afdeling als de uitspraak van de rechtbank wordt bevestigd opgenomen. De rechtbanken zijn gehouden elke uitspraak in elke vreemdelingrechtelijke zaak te voorzien van een draagkrachtige inhoudelijke motivering. De Afdeling, hoewel daartoe in het geheel niet verplicht, maakt van deze wettelijke bevoegdheid om dit niet te doen nagenoeg steeds gebruik. De rechtbank wenst deze prejudiciële vraag ten aanzien van de vreemdelingbewaring aan het Hof voor te leggen en afhankelijk van de beantwoording door het Hof uit te breiden naar de asielprocedures en de reguliere vreemdelingenprocedures. De rechtbank wijst er hierbij uitdrukkelijk op dat deze bevoegdheid ook bestaat in het geval de vreemdeling die zich in detentie bevindt of die partij in een vreemdelingrechtelijke procedure is minderjarig is. De rechtbank verzoekt het Hof expliciet uit te leggen of gelet op het belang van het kind kan worden volstaan met het doen van uitspraak zonder aan de minderjarige uitleg te verschaffen waarom hij al dan niet in het gelijk wordt gesteld. Voor een minderjarige geldt nog meer dan voor een meerderjarige vreemdeling dat het noodzakelijk is om de redenen te kennen waarom procedures geen gewenst resultaat hebben omdat de onzekerheid die dit met zich mee brengt schadelijk zal zijn voor het welbevinden van het kind. De rechtbank verwijst in dit verband naar het arrest van het Hof van 14 januari 2021<sup>24</sup>. In dit arrest heeft het Hof in rechtsoverweging 43 –onder meer- overwogen dat een niet-begeleide minderjarige niet stelselmatig als een volwassene mag worden behandeld. De rechtbank gaat er van uit dat het Hof bedoeld heeft dat geen enkele minderjarige stelselmatige als volwassene mag worden behandeld gelet op de kwetsbaarheid die reeds uit de enkele minderjarigheid volgt. Het Hof wijst er bovendien duidelijk op dat artikel 24, tweede lid, Handvest opdraagt dat bij alle handelingen de belangen van het kind een essentiële overweging vormen en dat deze bepaling gelezen in samenhang met artikel 51, eerste lid, Handvest het fundamentele karakter van de rechten van het kind bevestigt. De rechtbank vraagt het Hof om uit te leggen of een wettelijke bevoegdheid voor de rechter in tweede en dus hoogste aanleg en het onverplicht gebruik maken van deze bevoegdheid verenigbaar is met deze overwegingen uit het arrest van 14 januari 2021.

#### *Gevolgen van deze wijze van inrichten van een vreemdelingenbewaringsprocedure*

52. In de nationale rechtspraak kan de procesvertegenwoordiger van de autoriteiten een afwachtende houding tijdens het onderzoek ter zitting innemen en een afweging maken of aan het belang van uitzetting voor de autoriteiten een groter gewicht toekomt dan aan de verplichting dat onrechtmatige detentie onmiddellijk moet worden beëindigd. Indien de rechter immers constateert dat

de detentie onrechtmatig is maar door of namens de vreemdeling niet de juiste argumenten worden aangedragen zal de onrechtmatige detentie voortduren tenzij de procesvertegenwoordiger deze detentie zelf beëindigt. Ook indien de procesvertegenwoordiger zich ten volle bewust is van het onrechtmatige karakter van de detentie is de rechter in de nationale rechtspraak niet in staat om de opheffing te bevelen als de vreemdeling en zijn rechtshulpverlener niet alle aspecten van de rechtmatigheid overzien en de rechter niet uitdrukkelijk wijzen op de feiten en omstandigheden waaruit het onrechtmatige karakter blijkt.

53. De rechtbank wijst er hierbij op dat de autoriteiten steevast hoger beroep instellen indien de rechter in weerwil van de jurisprudentie van de Afdeling ambtshalve oordeelt en zich daarbij primair op het standpunt stellen dat het de rechter verboden is om de rechtmatigheid ambtshalve te beoordelen en de uitspraak van de rechtbank reeds daarom moet worden vernietigd door de Afdeling. De Afdeling heeft dit ook steeds, behoudens in de twee hoger beroepen die hebben geleid tot de verwijzingsuitspraak van 23 december 2020, gedaan.

De rechtbank acht het uitermate opmerkelijk dat de autoriteiten zich verzetten tegen de verplichting en zelfs bevoegdheid van de rechter om de rechtmatigheid van detentie ambtshalve te beoordelen. De Unierechtelijke verplichtingen dat inperking van het recht op vrijheid alleen onder bepaalde limitatief opgesomde omstandigheden mag plaatsvinden en bij afwezigheid hiervan de onrechtmatige (geworden) detentie onmiddellijk moet worden opgeheven richten zich immers ook tot deze autoriteiten. Er is dan ook geen plaats voor een belangenafweging als sprake is van een onrechtmatige detentie. Ook indien het belang bij verwijderen of overdragen van een individuele vreemdeling door de autoriteiten groot wordt geacht, volgt uit het Unierecht dat een onrechtmatige inbreuk op het grondrecht op vrijheid onmiddellijk moet worden beëindigd. Denkbaar is bovendien dat door de toegenomen complexiteit van het bewaringsrecht ook voor de autoriteiten die belast zijn met het opleggen van de maatregel van bewaring niet altijd alle aspecten van de rechtmatigheid inzichtelijk zijn. De autoriteiten kunnen ook hierom bezwaarlijk tegen vollediger rechtsbescherming zijn die in wezen een controle van de naleving van de verplichtingen door de autoriteiten behelst. Het is nu juist de rechter die moet waarborgen dat de grondrechten zoals vastgelegd in het Handvest ten volle worden geëffectueerd. Dit geldt met name in de situatie dat de autoriteiten inbreuk maken op het recht op vrijheid en de vreemdeling de rechter verzoekt de rechtmatigheid van die inbreuk te onderzoeken en te beoordelen.

54. De Afdeling heeft in haar uitspraak van 23 december 2020 onder rechtsoverweging 5.3 overwogen dat het bestuursorgaan in het algemeen belang hoort te handelen en gebonden is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechtbank leidt hieruit af dat de Afdeling dit een dermate zwaarwegende, zo niet doorslaggevende, procedurele waarborg vindt die haar jurisprudentie rechtvaardigt. De Afdeling overweegt immers dat de het bestuursrecht deze waarborgen juist kent om de ongelijkheid in de procespositie te ondervangen. Het algemeen belang kan door het bestuursorgaan echter ook worden ingevuld door doorslaggevend gewicht toe te kennen aan verwijdering van een onrechtmatig op het grondgebied van de lidstaten verblijvende vreemdeling of aan de overdracht van een vreemdeling aan een andere lidstaat. De rechtbank heeft gewezen op de consistente proceshouding van dit bestuursorgaan dat in de nationale rechtspraak beslist over het opleggen van de maatregel van vrijheidsontneming en waaruit dus sterk verzet en weerstand blijkt tegen een verplichting en zelfs bevoegdheid voor de rechter om meer rechtsbescherming tegen zijn handelen te kunnen bieden. De rechtbank stelt vast dat de omstandigheid dat het bestuursorgaan is gebonden aan nationale algemene beginselen van behoorlijk bestuur onvoldoende waarborg is dat de vreemdeling indien hij onrechtmatig is gedetineerd onmiddellijk in vrijheid wordt gesteld. Indien het bestuursorgaan het niet onrechtmatig detineren of in detentie houden als algemeen belang en algemeen beginsel zou duiden valt immers niet in te zien waarom wordt getracht om door middel van het procederen bij de hoogste rechter te voorkomen dat de beschermende taak van de rechter wordt uitgebreid naar een verplichting om de rechtmatigheid van de detentie ten volle ambtshalve te onderzoeken en te beoordelen en daarmee het bestuursorgaan beter te kunnen controleren. Deze verplichting vloeit evenwel rechtstreeks voort uit het Unierecht en dient dan ook te prevaleren boven elk ander belang voor de nationale autoriteiten. De rechtbank vraagt het Hof deze proceshouding van



de autoriteiten te betrekken bij de uitleg van de omvang en reikwijdte van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en bij de beoordeling of daadwerkelijk sprake is van een extra procedurele waarborg.

55. Als het gaat om de vraag of de vreemdeling een doeltreffende voorziening in rechte heeft als hij wil opkomen tegen zijn detentie op vreemdelingrechtelijke gronden heeft dus te gelden dat is voorzien in de procedurele waarborgen voor de vreemdeling zoals die in artikel 47 Handvest expliciet worden benoemd en waar tenminste in moet zijn voorzien. De nationale gerechtelijke procedure waarin de vreemdeling kan opkomen tegen zijn detentie is echter gelet op bovenstaande overwegingen fragiel als het gaat om daadwerkelijke rechtsbescherming voor een individu wiens vrijheid door de autoriteiten van een lidstaat is ontnomen. De rechter is echter thans niet in staat om dit te compenseren omdat het ten volle bieden van rechtsbescherming door de rechtmatigheid van de detentie ambtshalve te onderzoeken en te beoordelen in de nationale rechtspraktijk verboden is.

56. De rechtbank verzoekt het Hof bij de uitleg van de inhoud en omvang van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte het beschermingsniveau zoals dat is neergelegd in artikel 53 Handvest te betrekken. Een voorziening in rechte waarbij de rechter aan wie wordt verzocht te beoordelen of de detentie rechtmatig is kan bezwaarlijk als doeltreffend worden aangemerkt als deze rechter moet zwijgen indien hij constateert dat de autoriteiten de vreemdeling onrechtmatig detineren maar door of namens de vreemdeling niet de juiste feiten en omstandigheden worden aangedragen.

57. De rechter, die in bewaringszaken in de eerste plaats Unierechter is, heeft in een procedure waarbij een vreemdeling ageert tegen de autoriteiten die hem detineren als kerntaak het bieden van rechtsbescherming. In die hoedanigheid dient de rechter de naleving van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden te waarborgen en er op toe te zien dat de autoriteiten geen onrechtmatige inbreuk maken op de grondrechten van de vreemdeling. De procedure die de lidstaten hiervoor inrichten moet de rechter dan ook in staat stellen ten volle aan deze opdracht te voldoen.

58. De rechtbank wijst er tot slot op dat in de nationale rechtspraktijk geen onderscheid wordt gemaakt in de wijze van de rechtmatigheidsbeoordeling als het gaat om de vreemdelingenrechtelijke detentie van minderjarigen.

Anders dan voor minderjarigen die op strafrechtelijke gronden zijn gedetineerd, voorziet de nationale wetgeving niet in specifieke procedurele waarborgen voor minderjarigen als de autoriteiten op vreemdelingrechtelijke gronden overgaan tot het (tijdelijk) ontnemen van het recht op vrijheid. Er is dus geen enkele procedurele waarborg ter compensatie van de minderjarigheid wettelijk vastgelegd. Voor minderjarigen gelden enkel dezelfde procedurele waarborgen zoals die gelden voor alle vreemdelingen en zoals hiervoor uiteengezet.

Ook ten aanzien van minderjarigen is het de rechter in de nationale rechtspraktijk verboden om ambtshalve te onderzoeken en te beoordelen of de vreemdelingendetentie rechtmatig is en bij de vaststelling dat dit niet zo is de onrechtmatige detentie onmiddellijk te beëindigen en de minderjarige vreemdeling onmiddellijk in vrijheid te stellen. Ter illustratie wijst de rechtbank op een uitspraak waarin de verwijzende rechtbank heeft vastgesteld dat ten aanzien van een vijftienjarige Vietnamese vreemdeling de detentie onrechtmatig was vanwege gebreken in het voortraject, gebreken in het gehoor, gebreken in de motivering voor de oplegging van de detentie, gebreken in het onderzoeken of kon worden volstaan met een lichter middel en gebreken in de tenuitvoerlegging van de detentie<sup>25</sup>. Op al deze feiten en omstandigheden was door of namens de minderjarige vreemdeling geen beroep gedaan. Ingevolge de jurisprudentie van de Afdeling was het de rechter verboden om deze aspecten van de rechtmatigheid ambtshalve te onderzoeken, de onrechtmatigheden vast te stellen en de detentie vervolgens onmiddellijk te beëindigen. De rechtbank heeft desondanks ambtshalve de rechtmatigheid van de maatregel onderzocht, meerdere onrechtmatigheden vastgesteld en de minderjarige vreemdeling aansluitend aan het onderzoek ter zitting onmiddellijk in vrijheid gesteld in plaats van de onrechtmatige detentie, die ten tijde van het onderzoek ter zitting reeds dertien dagen duurde, van een vijftienjarige vreemdeling te laten voortduren. Tegen deze uitspraak zijn de autoriteiten in hoger beroep gegaan met als eerste grief dat het verboden is voor de rechter om

ambtshalve de rechtmatigheid te beoordelen, waardoor volgens de autoriteiten de detentie van deze vijftienjarige vreemdeling niet had mogen worden beëindigd door de rechter en de uitspraak van de rechtbank om deze reden zou moeten worden vernietigd. Ten tijde van deze verwijzingsuitspraak heeft de Afdeling nog niet beslist op dit hoger beroep dat is ingesteld op 2 september 2019.

59. Op 14 januari 2021 heeft het Hof arrest gewezen in de zaak TQ v Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid<sup>26</sup>. De rechtbank verzoekt het Hof uitdrukkelijk de navolgende rechtsoverwegingen van dit arrest bij de beantwoording van de prejudiciële vraag die betrekking heeft op beoordeling door de rechter van een verzoek om invrijheidstelling van een minderjarige vreemdeling te betrekken. De betreffende overwegingen luiden als volgt:

*(42) Voorts bevat deze richtlijn specifieke regels voor bepaalde categorieën personen, waaronder niet-begeleide minderjarigen, die blijkens artikel 3, punt 9, van richtlijn 2008/115 in de categorie „kwetsbare personen” vallen.*

*(43) In die zin staat in artikel 5, onder a), van richtlijn 2008/115, gelezen in samenhang met overweging 22 ervan, dat de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van deze richtlijn rekening houden met het „belang van het kind”. Een niet-begeleide minderjarige mag dus niet stelselmatig als een volwassene worden behandeld.*

*(45) Bovendien is in artikel 24, lid 2, van het Handvest bepaald dat bij alle handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, de belangen van het kind een essentiële overweging vormen. Deze bepaling, gelezen in samenhang met artikel 51, lid 1, van het Handvest, bevestigt het fundamentele karakter van de rechten van het kind, mede in het kader van de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal in een lidstaat verblijven.*

*(46) Zoals de advocaat-generaal in punt 69 van zijn conclusie heeft opgemerkt, maakt alleen een algemene en grondige beoordeling van de situatie van de niet-begeleide minderjarige het mogelijk te bepalen wat het „belang van het kind” is, en een besluit te nemen dat aan de vereisten van richtlijn 2008/115 voldoet.*

*(51) Het bestaan van die verplichting ontslaat de betrokken lidstaat evenwel niet van de andere controleverplichtingen krachtens richtlijn 2008/115. In het bijzonder bepaalt artikel 5, onder a), van richtlijn 2008/115, zoals in punt 43 van het onderhavige arrest is opgemerkt, dat in alle fasen van de procedure rekening wordt gehouden met het belang van het kind.*

*(54) Een dergelijk situatie zou onverenigbaar zijn met het vereiste overeenkomstig artikel 5, onder a), van richtlijn 2008/115 en artikel 24, lid 2, van het Handvest om het belang van het kind in alle fasen van de procedure te beschermen.*

60. Deze overwegingen in dit arrest hebben betrekking op de uitleg van artikel 24 Handvest tegen de achtergrond van de Terugkeerrichtlijn. De rechtbank leidt uit dit arrest van 14 januari 2021 van het Hof -onder meer- af dat het van belang is dat de Terugkeerrichtlijn bepaalt dat minderjarigen vallen in de categorieën personen die blijkens artikel 3, punt 9, van richtlijn 2008/115 „kwetsbare personen” zijn. De Opvangrichtlijn merkt minderjarigen in artikel 21 eveneens aan als kwetsbare personen. De Dublinverordening bepaalt in artikel 6 dat bij alle procedures waarin de Dublinverordening voorziet de lidstaten het belang van het kind voorop stellen.

61. De rechtbank overweegt dat bovengenoemde overwegingen van het Hof zien op de kwetsbaarheid die reeds voortvloeit uit de enkele minderjarigheid, zodat de rechtbank aanneemt dat het Hof deze overwegingen van overeenkomstige toepassing acht op elke minderjarige in elke vreemdelingrechtelijke procedure.

62. Het Hof heeft overwogen dat het belang van kind meebrengt dat een minderjarige niet stelselmatig als een volwassene mag worden behandeld en dat in alle fasen van de procedure rekening moet worden gehouden met het belang van het kind.

Het Hof overweegt in het arrest van 14 januari 2021 eveneens dat moet worden beoordeeld of een situatie onverenigbaar is met het vereiste overeenkomstig artikel 5, onder a), van richtlijn 2008/115

en artikel 24, lid 2, van het Handvest om het belang van het kind in alle fasen van de procedure te beschermen.

63. Het inrichten van een procedure en bieden van een voorziening in rechte waarbij een minderjarige vreemdeling op vreemdelingrechtelijke gronden kan worden gedetineerd en deze minderjarige vervolgens hiertegen in rechte kan opkomen dient op grond van artikel 24, tweede lid, Handvest en dit arrest van het Hof dan ook met inachtneming van het belang van het kind te geschieden.

Een gerechtelijke procedure waarin de kwetsbaarheid die reeds voortvloeit uit de minderjarigheid op geen enkele wijze door procedurele waarborgen wordt gecompenseerd kan bezwaarlijk verenigbaar met het belang van het kind worden geacht.

64. Naar het oordeel van de rechtbank heeft ten aanzien van minderjarigen van wie het grondrecht op vrijheid door de autoriteiten wordt ontnomen op vreemdelingrechtelijke gronden te gelden dat deze kinderen nog kwetsbaarder zijn dan kinderen die enkel in een procedure om verblijfsaanvaarding op het grondgebied van de lidstaten zijn verwickeld.

Juist ten aanzien van deze bijzonder kwetsbare minderjarige vreemdelingen is het de rechter die moet zorgdragen voor de bescherming van hun fundamentele recht op vrijheid.

65. De rechtbank vraagt het Hof dan ook uit te leggen of de procedurele autonomie van de lidstaten wordt begrensd als de rechten van het kind niet kunnen worden gewaarborgd door de rechter doordat deze de minderjarige, gelet op de manier waarop de procedure is ingericht en vervolgens uitgelegd door de Afdeling, eenvoudigweg niet in elke situatie kan beschermen tegen een onrechtmatige inperking op zijn grondrecht op vrijheid. De rechtbank verzoekt het Hof bij de beantwoording van de prejudiciële vragen in ogenschouw te nemen dat uitsluitend in het nationale vreemdelingenrecht niet is voorzien in wettelijk vastgelegde procedurele waarborgen die specifiek voor minderjarigen gelden. Uit onder meer het Verdrag inzake de Rechten van het Kind, het EVRM en het Handvest vloeien verplichtingen voor de lidstaten voort als minderjarigen zijn betrokken. De rechten en belangen die minderjarigen hieraan kunnen ontleen dienen te allen tijde het recht op vrijheid en het recht om gevrijwaard te zijn van onrechtmatige detentie door de overheid te omvatten.

66. Een nationale rechtspraktijk die het de rechter verbiedt om ambtshalve te onderzoeken en te beoordelen of de detentie van een minderjarige rechtmatig is en die het een rechter verbiedt om een minderjarige die onrechtmatig door de autoriteiten is gedetineerd onmiddellijk in vrijheid te stellen kan niet verenigbaar worden geacht met verplichting voor de rechter om het belang van het kind te waarborgen en te beschermen omdat een dergelijk verbod eenvoudigweg evident in strijd is met het belang en de rechten van het kind.

67. Indien het Hof bij de beantwoording van de prejudiciële vragen uit het Unierecht geen algemene verplichting voor de rechter afleidt om steeds ambtshalve de rechtmatigheid van de vreemdelingendetentie te beoordelen, verzoekt de rechtbank het Hof om expliciet aan te geven of in het geval de vreemdeling minderjarig is gelet op artikel 24 Handvest en gelet op het arrest van het Hof van 14 januari 2021 de beantwoording van de vraag naar de inhoud en reikwijdte van een doeltreffende voorziening in rechte anders luidt.

### **Conclusie en prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie**

68. De rechtbank vraagt het Hof om, gelet op de wijze waarop in de nationale rechtspraktijk invulling is gegeven aan de procedurele autonomie bij het inrichten van een procedure om in rechte op te komen tegen vreemdelingendetentie die is toegestaan op grond van de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en de Dublinverordening, uitleg te geven over de inhoud en omvang van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte.

69. De rechter is gehouden om een onrechtmatige vreemdelingendetentie onmiddellijk te beëindigen

en de onmiddellijke invrijheidsstelling van de vreemdeling te bevelen. Deze verplichting vloeit voort uit het EVRM en het Unierecht. Indien de nationale rechtspraak het de rechter verbiedt om de rechtmatigheid van de detentie ambtshalve ten gronde te onderzoeken en te beoordelen omdat hij zich hierbij moet beperken tot de door of namens de vreemdeling aangedragen feiten en omstandigheden komt de vraag op of de doelstellingen van de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en de Dublinverordening worden bereikt.

70. De rechtbank wenst in dit kader ook de vraag aan het Hof voor te leggen of het de rechter die in tweede en dus hoogste instantie oordeelt over de rechtmatigheid van de detentie ter motivering van haar uitspraak kan volstaan met de enkele mededeling dat de uitspraak in eerste aanleg wordt bevestigd of dat uit artikel 47 Handvest gelezen in combinatie met artikel 6 Handvest en tegen de achtergrond van de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en de Dublinverordening, een motiveringsplicht volgt die meebrengt dat gelet op de specifieke kenmerken van de nationale gerechtelijke procedure in elke aanleg een met redenen omklede beslissing moet volgen ongeacht welke deze beslissing is. De rechtbank vraagt het Hof om de motiveringsplicht als onderdeel van alle vreemdelingenprocedures en specifiek van de bewaringsprocedure te betrekken bij de vraag of sprake is van een doeltreffende voorziening in rechte.

71. In de huidige nationale rechtspraak is het de rechter verboden ambtshalve alle relevante feiten en omstandigheden ambtshalve ten volle te onderzoeken en ambtshalve te beoordelen. De rechter biedt in de situatie waarin door of namens de vreemdeling geen beroep wordt gedaan op de omstandigheden waaruit het onrechtmatige karakter van de detentie blijkt geen rechtsbescherming, maar staat toe dat deze onrechtmatige detentie voortduurt terwijl hij zich ten volle bewust is van het onrechtmatige karakter van de detentie. Deze rechtspraak geldt onverkort voor minderjarige vreemdelingen.

72. Indien het Hof de nationale rechtspraak verenigbaar acht het met het Unierecht, betekent dit derhalve dat de rechter moet zwijgen als hij ambtshalve constateert dat een vreemdeling, al dan niet minderjarig, onrechtmatig is gedetineerd. De rechtbank vraagt het Hof in dat geval te verduidelijken hoe de rechter de naleving van de door het Handvest toegekende grondrechten kan waarborgen en hoe de rechter invulling kan geven aan zijn primaire taak om rechtsbescherming te bieden als door de autoriteiten onrechtmatig inbreuk wordt gemaakt op juist het grondrecht op persoonlijke vrijheid.

73. De kern van de prejudiciële vragen aan het Hof betreft dan ook op de vraag of de enkele omstandigheid dat de vreemdeling toegang heeft tot de rechter en in rechte alle voorwaarden van de bewaringsmaatregel kan betwisten volstaat om van een doeltreffende voorziening te spreken of dat is vereist dat de rechter, die als het om het vreemdelingenbewaring gaat in eerste plaats Unierechter is, ook daadwerkelijk in staat is de naleving van het Unierecht te waarborgen en te garanderen dat de vreemdeling wordt gevrijwaard van een onrechtmatige inbreuk op zijn recht op vrijheid door de autoriteiten.

74. Uit de verwijzingsuitspraak van de Afdeling van 23 december 2020, waarin de Afdeling uiteenzet waarom nimmer een integrale verplichting of zelfs bevoegdheid voor de rechter is aangenomen om vreemdelingendetentie ambtshalve ten volle te onderzoeken en beoordelen blijkt dat de Afdeling, ondanks de bewoordingen in de samenvatting in rechtsoverweging 7, niet twijfelt aan de verenigbaarheid van het nationale toetsingskader en haar jurisprudentie met het recht van de Unie en het EVRM.

75. De rechtbank overweegt daarentegen dat er zonder meer concrete aanknopingspunten voor twijfel zijn. Het Unierecht geeft de autoriteiten van de lidstaten een bevoegdheid om in een aantal limitatief opgesomde gevallen het grondrecht op vrijheid van een vreemdeling te ontnemen. Het Unierecht en ook het EVRM schrijven dwingend en onvoorwaardelijk voor dat als aan de voorwaarden voor detentie niet (langer) is voldaan de vreemdeling onmiddellijk in vrijheid moet worden gesteld. Deze verplichting richt zich tot de autoriteiten die de detentie opleggen en tot de rechter bij wie de vreemdeling kan verzoeken om in vrijheid te worden gesteld. In het EVRM is het recht op toegang tot

de rechter geïncorporeerd in het recht op vrijheid, terwijl in het Unierecht is bepaald dat de voorziening in rechte als het gaat om inperking van grondrechten doeltreffend moet zijn. De voorziening in rechte om op te komen tegen vreemdelingenbewaring voorziet in een aantal procedurele waarborgen. In de praktijk blijken deze waarborgen fragiel als het gaat om bescherming voor de vreemdeling om gevrijwaard te blijven van een onrechtmatige inbreuk op het grondrecht op vrijheid door de autoriteiten. Een verplichting voor de rechter om steeds als om invrijheidstelling wordt verzocht ambtshalve alle aspecten van de rechtmatigheid van de detentie te onderzoeken en beoordelen voorkomt dat de procedurele waarborgen zinledig zijn. Een verbod voor de rechter om de rechtmatigheid van de inbreuk op het recht op vrijheid ambtshalve te onderzoeken en beoordelen ontnemt het nuttig effect van artikel 47 Handvest omdat de rechter niet in staat is om onder alle omstandigheden daadwerkelijk rechtsbescherming aan de rechtszoekende te bieden.

76. Indien het Hof het recht op een doeltreffende voorziening in rechte als het gaat om het opkomen tegen vreemdelingendetentie in zijn uitleg van de inhoud en reikwijdte van dit Unierechtelijke begrip ondergeschikt acht aan de procedurele autonomie van de lidstaten omdat alleen de verplichting tot onmiddellijke invrijheidstelling bij onrechtmatige vreemdelingendetentie is vastgelegd en niet op welke wijze hier procedureel in moet worden voorzien, is de nationale rechter niet in staat om te voldoen aan zijn eigen Unierechtelijke verplichting om een situatie van onrechtmatige detentie onmiddellijk te beëindigen en de vreemdeling onmiddellijk in vrijheid te stellen. In de huidige nationale rechtspraak moet de rechter zwijgen als hij ambtshalve constateert dat de detentie onrechtmatig is ongeacht of de autoriteiten die de detentie hebben gelast het onrechtmatige karakter van de detentie onderkennen. De rechtbank vraagt het Hof dan ook tot slot om bij de beantwoording van de prejudiciële vragen van de rechtbank aan te geven of de rechter als hij constateert dat de vreemdelingdetentie onrechtmatig is maar deze laat voortduren vanwege een in de nationale rechtspraak neergelegd verbod op een ambtshalve beoordeling zelf in strijd met het EVRM en het Unierecht handelt.

77. De rechtbank verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie de navolgende prejudiciële vragen te beantwoorden:

I Is het de lidstaten toegestaan, gelet op artikel 47 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, gelezen in samenhang met artikel 6 Handvest en artikel 53 Handvest en tegen de achtergrond van artikel 15, tweede lid aanhef en onder b, Terugkeerrichtlijn, artikel 9, derde lid, Opvangrichtlijn en artikel 28, vierde lid, Dublinverordening, om de gerechtelijke procedure waarin kan worden opgekomen tegen door de autoriteiten opgelegde vreemdelingendetentie zo in te richten dat het de rechter is verboden om alle aspecten van de rechtmatigheid van de detentie ambtshalve te onderzoeken, te beoordelen en bij de ambtshalve vaststelling dat de detentie onrechtmatig is deze onrechtmatige detentie onmiddellijk te beëindigen en de onmiddellijke invrijheidsstelling van de vreemdeling te bevelen? Indien het Hof van Justitie van de Europese Unie een dergelijke nationale regeling onverenigbaar acht met het recht van de Unie, betekent dit dan tevens dat indien de vreemdeling de rechter verzoekt om in vrijheid te worden gesteld deze rechter steeds verplicht is om alle relevante feiten en elementen van de rechtmatigheid van de detentie ambtshalve actief en grondig te onderzoeken en te beoordelen?

II Luidt, gelet op artikel 24, tweede lid, Handvest, gelezen in samenhang met artikel 3, punt 9, Terugkeerrichtlijn, artikel 21 Opvangrichtlijn en artikel 6 Dublinverordening, de beantwoording van vraag I anders als de door de autoriteiten gedetineerde vreemdeling minderjarig is?

III Vloeit uit het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, zoals gegarandeerd in artikel 47 Handvest, gelezen in samenhang met artikel 6 Handvest en artikel 53 Handvest en tegen de achtergrond van artikel 15, tweede lid aanhef en onder b, Terugkeerrichtlijn, artikel 9, derde lid,

Opvangrichtlijn en artikel 28, vierde lid, Dublinverordening, voort dat de rechter in elke instantie, indien de vreemdeling deze rechter verzoekt de vreemdelingenbewaring op te heffen en hem in vrijheid te stellen, elke beslissing op dit verzoek moet voorzien van een draagkrachtige inhoudelijke motivering indien de voorziening in rechte overigens is ingericht op de wijze zoals dit in deze lidstaat is gedaan? Indien het Hof een nationale rechtspraktijk waarin de rechter in tweede en dus hoogste aanleg kan volstaan met het geven van een beslissing zonder enige inhoudelijke motivering hiervoor onverenigbaar acht met het recht van de Unie gelet op de wijze waarop in deze lidstaat deze voorziening in rechte overigens is ingericht, betekent dit dan dat een dergelijke bevoegdheid voor de rechter die in tweede en dus hoogste instantie beslist in asielzaken en reguliere vreemdelingzaken ook onverenigbaar moet worden geacht met het recht van de Unie gelet op de kwetsbare positie van de vreemdeling, het aanzienlijke belang in vreemdelingrechtelijke procedures en de vaststelling dat deze procedures in afwijking van alle overige administratieve procedures als het gaat om rechtsbescherming dezelfde geringe procedurele waarborgen voor de vreemdeling als de bewaringsprocedure kennen? Luidt, gelet op artikel 24, tweede lid, Handvest, de beantwoording van deze vragen anders indien de vreemdeling die in rechte opkomt tegen een vreemdelingrechtelijk besluit van de autoriteiten minderjarig is?

78. Nu de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn en de Dublinverordening bepalen onder welke, limitatief opgesomde, omstandigheden detentie van de vreemdeling is toegestaan maar geen bepalingen kennen hoe de rechter de rechtmatigheid moet onderzoeken en beoordelen, is geen sprake van een acte clair. Het Handvest garandeert een recht op een doeltreffende voorziening in rechte, maar bepaalt evenmin expliciet dat dit betekent dat de rechter ambtshalve de rechtmatigheid van de vreemdelingendetentie moet beoordelen. Het Hof heeft in haar arresten zoals genoemd in deze uitspraak meerdere overwegingen gewijd aan de omvang van de bevoegdheid van de rechter bij het beoordelen van de rechtmatigheid van vreemdelingendetentie, maar nimmer expliciet overwogen dat een doeltreffende voorziening in rechte een verplichting tot een integrale ambtshalve rechtmatigheidsbeoordeling van de detentie door de rechter behelst en heeft zich dus nog niet uitgelaten over de rechtsvragen zoals die in beide verwijzingsuitspraken worden opgeworpen of hiermee vergelijkbaar zijn. Van een acte éclairé is dan ook geen sprake.

De vraag of een doeltreffende voorziening in rechte vereist dat een uitspraak in tweede en tevens laatste instantie in een procedure waarbij wordt opgekomen tegen vreemdelingenbewaring die is opgelegd op grond van de Terugkeerrichtlijn, de Opvangrichtlijn of de Dublinverordening een met redenen omklede uitspraak moet zijn is nimmer voorgelegd aan het Hof. Ook ten aanzien van deze vraag is geen sprake van een acte clair of een acte éclairé, zodat de rechtbank het ook noodzakelijk acht om deze prejudiciële vraag voor het leggen aan het Hof om te kunnen beoordelen of de nationale gerechtelijke procedure voldoende waarborgen voor de vreemdeling die opkomt tegen de autoriteiten bevat. Het Hof heeft in zijn uitspraak van 14 januari 2021<sup>27</sup> overwogen hoe fundamenteel het belang van het kind is en hoe groot de verantwoordelijkheid van de administratieve en rechterlijke autoriteiten is steeds als minderjarigen zijn betrokken in procedures. Het antwoord op de vragen of dit betekent dat de rechter in eerste en tweede aanleg reeds daarom verplicht is om ambtshalve een integrale rechtmatigheidsbeoordeling te verrichten en zijn uitspraken op het verzoek om invrijheidstelling inhoudelijk te motiveren valt niet eenvoudig af te leiden uit het Unierecht en volgt niet evident uit de jurisprudentie van het Hof, zodat ook met betrekking tot deze vragen geen sprake is van een acte clair of een acte éclairé.

79. De rechtbank schorst de behandeling van het beroep en houdt iedere verdere beslissing aan.

## **Beslissing**

De rechtbank:

- verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de hierboven onder rechtsoverweging 77 geformuleerde vragen;
- schorst de behandeling van het beroep totdat het Hof uitspraak heeft gedaan en houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze uitspraak is op 26 januari 2021 in het openbaar gedaan door mr. S. van Lokven, rechter, in aanwezigheid van mr. B.J. Groothedde, griffier.

griffier voorzitter

de griffier is niet in staat deze uitspraak mede te ondertekenen

### **Rechtsmiddel**

Tegen deze uitspraak staat geen rechtsmiddel open. **BIJLAGE**

### **Juridisch kader - Recht van de Unie**

#### **Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie**

#### **Artikel 6 - Het recht op vrijheid en veiligheid**

Eenieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon.

#### **Artikel 24 - De rechten van het kind**

(...)

2. Bij alle handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind een essentiële overweging.

(...)

#### **Artikel 47 - Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht**

Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde

voorwaarden.

Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen.

Rechtsbijstand wordt verleend aan degenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.

### **Artikel 52 - Reikwijdte en uitlegging van de gewaarborgde rechten en beginselen**

1. Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

2. De door dit Handvest erkende rechten die voorkomen in bepalingen van de Verdragen, worden uitgeoefend onder de voorwaarden en binnen de grenzen die door deze Verdragen zijn gesteld.

3. Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.

(...)

7. De toelichting, die is opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest van de grondrechten, wordt door de rechterlijke instanties van de Unie en van de lidstaten naar behoren in acht genomen.

### **Artikel 53 - Beschermingsniveau**

Geen van de bepalingen van dit Handvest mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve toepassingsgebieden worden erkend door het recht van de Unie, het internationaal recht en de internationale overeenkomsten waarbij de Unie of alle lidstaten partij zijn, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede door de grondwetten van de lidstaten.

**Terugkeerrichtlijn** (RICHTLIJN 2008/115/EG VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 2008/115/EG; PB 2008 L 348)

### **Artikel 3 – Definities**

9. "kwetsbare personen": minderjarigen, niet-begeleide minderjarigen, personen met een handicap, bejaarden, zwangere vrouwen, alleenstaande ouders met minderjarige kinderen en personen die gefolterd of verkracht zijn of andere ernstige vormen van psychisch, fysiek of seksueel geweld hebben ondergaan.



## **Artikel 5 - Non-refoulement, belang van het kind, familie- en gezinsleven en gezondheidstoestand**

Bij de tenuitvoerlegging van deze richtlijn houden de lidstaten rekening met:

a. a) het belang van het kind;

(...)

## **Artikel 15 - Bewaring**

(...)

2. De inbewaringstelling wordt door een administratieve of rechterlijke autoriteit gelast. De inbewaringstelling wordt schriftelijk gelast met opgave van de feitelijke en juridische gronden. Indien de inbewaringstelling door een administratieve autoriteit is gelast:

a. a) voorzien de lidstaten erin dat een spoedige rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de bewaring zo spoedig mogelijk na de aanvang ervan plaatsvindt;

b) of bieden de lidstaten de betrokken onderdaan van een derde land het recht voorziening te vragen bij het gerecht zodat de rechtmatigheid van de bewaring aan een spoedige rechterlijke toetsing wordt onderworpen, die zo spoedig mogelijk na het instellen van deze procedure tot een beslissing leidt. De lidstaten stellen de betrokken onderdaan van een derde land onmiddellijk van die mogelijkheid in kennis.

De betrokken onderdaan van een derde land wordt, als zijn bewaring niet rechtmatig is, onmiddellijk vrijgelaten.

3. In ieder geval wordt de inbewaringstelling met redelijke tussenpozen op verzoek van de onderdaan van een derde land of ambtshalve getoetst. In het geval van een lange periode van bewaring wordt de toetsing aan controle door een rechterlijke autoriteit onderworpen.

4. Indien blijkt dat er omwille van juridische of andere overwegingen geen redelijk vooruitzicht op verwijdering meer is, of dat de in lid 1 bedoelde omstandigheden zich niet meer voordoen, is de bewaring niet langer gerechtvaardigd en wordt de betrokkene onmiddellijk vrijgelaten.

5. De bewaring wordt gehandhaafd zolang de in lid 1 bedoelde omstandigheden zich voordoen en zij noodzakelijk is om een geslaagde verwijdering te garanderen. Iedere lidstaat stelt een maximale bewaringsduur vast die niet meer dan zes maanden mag bedragen

(...).

**Opvangrichtlijn (RICHTLIJN 2013/33/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (herschikking) 2013/33/EU; PB 2013 L 180)**

## **Artikel 2 - Definities**

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

(...)

h) „bewaring”: het vasthouden van een verzoeker door een lidstaat op een bepaalde plaats, waar de betrokkene geen bewegingsvrijheid geniet;

(...).

## **Artikel 9 – Waarborgen voor verzoekers in bewaring**

1. Een verzoeker wordt slechts in bewaring gehouden voor een zo kort mogelijke termijn en slechts zo lang de in artikel 8, lid 3, genoemde redenen van toepassing zijn

2. Bewaring wordt schriftelijk bevolen door rechterlijke of administratieve instanties. In het bevel tot bewaring worden de feitelijke en juridische gronden vermeld waarop het gebaseerd is.

3. Wanneer de bewaring wordt bevolen door een administratieve instantie, zorgen de lidstaten er ambtshalve of op verzoek van de verzoeker voor dat de rechtmatigheid van de bewaring door de

rechter met spoed wordt getoetst. Indien de rechtmatigheid van de bewaring ambtshalve wordt getoetst, wordt het besluit daartoe zo spoedig mogelijk bij aanvang van de bewaring genomen. Indien de verzoeker om toetsing verzoekt, wordt het besluit tot toetsing van de rechtmatigheid zo spoedig mogelijk na de aanvang van de betrokken procedures genomen. Te dien einde stellen de lidstaten in hun nationale recht een termijn vast binnen welke de rechterlijke toetsing ambtshalve en/of de rechterlijke toetsing op verzoek van de verzoeker moet worden uitgevoerd.

Indien de toetsing ertoe leidt dat de bewaring als niet rechtmatig beoordeeld wordt, wordt de betrokken verzoeker onmiddellijk vrijgelaten.

(...)

5. De bewaring wordt, op verzoek van de verzoeker en/of ambtshalve, met redelijke tussenpozen door een rechterlijke instantie opnieuw bezien, in het bijzonder wanneer het om een bewaring van langere duur gaat of wanneer zich nieuwe omstandigheden voordoen of nieuwe informatie beschikbaar komt die van invloed kunnen zijn op de rechtmatigheid van de bewaring.

6. Bij de in lid 3 bedoelde rechterlijke toetsing van het bevel tot bewaring zorgen de lidstaten ervoor dat verzoekers toegang hebben tot gratis rechtsbijstand en vertegenwoordiging. Dit omvat ten minste de voorbereiding van de vereiste proceduredocumenten en het verschijnen voor de rechterlijke instantie namens de verzoeker.

De gratis rechtsbijstand en vertegenwoordiging worden verstrekt door naar behoren gekwalificeerde personen die volgens het nationale recht als zodanig zijn erkend of toegelaten en wier belangen niet in conflict komen of kunnen komen met die van de verzoekers.

(...)

#### **Artikel 21 - Algemeen beginsel**

De lidstaten houden in hun nationale recht tot uitvoering van deze richtlijn rekening met de specifieke situatie van kwetsbare personen zoals minderjarigen, niet-begeleide minderjarigen, personen met een handicap, ouderen, zwangere vrouwen, alleenstaande ouders met minderjarige kinderen, slachtoffers van mensenhandel, personen met ernstige ziekten, personen met mentale stoornissen en personen die folteringen hebben ondergaan, zijn verkracht of aan andere ernstige vormen van psychologisch, fysiek of seksueel geweld zijn blootgesteld, zoals slachtoffers van vrouwelijke genitale verminking.

**Dublinverordening** VERORDENING (EU) Nr. 604/2013 VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 26 juni 2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend, (herschikking, PB 2013 L 180)

#### **Artikel 6 – Waarborgen voor minderjarigen**

1. Bij alle procedures waarin deze verordening voorziet, stellen de lidstaten het belang van het kind voorop.

(...)

#### **Artikel 28 - Bewaring**

(...)

4. Op de voorwaarden voor de bewaring van personen en op de waarborgen die gelden voor in bewaring gehouden personen zijn, met het oog op het veilig stellen van de procedures voor overdracht aan de verantwoordelijke lidstaat, de artikelen 9, 10 en 11 van Richtlijn 2013/33/EU van toepassing.

## **Juridisch kader – (Europees) Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden**

### **Artikel 5 - Recht op vrijheid en veiligheid**

1. Een ieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve in de navolgende gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure:

f. in het geval van rechtmatige arrestatie of detentie van een persoon teneinde hem te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen, of van een persoon waartegen een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is.

(...)

4. Een ieder, wie door arrestatie of detentie zijn vrijheid is ontnomen, heeft het recht voorziening te vragen bij het gerecht opdat deze spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de detentie onrechtmatig is.

(...)

## **Juridisch kader – Nederlandse regelgeving**

### **Algemene wet bestuursrecht**

#### **Artikel 8:69**

1. De bestuursrechter doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.

2. De bestuursrechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan.

3. De bestuursrechter kan ambtshalve de feiten aanvullen.

#### **Artikel 8:77**

1. De schriftelijke uitspraak vermeldt:

(...)

b.de gronden van de beslissing,

## **Vreemdelingenwet 2000 (Vw)**

### **Artikel 85**

(...)

2. Een grief omschrijft het onderdeel van de uitspraak waarmee de indiener zich niet kan verenigen

alsmede de gronden waarop de indiener zich daarmee niet kan verenigen.

(...)

#### **Artikel 89**

(...)

2. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State doet uiterlijk drieëntwintig weken na ontvangst van het beroepschrift uitspraak.

#### **Artikel 91**

1. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan zich bij haar uitspraak beperken tot een beoordeling van de aangevoerde grieven.

2. Indien de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelt dat een aangevoerde grief niet tot vernietiging kan leiden, kan zij zich bij de vermelding van de gronden van haar uitspraak beperken tot dit oordeel.

#### **Artikel 94**

1. Uiterlijk op de achtentwintigste dag na de bekendmaking van een besluit tot oplegging van een vrijheidsontnemende maatregel als bedoeld in de artikelen 6, 6a, 58, 59, 59a en 59b, stelt Onze Minister de rechtbank hiervan in kennis, tenzij de vreemdeling voordien zelf beroep heeft ingesteld. Zodra de rechtbank de kennisgeving heeft ontvangen wordt de vreemdeling geacht beroep te hebben ingesteld tegen het besluit tot oplegging van een vrijheidsontnemende maatregel. Het beroep strekt tevens tot een verzoek om toekenning van schadevergoeding.

(...)

6. Indien de rechtbank bij het beroep van oordeel is dat de toepassing of tenuitvoerlegging van de maatregel in strijd is met deze wet dan wel bij afweging van alle daarbij betrokken belangen niet gerechtvaardigd is, verklaart zij het beroep gegrond. In dat geval beveelt de rechtbank de opheffing van de maatregel of een wijziging van de wijze van tenuitvoerlegging daarvan.

(...)

#### **Artikel 96**

1. Indien het beroep, bedoeld in artikel 94, ongegrond is verklaard en de vreemdeling beroep instelt tegen het voortduren van de vrijheidsontneming, sluit de rechtbank het vooronderzoek binnen een week na ontvangst van het beroepschrift. In afwijking van artikel 8:57 van de Algemene wet bestuursrecht kan de rechtbank ook zonder toestemming van partijen bepalen dat het onderzoek ter zitting achterwege blijft.

(...)

3. Indien de rechtbank bij het beroep van oordeel is dat de toepassing of tenuitvoerlegging van de maatregel in strijd is met deze wet dan wel bij afweging van alle daarbij betrokken belangen in redelijkheid niet gerechtvaardigd is, verklaart zij het beroep gegrond. In dat geval beveelt de rechtbank de opheffing van de maatregel of een wijziging van de wijze van tenuitvoerlegging daarvan.

---

<sup>1</sup> Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

<sup>2</sup> PB 2007 C 303/01

<sup>3</sup> 2008/115/EG; PB 2008 L 348

<sup>4</sup> 2013/33/EU; PB 2013 L 180

<sup>5</sup> nr. 604/2013:PB 2013 L 180

<sup>6</sup> ECLI:NL:RVS:2020:3034

<sup>7</sup> ECLI:NL:RVS:2020:3034

<sup>8</sup> Onder "vreemdeling" wordt tevens verstaan een EU-onderdaan wiens verblijfsrecht in de lidstaat die de vreemdelingenbewaring oplegt is beëindigd en die ten behoeve van de uitzetting op vreemdelingrechtelijke gronden kan worden gedetineerd, zie ook de uitspraak van het Hof van 14 september 2017, C-184/16 Petrea, ECLI:EU:C:2017:684.

<sup>9</sup> PB 2007 C 3030/25

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van 9 september 2020, C-651/19, ECLI:EU:C:2020:681, JP tegen Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen.

<sup>11</sup> Artikel 8:69 Algemene wet bestuursrecht.

<sup>12</sup> Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3.

<sup>13</sup> artikel 94, zesde lid, Vw en artikel 96, derde lid, Vw.

<sup>14</sup> Rechtsoverweging 49 van het Arrest van het Hof van 6 november 2012, Europese Gemeenschap t. Otis NV e.a., C- 199/11.

<sup>15</sup> arrest van het Hof van 5 juni 2014, ECLI:EU:C:2014:1320

<sup>16</sup> Overwegingen 35-39 van het arrest van het Hof van 15 maart 2017, Al Chodor, nr. C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213.

<sup>17</sup> Arrest van het Hof van 14 mei 2020, ECLI:EU:C:2020:367

<sup>18</sup> Arrest van het Hof van 9 september 2020, C-651/19, ECLI:EU:C:2020:681, JP tegen Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen.

<sup>19</sup> Rechtsoverweging 4.10 uitspraak van de Afdeling van 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3034.

<sup>20</sup> Artikel 8:77, eerste lid onder b, Awb

<sup>21</sup> Artikel 91, tweede lid, Vw.

<sup>22</sup> Uitspraak van 29 november 2013 van de Afdeling, ECLI:NL:RVS:2013:2309.

<sup>23</sup> Uitspraken van de Afdeling van 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1060 en ECLI:NL:RVS:2019:1061)

<sup>24</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 14 januari 2021, TQ tegen de Staatssecretaris van Justitie, C-441/19, ECLI:EU:C:2021:9.

<sup>25</sup> Uitspraak van 19 augustus 2019 van de rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's- Hertogenbosch, ECLI:NL:RBDHA:2019:8709.

<sup>26</sup> Arrest van het Hof van 14 januari 2021, TQ v Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, C-441/19, ECLI:EU:C:2021:9.

<sup>27</sup> Arrest van het Hof van 14 januari 2021, TQ v Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, C-441/19, ECLI:EU:C:2021:9.

---