



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
Y. BOT
van 30 april 2014¹

Gevoegde zaken C-473/13 en C-514/13

Adala Bero (C-473/13)

tegen

Regierungspräsidium Kassel [verzoek van het Bundesgerichtshof (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

en

Ettayebi Bouzalmate (C-514/13)

tegen

Kreisverwaltung Kleve

[verzoek van het Landgericht München (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht — Richtlijn 2008/115/EG — Gemeenschappelijke normen en procedures inzake terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen — Bewaring met oog op verwijdering — Omstandigheden en regime van bewaring — Artikel 16, lid 1 — Bewaring in speciale inrichtingen voor bewaring — Nationale regeling op grond waarvan Land dat niet over speciale inrichting voor bewaring beschikt, voor bewaring gebruik kan maken van gevangenis — Verenigbaarheid”

en

Zaak C-474/13

Thi Ly Pham

tegen

Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik

[verzoek van het Bundesgerichtshof (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht — Richtlijn 2008/115/EG — Gemeenschappelijke normen en procedures inzake terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen — Bewaring met oog op verwijdering — Omstandigheden en regime van bewaring — Artikel 16, lid 1 — Bewaring in gevangenis — Verplichting om betrokkene gescheiden te houden van gewone gevangenen — Geen gescheiden onderbrenging omdat betrokkene van recht daarop heeft afgezien — Verenigbaarheid”

¹ — Oorspronkelijke taal: Frans.

I – Inleiding

1. Mag een onderdaan van een derde land in afwachting van verwijdering in bewaring worden gehouden in een gevangenis omdat er in het Land dat met de tenuitvoerlegging van zijn bewaring is belast, geen speciale inrichtingen voor bewaring in de zin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115/EG² zijn?

2. En kan die onderdaan ermee instemmen dat hij samen met de gewone gevangenen wordt ondergebracht en daarmee afzien van het hem krachtens die bepaling toekomende recht om van hen gescheiden te worden gehouden?

3. Dit zijn, kort gezegd, de vragen die door de gevoegde zaken C-473/13 en C-514/13 en door zaak C-474/13 worden opgeworpen.

4. Het Hof wordt dus gevraagd zijn licht te laten schijnen over de omstandigheden waarin volgens de richtlijn in de lidstaten, in dit geval de Bondsrepubliek Duitsland, vreemdelingenbewaring dient plaats te vinden.

5. Overeenkomstig artikel 79, lid 2, VWEU beoogt de richtlijn een op gemeenschappelijke normen en wettelijke waarborgen gebaseerd doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid te ontwikkelen, zodat mensen op een humane manier, met volledige eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid, teruggezonden kunnen worden.³

6. Uit de punten 13 en 16 van de considerans van de richtlijn, alsmede uit de tekst van artikel 15, lid 1, ervan, volgt dat de lidstaten de verwijdering dienen uit te voeren met de minst dwingende maatregelen. De richtlijn voorziet dus in een trapsgewijze verzwaring van de ter verzekering van een doeltreffende terugkeer te nemen maatregelen, beginnend met de maatregel die de meeste vrijheid aan de betrokkene laat, namelijk de toekenning van een termijn voor zijn vrijwillige vertrek, en eindigend met de maatregel die hem het meest beperkt, namelijk bewaring in een speciaal centrum. Alleen als de betrokkene door zijn gedrag de tenuitvoerlegging van het terugkeerbesluit – door middel van verwijdering – in gevaar dreigt te brengen, hetgeen per geval moet worden beoordeeld, kunnen de lidstaten hem zijn vrijheid ontnemen door hem in bewaring te stellen.⁴

7. Vreemdelingenbewaring is de zwaarste vrijheidsbeperkende maatregel die de richtlijn in het kader van de procedure voor gedwongen terugkeer toestaat.⁵ Het is in beginsel een uiterste middel.⁶ De Uniewetgever heeft deze maatregel in hoofdstuk IV van de richtlijn dan ook strikt gereguleerd om ervoor te zorgen dat zowel het evenredigheidsbeginsel – het ingezette middel moet in verhouding staan tot het beoogde doel – als de grondrechten van de betrokken personen worden gerespecteerd.⁷

2 — Richtlijn 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 (PB L 348, blz. 98; hierna: „richtlijn”).

3 — Zie artikel 1 en punten 2 en 11 van de considerans van de richtlijn.

4 — Arrest El Dridi (C-61/11 PPU, EU: C:2011:268, punten 39 en 41).

5 — Ibidem (punt 42).

6 — Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) in het arrest Popov/Frankrijk van 19 januari 2012 in herinnering gebracht dat „bestuursrechtelijke bewaring een laatste middel [is], dat door geen enkel alternatief [kan] worden vervangen” (§ 119). Zie ook resolutie 1707 (2010), waarin de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa erop wijst dat „vreemdelingenbewaring [...] een uitzonderlijke maatregel is, die slechts kan worden ingezet als alle alternatieve mogelijkheden zijn onderzocht en geen daarvan geschikt is gebleken” (punt 9.1.1).

7 — Zie punten 13, 16, 17 en 24 van de richtlijn.

8. In dit kader bepaalt artikel 16, lid 1, van de richtlijn:

„Voor bewaring wordt in de regel gebruikgemaakt van speciale inrichtingen voor bewaring. Indien een lidstaat de onderdanen van een derde land die in bewaring worden gehouden, niet kan onderbrengen in een gespecialiseerde inrichting voor bewaring en gebruik dient te maken van een gevangenis, worden zij gescheiden gehouden van de gewone gevangenen.”⁸

9. Artikel 16, lid 1, van de richtlijn formuleert dus twee vereisten ten aanzien van de omstandigheden en het regime van de bewaring.

10. In de eerste plaats moet de bewaring plaatsvinden in een speciaal centrum met aangepaste leefomstandigheden, en in de tweede plaats moet de lidstaat, wanneer bij wijze van uitzondering voor de bewaring gebruik wordt gemaakt van een gevangenis, garanderen dat de in bewaring gestelde vreemdelingen gescheiden worden gehouden van de gewone gevangenen. Dit laatste vereiste heeft een absoluut karakter, want het geldt ongeacht de plaats van de bewaring.

11. In Duitsland nu wordt aan elk van deze twee vereisten slechts ten dele voldaan.

12. Volgens de artikelen 83 en 84 van het Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Duitse grondwet; hierna: „Grundgesetz”) is het namelijk aan de deelstaten (Bundesländer) om de met het oog op de uitzetting van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen bevolen bewaringsmaatregelen ten uitvoer te leggen.

13. Op de datum van indiening van de onderhavige verzoeken om een prejudiciële beslissing beschikten echter tien van de zestien Länder waaruit de Bondsrepubliek Duitsland bestaat, niet over speciale centra voor vreemdelingenbewaring, zodat onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering daar worden ondergebracht in gevangnissen en in sommige gevallen aan dezelfde regels en beperkingen worden onderworpen als de gewone gedetineerden.⁹

14. Zo is in zaak C-473/13 mevrouw Adala Bero, die de Syrische nationaliteit heeft, van 6 januari tot en met 2 februari 2011 in bewaring gehouden in de gevangenis van Frankfurt-am-Main, aangezien het Land Hessen niet beschikte over een speciaal centrum voor vreemdelingenbewaring dat plaats bood aan vrouwen. Uit de door mevrouw Bero ingediende opmerkingen blijkt dat zij niet gescheiden is gehouden van de gewone gevangenen en de voorlopig gehechten.

15. In zaak C-514/13 is de heer Ettayebi Bouzalmate, Marokkaans onderdaan, bij gebrek aan speciale centra voor vreemdelingenbewaring in het Land Beieren vanaf 14 juli 2013 in bewaring gehouden op een aparte afdeling van de gevangenis van München, en dit gedurende een periode van drie maanden.¹⁰

16. In zaak C-474/13 ten slotte is mevrouw Thi Ly Pham, die de Vietnamese nationaliteit bezit, van 29 maart tot en met 10 juli 2012 in bewaring gehouden in de gevangenis van Neurenberg (Land Beieren). Zij heeft bovendien ermee ingestemd dat zij samen met de gewone gevangenen werd ondergebracht.

8 — Cursivering van mij.

9 — Het gaat hier om de Länder Hamburg, Hessen, Baden-Württemberg, Beieren, Mecklenburg-Voor-Pommeren, Nedersaksen, Noordrijn-Westfalen, Saksen, Saksen-Anhalt en Thüringen. De volgende Länder hebben daarentegen wel speciale centra voor vreemdelingenbewaring: Berlijn, Sleeswijk-Holstein, Rijnland-Palts en Saarland gezamenlijk, Brandenburg en Bremen.

10 — Tijdens de mondelinge behandeling heb ik kennis genomen van de vernietiging van het besluit om de heer Bouzalmate in bewaring te stellen.

17. Uit haar opmerkingen blijkt dat zij de volgende, vooraf opgestelde schriftelijke verklaring heeft ondertekend:

„Pham Thi Ly, in bewaring

Ik verklaar ermee in te stemmen dat ik samen met de gevangenen word ondergebracht.

Neurenberg, 30 maart 2012

Handtekening”

18. De rechtsgrondslag voor al die bewaringsmaatregelen was § 62a, lid 1, van het Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (wet betreffende het verblijf, de beroepswerkzaamheid en de integratie van vreemdelingen op het grondgebied van de Bondsrepubliek; hierna: „Aufenthaltsgesetz”) van 30 juli 2004¹¹, waarbij artikel 16, lid 1, van de richtlijn in Duits recht is omgezet.

19. § 62a, lid 1, van het Aufenthaltsgesetz luidt als volgt:

„Voor bewaring met het oog op verwijdering wordt in de regel gebruikgemaakt van speciale inrichtingen voor bewaring. *Indien er in een Land geen speciale inrichtingen voor bewaring zijn*, kan bewaring in dit Land plaatsvinden in andere detentiecentra. In dat geval moeten de met het oog op hun uitzetting gedetineerde personen gescheiden worden gehouden van de strafrechtelijk gedetineerden.”¹²

20. In de hoofdgedingen vragen het Bundesgerichtshof (zaken C-473/13 en C-474/13) en het Landgericht München (zaak C-514/13) zich af of de aan hun oordeel onderworpen bewaringen rechtmatig zijn in het licht van de in artikel 16, lid 1, van de richtlijn geformuleerde beginselen.

21. De zaken C-473/13 en C-514/13 zijn voor de schriftelijke behandeling en het arrest gevoegd omdat de prejudiciële vragen identiek zijn. Aangezien zaak C-474/13 nauw verband houdt met die gevoegde zaken, heb ik ervoor gekozen één conclusie te nemen.

A – *Gevoegde zaken C-473/13 en C-514/13*

22. In de gevoegde zaken C-473/13 en C-514/13 vragen het Bundesgerichtshof en het Landgericht München zich af welke soort redenen een lidstaat kan aanvoeren om een illegaal op zijn grondgebied verblijvende migrant in een gevangenis in bewaring te stellen.

23. De verwijzende rechters vragen zich met name af of § 62a, lid 1, van het Aufenthaltsgesetz verenigbaar is met de aan artikel 16, lid 1, van de richtlijn ten grondslag liggende beginselen en, meer bepaald, of voor de toepassing van die beginselen rekening moet worden gehouden met de federale structuur van Duitsland en de aan de individuele deelstaten voorbehouden bevoegdheden.

24. De Duitse wettelijke regeling staat het bevoegde Land immers met zoveel woorden toe om voor vreemdelingenbewaring gebruik te maken van gevangnissen als er op zijn grondgebied „geen speciale inrichtingen voor bewaring zijn”.

11 — BGBl. 2004 I, blz. 1950.

12 — Cursivering van mij.

25. Het Bundesgerichtshof en het Landgericht München hebben daarom beide besloten de behandeling van de bij hen aanhangige zaak te schorsen en het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken. Zij leggen het Hof in wezen dezelfde vraag voor.

26. De prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof in zaak C-473/13 luidt als volgt:

„Volgt uit artikel 16, lid 1, van [de] richtlijn [...] dat een lidstaat ook verplicht is om voor vreemdelingenbewaring in de regel gebruik te maken van speciale inrichtingen voor bewaring, indien dergelijke inrichtingen slechts in enkele en niet in alle federale geledingen van deze lidstaat bestaan?”

27. De prejudiciële vraag van het Landgericht München in zaak C-514/13 is als volgt geformuleerd:

„Volgt uit artikel 16, lid 1, van [de] richtlijn [...] dat een lidstaat ook verplicht is om voor vreemdelingenbewaring in de regel gebruik te maken van speciale inrichtingen voor bewaring, indien dergelijke inrichtingen slechts in enkele van de federale geledingen van deze lidstaat bestaan, maar niet in die waarin overeenkomstig de bepalingen die de federale structuur van deze staat regelen, de bewaring moet worden ten uitvoer gelegd?”

28. De partijen in de hoofdgedingen, de Duitse, de Nederlandse, de Zweedse en de Zwitserse regering alsmede de Europese Commissie hebben opmerkingen ingediend.

B – *Zaak C-474/13*

29. De context van zaak C-474/13 is dezelfde als die van de gevoegde zaken C-473/13 en C-514/13. Deze zaak werpt echter de vraag op, welk belang moet worden gehecht aan de in artikel 16, lid 1, van de richtlijn geformuleerde verplichting om de illegale migranten gescheiden te houden van de gewone gevangenen. Zoals gezegd, is de betrokkene immers gedurende een periode van drie maanden in bewaring gehouden in de gevangenis van Neurenberg en heeft zij bovendien ermee ingestemd dat zij samen met de gewone gevangenen werd ondergebracht.

30. In deze zaak vraagt het Bundesgerichtshof zich dan ook af of het feit dat de betrokkene met die gezamenlijke onderbrenging heeft ingestemd, haar bewaring verenigbaar maakt met artikel 16, lid 1, van de richtlijn.

31. Het Bundesgerichtshof heeft daarom de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Is het met artikel 16, lid 1, van richtlijn [...] verenigbaar om een met het oog op zijn verwijdering in bewaring gestelde vreemdeling samen met strafrechtelijk gedetineerden onder te brengen, indien hij met deze gezamenlijke onderbrenging instemt?”

32. De partijen in het hoofdgeding, de Duitse en de Nederlandse regering alsmede de Commissie hebben opmerkingen ingediend.

C – *Inzet van de vragen*

33. De drie prejudiciële verwijzingen stellen een echt principiële punt aan de orde als het gaat om de in artikel 16, lid 1, van de richtlijn geregelde omstandigheden van vreemdelingenbewaring.

34. Een debat over het vraagstuk van de vreemdelingenbewaring roept beelden op van een realiteit die maar al te vaak wordt geïllustreerd door een tragische actualiteit en al met al de vraag doet rijzen of het op het niveau van de Europese Unie ingevoerde systeem voldoet. Wij hoeven dit systeem slechts te observeren om te kunnen vaststellen dat de logica van de toegepaste beginselen in een onevenwichtige verdeling van de lasten over de lidstaten resulteert. Sommige lidstaten hebben het door hun geografische ligging zwaarder te verduren dan andere en wij mogen niet de ogen sluiten voor de economische last die dit voor hen vormt.

35. Tegelijkertijd hebben het EHRM en – in zijn kielzog – het Hof, toepassing gevend aan fundamentele rechtsbeginselen, in alom bekende arresten¹³ erop gewezen dat het huidige systeem niet ertoe mag leiden dat de enkele lidstaten die zich rechtstreeks geconfronteerd zien met een massale toestroom van migranten, de last helemaal alleen moeten dragen.

36. Vóór die tijd had de loutere toepassing van de Unierechtelijke bepalingen namelijk – nolens volens – tot gevolg dat sommige lidstaten in een comfortabeler situatie verkeerden dan andere.

37. De twee rechterlijke instanties hebben daarom duidelijk gemaakt dat het gemak moest plaatsmaken voor de noodzaak van eerbiediging van de grondrechten.

38. Ik zou het Hof vandaag willen uitnodigen om de thans aan zijn oordeel onderworpen zaken in dezelfde geest te benaderen.

39. Met de toevloed van migranten is het instrument van de vreemdelingenbewaring extreem belangrijk geworden. De aan deze pijnlijke situatie ten grondslag liggende redenen zijn velerlei en bekend. Zij behoren tot het terrein van het aan de lidstaten en de Unie voorbehouden buitenlands beleid.

40. Daarentegen zijn de bewaringsbesluiten en de feitelijke tenuitvoerlegging van die besluiten aan rechterlijke toetsing onderworpen.

41. De rechtmatigheid van de bewaringsbesluiten zelf is in casu niet in geding, maar de feitelijke omstandigheden waaronder die besluiten ten uitvoer zijn gelegd, vormen de kern van de aan de orde gestelde problematiek.

42. De richtlijn laat er geen enkele twijfel over bestaan dat vreemdelingenbewaring slechts als uiterste middel mag worden ingezet. Zij bevestigt het volstrekt subsidiaire karakter van deze maatregel als middel om te bereiken dat de migrant het land daadwerkelijk verlaat. De richtlijn stelt dus heel duidelijk dat de situatie van de migrant – wiens enige fout is dat hij in nood verkeert en wiens enige misdrijf erin bestaat dat hij aan deze situatie tracht te ontsnappen, ook al loopt hij daardoor ongekende risico's voor een resultaat dat volkomen ongewis is – het tegenovergestelde is van die van een delinquent. Het kan niet anders dan dat dit fundamentele kenmerk is terug te zien in het regime waaronder de maatregel, die dus ook geen strafkarakter heeft, ten uitvoer wordt gelegd.

43. Om te beginnen moet namelijk worden verduidelijkt dat penitentiaire inrichtingen, dat wil zeggen gevangenis – die beantwoorden aan specifieke doelstellingen die verband houden met het begrip straf als zodanig – of huizen van bewaring, niet mogen worden verward met de in de richtlijn bedoelde speciale centra voor vreemdelingenbewaring. Als iemand in een penitentiaire inrichting wordt opgesloten, is dit ofwel om zijn proces af te wachten, ofwel om een opgelegde straf uit te zitten. Bovendien moet het altijd om een ernstig strafrechtelijk vergrijp gaan.

13 — Zie onder meer arrest EHRM van 11 juni 2009, S.D./Griekenland, arrest EHRM Popov/Frankrijk, reeds aangehaald, en arrest EHRM van 23 juli 2013, Aden Ahmed/Malta.

44. Voorlopige hechtenis kan slechts op specifieke gronden worden opgelegd. Basisvoorwaarde is dat er een redelijk vermoeden moet bestaan dat de betrokkene zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit van een zekere ernst. Andere relevante factoren zijn de aard van het feit, de omstandigheden waaronder het is gepleegd, het ontbreken van waarborgen dat de verdachte voor de rechter zal verschijnen, de noodzaak om het bewijsmateriaal veilig te stellen en het onder druk zetten van getuigen tegen te gaan, en persoonskenmerken van de verdachte, die het noodzakelijk maken dat hij beschikbaar blijft voor justitie.

45. Voorlopige hechtenis is dus met name bedoeld om te voorkomen dat de verdachte contact heeft met derden of op de vlucht slaat. Dit betekent dat zelfs het detentieregime in inrichtingen – of op afdelingen daarvan – die bedoeld zijn voor personen die nog niet zijn veroordeeld, met die basisdoelstellingen rekening moet houden. Het mag degenen die daar tegen hun zin verblijven, niet worden toegestaan zich vrij te bewegen of contact te hebben met de buitenwereld, net zo min als dergelijke instellingen of afdelingen vrij toegankelijk mogen zijn voor derden, aangezien de detentieregimes nu juist zijn opgezet om dergelijke contacten tegen te gaan.

46. Een en ander geldt in nog sterkere mate voor de inrichtingen – of afdelingen daarvan – waar veroordeelde gedetineerden verblijven, omdat bij deze groep het voorkomen van ontsnappingen en van collectieve acties en agressie tegen het personeel een van de belangrijkste – overigens legitieme – zorgen van de gevangenisleiding is. Dit vertaalt zich uiteraard in het voor de gevangenen geldende regime en in de wijze waarop de inrichtingen worden beheerd.

47. Los daarvan geldt in het gevangeniswezen als algemene regel dat mannen, vrouwen en minderjarigen van elkaar gescheiden worden gehouden en dus in aparte inrichtingen of op aparte afdelingen van een inrichting worden ondergebracht.

48. Wat minderjarigen betreft, mag niet worden vergeten dat detentie voor deze groep altijd een uitzonderingsmaatregel is en dus slechts wordt toegepast ten aanzien van minderjarigen die ofwel bijna meerderjarig zijn, ofwel een gecompliceerd psychologisch profiel vertonen, en dan nog alleen als zij een ernstig vergrijp hebben gepleegd.

49. Met inachtneming van enerzijds deze gegevens en anderzijds de vereisten van de richtlijn en van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) moet dus worden beoordeeld of de toepassing van dergelijke regimes ten aanzien van migranten in vreemdelingenbewaring wel strookt met de rechten die migranten in de Unie genieten.

50. Ik zal in deze conclusie uiteenzetten waarom in mijn ogen een onderdaan van een derde land in afwachting van verwijdering niet in een gevangenis in bewaring mag worden gesteld met het argument dat er in het Land dat met de tenuitvoerlegging van zijn bewaring is belast, geen speciale inrichtingen in de zin van artikel 16, lid 1, van de richtlijn zijn.

51. Ik zal ook betogen dat die onderdaan niet samen met de gewone gevangenen mag worden ondergebracht met het argument dat hij heeft afgezien van het hem krachtens die bepaling toekomende recht om van hen gescheiden te worden gehouden.

II – Toepasselijke bepalingen

52. In de punten 11, 13, 16 en 17 en 24 van de considerans van de richtlijn wordt verklaard:

„(11) Er dienen gemeenschappelijke wettelijke minimumwaarborgen te worden vastgesteld voor besluiten in het kader van terugkeer, teneinde de belangen van de betrokkenen te beschermen.
[...]

[...]

- (13) Het gebruik van dwangmaatregelen moet, uit het oogpunt van de gebruikte middelen en nagestreefde doelstellingen, uitdrukkelijk aan de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid worden onderworpen. [...] De lidstaten moeten voor het toezicht op gedwongen terugkeer op meerdere mogelijkheden kunnen vertrouwen.

[...]

- (16) Inbewaringstelling met het oog op verwijdering moet worden beperkt en, uit het oogpunt van de gebruikte middelen en nagestreefde doelstellingen, aan het evenredigheidsbeginsel worden onderworpen. Inbewaringstelling is alleen gerechtvaardigd om de terugkeer voor te bereiden of de verwijdering uit te voeren en indien minder dwingende middelen niet afdoende zouden zijn.
- (17) De in bewaring gestelde onderdanen van derde landen dienen op humane en waardige wijze te worden behandeld, met eerbiediging van hun grondrechten en het internationale en nationale recht. Onverminderd de aanvankelijke aanhouding door de rechtshandhavingsinstanties, die in de nationale wetgeving is geregeld, moet bewaring in de regel plaatsvinden in gespecialiseerde inrichtingen voor bewaring.

[...]

- (24) In deze richtlijn worden de grondrechten en de beginselen in acht genomen die met name in het Handvest [...] worden erkend.”

53. Artikel 1 van de richtlijn bepaalt:

„In deze richtlijn worden de gemeenschappelijke normen en procedures vastgesteld die door de lidstaten moeten worden toegepast bij de terugkeer van illegaal op hun grondgebied verblijvende onderdanen van derde landen, overeenkomstig de grondrechten die de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht en het internationaal recht vormen, met inbegrip van de verplichting om vluchtelingen te beschermen en de mensenrechten te eerbiedigen.”

54. Artikel 4 van de richtlijn („Gunstiger bepalingen”), bepaalt in lid 3:

„Deze richtlijn laat onverlet dat de lidstaten bepalingen kunnen aannemen of handhaven die gunstiger zijn voor de personen op wie de richtlijn van toepassing is, mits deze bepalingen verenigbaar zijn met de richtlijn.”

55. Volgens artikel 15, lid 2, laatste alinea, van de richtlijn wordt „[d]e betrokken onderdaan van een derde land [...], als zijn bewaring niet rechtmatig is, onmiddellijk vrijgelaten”.

56. Artikel 16 van de richtlijn („Omstandigheden van bewaring”), bepaalt in lid 1:

„Voor bewaring wordt in de regel gebruikgemaakt van speciale inrichtingen voor bewaring. Indien een lidstaat de onderdanen van een derde land die in bewaring worden gehouden, niet kan onderbrengen in een gespecialiseerde inrichting voor bewaring en gebruik dient te maken van een gevangenis, worden zij gescheiden gehouden van de gewone gevangenen.”

57. Artikel 17, leden 2 en 3, van de richtlijn luidt:

„2. In bewaring gestelde gezinnen krijgen, in afwachting van verwijdering afzonderlijke accommodatie, waarbij voldoende privacy is gegarandeerd.

3. In bewaring gestelde minderjarigen wordt de mogelijkheid geboden tot vrijetijdsbesteding, zoals op hun leeftijd afgestemde spel- en recreatie-activiteiten en, afhankelijk van de duur van hun verblijf, tot toegang tot onderwijs.”

58. Artikel 18 van de richtlijn („Noodsituaties”) ten slotte bepaalt het volgende:

„1. In situaties waarin een uitzonderlijk groot aantal onderdanen van derde landen moet terugkeren en de inrichtingen voor bewaring van een lidstaat of zijn bestuurlijk of gerechtelijk personeel hierdoor onverwacht zwaar worden belast, kan die lidstaat besluiten, voor de duur van de uitzonderlijke situatie, [...] bij dringende maatregel bewaringsomstandigheden vast te stellen die afwijken van het bepaalde in artikel 16, lid 1, en artikel 17, lid 2.

2. De lidstaat die deze uitzonderlijke maatregelen neemt, stelt de Commissie ervan in kennis. De Commissie wordt tevens in kennis gesteld zodra de redenen voor het toepassen van deze uitzonderlijke maatregelen niet langer bestaan.

3. Dit artikel kan niet aldus worden uitgelegd, dat het de lidstaten wordt toegestaan af te wijken van hun algemene verplichting alle, algemene dan wel bijzondere, maatregelen te treffen die nodig zijn om ervoor te zorgen dat zij aan hun verplichtingen uit hoofde van deze richtlijn voldoen.”

III – Inleidende opmerkingen

59. Om te beginnen merk ik op dat, zoals uit de door het Bundesgerichtshof in zaak C-473/13 verstrekte informatie blijkt, de richtlijn nog niet in Duits recht was omgezet toen mevrouw Bero op 6 januari 2011 in bewaring werd gesteld.

60. § 62a van het Aufenthaltsgesetz is namelijk op 26 november 2011 in werking getreden, dat wil zeggen nadat mevrouw Bero weer in vrijheid was gesteld. Deze bepaling was dus niet van toepassing in het kader van de tegen haar ingeleide procedure. Mevrouw Bero kan zich daarentegen beroepen op artikel 16, lid 1, van de richtlijn, aangezien op de datum waarop zij in bewaring werd geplaatst, de omzettingstermijn van de richtlijn – in artikel 20, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn bepaald op 24 december 2010 – was verstreken.

61. Het is vaste rechtspraak dat particulieren, wanneer de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, zich op die bepalingen kunnen beroepen tegenover de staat, wanneer deze heeft verzuimd de richtlijn binnen de termijn in nationaal recht om te zetten of dit op onjuiste wijze heeft gedaan. Zoals het Hof in het arrest El Dridi¹⁴ heeft opgemerkt, geldt dit voor de artikelen 15 en 16 van de richtlijn, die onvoorwaardelijk zijn en dermate nauwkeurig dat voor de uitvoering ervan door de lidstaten geen andere bijzondere elementen benodigd zijn.¹⁵

IV – Mijn analyse van artikel 16, lid 1, van de richtlijn

62. Elk van de aan het Hof voorgelegde vragen moet worden onderzocht op basis van een gemeenschappelijke uitlegging van de bewoordingen en het doel van artikel 16, lid 1, van de richtlijn.

14 – EU:C:2011:268.

15 – Punten 46 en 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

A – *Bewoordingen van artikel 16, lid 1, van de richtlijn*

63. Ik zal bijzondere aandacht besteden aan de Franse en de Duitse taalversie van artikel 16, lid 1, van de richtlijn. Er bestaat namelijk een belangrijk verschil tussen deze twee taalversies, wat uiteraard gevolgen heeft gehad voor de door de Duitse wetgever in zijn nationale omzettingwet gebruikte bewoordingen.

64. In de eerste volzin van artikel 16, lid 1, van de richtlijn is het beginsel neergelegd dat „[v]oor bewaring [...] in de regel gebruik [wordt] gemaakt van speciale inrichtingen voor bewaring”.

65. Dit beginsel is in alle talen van de Unie in duidelijke en homogene bewoordingen geformuleerd.¹⁶ Ik ben er dan ook van overtuigd dat de Uniewetgever het beginsel heeft willen formuleren dat de lidstaten verplicht zijn speciale centra voor vreemdelingenbewaring op te zetten, behoudens specifieke uitzonderingen.

66. Het beginsel wordt namelijk enigszins afgezwakt door het gebruik van de woorden „in de regel”, waaruit blijkt dat uitzonderingen mogelijk zijn.

67. De Uniewetgever heeft een uitzondering op het beginsel geformuleerd in artikel 16, lid 1, tweede volzin, van de richtlijn.¹⁷

68. Zo kunnen volgens de Franse taalversie van deze bepaling onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering in een gevangenis worden ondergebracht „[l]orsqu’un État membre *ne peut* les placer dans un centre de rétention spécialisée”¹⁸, en geldt dit volgens de Engelse taalversie „[w]here a Member State *cannot* provide accomodation in a specialised detention facility”¹⁹.

69. De Duitse taalversie van de genoemde bepaling introduceert echter een belangrijk verschil als het gaat om de omstandigheden waarin een lidstaat van het in artikel 16, lid 1, eerste volzin, van de richtlijn geformuleerde beginsel mag afwijken. Zij staat bewaring in een gevangenis namelijk toe wanneer „[...] in einem Mitgliedstaat solche speziellen Hafteinrichtungen *nicht vorhanden [sind]*”²⁰.

70. Deze taalversie werkt – voor een deel – door in de tekst van de Duitse bepaling tot omzetting van artikel 16, lid 1, van de richtlijn. Want zoals wij hebben gezien, bepaalt § 62a van het Aufenthaltsgesetz:

„Voor bewaring met het oog op verwijdering wordt in de regel gebruikgemaakt van speciale inrichtingen voor bewaring. *Indien er in een Land geen speciale inrichtingen voor bewaring zijn*, kan bewaring in dit Land plaatsvinden in andere detentiecentra.”²¹

71. Vastgesteld moet worden dat de strekking van de gronden waarop een lidstaat van het beginsel mag afwijken, en daarmee ook de strekking van de uitzondering zelf, aanzienlijk zijn gewijzigd door de Duitse taalversie van artikel 16, lid 1, tweede volzin, van de richtlijn in combinatie met de omzetting van deze bepaling in de Duitse rechtsorde.

16 — In het Tsjechisch: „Zajištění se zpravidla vykonává ve zvláštních zajišťovacích zařízeních”; in het Duits: „Die Inhaftierung erfolgt grundsätzlich in speziellen Hafteinrichtungen”; in het Engels: „Detention shall take place as a rule in specialised detention facilities”; in het Fins: „Säilöönotto tapahtuu yleensä erityisissä säilöönottolaitoksissa”; in het Italiaans: „Il trattenimento avviene di norma in appositi centri di permanenza temporanea”; in het Nederlands: „Voor bewaring wordt in de regel gebruikgemaakt van speciale inrichtingen voor bewaring”, en in het Pools: „Przetrzywanie odbywa się z reguły w specjalnych ośrodkach detencyjnych”.

17 — Zie ook de in artikel 18 van de richtlijn geformuleerde uitzondering, waarop ik nog terugkom.

18 — Cursivering van mij.

19 — Idem.

20 — Idem.

21 — Idem.

72. Alvorens te onderzoeken of de betrokken omzettingwetgeving in overeenstemming is met het Unierecht, moet dan ook worden nagegaan of de Duitse taalversie van die bepaling, die wordt gekenmerkt door het gebruik van de woorden „[s]ind in einem Mitgliedstaat solche speziellen Hafteinrichtungen *nicht vorhanden*”²², de grondslag kan vormen voor een uitlegging volgens welke de in de hoofdgedingen genomen maatregelen rechtmatig zijn.

73. Het is volgens mij evident dat de Duitse taalversie van artikel 16, lid 1, tweede volzin, van de richtlijn onjuist is.

74. Om te beginnen zijn de taalversies van deze bepaling, en dan met name van de zinsnede „[l]orsqu’un Etat membre *ne peut*”²³, in alle andere talen van de Unie homogeen en in lijn met de Franse en de Engelse taalversie ervan. Zoals het Hof heeft geoordeeld, kan aan één afwijkende taalversie geen voorrang worden toegekend boven alle andere taalversies.²⁴

75. Bovendien is het vaste rechtspraak van het Hof dat ter verzekering van een uniforme uitlegging en toepassing van een bepaling waarvan één taalversie afwijkt van alle andere taalversies ervan, bij de uitlegging van deze bepaling niet alleen moet worden gelet op de algemene opzet van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt, maar ook met de door de Uniewetgever beoogde doelstelling.²⁵

76. De Duitse taalversie van artikel 16, lid 1, tweede volzin, van de richtlijn, en dan met name het gebruik van de woorden „[s]ind in einem Mitgliedstaat solche speziellen Hafteinrichtungen nicht vorhanden”²⁶, ontnemt elk nuttig effect aan het door de Uniewetgever in artikel 16, lid 1, eerste volzin, geformuleerde beginsel en brengt de door de Uniewetgever nagestreefde doelstellingen ontegenzeggelijk in gevaar.

77. Het lijkt immers geen enkele twijfel dat de Uniewetgever de lidstaten heeft willen verplichten om speciale centra voor vreemdelingenbewaring op te zetten teneinde te verzekeren dat migranten in afwachting van hun uitzetting daadwerkelijk het voorgeschreven gunstiger regime genieten. Anders dan de Duitse regering stelt, is het dan ook zonneklaar dat de Uniewetgever de lidstaten niet de mogelijkheid heeft willen bieden om van het geformuleerde beginsel af te wijken met een beroep op het feit dat er op hun grondgebied geen zulke centra zijn.

78. De bouw van speciale centra voor vreemdelingenbewaring zou dan namelijk een zuiver potestatieve voorwaarde worden, waarvan de vervulling volledig afhankelijk is van de wil van de lidstaten. In deze optiek zouden de in artikel 16, lid 1, van de richtlijn gebezigde woorden „indien een lidstaat [...] *niet kan*”²⁷ moeten worden opgevat als „indien een lidstaat niet wil”, en ook concreet deze betekenis krijgen.

79. De mogelijkheid om de genoemde reden aan te voeren, zou de lidstaten ook ervan weerhouden om speciale centra voor vreemdelingenbewaring te bouwen, omdat zij illegaal op hun grondgebied verblijvende migranten zouden mogen onderbrengen in gevangenissen – een oplossing waarvoor in de opzet van de richtlijn echter slechts bij wijze van uitzondering mag worden gekozen – en tot slot een excuus vormen voor een grove schending van de verplichtingen die niet alleen uit hoofde van de richtlijn, maar ook uit hoofde van de aangegane internationale verbintenissen op de lidstaten rusten.

22 — Idem.

23 — Idem.

24 — Zie onder meer arrest Ferriere Nord/Commissie (C-219/95 P, EU:C:1997:375, punt 15).

25 — Zie onder meer arrest Endendijk (C-187/07, EU:C:2008:197, punten 22 e.v.).

26 — Cursivering van mij.

27 — Idem.

80. Ik ben bijgevolg van mening dat de Duitse taalversie van artikel 16, lid 1, tweede volzin, van de richtlijn, die een lidstaat toestaat om een in bewaring gestelde migrant in een gevangenis onder te brengen als er op zijn grondgebied geen speciale centra voor vreemdelingenbewaring zijn, voor de analyse van de onderhavige vragen buiten beschouwing moet worden gelaten.

B – Doel van artikel 16, lid, 1 van de richtlijn

81. Het doel van artikel 16, lid 1, van de richtlijn laat zich afleiden uit het in artikel 1 van de richtlijn tot uitdrukking gebrachte leidende beginsel, dat slechts in overeenstemming en in samenhang met artikel 1 van het Handvest kan worden begrepen. Volgens deze bepaling van primair recht, waarvan de toepasselijkheid hier geen punt van discussie kan zijn, is „[d]e menselijke waardigheid [...] onschendbaar [...] [en] moet [zij] worden geëerbiedigd en beschermd”. Deze verwijzing naar de menselijke waardigheid is dus noodzakelijkerwijs onderdeel van de in artikel 1 van de richtlijn opgenomen verwijzingen naar de grondrechten.

82. Artikel 16, lid 1, van de richtlijn, en meer in het algemeen de bepalingen die specifiek betrekking hebben op de omstandigheden van bewaring van vreemdelingen in afwachting van verwijdering, kunnen dus slechts concreet en in overeenstemming met die teksten worden toegepast indien zij de eerbiediging van die waarden verzekeren.

83. Het is naar mijn mening dan ook om aan die bepalingen te voldoen, dat artikel 16, lid 1, van de richtlijn voor de bewaring van onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering twee leidende beginselen formuleert, die betrekking hebben op de omstandigheden en het regime van de bewaring. In de eerste plaats moet de bewaring plaatsvinden in een speciaal centrum met aangepaste leefomstandigheden, en in de tweede plaats moet de lidstaat, indien de bewaring bij wijze van uitzondering in een gevangenis dient plaats te vinden, verzekeren dat de in bewaring gestelde migranten gescheiden worden gehouden van de gewone gevangenen. Dit laatste vereiste heeft een absoluut karakter, want het geldt ongeacht de plaats van de bewaring.

84. Bovendien – en nog altijd in overeenstemming met de verwijzingen in artikel 1 van de richtlijn – heeft de Uniewetgever hiermee de rechtspraak van het EHRM getransponeerd. Deze rechterlijke instantie verlangt immers dat de plaats, het regime en de omstandigheden van bewaring van illegale migranten „adequaat” zijn, zodat de in de artikelen 3, 5 en 8 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”) verankerde rechten niet in het gedrang komen.²⁸

85. De Uniewetgever heeft tevens het tiende en het elfde richtsnoer van de door het Comité van ministers van de Raad van Europa op 4 mei 2005 aangenomen „Twintig richtsnoeren inzake gedwongen terugkeer” getransponeerd, waaraan in punt 3 van de considerans van de richtlijn wordt gerefereerd.

86. Het tiende richtsnoer eist namelijk in punt 1 dat personen die voorafgaand aan hun uitzetting in bewaring worden gesteld, „normaal gesproken” worden ondergebracht in speciaal daarvoor opgezette accommodaties, met een regime en materiële condities die passen bij hun juridische status.²⁹ Volgens punt 4 van datzelfde richtsnoer moeten die personen gescheiden worden gehouden van verdachten en

28 — Volgens vaste rechtspraak van het EHRM moet elke vorm van vrijheidsbeneming niet alleen onder een van de in artikel 5, lid 1, sub a tot en met f, van het EVRM genoemde uitzonderingen vallen, maar ook „rechtmatig” zijn (zie onder meer arrest EHRM Popov/Frankrijk, reeds aangehaald, § 118 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Volgens het EHRM moet er een zekere relatie bestaan tussen het motief voor de vrijheidsbeneming en de plaats en het regime van de detentie (idem).

29 — Zie ook het achtste van de tien richtsnoeren die de omstandigheden definiëren waarin de bewaring van asielzoekers en illegale migranten rechtens toelaatbaar is, waarin de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa opmerkt dat de plaats, de omstandigheden en het regime van de bewaring geschikt moeten zijn, alsmede de discussienota „Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière en Europe” [CommDH/IssuePaper(2007)1, titel III, sub ii].

veroordeelden. Het elfde richtsnoer bepaalt in de punten 2 tot en met 4 dat gezinnen ter waarborging van hun privacy moeten worden ondergebracht in afzonderlijke accommodaties, met personeel en faciliteiten die zijn afgestemd op de specifieke behoeften van kinderen, die onder meer onderwijs moeten kunnen volgen en aan recreatieve activiteiten moeten kunnen deelnemen.³⁰

87. Het EHRM heeft daartoe een niet-uitputtende lijst opgesteld van criteria aan de hand waarvan het beoordeelt of de plaats, de omstandigheden en het regime van de bewaring adequaat zijn.³¹

88. Om te beginnen moeten de betrokken accommodaties qua opzet en inrichting zo min mogelijk aan een gevangenis doen denken. Zij moeten verder beschikken over personeel dat over passende kwalificaties en met name over een zekere talen- en medische kennis beschikt. De accommodaties moeten schoon zijn en voldoende leefruimte bieden voor het aantal personen dat er kan worden ondergebracht. Met name moeten zij beschikken over niet-gemengde gemeenschappelijke ruimten en over voldoende en vrij toegankelijke sanitaire voorzieningen. Zij moeten daarnaast beschikken over een eetzaal en toebehoren alsmede over een telefoon die vrij toegankelijk is. Verder moet er medische uitrusting aanwezig zijn en moet er een ruimte zijn waar familie en consulaire autoriteiten kunnen worden ontvangen. De centra moeten ook beschikken over een ruimte voor educatie en ontspanning, en met name over een buitenruimte. Als in een centrum ook gezinnen worden ondergebracht, eist het EHRM tot slot dat de ruimten over de voor de bewaring van jonge kinderen noodzakelijke basisvoorzieningen beschikken en dat er geschikt en veilig materiaal voor hun verzorging aanwezig is.³²

89. In het licht van deze criteria heeft het EHRM geoordeeld dat een gevangenis geen „passende” of „adequate” plek is voor de opvang en bewaring van onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering.

90. De door het EHRM geformuleerde eisen, die door de Uniewetgever zijn getransponeerd, zijn gebaseerd op het karakter en het doel van de vreemdelingenbewaring.

91. Deze maatregel verschilt naar zijn aard heel duidelijk van een strafmaatregel. Doel van de vreemdelingenbewaring is niet de bestraffing van een migrant voor een misdrijf of overtreding waaraan deze zich schuldig zou hebben gemaakt, maar de voorbereiding van diens verwijdering uit de betrokken lidstaat. In het kader van de richtlijn hoedt de Uniewetgever zich er trouwens voor om in dit verband de woorden „detentie” of „gevangenschap” te gebruiken. Bovendien preciseert hij in artikel 15 van de richtlijn dat enkel personen tegen wie een verwijderingsprocedure loopt, in bewaring mogen worden genomen, en dat het enige doel van de bewaring is om de verwijdering te realiseren.³³ En in richtlijn 2003/9/EG³⁴ definieert de Uniewetgever bewaring als „het vasthouden van een asielzoeker door een lidstaat op een bepaalde plaats, waar de betrokkene *geen bewegingsvrijheid geniet*”³⁵.

30 — In dezelfde lijn verlangt de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa in de tweede van de „vijftien Europese regels tot vaststelling van minimumnormen voor de omstandigheden van bewaring van illegale migranten en asielzoekers”, dat de in bewaring gestelde personen worden ondergebracht in speciaal voor dat doel opgezette centra en niet in gevangenissen. De vijfde en de zesde Europese regel verlangen verder dat het regime en de materiële condities in dergelijke centra passen bij de juridische status en de feitelijke situatie van de betrokken personen.

31 — Zie ook de toelichting bij het tiende en het elfde van de twintig richtsnoeren inzake gedwongen terugkeer van de Raad van Europa.

32 — Zie arrest EHRM Popov/Frankrijk, reeds aangehaald.

33 — De Uniewetgever sluit hiermee aan bij de rechtspraak van het EHRM, volgens welke vrijheidsbeneming zich slechts met artikel 5, lid 1, sub f, van het EVRM verdraagt indien zij bedoeld is om een uitzettingsprocedure met succes af te ronden en bovendien in verhouding staat tot dat doel (zie EHRM, arrest van 15 november 1996, Chahal/Verenigd Koninkrijk, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, §§ 112 en 113, alsmede arrest Popov/Frankrijk, reeds aangehaald, § 140).

34 — Richtlijn van de Raad van 27 juni 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten (PB L 31, blz. 18).

35 — Artikel 2, sub k, van richtlijn 2003/9. Cursivering van mij.

92. Bewaring heeft dus niet het karakter van een wegens het plegen van een strafbaar feit opgelegde straf en is evenmin gericht op resocialisatie. Elke bestraffingsgedachte ontbreekt ook in de motieven die de rechtsgrondslag voor de bewaring vormen. Ook mag niet worden vergeten dat de migrant die wacht op zijn uitzetting, niets strafbaars heeft gedaan. Zelfs als de betrokken lidstaat de illegale binnenkomst op zijn grondgebied als „strafbaar feit” aanmerkt – waartoe hij volgens het Hof het recht heeft – neemt dit niet weg dat, zoals het Hof ook heeft geoordeeld, de eventuele strafbaarheid van dat gedrag het moet afleggen tegen de prioriteit die moet worden toegekend aan verwijdering.³⁶

93. Er is dan ook geen enkele legitieme reden om vreemdelingenbewaring in een penitentiaire omgeving en onder een penitentiair regime ten uitvoer te leggen.

94. Als de lidstaten primair verplicht zijn om overeenkomstig artikel 1 van het Handvest de menselijke waardigheid te eerbiedigen, betekent dit in de eerste plaats dat zij mannen, vrouwen en kinderen in afwachting van verwijdering niet een met die waardigheid strijdig crimineel stigma mogen geven door ze te behandelen als delinquenten.

95. Die verplichting brengt in de tweede plaats mee dat de lidstaten overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel³⁷ ervoor moeten zorgen dat de betrokken personen door de wijze van tenuitvoerlegging van de bewaring niet worden onderworpen aan de beperkingen die inherent zijn aan het penitentiaire regime, wat uiteraard in strijd zou zijn met de regels en beginselen van de richtlijn en van de regelingen die in de richtlijn zijn getransponeerd, alsook met het voor de richtlijn leidende beginsel van eerbiediging van de grondrechten. Dit betekent dat voor vreemdelingen in bewaring een regime en materiële condities moeten gelden die passen bij hun juridische status en recht doen aan hun specifieke behoeften, met name die van de meest kwetsbaren onder hen. In dit verband moet worden gewezen op artikel 17, leden 2 en 3, van de richtlijn, waarin is bepaald dat in bewaring gestelde gezinnen in afwachting van verwijdering een afzonderlijke accommodatie moeten krijgen en dat minderjarigen de mogelijkheid moet worden geboden om onderwijs te volgen en deel te nemen aan passende activiteiten. Deze bepalingen zijn overigens slechts de resonantie van de artikelen 7, 14, lid 1, en 24 van het Handvest.

96. Een logische en noodzakelijke consequentie van het voorgaande is de eis dat vreemdelingenbewaring moet plaatsvinden in speciale centra die passen bij het karakter van de maatregel. In zoverre formuleert de richtlijn de minimumvoorwaarden waaraan die bewaring dient te voldoen, waarbij zij de lidstaten vrijstaat om een ruimhartiger beleid te voeren.

97. Het is evident dat een gevangenis niet aan de voorschriften en beginselen van de richtlijn kan voldoen, om de eenvoudige reden dat een dergelijke instelling een andere bestemming dan vreemdelingenbewaring heeft. De materiële condities zijn zonder meer ongeschikt, met name voor de opvang van gezinnen en kinderen. Door de in een gevangenis geldende regels is het gevangenisgevoel alom aanwezig: er gelden strikte luchtijden, er is veel bewaking, het toezicht is scherp en de controle totaal.³⁸ Daarbovenop komen dan nog de onzekerheid, de promiscuïteit, de stress, de onveiligheid en de vijandigheid die kenmerkend zijn voor het gevangeniswezen, en niet te vergeten de bij een verblijf in de gevangenis horende administratieve beperkingen, die het voor de migranten moeilijker maken om administratieve en juridische stappen te ondernemen.

98. In dezelfde gedachtegang bepaalt de richtlijn dat, voor het geval dat bij wijze van uitzondering voor de bewaring gebruik zou moeten worden gemaakt van een gevangenis, de migranten en de gewone gevangenen van elkaar gescheiden moeten worden gehouden.

36 — Zie arrest El Dridi (EU:C:2011:268, punt 59).

37 — Zie punten 13 en 16 van de considerans van de richtlijn.

38 — Zie in dit verband de opmerkingen van de gevangenis van München in bijlage 2 bij de verwijzingsbeslissing in zaak C-514/13.

99. Ook deze verplichting heeft rechtstreeks te maken met de eerbiediging van de menselijke waardigheid en van de grondrechten van degene die geen enkel misdrijf en zelfs geen overtreding heeft begaan. Dankzij die verplichting kan worden gewaarborgd dat binnen de gevangenisstructuur onderscheid wordt gemaakt tussen vreemdelingenbewaring en het uitzitten van een straf, waarbij die bewaring plaatsvindt onder een regime en in condities die passen bij de juridische status van de migrant. De verplichting om de twee groepen apart van elkaar te houden, helpt tot slot niet alleen voorkomen dat bepaalde migranten het criminele pad opgaan, maar ook dat voor de gevangeniswereld kenmerkende geweldsincidenten plaatsvinden, die dikwijls gericht zijn tegen de meest kwetsbare personen.

100. Dit betekent naar mijn mening dat de migranten strikt van de gewone gevangenen gescheiden moeten worden gehouden op een speciaal voor hen opgezette afdeling die volledig van de rest van de gevangenis is afgezonderd en geen enkele mogelijkheid biedt om met de veroordeelde of in voorlopige hechtenis geplaatste personen in contact te komen. In artikel 15, lid 2, eerste alinea, van haar richtlijnvoorstel van 1 september 2005³⁹ verlangde de Commissie overigens van de lidstaten dat zij erop zouden toezien dat de onderdanen van derde landen „*permanent fysiek gescheiden* [bleven] van de gevangenen”⁴⁰. En met reden.

101. De regels betreffende het functioneren van het gevangeniswezen lijken mij aan de toepassing van de in de richtlijn geformuleerde beginselen in de weg te staan, en wel om redenen die met name verband houden met de legitieme veiligheidseisen die nu eenmaal bij de gevangeniswereld horen. Als contact tussen de gewone gevangenen en de in bewaring gestelde vreemdelingen wordt toegestaan en tegelijkertijd aan deze laatste groep het door de teksten voorgeschreven soepeler regime wordt gewaarborgd, met name als het gaat om contacten met de buitenwereld, bestaat het risico dat de veroordeelden zelf daarvan profiteren teneinde rechtstreeks dan wel via de migranten contacten aan te knopen met personen van buiten, met gevolgen die zich gemakkelijk laten raden. Het verbaast mij dan ook niets dat, zoals onder meer uit de opmerkingen van de gevangenis van München – als ik het goed zie – valt op te maken, de realiteit is dat de in bewaring gestelde migranten worden onderworpen aan het penitentiaire regime en niet aan een specifiek op hun situatie toegesneden regime conform de eisen van de richtlijn. Het gevangeniswezen zelf treft wat dit betreft overigens geen blaam, want om de door mij genoemde redenen, die met name verband houden met de veiligheid, heeft het geen andere keus. Het zijn dus wel degelijk de logica en de eisen van het systeem zelf die naar hun aard onvernegbaar zijn met de eisen van de richtlijn, zodat deze niet kan worden toegepast in een gevangenisomgeving.

102. Het lijkt in mijn ogen dan ook geen enkele twijfel dat de Uniewetgever, gelet op het doel van de in artikel 16, lid 1, van de richtlijn geformuleerde eisen, wel degelijk heeft willen voorkomen dat onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering worden onderworpen aan het penitentiaire regime, door van de lidstaten te verlangen dat zij op hun grondgebied speciale centra voor vreemdelingenbewaring opzetten en dat zij, wanneer zij bij wijze van uitzondering voor vreemdelingenbewaring gebruik moeten maken van een gevangenis, garanderen dat de in bewaring gestelde vreemdelingen apart worden gehouden van de gewone gevangenen.

103. Na deze algemene beschouwingen is het tijd om de in het kader van de gevoegde zaken C-473/13 en C-514/13 en zaak C-474/13 aan het Hof voorgelegde vragen aan een gedetailleerd onderzoek te onderwerpen.

39 — COM(2005) 391 def.

40 — Cursivering van mij.

V – Onderzoek van de vragen

A – Inleidende opmerkingen

104. Voor een goed begrip van de context van de onderhavige prejudiciële verwijzingen moet het volgende worden opgemerkt.

105. In de eerste plaats herinner ik eraan dat volgens de artikelen 83 en 84 van het Grundgesetz de Länder zijn belast met de tenuitvoerlegging van de vreemdelingenbewaring.

106. Tien van de zestien Länder die samen de Bondsrepubliek Duitsland vormen, beschikken echter niet over speciale centra voor vreemdelingenbewaring.⁴¹ Onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering worden daar – behalve in de situaties waarin bepaalde Länder dan hun toevlucht nemen tot wederzijdse administratieve bijstand – ondergebracht in gevangnissen en in sommige gevallen aan dezelfde regels en beperkingen onderworpen als de gewone gedetineerden of de voorlopig gehechten.

107. Deze situatie is door het Europees Comité voor de preventie van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (hierna: „CPT”) in een rapport van 22 februari 2012⁴² veroordeeld.

108. In de tweede plaats is niet in alle Duitse gevangnissen gegarandeerd dat de in bewaring gestelde vreemdelingen apart worden gehouden van de gewone gevangenen. Dit geldt met name voor vrouwen en kinderen.⁴³ Dit blijkt niet alleen uit de door de Duitse regering ingediende opmerkingen, maar ook uit de nationale rechtspraak.

109. Zo heeft het Landgericht Leipzig (Land Saksen) bij beschikking van 20 september 2011 het besluit om een Tunesisch onderdaan in bewaring te plaatsen, op grond van artikel 16, lid 1, van de richtlijn vernietigd omdat deze persoon zijn cel moest delen met een veroordeelde.⁴⁴ Volgens het rapport van het CPT van 22 februari 2012 had de gevangenis van Leipzig destijds geen aparte afdelingen voor vreemdelingenbewaring.⁴⁵

110. Zo ook heeft het Landgericht Traunstein (Land Beieren) bij beschikking van 21 augustus 2012 het besluit waarbij een minderjarige in bewaring was gesteld, vernietigd omdat de betrokkene in een jeugdgevangenis was geplaatst.⁴⁶ De gevangenis van München beschikt namelijk alleen over een aparte afdeling voor volwassen mannen. Zoals de Duitse regering in haar reactie op het rapport van het CPT

41 — In deze situatie lijkt sinds de indiening van de verzoeken om een prejudiciële beslissing verandering te zijn gekomen. Zo blijkt uit een door het Beierse ministerie van Binnenlandse zaken in november 2013 vastgesteld besluit dat de gevangenis van Mühldorf am Inn momenteel wordt omgebouwd tot een speciaal centrum voor vreemdelingenbewaring, dat plaats biedt aan 82 personen, waarvan veertien vrouwen. Deze gevangenis is daarvoor uitgekozen wegens de nabijheid van de luchthaven van München (zie het in het *Wochenblatt* van 14 november 2013 opgenomen artikel „Aus Mühldorfer ‚Kuschelknast‘ wird Bayerns einziges ‚Abschiebe-Gewahrsam‘”).

42 — Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 25 November to 7 December 2010 [CPT/Inf (2012) 6, punt 33].

43 — Blijkens de reactie van de Duitse regering op het rapport van het CPT van 22 februari 2012 (Response of the German Government to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Germany from 25 November to 2 December 2010 [CPT/Inf (2012) 7]) worden in de Länder Brandenburg, Bremen, Rijnland-Palts, Noordrijn-Westfalen en Nedersaksen in bewaring gestelde vreemdelingen ondergebracht op aparte afdelingen, die zijn afgescheiden van de rest van de inrichting (blz. 23 en 24).

44 — LG Leipzig – 07 T 104/11.

45 — Zie CPT/Inf (2012) 6, punt 31.

46 — LG Traunstein – 4 T 3104/12.

te kennen heeft gegeven, worden minderjarigen daarom samen met jeugdige delinquenten in de jeugdgevangenis ondergebracht.⁴⁷ Vrouwelijke migranten worden op de vrouwenafdeling van de gevangenis in bewaring gehouden. Deze situatie doet zich ook voor in de Länder Baden-Württemberg, Hessen⁴⁸ en Saksen⁴⁹.

111. Los van het feit dat een dergelijke situatie onrechtmatig is, is zij ook schokkend. Zwangere vrouwen en kinderen zijn immers buitengewoon kwetsbaar en verdienen wegens hun toestand, hun leeftijd en hun afhankelijkheid bijzondere aandacht van de autoriteiten, ten aanzien waarvan noch de Uniewetgever – in artikel 17, lid 2, van de richtlijn – noch het EHRM – in zijn rechtspraak – bereid is concessies te doen.⁵⁰

112. In de derde plaats zijn er dan soms wel speciale vleugels ingericht voor vreemdelingenbewaring, maar neemt dit niet weg dat de migranten meestal bij de maaltijden, tijdens het luchten of bij een bezoek aan de medische dienst toch in contact kunnen komen met de gewone gevangenen. Zo worden volgens de door de gevangenis van München in het kader van zaak C-514/13 ingediende opmerkingen de in bestuursrechtelijke bewaring gestelde personen niet van de gewone gevangenen gescheiden houden bij de intakeprocedure en tijdens de bezoeken, in de verschillende wachtruimten (doktersbezoek, overplaatsing) of bij een verblijf op de verpleegafdeling. Zo heeft de heer Bouzalmate na zijn zelfmoordpoging twaalf dagen op de gemeenschappelijke verpleegafdeling van de gevangenis doorgebracht.

113. Tot slot lijkt in het merendeel van de Länder vreemdelingenbewaring plaats te vinden volgens de algemene voorwaarden die zijn vastgesteld in het Strafvollzugsgesetz van 16 maart 1976, en met name volgens de voorschriften van §§ 3 tot en met 49, 15 tot en met 121, 171, 173 tot en met 175 (voorschriften met betrekking tot kleding, aankopen en werk), 178, lid 3 (bijzonder voorschrift voor minderjarigen), en 179 tot en met 187.⁵¹

114. Nu deze balans is opgemaakt, is het tijd om op de verschillende zaken in te gaan.

B – Gevoegde zaken C-473/13 en C-514/13

115. Met hun vraag wensen de verwijzende rechters in wezen van het Hof te vernemen of artikel 16, lid 1, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een wettelijke regeling van een lidstaat op grond waarvan het, gelet op de federale structuur van die staat, aan de deelstaten is toegestaan om onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering onder te brengen in een gevangenis wanneer er op het grondgebied van de bevoegde deelstaat geen speciale centra voor vreemdelingenbewaring zijn.

47 — „As a general rule, minors are not detained pending deportation. This is the case only in severely limited exceptional cases, and the principle of proportionality is strictly adhered to. As a rule, minors are placed in the custody of the youth welfare office” [CPT/Inf (2012) 7, blz. 24].

48 — Zie de reactie van het Land Hessen, zoals opgenomen in bijlage 3a bij de verwijzingsbeslissing in zaak C-514/13: „[w]at volwassen vrouwen en jeugdigen en kinderen – zowel jongens als meisjes – betreft, moet worden opgemerkt dat zij te gering in aantal zijn om voor hen speciale centra voor vreemdelingenbewaring op te zetten. Wanneer dergelijke personen in bestuursrechtelijke bewaring moeten worden geplaatst, worden zij ondergebracht in de gevangenissen van Frankfurt-am-Main III (vrouwen) en in de jeugdgevangenissen” (vrije vertaling).

49 — Zie de reactie van het Land Saksen, zoals opgenomen in bijlage 3a bij de verwijzingsbeslissing in zaak C-514/13), waarin wordt verwezen naar het antwoord van dit Land op vraag 49 van de parlementaire enquête van 5 september 2012 (Drucksache 17/10597): „[w]at de bewaring van volwassen vrouwen betreft, moet worden opgemerkt dat wegens het geringe aantal in bewaring gestelde vrouwen (meestal gaat het slechts om één vrouw) ervoor is gekozen om deze groep – om te voorkomen dat de vrouwen volkomen geïsoleerd raken – onder te brengen in de gevangenis van Chemnitz, en wel op de afdeling voor voorlopig gehechten” (blz. 114, vrije vertaling).

50 — Zie ook beschikking van het Bundesgerichtshof van 7 maart 2012 (V ZB 41/12), waarin de hoogste rechter expliciet wijst op de noodzaak om in bewaring gestelde minderjarigen gescheiden te houden van de gewone gevangenen, en het belang van de in artikel 17, leden 3-5, van de richtlijn geformuleerde voorwaarden beklemtoont.

51 — Zie de antwoorden van de verschillende Länder op vraag 52 van de eerdergenoemde parlementaire enquête van 5 september 2012 (blz. 124-127).

116. Ik merk al meteen op dat de verwijzende rechters hiermee volgens mij niet de vraag aan de orde stellen of de richtlijn voor de lidstaten de verplichting meebrengt om binnen een bepaalde termijn een minimumaantal centra voor vreemdelingenbewaring op te zetten. De door hen aan de orde gestelde problematiek betreft de aan het Hof voorgelegde individuele gevallen en komt er in feite op neer of een lidstaat, zonder zich te beroepen op buitengewone omstandigheden, van de in artikel 16, lid 1, tweede volzin, van de richtlijn geformuleerde uitzondering de regel mag maken.

117. Zoals gezegd, is mevrouw Bero immers in een gevangenis in bewaring gehouden omdat er in het Land Hessen geen speciale centra voor vreemdelingenbewaring waren die plaats boden aan vrouwen. Uit de door mevrouw Bero ingediende opmerkingen blijkt ook dat zij niet gescheiden is gehouden van de gewone gevangenen en de voorlopig gehechten.

118. De heer Bouzalmate is in bewaring gehouden op een aparte afdeling van de gevangenis van München, aangezien het Land Beieren geen speciale centra voor vreemdelingenbewaring heeft.

119. Het Bundesgerichtshof en het Landgericht München vragen zich in hun verwijzingsbeslissing af of artikel 16, lid 1, van de richtlijn toestaat dat een dergelijk, op de federale structuur van Duitsland gebaseerd motief wordt aangevoerd.

120. Zij stellen enerzijds dat de nationale autoriteiten ervoor moeten zorgen dat onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering in bewaring worden gehouden in speciale centra, ongeacht waar in het land deze zich bevinden. In hun ogen behoeft voor de toepassing van de in artikel 16, lid 1, van de richtlijn geformuleerde beginselen dus geen rekening te worden gehouden met de aan de individuele deelstaten voorbehouden bevoegdheden. In dat geval zou de bewaring van de betrokken personen dus in strijd zijn met de vereisten van de richtlijn.

121. De verwijzende rechters merken echter anderzijds op dat de Unie ingevolge artikel 4, lid 2, VEU de federale structuur van de lidstaten dient te eerbiedigen.

122. De Duitse regering brengt in haar opmerkingen in herinnering dat artikel 4, lid 2, VEU de Nieuwetgever inderdaad verplicht om de nationale identiteit van de lidstaten, die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur, te eerbiedigen. Zij is dan ook van mening dat de Länder op grond van de in het Grundgesetz geregelde verdeling van de bevoegdheden vrij zouden moeten zijn om uit te maken of en in hoeverre het, gelet op hun omvang, hun geografische ligging en het aantal in bewaring gestelde vreemdelingen, noodzakelijk is om speciale centra voor vreemdelingenbewaring op te zetten en te beheren, net zoals het de Länder zou moeten vrijstaan om in voorkomend geval een administratieve samenwerking aan te gaan met andere Länder. De Duitse regering stelt daarom dat de administratieve soevereiniteit van een Land zou worden aangetast als het een migrant in afwachting van verwijdering niet in een van zijn gevangenissen zou mogen onderbrengen omdat er elders op het nationale grondgebied speciale centra voor vreemdelingenbewaring zijn.

123. Gelet op een en ander is de Duitse regering dan ook van mening dat de uitzondering van artikel 16, lid 1, tweede volzin, van de richtlijn tevens de situatie moet omvatten waarin een lidstaat te maken krijgt met het feit dat er op het grondgebied van de bevoegde deelstaat geen speciale centra voor vreemdelingenbewaring zijn, maar zich niettemin genoodzaakt ziet de verdeling van de bevoegdheden volgens de organieke bepalingen van de staat te respecteren.

124. Het is waar dat een lidstaat overeenkomstig artikel 16, lid 1, tweede volzin, van de richtlijn een illegaal op zijn grondgebied verblijvende migrant in een gevangenis mag onderbrengen als hij deze persoon „niet kan” onderbrengen in een speciaal centrum voor vreemdelingenbewaring. Deze bepaling preciseert echter niet welke motieven een lidstaat daarvoor mag aanvoeren.

125. Betekent dit dat de Uniewetgever het aan elke lidstaat overlaat om te bepalen op welke gronden een migrant in plaats van in een speciaal centrum voor vreemdelingenbewaring in een gevangenis kan worden ondergebracht?

126. De Duitse en de Nederlandse regering beantwoorden deze vraag bevestigend. Zij brengen in hun uitlegging artikel 16 van de richtlijn niet in verband met artikel 18 ervan, terwijl deze bepalingen in mijn ogen toch in onderlinge samenhang moeten worden gelezen, in zoverre artikel 16 in artikel 18 wordt verduidelijkt en dit laatste artikel in zijn tekst ook duidelijk aangeeft dat het een uitzondering op het eerste vormt.

127. Artikel 16, lid 1, van de richtlijn formuleert een beginsel, namelijk de tenuitvoerlegging van de bewaring in een speciaal centrum, en voorziet in een uitzondering voor het geval dat de lidstaat niet aan die verplichting kan voldoen.

128. Artikel 18 van de richtlijn geeft met zoveel woorden aan wanneer een dergelijke uitzondering denkbaar is, namelijk wanneer de lidstaat te maken heeft met „noodsituaties”, wat ook het opschrift van dit artikel is.

129. In dit stadium kunnen wij ons overigens reeds afvragen waarom de Uniewetgever met zoveel woorden een uitzondering voor noodsituaties zou hebben opgenomen, als een afwijking van het beginsel zo vanzelfsprekend en normaal was als de Duitse en de Nederlandse regering willen doen geloven. Wat uit een oogpunt van administratieve efficiëntie zou zijn toegestaan, zou al helemaal mogelijk moeten zijn in noodsituaties, zonder dat de richtlijn dit expliciet zou hoeven te vermelden.

130. In de geest van de richtlijn moeten dus de motieven die door de lidstaten kunnen worden aangevoerd om voor vreemdelingenbewaring gebruik te maken van gevangenissen, strikt worden afgebakend, niet alleen omdat het hierbij gaat om de meest vergaande vorm van vrijheidsbeperking die de richtlijn toestaat, maar ook omdat wij hier te maken hebben met een uitzondering op de regel en het dus absoluut noodzakelijk is om te herinneren aan de grenzen die de richtlijn zelf aan de speelruimte van de lidstaten stelt teneinde haar nuttig effect te garanderen.

131. Noodsituaties in de zin van artikel 18 van de richtlijn vormen dus de enige door de Uniewetgever uitdrukkelijk genoemde grond waarop van de verplichting tot onderbrenging in een speciaal centrum voor vreemdelingenbewaring mag worden afgeweken. Volgens deze bepaling kunnen de lidstaten noodmaatregelen treffen waarbij van de in de artikelen 16, lid 1, en 17, lid 2, van de richtlijn geformuleerde beginselen wordt afgeweken, indien een uitzonderlijk groot aantal onderdanen van derde landen moet terugkeren en zijn inrichtingen voor bewaring of zijn administratief of gerechtelijk personeel hierdoor onverwacht zwaar worden belast. De bepaling maakt het mogelijk om rekening te houden met het feit dat sommige lidstaten wegens hun geografische ligging een veel zwaardere last hebben te dragen dan andere. Massale migrantenstromen als die waarmee de lidstaten aan de Middellandse Zee te maken kunnen krijgen, vallen in mijn ogen onder deze uitzondering.

132. Is dit het enige motief dat kan worden aangevoerd?

133. Deze vraag lijkt op basis van de tekst van de richtlijn niet bevestigend te kunnen worden beantwoord. Daarentegen vallen uit die tekst wel de kenmerken af te leiden waaraan de eventueel door de lidstaten aan te voeren omstandigheden zouden moeten voldoen.

134. Het tweede lid van artikel 18 van de richtlijn kwalificeert de in het eerste lid van deze bepaling bedoelde afwijkingen immers met zoveel woorden als „uitzonderlijke maatregelen” en legt de lidstaat die dergelijke maatregelen neemt, de verplichting op om de Commissie daarvan in kennis te stellen en haar ook mee te delen wanneer die maatregelen niet meer worden toegepast.

135. Het lijkt mij duidelijk dat enkel uitzonderlijke omstandigheden die qua urgentie of ernst vergelijkbaar zijn met de in artikel 18 van de richtlijn bedoelde situaties, een rechtvaardiging kunnen vormen voor uitzonderlijke maatregelen waarvan de Commissie in kennis moet worden gesteld.

136. Ik ben dan ook van mening dat, afgezien van de door een toestroom van migranten veroorzaakte noodsituaties, een lidstaat voor vreemdelingenbewaring slechts gebruik mag maken van een gevangenis indien er uitzonderlijke en legitieme motieven zijn, bijvoorbeeld ontleend aan noodtoestand, op basis waarvan onomstotelijk vaststaat dat de afweging van de verschillende belangen die oplossing noodzakelijk maakt. Als een lidstaat moeilijkheden ondervindt bij het in bewaring plaatsen van een migrant in afwachting van verwijdering, zou hij in mijn ogen op basis van een beoordeling van het individuele geval duidelijk moeten maken waarom onderbrenging in een gevangenis aangewezen is, met dien verstande dat daarbij moet worden gegarandeerd dat de migrant gescheiden wordt gehouden van de gewone gevangenen. Hij zou zijn besluit bovendien in het licht van de omstandigheden van het geval moeten motiveren en de in artikel 18, lid 2, van de richtlijn geformuleerde verplichtingen moeten respecteren. Mij lijkt ook – al heeft de Commissie tijdens de terechtzitting een ander geluid laten horen – dat de migrant zijn plaatsing in een gevangenis zou moeten kunnen aanvechten, in elk geval via een administratief beroep.

137. Met inachtneming van deze op de bewoordingen van de tekst zelf gebaseerde overwegingen zal ik dus de verschillende door de bevoegde nationale autoriteiten in de hoofdingen en de door de regeringen van de lidstaten in hun opmerkingen aangevoerde motieven één voor één onderzoeken.

1. Door het Regierungspräsidium Kassel (zaak C-473/13) en de Kreisverwaltung Kleve (zaak C-514/13) aangevoerde motieven

138. In de gevoegde zaken C-473/13 en C-514/13 baseren de bevoegde nationale autoriteiten zich ter rechtvaardiging van de in geding zijnde bewaringen op de aan de individuele Länder voorbehouden bevoegdheden en op de tekst van § 62a, lid 1, van het Aufenthaltsgesetz. Zoals wij hebben gezien, kent deze bepaling de Länder het recht toe om voor vreemdelingenbewaring gebruik te maken van gevangnissen als er op hun grondgebied geen speciale centra voor vreemdelingenbewaring zijn.

139. Zoals gezegd, zijn er momenteel tien Länder die niet over dergelijke centra beschikken. Zo blijkt uit de door de verwijzende rechter in zaak C-514/13 overgelegde stukken dat sinds 1 januari 2012 in het Land Beieren voor vreemdelingenbewaring gebruik wordt gemaakt van de gevangnissen van Aschaffenburg, München en Neurenberg.⁵²

140. Ik ben echter van mening dat het feit dat er op een deel van het grondgebied van de lidstaat geen speciale centra voor vreemdelingenbewaring zijn, geen acceptabel motief is om een illegale vreemdeling in een gevangenis in bewaring te houden, aangezien het in geen geval aan de hierboven geformuleerde criteria voldoet. Die omstandigheid is namelijk absoluut niet het gevolg van een situatie als die welke in artikel 18 van de richtlijn met zoveel woorden is omschreven, of van een situatie die qua ernst of urgentie daarmee vergelijkbaar is. Het lijkt er juist op dat er simpelweg geen centra voor vreemdelingenbewaring zijn omdat dergelijke centra in sommige Länder niet zijn gebouwd, en dat geen gebruik is gemaakt van de capaciteit van de bestaande opvangcentra.

141. Ik geloof ook niet dat de federale structuur van de lidstaat het onmogelijk maakt om de beginselen van de richtlijn toe te passen.

142. In dit verband moeten twee essentiële beginselen van onze rechtspraak in herinnering worden gebracht.

52 — Zie bijlage 3a bij de verwijzingsbeslissing in zaak C-514/13.

143. In de eerste plaats heeft het Hof herhaaldelijk verklaard dat een lidstaat zich niet ten exceptieve op uit zijn federale structuur voortvloeiende nationale bepalingen of praktijken kan beroepen ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van door een richtlijn voorgeschreven verplichtingen.⁵³ Volgens vaste rechtspraak behoeven de instellingen van de Unie dus geen rekening te houden met noch zich uit te laten over de verdeling van de bevoegdheden volgens de organieke bepalingen van elke lidstaat en, bij staten met een federale structuur, over de respectieve verplichtingen van de autoriteiten van de federale staat en van de deelstaten.⁵⁴

144. Dit betekent dat zodra er op het grondgebied van een lidstaat een speciaal centrum voor vreemdelingenbewaring met voldoende opvangcapaciteit is, die lidstaat verplicht is de betrokkene in dat centrum in bewaring te stellen, ongeacht zijn federale structuur en ongeacht de geografische ligging van het centrum.

145. In de tweede plaats moeten de lidstaten hun wetgeving zodanig inrichten dat de eerbiediging van de grondrechten van particulieren wordt gewaarborgd. Met name mogen zij geen regeling toepassen, ook niet op strafrechtelijk gebied, die de verwezenlijking van de door een richtlijn nagestreefde doelstellingen in gevaar kan brengen en deze dus haar nuttig effect kan ontnemen. Volgens de bewoordingen van artikel 4, lid 3, tweede en laatste alinea, VEU immers „treffen de lidstaten alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren” en „onthouden [zij] zich [met name] van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen”, met inbegrip van die welke worden nagestreefd door de richtlijnen. Deze verplichting geldt voor alle autoriteiten van de lidstaten⁵⁵, waarbij het er in het geval van een lidstaat met een federale structuur niet toe doet of het om de autoriteiten van de federale staat dan wel om die van de deelstaten gaat.

146. In Duitsland zijn de bevoegdheden op het gebied van de uitvoering van het Unierecht verdeeld tussen de federale staat en de deelstaten. Opgemerkt zij evenwel dat volgens artikel 35, lid 1, van het Grundgesetz alle autoriteiten van de federale staat en van de deelstaten elkaar over en weer juridische en administratieve bijstand verlenen, zonder dat de administratieve soevereiniteit van de Länder hierdoor wordt aangetast, zoals de Duitse regering in haar opmerkingen stelt.

147. Overeenkomstig die bepaling biedt § 5, lid 1, punt 2, van het Verwaltungsverfahrensgesetz (Duitse wet op de administratieve procedure) de autoriteiten van de deelstaten de mogelijkheid tot het indienen van verzoeken om wederzijdse administratieve bijstand indien zij bepaalde administratieve maatregelen niet zelf kunnen nemen, bijvoorbeeld omdat de daartoe noodzakelijke inrichtingen ontbreken of wegens personeelsgebrek.

148. Zo heeft het Land Saarland een overeenkomst inzake administratieve samenwerking gesloten op grond waarvan het onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering kan onderbrengen in het speciale centrum voor vreemdelingenbewaring van Ingelheim, in het Land Rijnland-Palts. Van de 152 plaatsen waarover dit centrum beschikt, zijn er 50 gereserveerd voor het Land Saarland.⁵⁶ Ook het Land Hamburg heeft een samenwerkingsovereenkomst gesloten, op grond waarvan het voor de vreemdelingenbewaring van vrouwen en minderjarigen gebruik kan maken van de speciale centra op

53 — Zie arrest Commissie/Duitsland (C-67/05, EU:C:2005:791, punt 9 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

54 — Zie onder meer arrest Duitsland/Commissie (C-8/88, EU:C:1990:241, punt 13).

55 — Zie arrest Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punt 85 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie in dit verband ook beschikking Waals Gewest/Commissie (C-95/97, EU:C:1997:184, punt 7).

56 — Zie bijlage 3b bij de verwijzingsbeslissing in zaak C-514/13.

het grondgebied van het Land Brandenburg.⁵⁷ Hetzelfde lijkt te gelden voor de Länder Saksen en Sleeswijk-Holstein, die op basis van de met het Land Brandenburg gesloten samenwerkingsovereenkomst gebruik kunnen maken van de speciale centra voor vreemdelingenbewaring in Berlijn-Köpenick en Eisenhüttenstadt.⁵⁸

149. In het kader van zaak C-514/13 heeft de verwijzende rechter trouwens uitdrukkelijk de mogelijkheid van wederzijdse administratieve bijstand overwogen. Uit de processtukken van 10, 12 en 13 september 2013 blijkt namelijk dat hij de autoriteiten van het Land Rijnland-Palts met zoveel woorden heeft verzocht de betrokkene in het speciale centrum voor vreemdelingenbewaring van Ingelheim onder te brengen. Ik wijs erop dat dit verzoek, nadat het aanvankelijk was ingewilligd, na de zelfmoordpoging van de betrokkene is afgewezen.

150. Ik meen derhalve dat de federale structuur van Duitsland geen beletsel vormt om illegale migranten in speciale centra voor vreemdelingenbewaring in bewaring te plaatsen, zelfs als het bevoegde Land op zijn grondgebied niet over dergelijke centra beschikt.

151. In een dergelijk geval maken de tussen de verschillende deelstaten – weliswaar op vrijwillige basis – gesloten samenwerkingsovereenkomsten het volgens mij namelijk mogelijk om de naleving van artikel 16, lid 1, van de richtlijn te garanderen met eerbiediging van de federale structuur van Duitsland.

2. De door de regeringen van de lidstaten in hun opmerkingen aangevoerde motieven

a) Belang en welzijn van de vreemdeling

152. Volgens de Duitse en de Nederlandse regering zijn er omstandigheden waarin het belang en het welzijn van de migrant onderbrenging in een gevangenis noodzakelijk maken en dus een afwijking van de in artikel 16, lid 1, tweede volzin, van de richtlijn geformuleerde beginselen rechtvaardigen. Plaatsing in een gevangenis zou dan „een gunstiger maatregel” zijn in de zin van artikel 4, lid 3, van de richtlijn, dat de bevoegde nationale autoriteiten de ruimte geeft om in het belang van de migrant „maatwerk” te bieden in de zin van punt 6 van de considerans van de richtlijn.⁵⁹

153. De Duitse regering preciseert namelijk dat wegens de gemiddelde detentieduur van gewone gevangenen, die duidelijk langer is dan die van migranten, gevangenen op het vlak van activiteiten, vrijetijdsbesteding en zorg een ruimer en gangbaarder voorzieningspakket aanbieden dan de speciale centra voor vreemdelingenbewaring, terwijl bovendien de veiligheid er beter is gewaarborgd. Zo zouden in jeugdgevangenen geplaatste minderjarigen gebruik kunnen maken van de specifieke zorg en onderwijsfaciliteiten die worden aangeboden in die detentiecentra voor minderjarigen, en desgewenst kunnen deelnemen aan activiteiten met leeftijdgenoten. Personen met een bijzondere aandoening zouden kunnen profiteren van medische zorg die niet noodzakelijkerwijs wordt aangeboden in de speciale centra voor vreemdelingenbewaring. Tot slot zouden personen die een risico inhouden voor de veiligheid van anderen, dankzij de gevangenisstructuur beter in de gaten kunnen worden gehouden en door gekwalificeerd personeel kunnen worden bewaakt.

154. Als de migrant in een plaatselijke gevangenis wordt ondergebracht, worden hiermee volgens de Duitse regering bovendien de nadelen van de niet nabije ligging van de centra voor vreemdelingenbewaring vermeden. Om te beginnen zou zo de doeltreffendheid van de verwijderingsprocedure worden gewaarborgd. Bovendien zou de migrant een verplaatsing over een

57 — Zie het antwoord van het Land Hamburg, zoals opgenomen in bijlage 3a bij de verwijzingsbeslissing in zaak C-514/13.

58 — Zie blz. 3 van de Franse vertaling van de opmerkingen van mevrouw Bero.

59 — Punten 29 e.v. van de opmerkingen van de Nederlandse regering.

grote afstand bespaard blijven en zou het voor hem niet alleen gemakkelijker zijn om contacten te onderhouden met familie en vrienden, maar ook om juridische stappen te ondernemen. Tot slot zou in de gevallen waarin een familielid van de migrant in de gevangenis zit, plaatsing van de migrant in diezelfde gevangenis ervoor zorgen dat familieleden met elkaar worden herenigd.

155. Enkele van deze argumenten zijn door de Duitse regering ook aangevoerd in haar reactie op het rapport van het CPT van 22 februari 2012.⁶⁰

156. Behalve uiteraard als het om personen gaat die een gevaar voor de veiligheid van anderen vormen, waarvoor een beroep op de noodtoestandtheorie mij opportuun lijkt, vind ik al deze argumenten verre van overtuigend.

157. Hoewel artikel 5 van de richtlijn inderdaad van de lidstaten verlangt dat zij bij de tenuitvoerlegging van de richtlijn rekening houden met het belang van het kind, het familie- en gezinsleven en de gezondheidstoestand van de betrokkene, is het evident dat dit niet in de door de Duitse en de Nederlandse regering in hun opmerkingen gesuggereerde zin is.

158. Natuurlijk zijn er situaties waarin men in een gevangenis beter af is dan in een centrum voor vreemdelingenbewaring. Dit zijn nu net de door de Uniewetgever in artikel 18 van de richtlijn omschreven situaties of situaties die qua ernst of urgentie daarmee vergelijkbaar zijn. Maar buiten die gevallen kan in mijn ogen moeilijk staande worden gehouden dat bewaring in een gevangenis een „gunstiger maatregel” of „maatwerk” kan zijn voor degene die wacht op zijn uitzetting, of het nu om een minderjarige dan wel om een zieke migrant gaat. Eens te meer zou dan namelijk de functie van het verblijf in de gevangenis dat als vergeldingsinstrument voor strafbare feiten is bedoeld, uit het oog worden verloren.

159. In zoverre is het evident dat de lidstaten zich niet op de bewoordingen van artikel 4, lid 3, van de richtlijn kunnen baseren om een in bewaring gestelde migrant in een gevangenis onder te brengen.

160. Want hoewel deze bepaling de lidstaten de mogelijkheid biedt om bepalingen aan te nemen of te handhaven die voor illegaal verblijvende onderdanen van derde landen gunstiger zijn dan die van de richtlijn, voor zover deze bepalingen daarmee verenigbaar zijn, heeft het Hof in het arrest El Dridi⁶¹ gememoreerd dat de richtlijn niet toestaat dat die staten op het door de richtlijn geregelde gebied strengere normen toepassen.⁶²

161. Het is volkomen duidelijk dat vreemdelingenbewaring in een gevangenis niet alleen een strengere maatregel is dan de maatregelen die in het kader van gedwongen terugkeer zijn voorzien, maar bovendien met de beginselen van de richtlijn in strijd is indien zij niet is omgeven met de door artikel 16, lid 1, van de richtlijn vereiste waarborgen.

162. Ik herhaal de argumenten die de Duitse en de Nederlandse regering in hun opmerkingen hebben aangevoerd.

60 — Zie CPT/Inf (2012) 7. Volgens de Duitse regering biedt vreemdelingenbewaring in een gevangenis in bepaalde gevallen het voordeel dat gebruik kan worden gemaakt van gemeenschappelijke voorzieningen en gemeenschappelijk personeel, en dat de betrokken personen vrij dicht in de buurt van hun „verblijfplaats” in bewaring kunnen worden gehouden (blz. 24). Zie ook het antwoord van het Land Hessen, zoals opgenomen in bijlage 3a bij de verwijzingsbeslissing in zaak C-514/13, waarin wordt gepreciseerd dat „het Land Hessen geen speciale centra voor vreemdelingenbewaring heeft en dergelijke centra ook niet nodig heeft” (vrije vertaling).

61 — EU:C:2011:268.

62 — Punt 33.

163. In de eerste plaats zouden in een jeugdgevangenis ondergebrachte minderjarigen kunnen profiteren van specifieke zorg en onderwijsfaciliteiten en zouden zij kunnen deelnemen aan activiteiten met leeftijdgenoten. Welke zorg wordt hier bedoeld? Jongeren in jeugdgevangnissen, delinquenten dus, hebben zeker psychische zorg nodig, maar ik zie niet in waarom dit per definitie ook zou gelden voor jonge migranten, die geen strafbare feiten hebben gepleegd.

164. De migrant wordt op die manier over één kam geschoren met een delinquent, waarbij zijn plaatsing in een jeugdgevangenis ertoe leidt dat hij als kind van zijn ouders wordt gescheiden, wat de richtlijn nu juist wil vermijden. Dit lijkt mij niet te stroken met de artikelen 1 en 24 van het Handvest, en met name niet met het derde lid van deze laatste bepaling, volgens hetwelk „[i]eder kind er recht op [heeft] regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden”.

165. Bovendien moeten in bewaring gestelde minderjarigen volgens de richtlijn weliswaar de mogelijkheid krijgen om deel te nemen aan op hun leeftijd afgestemde activiteiten, met name op het gebied van sport en recreatie, maar ik betwijfel ten zeerste of het wel de bedoeling van de Uniewetgever is geweest om hen samen met jeugdige delinquenten aan activiteiten te laten deelnemen, gelet op het risico dat zij daardoor ook het criminele pad zouden kunnen opgaan.

166. In de tweede plaats zouden migranten die aan een bijzondere aandoening lijden, in gevangnissen passende medische zorg kunnen krijgen, die in de centra voor vreemdelingenbewaring niet altijd beschikbaar is. Het is duidelijk dat niet van elk centrum voor vreemdelingenbewaring kan worden verlangd dat het alle mogelijke medische zorg aanbiedt. Overeenkomstig artikel 16, lid 3, van de richtlijn dienen de centra echter in dringende medische zorg en essentiële behandeling van ziekte te voorzien. Als een persoon wegens zijn gezondheidstoestand een zware behandeling moet ondergaan, betwijfel ik ten zeerste of hij daarvoor wel in een gevangenis terecht kan. Het staat trouwens vast dat vanaf een bepaalde mate van ernst ook de medische behandeling van de gedetineerden zelf buiten de gevangensismuren moet plaatsvinden.

167. In de derde plaats zou vreemdelingenbewaring in een plaatselijke gevangenis of in een gevangenis elders op het grondgebied van het bevoegde Land de migrant in staat stellen contacten te onderhouden met familie en vrienden. Aangezien de migrant in een verwijderingsprocedure is verwickeld, zullen die contacten echter hoe dan ook worden doorgesneden: de eventuele aanwezigheid van familie ter plaatse geeft hem niet de mogelijkheid zich te beroepen op bepalingen waaraan hij het recht zou ontleen om op het grondgebied van de Unie te blijven.

168. In de vierde plaats zou overbrenging van de migrant naar een ver afgelegen speciaal centrum voor vreemdelingenbewaring de doeltreffendheid van de verwijderingsprocedure ondermijnen. Dit argument kan in mijn ogen niet worden aanvaard, aangezien de hele idee achter dergelijke centra nu juist is dat zij het gemakkelijker moeten maken de stappen te doorlopen die een vlotte en doeltreffende terugkeer van de betrokkene naar zijn land van herkomst, met eerbiediging van de aan hem toegekende rechten, garanderen.

169. In de vijfde plaats zou een migrant kunnen worden ondergebracht in dezelfde gevangenis waar ook familieleden verblijven. Ik zie niet in waarom dit niet mogelijk zou zijn in een speciaal centrum voor vreemdelingenbewaring, waar volgens artikel 17, lid 2, van de richtlijn als regel geldt dat gezinnen bij elkaar worden gehouden. Deze regel vormt volgens mij juist het wezenlijke verschilpunt tussen het bewarings- en het detentieregime en lijkt mij daarom aan toepassing van dit laatste regime in de weg te staan. In zoverre worden de beperkingen die inherent zijn aan het cellulaire gevangenisregime, met zijn afgepaste eet- en werktijden en zeer beperkte luchtijden, en soms de verplichting om een uniform te dragen, perfect geïllustreerd door de opmerkingen van de gevangenis van München.

b) Kosten van de bouw van speciale centra voor vreemdelingenbewaring en lasten in verband met de overbrenging naar ver afgelegen centra

170. De Duitse regering merkt op dat het te kostbaar zou zijn om in elk Land speciale centra voor vreemdelingenbewaring op te zetten voor alle betrokken groepen, namelijk mannen, vrouwen en minderjarigen, onder meer gelet op het relatief geringe aantal in bewaring gestelde personen, met name vrouwen en kinderen.⁶³ Zij meent ook dat de lidstaat over een zekere flexibiliteit met betrekking tot de organisatie van dergelijke centra moeten beschikken, aangezien het aantal in bewaring te stellen personen fluctueert en de duur van hun bewaring niet meer dan enkele weken of hooguit maanden bedraagt.

171. De Nederlandse, de Zweedse en de Zwitserse regering wijzen ook op de zware en onevenredige last die de verplaatsing van de migrant en van de verantwoordelijke autoriteiten over een grote afstand naar een ver afgelegen centrum voor vreemdelingenbewaring kan vormen, waardoor de terugkeer wordt vertraagd en de terugkeerprocedure onevenredig wordt bemoeilijkt. De Nederlandse regering noemt in dit verband specifiek de situatie waarmee een lidstaat te maken kan krijgen als een speciaal centrum voor vreemdelingenbewaring vol zit of tijdelijk gesloten is.

172. Ik begrijp dat een lidstaat te maken kan krijgen met overbevolkte centra voor vreemdelingenbewaring in een periode waarin het aantal in bewaring gestelde vreemdelingen sterk is toegenomen, en dat hij soms bepaalde centra zal moeten sluiten wegens, bijvoorbeeld, verbouwings- en renovatiewerkzaamheden. Wij mogen echter niet uit het oog verliezen dat als in bewaring geplaatste illegale migranten in gevangenissen worden ondergebracht, die instellingen op hun beurt overbevolkt kunnen raken, wat ook aanzienlijke kosten meebrengt. Bij mijn weten zijn er tal van lidstaten die zich beklagen over een endemische situatie van overbevolking in het gevangeniswezen.

173. Ik begrijp ook dat het voor een lidstaat kostbaar en omslachtig kan zijn om een migrant die spoedig zal worden uitgezet, over te brengen naar een speciaal centrum voor vreemdelingenbewaring. Toen de richtlijn werd vastgesteld, heeft echter geen enkele lidstaat kunnen denken of ook maar pretenderen dat de erin geformuleerde verplichtingen en beginselen hem niets zouden gaan kosten. In dit verband moet ook worden bedacht dat juist vreemdelingenbewaring in gevangenissen zelf een zeer kostbare oplossing is, in termen van plaatsbezetting en inrichting van de accommodaties. Bepaalde gevangenisafdelingen moeten volledig worden omgebouwd om ervoor te zorgen dat het regime van de bewaring aan de vereisten van de richtlijn voldoet. De door de lidstaten gestelde besparingen lijken mij dan ook volstrekt illusoir. Tot slot zou het interessant zijn te weten hoe de kosten van een plek in de gevangenis zich verhouden tot die van een plek in een centrum voor vreemdelingenbewaring.

174. Gelet op een en ander ben ik dan ook van mening dat, afgezien van de in artikel 18 van de richtlijn uitdrukkelijk genoemde noodsituaties, enkel uitzonderlijke omstandigheden die qua ernst of urgentie daarmee vergelijkbaar zijn dan wel een beroep op noodtoestand rechtvaardigen, voor een lidstaat een geldige reden kunnen vormen om van het in artikel 16, lid 1, eerste volzin, van de richtlijn geformuleerde beginsel af te wijken en een onderdaan van een derde land in afwachting van verwijdering in een gevangenis in bewaring te plaatsen.

175. Naar mijn mening vertoont geen van de in het kader van de hoofdingen aangevoerde motieven die kenmerken.

63 — Deze economische argumenten heeft de Duitse regering ook aangevoerd in haar reactie op het rapport van het CPT, waarin zij heeft verklaard dat, gelet op het relatief geringe aantal personen dat momenteel in bewaring wordt gehouden, het huidige systeem passend kan worden geacht [CPT/Inf (2012) 7, blz. 24]. Zie ook het antwoord van het Land Hessen, zoals opgenomen in bijlage 3a bij de verwijzingsbeslissing in zaak C-514/13, waarin wordt opgemerkt dat „het Land Hessen geen speciale centra voor vreemdelingenbewaring heeft en dergelijke centra ook niet nodig heeft” (vrije vertaling).

176. Bijgevolg ben ik van mening dat artikel 16, lid 1, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een wettelijke regeling van een lidstaat op grond waarvan het, gelet op de federale structuur van die staat, aan de deelstaten is toegestaan om onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering in een gevangenis in bewaring te stellen wanneer er op het grondgebied van de bevoegde deelstaat geen speciale centra voor vreemdelingenbewaring zijn.

C – Zaak C-474/13

177. In zaak C-474/13 wenst het Bundesgerichtshof in wezen van het Hof te vernemen of een lidstaat zich ingevolge artikel 16, lid 1, van de richtlijn kan onttrekken aan de verplichting om een in een gevangenis in bewaring gestelde onderdaan van een derde land van de gewone gevangenen gescheiden te houden omdat de migrant met de gezamenlijke onderbrenging heeft ingestemd.⁶⁴

178. Met andere woorden: kan een met het oog op zijn uitzetting in bewaring gestelde migrant ermee instemmen dat hij op dezelfde wijze wordt behandeld als een delinquent of een crimineel?

179. Het Bundesgerichtshof stelt zich in zijn verwijzingsbeslissing op het standpunt dat de betrokkene ermee zou moeten kunnen instemmen om samen met de gewone gevangenen te worden ondergebracht wegens „de contactmogelijkheden met land- of leeftijdgenoten”. Het verklaart bovendien dat de verplichting om de groepen van elkaar gescheiden te houden, uitsluitend bedoeld is om de situatie van de betrokkene te verbeteren, en dat de kern van de menselijke waardigheid niet wordt aangetast indien van het recht op gescheiden onderbrenging afstand wordt gedaan, aangezien de tenuitvoerlegging van een straf als zodanig niet in strijd is met de menselijke waardigheid.

180. De verwijzende rechter merkt echter ook op dat de Uniewetgever in artikel 16, lid 1, van de richtlijn niet heeft voorzien in een uitzondering op de verplichting tot gescheiden onderbrenging. Hij vraagt zich bovendien af of niet het gevaar bestaat dat deze verplichting wordt omzeild in zoverre „de betrokken autoriteiten de vreemdelingen regelmatig vooraf opgestelde toestemmingsverklaringen laten ondertekenen of onder druk zetten om toestemming te verlenen”.

181. De Stadt Schweinfurt, het Amt für Meldewesen und Statistik en de Duitse en de Nederlandse regering stellen zich in hun opmerkingen op het standpunt dat een dergelijke praktijk verenigbaar is met artikel 16, lid 1, van de richtlijn.

182. Zij baseren zich in wezen op het belang en het welzijn van de migrant, die in bepaalde omstandigheden zouden verlangen dat wordt afgeweken van de in die bepaling geformuleerde verplichting tot gescheiden onderbrenging. Onderbrenging samen met de gewone gevangenen zou namelijk de situatie van de migrant kunnen verbeteren en daarmee beantwoorden aan het doel van de genoemde bepaling.

183. Volgens de Duitse regering biedt die gezamenlijke onderbrenging de betrokkene met name de mogelijkheid om „gedurende de bewaring sociale contacten aan te knopen met landgenoten”, een argument dat ook door de Nederlandse regering wordt aangevoerd. Ook zou het voor de migrant dan gemakkelijker zijn om bezoek te ontvangen van familie en vrienden. Met die gezamenlijke onderbrenging zou dus het sociale isolement worden vermeden waarin de betrokkene zou belanden indien hij werd geplaatst in een ver afgelegen centrum met weinig land- en taalgenoten. Volgens de

64 — Deze bewaring is door de autoriteiten van het Land Beieren eveneens gelast op basis van § 62a, lid 1, van het Aufenthaltsgesetz. Het dossier bevat geen enkele aanwijzing waarom mevrouw Pham niet in een speciaal centrum voor vreemdelingenbewaring kon worden ondergebracht. Gelet op de gegevens waarover ik in het kader van de gevoegde zaken C-473/13 en C-514/13 heb kunnen beschikken, komt het mij echter voor dat zij in een gevangenis is geplaatst omdat er in het Land Beieren geen speciale centra voor vreemdelingenbewaring zijn. Aangezien ik van mening ben dat dit geen geldig motief is om van het in artikel 16, lid 1, van de richtlijn geformuleerde beginsel af te wijken, zou een dergelijke bewaring dus onrechtmatig zijn. Mocht er evenwel een legitieme reden voor die bewaring zijn, dan rijst de vraag naar de rechtmatigheid ervan nu de betrokkene, na daarmee te hebben ingestemd, samen met de gewone gevangenen is ondergebracht.

Duitse regering zou het voor een migrant veel moeilijker zijn om met een dergelijke situatie te leven dan met de nadelen die onderbrenging samen met veroordeelden meebrengt. De Duitse regering stelt verder dat het niet met het beginsel van eerbiediging van de menselijke waardigheid in strijd is om een migrant in afwachting van verwijdering samen met en in dezelfde omstandigheden als gewone gevangenen in bewaring te stellen. Ingevolge dit beginsel zou juist de wens van de betrokkene om met gevangenen van dezelfde nationaliteit te worden ondergebracht, moeten worden gerespecteerd.

184. Allen stellen kortom dat een dergelijke praktijk voor de betrokkene gunstiger kan uitpakken dan een strikte verplichting om hem van de gewone gevangenen gescheiden te houden. Volgens de Nederlandse regering is deze praktijk dan ook in overeenstemming met artikel 4, lid 3, van de richtlijn en maakt zij het in de zin van punt 6 van de considerans van de richtlijn mogelijk om „maatwerk te bieden in het belang van de vreemdeling”.

185. Ik kan mij volstrekt niet in deze uitlegging vinden en ben van mening dat de vraag van het Bundesgerichtshof uiteraard ontkennend moet worden beantwoord.

186. De verwijzende rechter doelt in zijn vraag op de situatie waarin de betrokkene schriftelijk ermee heeft „ingestemd” om samen met de gewone gevangenen te worden ondergebracht. Het werkwoord „instemmen” („einwilligen” in het Duits) impliceert een voorafgaand verzoek. In de context van zaak C-474/13 zouden de bevoegde nationale autoriteiten de betrokkene dus op enigerlei wijze moeten hebben „verzocht” om van het recht op gescheiden onderbrenging af te zien.

187. Uit de opmerkingen van mevrouw Pham blijkt dat zij de volgende, tevoren opgestelde schriftelijke verklaring heeft ondertekend:

„Pham Thi Ly, in bewaring

Ik verklaar ermee in te stemmen dat ik samen met de gevangenen word ondergebracht.

Neurenberg, 30 maart 2012

Handtekening”

188. Gelet op de gegevens waarover ik beschik, heb ik het gevoel dat de handelwijze van de nationale autoriteiten niet is ingegeven door het belang van mevrouw Pham, en al helemaal niet door de eventuele wens die zij zou hebben geuit met betrekking tot de omstandigheden van haar bewaring. Niets in het dossier of in de door mevrouw Pham ondertekende verklaring wettigt de vaststelling dat zij expliciet zou hebben verzocht om samen met landgenoten te worden ondergebracht. Integendeel: uit de beschikbare gegevens blijkt dat zij de Duitse taal niet beheerste en dat op 31 maart 2012 slechts drie Vietnamese vrouwen gevangen zaten in een van de 37 gevangnissen van het Land Beieren. Ik denk dat de handelwijze van de nationale autoriteiten in werkelijkheid is ingegeven door het feit dat er geen geschikte opvangvoorziening voor mevrouw Pham was, waarbij ik erop wijs dat die autoriteiten haar ook geen enkel alternatief hebben voorgesteld.

189. Gezien de ellendige situatie waarin de migrant zich wegens zijn gedwongen uitzetting en zijn zwakke positie al bevindt, lijkt het mij moeilijk te aanvaarden dat een lidstaat hem ook nog op enigerlei wijze zou mogen vragen om af te zien van een garantie die het Unierecht hem met zoveel woorden toekent, en wel op de grond dat die staat niet over de noodzakelijke infrastructuur beschikt om hem in een speciaal centrum voor vreemdelingenbewaring onder te brengen dan wel, in voorkomend geval, om hem gescheiden te houden van de gewone gevangenen.

190. Aanvaarden dat de lidstaten zich aan de verplichting om een migrant gescheiden te houden van de gewone gevangenen, kunnen onttrekken met het argument dat de migrant daarmee heeft ingestemd, zou de nationale autoriteiten immers de mogelijkheid bieden de in artikel 16, lid 1, van de richtlijn geformuleerde verplichting te omzeilen en uiteindelijk een excuus vormen voor een ernstige schending door die staten van de verplichtingen die op hen rusten ingevolge de richtlijn en de door hen aangegane internationale verbintenissen.

191. In het kader van zaak C-474/13 lijkt het mij dus evident dat een dergelijke instemming voor de lidstaat geen geldig motief kon vormen om af te wijken van de in artikel 16, lid 1, van de richtlijn geformuleerde verplichting om de migranten en de gewone gevangenen van elkaar gescheiden te houden.

192. De bewoordingen van artikel 16, lid 1, tweede volzin, van de richtlijn zijn volstrekt duidelijk en roepen als gezegd een onvoorwaardelijke en nauwkeurige verplichting in het leven. De Uniewetgever heeft geen enkele uitzondering geformuleerd op de verplichting om de twee groepen van elkaar gescheiden te houden, zodat het een lidstaat op grond van de richtlijn niet is toegestaan van dat beginsel af te wijken. Dit geldt volgens mij zelfs in de in artikel 18 van de richtlijn bedoelde noodsituaties.

193. Verder staan de doelstellingen van de richtlijn, waarop ik niet meer zal terugkomen, duidelijk aan een dergelijke praktijk in de weg.

194. Wanneer een lidstaat zich onttrekt aan de verplichting om de in bewaring gestelde migranten van de gewone gevangenen gescheiden te houden, maakt hij zich schuldig aan een handelwijze die niet alleen haaks staat op de doelstelling van de richtlijn – de terugzending van vreemdelingen op humane en waardige wijze, met volledige eerbiediging van hun grondrechten⁶⁵ – maar ook niet in verhouding staat tot het doel van de bewaring.

195. Die staat stelt vreemdelingenbewaring dan in wezen gelijk met een strafmaatregel, zodat de illegale migrant op dezelfde wijze wordt behandeld als een crimineel: de plaats, de omstandigheden en het regime van zijn bewaring zijn identiek aan die van de gewone gevangenen.

196. Ik ben het met het Bundesgerichtshof eens dat de tenuitvoerlegging van een straf als zodanig niet in strijd is met de menselijke waardigheid. Wanneer de veroordeelde de straf uitzit die hem rechtmatig is opgelegd, is dit voor hem zelfs een manier om zijn waardigheid als burger terug te winnen, aangezien hij daarmee zijn schuld jegens de samenleving vereffent. Maar kan hetzelfde standpunt zonder voorbehoud worden geformuleerd ten aanzien van mevrouw Pham, die in de situatie is gebracht van een persoon die zijn straf uitzit, terwijl zij geen enkel strafbaar feit heeft gepleegd? Dat lijkt mij niet.

197. Het lijkt mij bovendien in het licht van de grondrechten meer dan gewaagd om staande te houden dat vreemdelingenbewaring in een gevangenis kan leiden tot een „verbetering van de situatie” van de migrant, en daarmee de in artikel 16, lid 1, van de richtlijn geformuleerde beginselen overboord te zetten met een beroep op de bescherming van de belangen en de waardigheid van de illegale migrant. Zoals ik in de punten 159 tot en met 161 van deze conclusie heb uiteengezet, valt een dergelijke praktijk ook niet met een beroep op artikel 4, lid 3, van de richtlijn te rechtvaardigen, omdat het hierbij op zich om een veel strengere maatregel gaat dan die waarin de Uniewetgever heeft voorzien.

198. Ik kan mij dan ook volstrekt niet vinden in de door de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing uiteengezette opvatting dat de betrokkene bijvoorbeeld van de bedoelde waarborg kan afzien wegens „de contactmogelijkheden met land- of leeftijdgenoten”, een opvatting die door de Nederlandse regering wordt gedeeld. Een gevangenis is geen vakantieclub en ook geen

65 — Zie punten 13, 16, 17 en 24 van de considerans van de richtlijn.

ontmoetingsclub. Bovendien blijkt uit de door het Land Beieren opgestelde nationaliteitsstatistieken⁶⁶ dat van alle personen die op 31 maart 2012, de dag waarop mevrouw Pham in bewaring werd gesteld, in een van de gevangenissen op het grondgebied van deze deelstaat (het gaat hier in totaal om 37 gevangenissen, waarvan er negen gebruikt worden voor vrouwen)⁶⁷ gedetineerd waren, slechts drie vrouwelijke gevangenen de Vietnamese nationaliteit hadden, zeven vrouwelijke gevangenen afkomstig waren uit Afrika – goed voor 57 landen en evenzoveel talen en dialecten – en geen enkele vrouwelijke gevangene afkomstig was uit China, Irak, Libanon of Albanië. De contactmogelijkheden lijken mij hoe dan ook vrij beperkt.

199. Tot slot vraag ik mij af welke waarde moet worden toegekend aan de toestemming van mevrouw Pham, gelet op de context waarin deze is verleend.

200. Om te beginnen blijkt uit de opmerkingen van mevrouw Pham dat haar kennis van het Duits onvoldoende was om de door haar ondertekende verklaring te begrijpen, en wijst alles erop dat deze verklaring niet is vertaald.

201. Bovendien wordt de situatie waarin van het recht op gescheiden onderbrenging afstand wordt gedaan, gekenmerkt door een volstrekt gebrek aan evenwicht tussen de met de tenuitvoerlegging van de bewaring belaste autoriteiten en de illegale migrant. Wij mogen niet vergeten dat een met het oog op zijn uitzetting in bewaring gestelde vreemdeling ten opzichte van de autoriteiten in een zwakke positie verkeert, zodat niet kan worden uitgesloten dat hij zich, hoe subtiel ook, onder druk gezet voelt om in te stemmen. Zoals de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing opmerkt, gebeurt het regelmatig dat „de betrokken autoriteiten de belanghebbenden [...] vooraf opgestelde toestemmingsverklaringen laten ondertekenen of bij hen op een toestemming aandringen”.

202. Tot slot moet rekening worden gehouden met de psychische ontredde en met de moeilijkheden die de in bewaring gestelde migrant, bijvoorbeeld door zijn taal, kan ondervinden om zijn rechten te kennen. Velen in die situatie zullen niet de middelen hebben om een advocaat in de arm te nemen, noch volledig op de hoogte zijn van hun rechten op het moment dat hun wordt gevraagd ervan af te zien. Velen zullen zich niet realiseren wat de draagwijdte en de gevolgen van een dergelijke verklaring zijn. Dit is waarom wij niet mogen riskeren dat aan een in dergelijke omstandigheden ondertekende toestemmingsverklaring rechtskracht wordt toegekend.

203. Aangezien bovendien de aan mevrouw Pham voorgestelde situatie om de uiteengezette redenen een verslechtering van haar lot impliceerde, lijkt mij dat zij had moeten worden bijgestaan door een advocaat om de eerbiediging van haar rechten te waarborgen. Uit de ter terechtzitting gemaakte opmerkingen blijkt echter dat zij pas in een latere fase van de procedure door een advocaat is bijgestaan.

204. Gelet op een en ander ben ik dan ook van mening dat artikel 16, lid 1, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat het eraan in de weg staat dat een lidstaat nalaat een met het oog op zijn uitzetting in een gevangenis in bewaring gestelde onderdaan van een derde land gescheiden te houden van de gewone gevangenen, met het argument dat deze met die gezamenlijke onderbrenging heeft ingestemd.

66 — Bayerisches Landesamt für Statistik und Datenverarbeitung – Strafvollzugsstatistik in Bayern 2012, Stichtagerhebung zum 31. März (Kennziffer B VI 6 j 2012, blz. 10).

67 — Zie internetadres <http://www.justizvollzug-bayern.de/JV/Anstalten/Zustaendigkeiten>.

VI – Conclusie

205. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door het Bundesgerichtshof en het Landgericht München gestelde prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) In de gevoegde zaken C-473/13 en C-514/13:

Artikel 16, lid 1, van 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, moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een wettelijke regeling van een lidstaat op grond waarvan het, gelet op de federale structuur van die staat, aan de deelstaten is toegestaan om onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering in een gevangenis in bewaring te stellen wanneer er op het grondgebied van de bevoegde deelstaat geen speciale centra voor vreemdelingenbewaring zijn.

2) In zaak C-474/13:

Artikel 16, lid 1, van 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, moet aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een lidstaat nalaat een met het oog op zijn uitzetting in een gevangenis in bewaring gestelde onderdaan van een derde land gescheiden te houden van de gewone gevangenen, met het argument dat deze met die gezamenlijke onderbrenging heeft ingestemd.”