



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL  
P. PIKAMÄE  
van 27 februari 2020<sup>1</sup>

**Zaak C-18/19**

**WM  
tegen  
Stadt Frankfurt am Main**

[verzoek van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland)  
om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Richtlijn 2008/115/EG – Gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven – Artikel 16, lid 1 – Bewaring met het oog op verwijdering – Bewaring in een gevangenis – Onderdaan van een derde land die een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde of de openbare veiligheid – Beginselen van doeltreffendheid en evenredigheid – Minimumwaarborgen – Mogelijkheid van inbewaringstelling in een gevangenis met gedetineerden in voorlopige hechtenis – Artikel 15 – Rechterlijke toetsing – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikelen 1 tot en met 4, 6 en 47”

1. Onder welke omstandigheden is het toegestaan dat een onderdaan van een derde land in afwachting van verwijdering tegelijkertijd in juridisch opzicht in bewaring kan worden gehouden en feitelijk in hechtenis kan worden genomen? Meer in het bijzonder, kan een dergelijke onderdaan in bewaring worden gesteld in een gevangenis en niet in een speciale inrichting als bedoeld in 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<sup>2</sup>, omdat van hem een ernstige bedreiging uitgaat voor lijf en leden van derden of voor belangrijke rechtsgoederen van binnenlandse veiligheid?
2. Dat zijn in een notendop de vragen die in zaak C-18/19 aan de orde worden gesteld.
3. Het Hof wordt dus verzocht opnieuw de omstandigheden te preciseren waaronder de bewaring van onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering overeenkomstig richtlijn 2008/115 in de lidstaten dient plaats te vinden.
4. De onderhavige zaak ligt gevoelig, omdat hierin zowel de aanpak van illegale immigratie als de beduchtheid voor de situatie van als gevaarlijk beschouwde personen besloten ligt.

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Frans.

<sup>2</sup> PB 2008, L 348, blz. 98.

## I. Toepasselijke bepalingen

### A. Unierecht

5. Artikel 1 van richtlijn 2008/115, met het opschrift „Toepassingsgebied”, 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.”

6. Artikel 15 van richtlijn 2008/115, met het opschrift „Bewaring”, bepaalt:

„1. Tenzij in een bepaald geval andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, kunnen de lidstaten de onderdaan van een derde land jegens wie een terugkeerprocedure loopt, alleen in bewaring houden om zijn terugkeer voor te bereiden en/of om de verwijderingsprocedure uit te voeren, met name indien:

- a) er risico op onderduiken bestaat, of
- b) de betrokken onderdaan van een derde land de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.

De bewaring is zo kort mogelijk en duurt niet langer dan de voortvarend uitgevoerde voorbereiding van de verwijdering.

2. De inbewaringstelling wordt door een administratieve of rechterlijke autoriteit gelast.

De inbewaringstelling wordt schriftelijk gelast met opgave van de feitelijke en juridische gronden.

Indien de inbewaringstelling door een administratieve autoriteit is gelast:

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

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

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

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

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

6. De lidstaten kunnen de in lid 5 bedoelde termijn overeenkomstig de nationale wetgeving slechts in beperkte mate en ten hoogste met nog eens twaalf maanden verlengen indien de verwijdering, alle redelijke inspanningen ten spijt, wellicht meer tijd zal vergen, omdat:

- a) de betrokken onderdaan van een derde land niet meewerkt, of
- b) de nodige documentatie uit derde landen op zich laat wachten.”

7. Artikel 16 van richtlijn 2008/115, met het opschrift „Omstandigheden van bewaring”, bepaalt:

„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.

2. De in bewaring gestelde onderdanen van derde landen wordt op verzoek toegestaan te gelegener tijd contact op te nemen met wettelijke vertegenwoordigers, familieleden en bevoegde consulaire autoriteiten.

3. Bijzondere aandacht wordt besteed aan de situatie van kwetsbare personen. In dringende medische zorg en essentiële behandeling van ziekte wordt voorzien.

4. Relevante en bevoegde nationale, internationale en niet-gouvernementele organisaties en instanties hebben de mogelijkheid de in lid 1 bedoelde inrichtingen voor bewaring te bezoeken, voor zover zij dienen voor de bewaring van onderdanen van derde landen overeenkomstig dit hoofdstuk. Het bezoek kan afhankelijk worden gesteld van toestemming.

5. De in bewaring gestelde onderdanen van derde landen krijgen stelselmatig informatie over de regels die in de inrichting gelden en over hun rechten en plichten. Hiertoe behoort ook informatie over het in de nationale wetgeving vastgelegde recht om contact op te nemen met de in lid 4 bedoelde organisaties en instanties.”

8. Artikel 18 van de richtlijn, met het opschrift „Noodsituaties”, luidt als volgt:

„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.”

## B. Duits recht

9. § 62a van het Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Duitse wet betreffende het verblijf, de beroepsactiviteiten en de integratie van vreemdelingen op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland), in de op 25 februari 2008 geldende versie (BGBl. I, blz. 162), zoals gewijzigd bij het Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht (Duitse wet inzake de betere handhaving van de verplichting om het grondgebied te verlaten) van 20 juli 2017 (BGBl. I, blz. 2780) (hierna: „AufenthG”) bepaalt:

„(1) Voor bewaring met het oog op verwijdering wordt in beginsel gebruikgemaakt van speciale inrichtingen voor bewaring. Indien op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland geen speciale inrichtingen voor bewaring beschikbaar zijn of indien van de vreemdeling een ernstige bedreiging uitgaat voor lijf en leden van derden of voor belangrijke rechtsgoederen van binnenlandse veiligheid, kan de bewaring in andere gevangenissen ten uitvoer worden gelegd; in dat geval moeten de met het oog op hun verwijdering gedetineerde personen gescheiden van de gewone gevangenen worden ondergebracht [...].

(2) De met het oog op hun verwijdering gedetineerde personen wordt toegestaan contact op te nemen met wettelijke vertegenwoordigers, bevoegde consulaire autoriteiten en relevante hulp- en steunorganisaties.

[...]

(4) Medewerkers van relevante hulp- en steunorganisaties wordt op verzoek toegestaan om met het oog op hun verwijdering gedetineerde personen te bezoeken.

(5) De met het oog op hun verwijdering gedetineerde personen worden geïnformeerd over hun rechten en plichten en over de regels die in de inrichting gelden.”

## II. Hoofdgeding en prejudiciële vraag

10. WM, geboren in 1980, is Tunesisch onderdaan en verbleef in Duitsland. Bij besluit van 1 augustus 2017 heeft het bevoegde ministerie van de deelstaat Hessen (Duitsland) krachtens § 58a, lid 1, AufenthG<sup>3</sup> zijn verwijdering naar Tunesië bevolen omdat hij een bijzonder gevaar vormde voor de nationale veiligheid.

11. Volgens de verwijzende rechter heeft het voornoemde ministerie in dat besluit geoordeeld dat WM een dergelijk gevaar vormde gezien, met name, zijn persoonlijkheid, zijn gedrag, zijn radicaal-islamitische opvattingen, het feit dat hij bij de inlichtingendienst als mensensmokkelaar en ronselaar voor de terroristische organisatie „Islamitische Staat” (IS) staat geregistreerd en zijn activiteiten voor IS in Syrië.

12. WM heeft tegen dat besluit van 1 augustus 2017 beroep aangetekend bij het Bundesverwaltungsgericht (hoogste federale bestuursrechter, Duitsland) en heeft tevens bij deze rechter een verzoek in kort geding ingediend strekkende tot opschorting van de tenuitvoerlegging ervan. Bij beslissing van 19 september 2017 heeft die rechter het verzoek in kort geding afgewezen omdat het voldoende waarschijnlijk was dat WM een terroristische aanslag in Duitsland zou plegen.

<sup>3</sup> § 58a, lid 1, AufenthG luidt als volgt: „De hoogste deelstaatautoriteit kan zonder voorafgaande uitwijzingsprocedure, op basis van een op feiten berustende risico-inschatting, ter afwending van een bijzonder gevaar voor de veiligheid van de Bondsrepubliek Duitsland of van een terroristische dreiging, een verwijderingsbevel uitvaardigen tegen een vreemdeling. Het bevel tot verwijdering is onmiddellijk uitvoerbaar. Een waarschuwing dat uitzetting dreigt, is niet vereist.”

13. Bij beslissing van 18 augustus 2017 heeft het Amtsgericht (rechter in eerste aanleg, Duitsland) op verzoek van de bevoegde vreemdelingendienst bevolen om WM met het oog op verwijdering overeenkomstig § 62a, lid 1, AufenthG tot en met 23 oktober 2017 in bewaring te nemen en hem daartoe in een gevangenis te plaatsen.<sup>4</sup>

14. WM is tegen deze beslissing in beroep gegaan bij het Landgericht (rechter in tweede aanleg, Duitsland), dat het beroep bij beslissing van 24 augustus 2017 heeft verworpen. WM is tegen deze laatste beslissing in cassatie gegaan bij de verwijzende rechter om de onrechtmatigheid van zijn inbewaringstelling voor de periode van 18 augustus tot en met 23 oktober 2017 te doen vaststellen.

15. De bewaring met het oog op verwijdering is vervolgens herhaaldelijk verlengd. Tegen deze verlengingen zijn eveneens rechtsmiddelen ingesteld, die bij het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) aanhangig zijn.

16. Op 9 mei 2018 is WM verwijderd naar Tunesië.

17. In die context vraagt de verwijzende rechter zich af of artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 een lidstaat toestaat om illegaal op hun grondgebied verblijvende onderdanen van derde landen van wie een ernstige bedreiging uitgaat voor lijf en leden van derden of voor de nationale veiligheid met het oog op verwijdering in bewaring te nemen in een gevangenis, gescheiden van gewone gevangenen.

18. In die omstandigheden heeft het Bundesgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Staat artikel 16, lid 1, van [richtlijn 2008/115] in de weg aan een nationale regeling volgens welke de bewaring met het oog op verwijdering in een gewone gevangenis ten uitvoer kan worden gelegd wanneer van de vreemdeling een ernstig gevaar uitgaat voor lijf en leden van derden of voor belangrijke rechtsgoederen van binnenlandse veiligheid, met dien verstande dat de met het oog op zijn verwijdering gedetineerde persoon ook in dit geval gescheiden moet worden gehouden van de gewone gevangenen<sup>[5]?</sup>”

### III. Procedure bij het Hof

19. De verwijzingsbeslissing van 22 november 2018 is op 11 januari 2019 ingekomen ter griffie van het Hof.

20. Binnen de overeenkomstig artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie vastgestelde termijn zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door WM, de Duitse en de Zweedse regering en de Europese Commissie.

<sup>4</sup> In de verwijzingsbeslissing wordt niet gepreciseerd of – vooraf dan wel tegelijkertijd – een ander besluit is genomen dat specifiek betrekking heeft op de inbewaringstelling van de betrokkene in het licht van de in artikel 15, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 2008/115 genoemde gronden, dan wel of deze ene beslissing van het Amtsgericht van 18 augustus 2017 betrekking heeft op zowel bedoelde inbewaringstelling als de vaststelling van een bijzondere wijze van uitvoering van de maatregel, te weten de vrijheidsontneming van de betrokken migrant door bewaring in een penitentiaire inrichting, op grond van een afzonderlijke motivering. Vast staat dat § 62a, lid 1, AufenthG, waarop het bestreden besluit is gebaseerd, de in artikel 15 van richtlijn 2008/115 vastgestelde omstandigheden voor inbewaringstelling niet overneemt. In ieder geval heeft het verzoek om een prejudiciële beslissing geen betrekking op de voorwaarden voor inbewaringstelling, zoals bepaald in dat artikel, maar op de omstandigheden van de tenuitvoerlegging van de bewaring zoals bepaald in artikel 16 van voornoemde richtlijn. Tot slot merk ik op dat het voorstel voor een richtlijn van 12 september 2018 van het Europees Parlement en de Raad over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven [COM(2018) 634 final], dat nog steeds in behandeling is, voorziet in een nieuwe grond voor inbewaringstelling, namelijk de situatie dat een onderdaan van een derde land een gevaar vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid.

<sup>5</sup> De door de verwijzende rechter gebruikte term is „Strafgefangenen”, die voorkomt in § 62a, lid 1, AufenthG en die in het algemeen verwijst naar gedetineerden die bij een onherroepelijk vonnis tot een gevangenisstraf zijn veroordeeld, in tegenstelling tot de term „Untersuchungsgefangenen”, die verwijst naar gedetineerden in voorlopige hechtenis.

## IV. Analyse

### A. Voortbestaan van het hoofdgeding

21. Uit zowel de bewoordingen als de systematiek van artikel 267 VWEU blijkt dat een prejudiciële procedure slechts kan worden ingeleid indien voor de nationale rechterlijke instantie daadwerkelijk een geding aanhangig is in het kader waarvan deze een beslissing moet geven waarbij rekening kan worden gehouden met het prejudiciële arrest van het Hof. Derhalve dient het Hof, zelfs ambtshalve, na te gaan of het hoofdgeding voortbestaat.<sup>6</sup>

22. In casu blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt dat WM, nadat zijn beroep tegen de beslissing om hem in bewaring te stellen in een gewone gevangenis bij beslissing van het Landgericht op 24 augustus 2017 was verworpen, tegen deze beslissing in cassatie is gegaan bij de verwijzende rechter om de onrechtmatigheid van zijn inbewaringstelling te doen vaststellen. Volgens de Duitse regering<sup>7</sup> stelt WM dat de beschikking tot inbewaringstelling onrechtmatig is aangezien § 62a AufenthG in strijd is met artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115.

23. Vast staat dat WM op 9 mei 2018, vóór de indiening van het verzoek om een prejudiciële beslissing op 22 november 2018, naar Tunesië is verwijderd.

24. In punt 8 van de verwijzingsbeslissing preciseert het Bundesgerichtshof dat het rechtsmiddel van § 70, lid 3, eerste volzin, punt 3, van het Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Duitse wet op de procedures in familierechtelijke zaken en op het gebied van oneigenlijke rechtspraak; hierna: „FamFG”) met het vaststellingsverzoek in de zin van § 62 FamFG openstaat en voor het overige ook ontvankelijk is (§ 71 FamFG). Voor de gegrondheid van genoemd rechtsmiddel is het antwoord van het Hof op de prejudiciële vraag van doorslaggevend belang.

25. Er dient in herinnering te worden gebracht dat het niet aan het Hof staat om zich in het kader van een prejudiciële verwijzing over de uitlegging van nationale bepalingen uit te spreken.<sup>8</sup> Gelet op de aanwijzingen van de verwijzende rechterlijke instantie moet bijgevolg worden geoordeeld dat het hoofdgeding nog steeds aanhangig is bij die rechterlijke instantie en dat een antwoord van het Hof op de gestelde vraag nog steeds dienstig is voor de beslechting van dit geding. Bijgevolg dient uitspraak te worden gedaan op het verzoek om een prejudiciële beslissing.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Arrest van 19 juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, punt 31).

<sup>7</sup> Zie punt 7 van de schriftelijke opmerkingen van de Duitse regering.

<sup>8</sup> Arrest van 19 juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, punt 34).

<sup>9</sup> In de zaak die heeft geleid tot het arrest van 17 juli 2014, Pham (C-474/13, EU:C:2014:2096), waren de feitelijke en juridische gegevens vergelijkbaar met de onderhavige zaak. Het ging daarin om een onderdaan van een derde land die in een gevangenis in Duitsland in bewaring was gesteld op basis van § 62, lid 1, AufenthG, in de versie die toentertijd van toepassing was, waarna zij naar Vietnam werd uitgewezen. Na die verwijdering had het Bundesgerichtshof het Hof een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 16 van richtlijn 2008/115. In bovengenoemd arrest wordt overwogen dat het beroep bij het Bundesgerichtshof ertoe strekte te doen vaststellen dat de beschikkingen betreffende de verlenging van de bewaring in de gevangenis de rechten van de in bewaring gestelde persoon hadden geschonden. Punt 10 van voormeld arrest luidt: „Het Bundesgerichtshof is van oordeel dat, gelet op het feit dat het hier gaat om een inbreuk op een bijzonder belangrijk grondrecht, de rechtswegen tegen een maatregel van vrijheidsbeneming ook na de tenuitvoerlegging van een dergelijke maatregel open blijven, omdat de betrokken persoon er een bescherming verdienend belang bij heeft dat de onrechtmatigheid van een maatregel van vrijheidsbeneming zelfs na de tenuitvoerlegging van die maatregel wordt vastgesteld.” Deze laatste precisering is weliswaar niet in de verwijzingsbeslissing opgenomen, maar ligt zonder enige twijfel ten grondslag aan de overwegingen van het Bundesgerichtshof omtrent de ontvankelijkheid van het beroep in onze zaak.



## B. Toepasselijkheid van artikel 16 van richtlijn 2008/115

26. De Zweedse regering is primair van mening dat artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 niet van toepassing is op een situatie als die in het hoofdgeding. Zij benadrukt in dit verband dat volgens artikel 72 VWEU, dat bepaalt dat het communautaire immigratiebeleid van de Europese Unie de uitoefening van de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de binnenlandse veiligheid onverlet laat, deze staten bevoegd blijven om doeltreffende veiligheidsmaatregelen te nemen in het kader van de inbewaringstelling van een illegaal op hun grondgebied verblijvende onderdaan van een derde land.

27. In casu is de Zweedse regering van mening dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling noodzakelijk is ter handhaving van de openbare orde en ter bescherming van de binnenlandse veiligheid van de Bondsrepubliek Duitsland in de zin van artikel 72 VWEU.

28. Dit betoog, dat niet wordt ondersteund door de Duitse regering en door de Commissie wordt betwist, kan niet worden aanvaard, aangezien de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepaling mijns inziens valt onder de werkingssfeer van richtlijn 2008/115.

29. De omvang van de werkingssfeer van richtlijn 2008/115 moet worden beoordeeld aan de hand van de systematiek van deze richtlijn, die is vastgesteld op de grondslag van met name artikel 63, eerste alinea, punt 3, onder b), EG, welke bepaling is overgenomen in artikel 79, lid 2, onder c), VWEU, dat is opgenomen in het derde deel, titel V, VWEU betreffende „de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht”<sup>10</sup>.

30. Zoals blijkt uit zowel het opschrift als artikel 1 ervan, stelt richtlijn 2008/115 de „gemeenschappelijke normen en procedures” vast die door de lidstaten moeten worden toegepast bij de terugkeer van illegaal op hun grondgebied verblijvende onderdanen van derde landen. Uit de bovengenoemde uitdrukking, maar ook uit de systematiek van die richtlijn, vloeit voort dat de lidstaten slechts van die normen en procedures mogen afwijken onder de voorwaarden van die richtlijn, inzonderheid de voorwaarden die zijn neergelegd in artikel 2 ervan.<sup>11</sup>

31. Artikel 2, lid 1, van richtlijn 2008/115, dat de werkingssfeer van deze richtlijn definieert, bepaalt dat zij van toepassing is op illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen. Het begrip „illegaal verblijf” wordt in artikel 3, punt 2, van deze richtlijn omschreven als „de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat, van een onderdaan van een derde land die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden voor toegang die zijn vastgesteld in artikel 5 van de Schengengrenscore, of aan andere voorwaarden voor toegang tot, verblijf of vestiging in die lidstaat”. Uit deze definitie vloeit voort dat iedere derdelander die op het grondgebied van een lidstaat aanwezig is zonder te voldoen aan de voorwaarden voor toegang tot dan wel verblijf of vestiging in deze lidstaat, alleen al daardoor illegaal op dit grondgebied verblijft, zonder dat zijn aanwezigheid een bepaalde minimumduur hoeft te overschrijden of dat hij het voornemen hoeft te hebben om op dat grondgebied te blijven.<sup>12</sup>

10 Tot die titel behoort ook artikel 72 VWEU, dat luidt: „Deze titel laat de uitoefening van de verantwoordelijkheden van de lidstaten ten aanzien van de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de binnenlandse veiligheid onverlet.”

11 Zie naar analogie arrest van 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punt 32).

12 Arrest van 7 juni 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408, punt 48).

32. Krachtens artikel 2, lid 2, van richtlijn 2008/115 hebben de lidstaten de mogelijkheid deze richtlijn niet toe te passen in duidelijke en limitatief opgesomde gevallen, te weten:

- op onderdanen van derde landen aan wie de toegang is geweigerd overeenkomstig artikel 13 van de Schengengrenscodex, of die door de bevoegde autoriteiten zijn aangehouden of onderschept wegens het op niet reguliere wijze overschrijden van de buitengrens van een lidstaat, en die vervolgens geen vergunning of recht hebben verkregen om in die lidstaat te verblijven,
- op onderdanen van derde landen die verplicht zijn tot terugkeer als strafrechtelijke sanctie of als gevolg van een strafrechtelijke sanctie overeenkomstig de nationale wetgeving, of jegens wie een uitleveringsprocedure loopt.

33. Niets in het aan het Hof overgelegde dossier wijst erop dat de situatie van verzoeker in het hoofdgeding betrekking heeft op één van de bovengenoemde uitzonderingen.

34. In de opmerkingen van verzoeker in het hoofdgeding en in het antwoord van de Duitse regering op het tot haar gerichte verzoek om inlichtingen wordt verwezen naar de procedure met het oog op uitlevering aan Tunesië met inhechtenisneming, een procedure die bij besluit van het parket-generaal van de stad Frankfurt am Main (Duitsland) in november 2016 beëindigd is. Voorts vermeldt de verwijzingsbeslissing dat het Bundesgerichtshof een in januari 2017 uitgevaardigd aanhoudingsbevel ten aanzien van de betrokkene, die werd verdacht van ondersteuning van een buitenlandse terroristische organisatie, heeft ingetrokken en daaropvolgend de voorlopige hechtenis van verzoeker heeft opgeheven. Dat besluit tot intrekking dateert van 17 augustus 2017. Aan de betrokkene is dus geen enkele strafrechtelijke sanctie opgelegd.

35. Hoewel op grond van de verwijzingsbeslissing niet kan worden vastgesteld of verzoeker in het hoofdgeding aanvankelijk rechtmatig in Duitsland verbleef, staat vast dat het bevoegde ministerie van de deelstaat Hessen bij besluit van 1 augustus 2017 krachtens § 58a, lid 1, AufenthG zijn verwijdering naar Tunesië heeft bevolen. Dat terugkeerbesluit is, in de zin van richtlijn 2008/115, a priori een administratieve beslissing die is genomen op grond van het illegale verblijf van de betrokkene, en geen strafrechtelijke sanctie of een gevolg van een dergelijke sanctie.

36. Het eventuele verblijfsrecht van betrokkene is derhalve vanaf de datum van die beslissing beëindigd, gevolgd door het besluit tot inbewaringstelling in een gevangenis op 18 augustus 2017, dat is vastgesteld op basis van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling, te weten § 62a, lid 1, AufenthG, die tot doel heeft artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 om te zetten in de Duitse rechtsorde.

37. Het blijkt dus dat de situatie van verzoeker in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van richtlijn 2008/115 valt, meer bepaald van artikel 16, lid 1 ervan, dat bepaalt dat de bewaring bij voorrang in een speciale inrichting moet worden uitgevoerd.

38. Het louter inroepen door de Zweedse regering van artikel 72 VWEU kan in de onderhavige zaak niet volstaan om de toepassing van richtlijn 2008/115 uit te sluiten, ook al wordt in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling in wezen verwezen naar het begrip „bijzonder gevaar voor de nationale veiligheid”.

39. Hoewel het volgens vaste rechtspraak van het Hof aan de lidstaten staat de geschikte maatregelen te nemen om hun binnenlandse en buitenlandse veiligheid te verzekeren, volgt daaruit niet dat dergelijke maatregelen volledig aan de toepassing van het Unierecht zijn onttrokken.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Arrest van 15 december 2009, Commissie/Denemarken (C-461/05, EU:C:2009:783, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).



40. De kwestie van de bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid en de nationale veiligheid wordt uitdrukkelijk in aanmerking genomen in artikel 6, lid 2, artikel 7, lid 4, artikel 11, leden 2 en 3, en artikel 12, lid 1, van richtlijn 2008/115<sup>14</sup>, zonder dat dit evenwel een reden is om van de toepassing van deze richtlijn af te wijken. Uit deze bepalingen blijkt ook de wil van de Uniewetgever om rekening te houden met het bevoegdheidsvoorbehoud van de lidstaten op het gebied van illegale immigratie en illegaal verblijf als omschreven in artikel 72 VWEU, aangezien de situatie in zijn geheel genomen een „co-existentie”<sup>15</sup> van bevoegdheden van de Unie en de lidstaten op dit gebied weerspiegelt.

41. Artikel 72 VWEU kan niet, zoals de Zweedse regering ons verzoekt te doen, aldus worden uitgelegd dat het de lidstaten de mogelijkheid biedt om de toepassing van richtlijn 2008/115, en meer bepaald artikel 16 daarvan, eenvoudigweg uit te sluiten. Dat zou afbreuk doen aan de bindende kracht en de uniforme toepassing van het Unierecht.<sup>16</sup>

42. Deze bepaling van primair recht moet in aanmerking worden genomen, enerzijds bij de vaststelling van handelingen van de Unie in het kader van titel V van het VWEU met betrekking tot de „ruimte van vrijheid, veiligheid en recht”, aangezien de veronachtzaming ervan door de Uniewetgever in voorkomend geval kan leiden tot de vaststelling, op grond van deze bepaling, dat een dergelijke handeling ongeldig is, en anderzijds bij de uitlegging van deze handelingen, zoals we hieronder zullen zien met betrekking tot artikel 16 van richtlijn 2008/115.

43. Hoewel noch artikel 63, eerste alinea, punt 3, onder b), EG – een bepaling die is overgenomen in artikel 79, lid 2, onder c), VWEU – noch de met name op basis van die bepaling in het EG-Verdrag vastgestelde richtlijn 2008/115 de strafrechtelijke bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van illegale immigratie en illegaal verblijf uitsluit, moeten die lidstaten hun wetgeving op dat gebied zodanig inrichten dat de eerbiediging van het Unierecht wordt gewaarborgd. Inzonderheid mogen die staten geen regeling toepassen, ook niet op strafrechtelijk gebied, die de verwezenlijking van de door een richtlijn nagestreefde doelstellingen in gevaar kan brengen en deze haar nuttig effect kan ontnemen.<sup>17</sup>

44. De lidstaten hebben uit hoofde van artikel 4, lid 3, VEU de plicht alle maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit richtlijn 2008/115 voortvloeiende verplichtingen te verzekeren en zich te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen daarvan in gevaar kunnen brengen. De toepasselijke nationale bepalingen mogen geen afbreuk kunnen doen aan de correcte toepassing van de bij die richtlijn ingestelde gemeenschappelijke normen en procedures.<sup>18</sup>

14 Op grond van deze bepalingen kan een terugkeerbesluit worden genomen ten aanzien van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen die houder zijn van een door een andere lidstaat afgegeven geldige verblijfstitel of andere vorm van toestemming tot legaal verblijf (artikel 6, lid 2, van richtlijn 2008/115), kan een termijn voor vrijwillig vertrek niet worden toegekend of kan deze termijn worden verkort tot minder dan zeven dagen (artikel 7, lid 4, van richtlijn 2008/115), kan een inreisverbod niet worden uitgevaardigd of de duur van een dergelijk verbod worden verlengd (artikel 11, leden 2 en 3, van richtlijn 2008/115) en mag de informatie over feitelijke gronden voor terugkeerbesluiten, besluiten betreffende inreisverboden en besluiten inzake verwijdering worden beperkt (artikel 12, lid 1, van richtlijn 2008/115).

15 Zie de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaken Commissie/Polen (Tijdelijk herplaatsingsmechanisme voor aanvragers van internationale bescherming), Commissie/Hongarije (Tijdelijk herplaatsingsmechanisme voor aanvragers van internationale bescherming) en Commissie/Tsjechië (Tijdelijk herplaatsingsmechanisme voor aanvragers van internationale bescherming) (C-715/17, C-718/17 en C-719/17, EU:C:2019:917, punt 212). In deze conclusie (punten 202-223) wordt terecht opgemerkt dat artikel 72 VWEU „er onmiskenbaar toe [strekt] de Uniewetgever eraan te herinneren dat in alle afgeleide wetgeving die op grond van titel V wordt vastgesteld, passende bepalingen moeten worden opgenomen om de lidstaten in staat te stellen zich van deze verantwoordelijkheden te kwijten”, maar dat de lidstaten bij de uitoefening van die verantwoordelijkheden op een bepaald gebied de Unierechtelijke regels moeten naleven.

16 Arrest van 15 december 2009, Commissie/Denemarken (C-461/05, EU:C:2009:783, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 Arrest van 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punten 54 en 55).

18 Arrest van 6 december 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punt 43).

45. Bijgevolg moet het argument van de Zweedse regering, dat gebaseerd is op de niet-toepasselijkheid van artikel 16 van richtlijn 2008/115, mijns inziens worden verworpen en moet worden nagegaan of de betrokken nationale wetgeving, die voorziet in de mogelijkheid om een onderdaan van een derde land in afwachting van verwijdering in een penitentiaire inrichting te plaatsen, afbreuk doet aan de correcte toepassing van de door deze richtlijn ingevoerde gemeenschappelijke normen en procedures en bijgevolg de doelstellingen van deze richtlijn in gevaar kan brengen.

### C. Uitlegging van artikel 16 van richtlijn 2008/115

46. Overeenkomstig vaste rechtspraak moet bij de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling niet enkel rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt.<sup>19</sup>

47. Derhalve dient te worden overgegaan tot een letterlijke, systematische en teleologische uitlegging van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115, rekening houdend met de vaste rechtspraak van het Hof over die richtlijn.<sup>20</sup>

48. In dit verband moet worden benadrukt dat in artikel 16, lid 1, eerste volzin, van richtlijn 2008/115 het beginsel is vervat dat er voor bewaring van illegaal verblijvende derdelanders met het oog op hun verwijdering gebruik wordt gemaakt van speciale inrichtingen voor bewaring. De tweede volzin van deze bepaling voorziet in een afwijking van dat beginsel, die als zodanig strikt moet worden uitgelegd.<sup>21</sup>

#### 1. Letterlijke uitlegging

49. Vast staat dat de tweede volzin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 niet in alle taalversies op dezelfde wijze is geformuleerd. In de Duitse taalversie van deze bepaling staat immers dat „wanneer een lidstaat niet over speciale inrichtingen voor bewaring beschikt en gebruik dient te worden gemaakt van een gevangenis, de in bewaring gestelde derdelanders gescheiden worden gehouden van de gewone gevangenen”. In andere taalversies, die een homogeen karakter hebben, verwijst deze bepaling niet naar het feit dat er geen speciale inrichtingen voor bewaring bestaan, maar naar de omstandigheid dat een lidstaat die derdelanders „niet kan” onderbrengen in dergelijke inrichtingen.<sup>22</sup> In deze bepaling worden evenmin de redenen gepreciseerd waarom een lidstaat dat niet zou kunnen doen.<sup>23</sup>

19 Arrest van 10 september 2014, Ben Alaya (C-491/13, EU:C:2014:2187, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

20 Het Hof heeft reeds tweemaal de gelegenheid gehad zich uit te spreken over de uitlegging van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 met betrekking tot de in het Duitse recht vastgestelde regels voor inbewaringstelling, waarbij moet worden opgemerkt dat de in casu aan de orde zijnde wetgeving pas na deze beslissingen is ingevoerd. In het arrest van 17 juli 2014, Bero en Bouzalmate (C-473/13 en C-514/13, EU:C:2014:2095), heeft het Hof geoordeeld dat een lidstaat met een federale structuur verplicht is om voor bewaring in de regel gebruik te maken van speciale inrichtingen voor bewaring, zelfs indien dergelijke inrichtingen in de bevoegde federale geleding niet voorhanden zijn. In het arrest van 17 juli 2014, Pham (C-474/13, EU:C:2014:2096), heeft het Hof geoordeeld dat een nationale regeling die voorziet in de plaatsing van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen in een gevangenis met gewone gevangenen, onvereenigbaar is met richtlijn 2008/115 en dat de toestemming van deze onderdanen voor die plaatsing in dat verband irrelevant is.

21 Arrest van 17 juli 2014, Bero en Bouzalmate (C-473/13 en C-514/13, EU:C:2014:2095, punt 25).

22 Arrest van 17 juli 2014, Bero en Bouzalmate (C-473/13 en C-514/13, EU:C:2014:2095, punt 26).

23 De Duitse taalversie van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 biedt ogenschijnlijk de verklaring voor het argument van de Duitse regering (punten 10-13 van haar opmerkingen) dat de betrokken nationale regeling niet onder de in artikel 16, lid 1, tweede volzin, van deze richtlijn bedoelde uitzondering valt, aangezien het in onderhavige problematiek niet gaat om het feit dat er geen speciale inrichting voor bewaring is, dat wil zeggen dat het onmogelijk is, maar dat deze regeling een rechtmatige uitzondering op het in artikel 16, lid 1, eerste volzin, van deze richtlijn neergelegde beginsel vormt. Dit argument gaat voorbij aan de structuur en dus de betekenis van voormelde bepaling, waarin een beginsel en een uitzondering op dit beginsel, die onlosmakelijk verbonden zijn, is vastgelegd, in respectievelijk de eerste en de tweede volzin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115. De verenigbaarheid van de betrokken nationale regeling moet noodzakelijkerwijs worden beoordeeld in het licht van de bewoordingen van de tweede volzin van dat lid 1.

50. Zoals het Hof echter heeft geoordeeld, kan aan één afwijkende taalversie geen voorrang worden toegekend boven alle andere taalversies<sup>24</sup> en is het derhalve noodzakelijk de algemene opzet van de tekst van de betrokken bepaling en de door de Uniewetgever nagestreefde doelstelling in overweging te nemen.<sup>25</sup> Ik stel alleen vast dat de taalversies, met uitzondering van de Duitse, weliswaar van dien aard zijn dat ze de nationale autoriteiten een grotere beoordelingsmarge laten, maar dat ze toch een restrictieve benadering van de afwijking van het beginsel van inbewaringstelling in een speciale inrichting tot uitdrukking brengen, aangezien de lidstaten in een moeilijke situatie moeten verkeren, in casu dat ze geen andere keuze hebben dan bewaring in een gevangenis.

51. In elk geval kan met een letterlijke uitlegging van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 geen eenduidig antwoord worden geven op de door de verwijzende rechter gestelde vraag.

## **2. Systematische uitlegging**

52. Na de maatregel van bewaring in het licht van de systematiek van richtlijn 2008/115 te hebben bekeken, moet in het bijzonder de samenhang van de artikelen 16 en 18 van die richtlijn en het gebruik van de begrippen „openbare orde” en „openbare veiligheid”, in die handeling maar ook in andere richtlijnen, worden onderzocht.

### **a) Maatregel van bewaring**

53. Wanneer een derdelander, zoals WM, wordt geacht illegaal te verblijven in een lidstaat en derhalve op grond van artikel 2, lid 1, richtlijn 2008/115 binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt, moet hij met het oog op zijn verwijdering worden onderworpen aan de gemeenschappelijke normen en procedures waarin die richtlijn voorziet.<sup>26</sup>

54. Richtlijn 2008/115 bevat nauwgezette voorschriften voor de procedure die elke lidstaat dient toe te passen op de terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, en bepaalt de volgorde van de verschillende stappen die die procedure achtereenvolgens omvat.<sup>27</sup>

55. De volgorde van de stappen van de terugkeerprocedure, zoals neergelegd in richtlijn 2008/115, stemt overeen met een trapsgewijze verzwaring van de ter tenuitvoerlegging van het terugkeerbesluit 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 maatregelen die hem het meest beperken, namelijk de bewaring in een speciale inrichting, waarbij tijdens al die stappen het beginsel van evenredigheid moet worden geëerbiedigd. Ook het gebruik van die maatregel, die de zwaarste vrijheidsbeperkende maatregel is die die richtlijn in het kader van de procedure tot gedwongen verwijdering toestaat, is streng geregeld overeenkomstig de artikelen 15 en 16 van voornoemde richtlijn, met name om de eerbiediging van de grondrechten van de betrokken onderdanen van derde landen te waarborgen.<sup>28</sup>

24 Arrest van 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie (C-219/95 P, EU:C:1997:375, punt 15).

25 Arrest van 3 april 2008, Endendijk (C-187/07, EU:C:2008:197).

26 Zie in die zin arrest van 7 juni 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408, punt 61).

27 Arrest van 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punt 34).

28 Arrest van 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punten 41 en 42).

56. Dienaangaande moet de maatregel strekkende tot vrijheidsontneming overeenkomstig artikel 15, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2008/115 zo kort mogelijk zijn en niet langer duren dan de voortvarend uitgevoerde voorbereiding van de verwijdering. Volgens de leden 3 en 4 van dit artikel 15 wordt een dergelijke vrijheidsontneming met redelijke tussenpozen getoetst en beëindigd indien blijkt dat er geen redelijk vooruitzicht op verwijdering meer is. De leden 5 en 6 van datzelfde artikel bepalen de maximale duur van de vrijheidsontneming op 18 maanden, een limiet die geldt voor alle lidstaten.<sup>29</sup>

57. Wat de omstandigheden van bewaring betreft, zijn de minimumwaarborgen in de artikelen 16 en 17 van richtlijn 2008/115 opgenomen.<sup>30</sup> Artikel 16 van deze richtlijn vereist dat de betrokkenen bij voorrang worden geplaatst in een speciale inrichting en in ieder geval gescheiden worden gehouden van de gewone gevangenen, dat zij worden geïnformeerd over hun rechten en plichten gedurende de bewaring en zij in contact kunnen treden met relevante en bevoegde nationale, internationale en niet-gouvernementele organisaties of instanties. Artikel 17 van deze richtlijn bevat een specifieke, gunstigere regeling voor de bewaring van kwetsbare personen, te weten niet-begeleide minderjarigen en gezinnen.

58. Hieruit volgt dat de vrijheidsontneming van een onderdaan van een derde land in afwachting van verwijdering, hoewel ze als een uiterste maatregel bedoeld is, integraal deel uitmaakt van de door de Uniewetgever ingevoerde regeling om het goede verloop van de terugkeerprocedures van richtlijn 2008/115 te verzekeren, die juist tot doel heeft om een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid vast te stellen op basis van gemeenschappelijke normen, zodat mensen op een humane manier, met volledige eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid, teruggezonden kunnen worden.

59. De wetgever heeft ook ondubbelzinnig bepaald dat de vrijheidsontneming in een gewone gevangenis kan worden uitgevoerd. Deze constatering, ook al is het een open deur, dient in gedachten te worden gehouden bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de betrokken nationale regeling met het Unierecht.

60. Bovendien heeft het Hof benadrukt dat enkel in het geval waarin de tenuitvoerlegging van het terugkeerbesluit – door middel van verwijdering – in gevaar dreigt te komen door het gedrag van de betrokkene, hetgeen per geval moet worden beoordeeld, de lidstaten hem zijn vrijheid kunnen ontnemen door hem in bewaring te stellen.<sup>31</sup>

61. Uit deze precisering blijkt zonder enige twijfel dat het individuele gedrag van de betrokken migrant in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling van de doeltreffendheid van de terugkeerprocedures en meer in het bijzonder de mogelijkheid om hem of haar te onderwerpen aan een maatregel strekkende tot vrijheidsontneming. De betrokken nationale regeling voorziet echter in een dwangmaatregel die noodzakelijkerwijs gebaseerd is op een beoordeling van de individuele situatie van de betrokken onderdanen van derde landen om vast te stellen of zij een potentieel gevaar vormen.

29 Arrest van 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punt 40).

30 Zie in die zin arrest van 7 juni 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408, punt 62).

31 Arrest van 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punt 39).

**b) Samenhang van de artikelen 16 en 18 van richtlijn 2008/115**

62. Hoewel de bepalingen van de artikelen 16 en 18 van richtlijn 2008/115 afzonderlijk en niet achtereenvolgens in de tekst zijn opgenomen, horen zij duidelijk bij elkaar en moeten zij samen worden gelezen, waarbij uit de bewoordingen van het tweede artikel volgt dat het een uitzondering vormt op het eerste artikel. Wanneer een lidstaat geconfronteerd wordt met „noodsituaties”, zoals omschreven in artikel 18 van richtlijn 2008/115, kan deze dus afwijken van het beginsel van tenuitvoerlegging van de bewaring in een speciale inrichting, omdat de tenuitvoerlegging praktisch onmogelijk is.

63. Het is de vraag of de gronden in artikel 18 van richtlijn 2008/115 op basis waarvan van voormeld beginsel kan worden afgeweken, „uitputtend” zijn.

64. Het feit dat de „noodsituaties”, zoals omschreven in artikel 18 van richtlijn 2008/115, de enige door de Uniewetgever uitdrukkelijk genoemde grond vormen waarop van de bewaring, die bij voorrang uitgevoerd moet worden in een speciale inrichting, mag worden afgeweken, betekent niet noodzakelijkerwijs dat deze grond een uitsluitend karakter heeft. Zoals advocaat-generaal Bot in zijn conclusie in de zaken Bero en Bouzalmate<sup>32</sup> benadrukte, lijkt bovengenoemde vraag op basis van de tekst van richtlijn 2008/115 niet bevestigend te kunnen worden beantwoord.

65. Hoewel uit de letterlijke analyse van artikel 18 van richtlijn 2008/115 duidelijk blijkt dat er een verband bestaat met artikel 16, lid 1, van die richtlijn, beperkt de draagwijdte van deze verwijzing zich naar mijn mening tot de enkele vermelding van de regel waarvan tijdelijk kan worden afgeweken, namelijk de plaatsing in een speciale inrichting wanneer in een noodsituatie plotseling een groot aantal migranten arriveert. De verwijzing naar artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 is slechts bedoeld om een van de gevolgen van het ontstaan van een noodsituatie vast te stellen, waaraan moet worden toegevoegd dat de in artikel 15, lid 2, derde alinea, van die richtlijn bedoelde termijnen voor rechterlijke toetsing verlengd kunnen worden en er van de in artikel 17, lid 2, van die richtlijn neergelegde verplichting om voor gescheiden huisvesting van gezinnen te zorgen kan worden afgeweken.<sup>33</sup>

66. Ik merk overigens op dat het huidige artikel 18 van richtlijn 2008/115 niet voorkwam in het voorstel van 1 september 2005 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven.<sup>34</sup> Daarentegen bevatte dit voorstel wel reeds een artikel 15, lid 2, dat bijna gelijk was aan artikel 16, lid 1, in die zin dat er van het beginsel van inbewaringstelling in een speciale inrichting kon worden afgeweken zonder dat er redenen hoefden te worden gegeven voor een dergelijke afwijking. Het wetgevingsproces heeft dus geleid tot de invoering van artikel 18 in richtlijn 2008/115, hetgeen kan worden opgevat als de wens van de wetgever om enerzijds een specifieke reden om af te wijken te formaliseren inzake de voor lidstaten gevoelige kwestie van de massale toestroom van illegaal op hun grondgebied verblijvende migranten en anderzijds de gevolgen te formaliseren van de moeilijkheden die door een dergelijke situatie zijn ontstaan voor de toepassing van richtlijn 2008/115.

67. Vastgesteld moet worden dat de algemene bewoordingen van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 na de invoering van artikel 18 in richtlijn 2008/115 ongewijzigd zijn gebleven.

<sup>32</sup> Conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaken Bero en Bouzalmate (C-473/13, C-474/13 en C-514/13, EU:C:2014:295).

<sup>33</sup> Artikel 17, lid 2, van richtlijn 2008/115 bepaalt dat in bewaring gestelde gezinnen, in afwachting van verwijdering, afzonderlijke accommodatie krijgen, waarbij voldoende privacy is gegarandeerd.

<sup>34</sup> COM(2005) 391 definitief.



68. Verder dient erop gewezen te worden dat in aanbeveling (EU) 2017/2338 van de Commissie van 16 november 2017 tot vaststelling van een gemeenschappelijk „terugkeerhandboek” dat door de bevoegde autoriteiten van de lidstaten moet worden gebruikt bij de uitvoering van terugkeerderelateerde taken<sup>35</sup>, wordt vermeld: „de in artikel 16, lid 1, van [richtlijn 2008/115] vastgestelde afwijking kan worden toegepast wanneer onvoorzienne pieken in het aantal in bewaring gestelde personen als gevolg van onvoorspelbare schommelingen in aantallen die inherent zijn aan het fenomeen van irreguliere migratie (maar die nog niet het niveau hebben bereikt van een in artikel 18 van [richtlijn 2008/115] uitdrukkelijk geregelde noodsituatie) een probleem veroorzaken”. Daarmee komt duidelijk een andere reden voor afwijking naar voren voor de inbewaringstelling bij voorrang in een speciale inrichting dan de reden die in artikel 18 van richtlijn 2008/115 omschreven is, die dus niet uitsluitend bedoeld is.

69. Tot slot ben ik van mening dat deze bepaling, gelet op de autonomie van artikel 18 van richtlijn 2008/115 en op het ontbreken van een uitsluitend karakter van de erin vervatte reden om af te wijken van een inbewaringstelling in een speciale inrichting, niet als dwingende maatstaf hoeft te gelden voor de vaststelling van de kenmerken van een situatie die door een lidstaat kan worden ingeroepen als grondslag voor de tenuitvoerlegging van bewaring in een gevangenis.

### ***c) De begrippen „openbare orde” en „openbare veiligheid”***

70. In herinnering dient te worden gebracht dat de betrokken nationale regeling voorziet in de mogelijkheid om een migrant in afwachting van verwijdering, van wie „een ernstige bedreiging uitgaat voor lijf en leden van derden of voor belangrijke rechtsgoederen van binnenlandse veiligheid”, in bewaring te stellen in een gevangenis. Uit deze formulering blijkt mijns inziens duidelijk dat er rekening is gehouden met redenen die verband houden met de openbare orde of de openbare veiligheid.

71. Deze twee begrippen zijn bekend in het Unierecht. In verschillende richtlijnen worden immers redenen van openbare orde of openbare veiligheid aangevoerd om de toepassing van een afwijking van een fundamentele vrijheid of een grondrecht te rechtvaardigen, die dus een uitzondering op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid vormen. Een systematische benadering van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 houdt in dat deze bepaling niet alleen moet worden geanalyseerd in het licht van de richtlijn waarvan zij deel uitmaakt, maar ook in het licht van de verschillende richtlijnen waarin wordt verwezen naar deze regelmatig door het Hof uitgelegde begrippen.

72. In dit verband blijkt uit vaste rechtspraak van het Hof dat een burger van de Unie die gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer en sommige van zijn gezinsleden alleen als een bedreiging van de openbare orde kunnen worden beschouwd indien hun persoonlijke gedragingen een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormen die een fundamenteel belang van de samenleving van de betrokken lidstaat aantast. Het begrip „bedreiging van de openbare orde” is daarna op dezelfde wijze uitgelegd in de context van verschillende richtlijnen, daaronder begrepen richtlijn 2008/115, die de situatie regelen van onderdanen van derde landen die geen gezinslid zijn van een burger van de Unie.<sup>36</sup>

73. Ten aanzien van het begrip „openbare veiligheid” blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat dit zowel de interne als de externe veiligheid van een lidstaat dekt en dat de aantasting van het functioneren van instellingen en essentiële openbare diensten, alsook het overleven van de bevolking, het risico van een ernstige verstoring van de externe betrekkingen of van de vreedzame co-existentie van de volkeren, evenals de aantasting van militaire belangen, bijgevolg de openbare veiligheid in

<sup>35</sup> PB 2017, L 339, blz. 83.

<sup>36</sup> Arrest van 12 december 2019, E.P. (Bedreiging van de openbare orde) (C-380/18, EU:C:2019:1071, punten 29 en 30).

gevaar kunnen brengen.<sup>37</sup> Het Hof heeft tevens geoordeeld dat de bestrijding van georganiseerde drugscriminaliteit<sup>38</sup> of van terrorisme<sup>39</sup> onder het begrip „openbare veiligheid” is begrepen. In die context heeft het Hof vereist dat er aangetoond wordt dat persoonlijk gedrag een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt die de interne of externe veiligheid van de betrokken lidstaat aantast.<sup>40</sup>

74. Het Hof heeft er echter zeer recent op gewezen dat niet elke verwijzing door de Uniewetgever naar het begrip „bedreiging van de openbare orde” noodzakelijkerwijs moet worden opgevat als uitsluitend verwijzend naar persoonlijk gedrag dat een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt die een fundamenteel belang van de samenleving van de betrokken lidstaat aantast. Zo heeft het Hof met betrekking tot het verwante begrip „bedreiging van de openbare veiligheid” opgemerkt dat dit begrip in de context van richtlijn 2004/114/EG van de Raad van 13 december 2004 betreffende de voorwaarden voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op studie, scholierenuitwisseling, onbezoldigde opleiding of vrijwilligerswerk<sup>41</sup>, een ruimere uitlegging moet krijgen dan in de rechtspraak inzake personen die het recht van vrij verkeer genieten, en dat dit begrip met name betrekking kan hebben op potentiële bedreigingen van de openbare veiligheid. Om de draagwijdte van het begrip „bedreiging van de openbare orde” te preciseren, heeft het Hof dus geoordeeld dat er rekening moet worden gehouden met de bewoordingen van de Unierechtelijke bepaling waarin dit begrip wordt gebruikt, met de context ervan en met de doelstellingen van de wetgeving waarvan zijn deel uitmaakt.<sup>42</sup>

75. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de in de nationale wetgeving genoemde redenen van openbare orde en openbare veiligheid een afwijking kunnen rechtvaardigen van de inbewaringstelling van genoemde migrant bij voorrang in een speciale inrichting als bedoeld in artikel 16, lid 1, richtlijn 2008/115, mits het gedrag van de betrokken migrant van dien aard is dat er sprake is van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving of de interne of externe veiligheid van de betrokken lidstaat aantast. Het ontbreken van een uitdrukkelijke vermelding van de begrippen „openbare orde” of „openbare veiligheid” in dit artikel, in tegenstelling tot andere bepalingen van deze richtlijn, doet aan deze conclusie niet af.

76. Het is van belang erop te wijzen dat de lidstaten voor de uitvoering van de bepalingen van richtlijn 2008/115 op verschillende vlakken over een beoordelingsmarge beschikken en dat zij rekening kunnen houden met de bijzonderheden van het nationale recht.<sup>43</sup> Zoals hierboven is gepreciseerd, moet artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 bovendien worden uitgelegd in het licht van artikel 72 VWEU, dat voorziet in een bevoegdheidsvoorbehoud van de lidstaten voor de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de binnenlandse veiligheid. Bijgevolg betekent het ontbreken van een uitdrukkelijke vermelding van de begrippen „openbare orde” of „openbare veiligheid” in artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 niet dat een lidstaat bij de vaststelling van de omstandigheden om af te wijken van de inbewaringstelling in een speciale inrichting van een migrant die in afwachting is van zijn verwijdering, geen beroep kan doen op overwegingen die verband houden met een fundamenteel belang van de samenleving of de interne of externe veiligheid.

37 Zie in die zin arresten van 23 november 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, punten 43 en 44); 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punten 65 en 66), en 2 mei 2018, K. en H.F. (Verblijfsrecht en vermeende oorlogsmisdrijven) (C-331/16 en C-366/16, EU:C:2018:296, punt 42).

38 Zie in die zin arrest van 23 november 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, punten 45 en 46).

39 Zie in die zin arrest van 26 november 2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, EU:C:2002:712, punt 35).

40 Arrest van 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punt 67), betreffende artikel 8, lid 3, eerste alinea, onder e), van richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (PB 2013, L 180, blz. 96).

41 PB 2004, L 375, blz. 12.

42 Arrest van 12 december 2019, E.P. (Bedreiging van de openbare orde) (C-380/18, EU:C:2019:1071, punten 31-33).

43 Arrest van 5 juni 2014, Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, punt 39).

77. Wat betreft de contextuele analyse dient in herinnering te worden gebracht dat de kwestie van bescherming van de openbare orde, openbare veiligheid en nationale veiligheid uitdrukkelijk in aanmerking wordt genomen in artikel 6, lid 2, artikel 7, lid 4, artikel 11, leden 2 en 3, en artikel 12, lid 1, van richtlijn 2008/115, zonder dat deze begrippen hierin worden gedefinieerd. Het Hof heeft geoordeeld dat het begrip „gevaar voor de openbare orde” in artikel 7, lid 4, van die richtlijn hoe dan ook veronderstelt dat er, naast de verstoring van de maatschappelijke orde die bij elke wetsovertreding plaatsvindt, sprake is van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.<sup>44</sup> Het vereiste van een dergelijke bedreiging, als grondslag voor het verkorten of afzien van de termijn voor vrijwillig vertrek, is a fortiori noodzakelijk ter rechtvaardiging van de veel ernstigere dwangmaatregel van inbewaringstelling in een gevangenis, in afwijking van het beginsel van plaatsing in een speciale inrichting. Een oplossing in tegengestelde zin zou leiden tot een gebrek aan samenhang in richtlijn 2008/115.

78. Zoals volgt uit de overwegingen 2 en 4 van richtlijn 2008/115 is het hoofddoel daarvan erin gelegen om een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid te ontwikkelen, met volledige eerbiediging van de grondrechten en de waardigheid van de betrokkenen.<sup>45</sup> Aangezien inbewaringstelling in een speciale inrichting de regel is, moet artikel 16, lid 1, tweede volzin, strikt worden uitgelegd<sup>46</sup> en mag de aan de lidstaten verleende speelruimte niet worden gebruikt op een wijze die afbreuk doet aan het doel van deze richtlijn en aan het nuttig effect daarvan.

79. Aangezien het besluit tot inbewaringstelling van een onderdaan van een derde land in afwachting van verwijdering in een gevangenis is gebaseerd op het feit dat er gevaar voor de openbare orde of de openbare veiligheid bestaat, dat hoe dan ook veronderstelt dat er, naast de verstoring van de maatschappelijke orde die bij elke wetsovertreding plaatsvindt, sprake is van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving of de interne of externe veiligheid van de betrokken lidstaat aantast, volgt hieruit dus dat een dergelijk besluit in overeenstemming zou kunnen zijn met het Unierecht.

80. In dit verband heeft het Hof op basis van de uitlegging van artikel 7, lid 4, van richtlijn 2008/115 geoordeeld dat de enkele verdenking dat een derdelander een naar nationaal recht als misdrijf strafbaar gesteld feit kan plegen, samen met andere elementen betreffende het specifieke geval, kan rechtvaardigen dat wordt geconstateerd dat er een gevaar voor de openbare orde in de zin van deze richtlijn bestaat. Hetzelfde geldt indien er sprake is van een strafrechtelijke veroordeling.<sup>47</sup> Het Hof heeft gepreciseerd dat een specifieke beoordeling van de belangen die verbonden zijn aan de bescherming van de openbare orde in de zin van die bepaling, niet noodzakelijkerwijs samenvalt met de beoordelingen die ten grondslag liggen aan een strafrechtelijke veroordeling, en nog belangrijker naar mijn mening, dat in het kader van een beoordeling van het begrip „gevaar voor de openbare orde” „alle feitelijke en juridische gegevens betreffende de situatie van de betrokken derdelander waardoor kan worden verduidelijkt of diens persoonlijke gedragingen een dergelijke bedreiging vormen” relevant zijn.<sup>48</sup>

81. Deze zeer algemene formulering weerspiegelt naar mijn mening de empirische en open benadering van het Hof om het bestaan aan te tonen van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast. In deze omstandigheden lijkt het mij dat de enkele vaststelling dat er geen sprake is van een strafbaar feit, een strafrechtelijke veroordeling of zelfs

44 Arrest van 11 juni 2015, Zh. en O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 Arresten van 19 juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, punt 48), en 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46 Arrest van 17 juli 2014, Bero en Bouzalmate (C-473/13 en C-514/13, EU:C:2014:2095, punt 25).

47 Arrest van 11 juni 2015, Zh. en O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punten 51 en 52).

48 Arrest van 11 juni 2015, Zh. en O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punten 51, 52, 59 en 61).

een verdenking van het plegen van een strafbaar feit, niet automatisch uitsluit dat de betrokkene kan worden beschouwd als een persoon die een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt die een fundamenteel belang van de samenleving of de interne of externe veiligheid van de betrokken lidstaat aantast.

82. Hoewel de feitelijke elementen waarvan de beoordeling van het bestaan van die bedreiging afhangt door de verwijzende rechter moeten worden onderzocht, kan het Hof aanwijzingen geven over de elementen die in het kader van een dergelijk onderzoek in aanmerking moeten worden genomen.

83. Uit het aan het Hof overgelegde dossier blijkt dat bij het bevel tot inbewaringstelling in een gevangenis<sup>49</sup> in aanmerking is genomen dat het om een geradicaliseerd persoon lijkt te gaan van wie gevaar uitgaat en die als zodanig bekend is bij de bevoegde veiligheidsdiensten, een gevaar dat aanleiding geeft tot verdenking van criminele opzet, in de zin van het vermoedelijk plegen van gewelddaden die gericht zijn tegen de mens of tegen de hogere staatsbelangen en die stroken met een terroristisch oogmerk.

84. Hoewel het onbetwistbaar is dat aan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde organisatie internationale terreurdaden kunnen worden toegerekend en dat de mogelijkheid van een lidstaat om zich te beroepen op de bescherming van de openbare orde of de openbare veiligheid daardoor wordt gerechtvaardigd, dient de verwijzende rechter te onderzoeken welke rol de betrokken onderdaan van een derde land daadwerkelijk heeft gespeeld in het kader van zijn steun aan deze organisatie en te beoordelen welke mate van bedreiging van de openbare veiligheid of de openbare orde uitgaat van het gedrag van de betrokkene en meer in het bijzonder of er sprake is van een individuele verantwoordelijkheid bij de uitvoering van de handelingen van deze organisatie.<sup>50</sup>

85. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat de nationale instantie die bevoegd is om de inbewaringstelling van WM in een gevangenis te gelasten, a priori over bewijsstukken beschikte, dat wil zeggen over documenten die het bestaan staven van de gewraakte gedragingen van de betrokkene en zijn vaste voornemen om een strafbaar feit te plegen, en meer in het bijzonder om een aanslag op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland te plegen.<sup>51</sup> Die omstandigheid is relevant voor de beoordeling of de betrokkene een gevaar voor de openbare orde of de openbare veiligheid vormde, aangezien die omstandigheid betrekking heeft op de gegrondheid van de verdenking die op WM rust en bijgevolg kan verduidelijken of diens gedragingen op het moment dat het besluit van inbewaringstelling in een gevangenis jegens hem werd vastgesteld, een gevaar voor de openbare orde of de openbare veiligheid van de Bondsrepubliek Duitsland vormden.<sup>52</sup>

49 Het verzoek om een prejudiciële beslissing bevat weliswaar geen details over de redenen voor de beslissing van 18 augustus 2017 van het Amtsgericht waarbij de inbewaringstelling van WM in een gevangenis werd bevolen, maar het lijkt geen twijfel dat de in de punten 10 tot en met 12 supra beschreven situatie in aanmerking is genomen om te kunnen vaststellen dat er sprake is van een persoon van wie een ernstig gevaar uitgaat voor lijf en leden van derden of voor belangrijke rechtsgoederen van binnenlandse veiligheid in de zin van § 62a, lid 1, AufenthG. In het antwoord van de Duitse regering op het verzoek om inlichtingen wordt verwezen naar het feit dat WM van 15 augustus tot en met 26 september 2016 het resterende deel van een vervangende gevangenisstraf van 43 dagen heeft uitgezeten wegens het opzettelijk toebrengen van lichamelijke letsels, een veroordeling die niet is vermeld in de verwijzingsbeslissing en die niet in aanmerking lijkt te zijn genomen als grondslag voor het bestreden besluit.

50 In het arrest van 24 juni 2015, T. (C-373/13, EU:C:2015:413), heeft het Hof geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een vluchteling een terroristische organisatie steunt, niet automatisch kan leiden tot intrekking van zijn verblijfstitel. Het Hof heeft opnieuw elke automatische causale redenering op basis van één enkele relevante omstandigheid verworpen ten gunste van een „individuele beoordeling van specifieke feiten”, zowel met betrekking tot de activiteit van de betrokken organisatie als met betrekking tot het gedrag van de betrokken persoon.

51 Het voorkomen van terroristische acties is tegenwoordig van groot politieke belang en leidt er soms toe dat de nationale autoriteiten de fase voorafgaand aan het plegen van een terroristische daad bestraffen, waardoor het traditionele onderscheid tussen bestuurlijke en gerechtelijke politie vervaagt. De traditionele benadering in het strafrecht is echter dat het enkele voornemen om een strafbaar feit te plegen niet kan worden bestraft (cogitationis poenam nemo patitur). Ook al valt de betrokken nationale regeling niet onder het strafrecht – de betrokken maatregel is van administratieve aard en geen strafmaatregel –, de objectief moeilijke beoordeling van het gevaar dat uitgaat van de betrokkene in het licht van zijn psychologisch profiel en zijn criminele opzet moet met de grootst mogelijke zorgvuldigheid worden uitgevoerd aan de hand van een geheel van concrete, ernstige en onderling overeenstemmende aanwijzingen, waarvan de verwijzende rechter de echtheid en relevantie dient na te gaan.

52 Arrest van 11 juni 2015, Zh. en O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punt 64).



86. Deze verwijzende rechter dient ten slotte in het licht van het evenredigheidsbeginsel, waaraan de te nemen maatregel moest voldoen, te onderzoeken of het gedrag van de betrokken onderdaan een daadwerkelijk en *actueel* gevaar opleverde voor de openbare of de openbare veiligheid van de lidstaat en aldus te bepalen of de bedreiging die de betrokkene, in voorkomend geval, in het verleden heeft kunnen vormen voor de openbare orde of de nationale veiligheid van de Bondsrepubliek Duitsland, nog bestond op het tijdstip waarop het besluit dat in het hoofdgeding aan de orde is, werd vastgesteld.<sup>53</sup> Dit onderzoek dient ook plaats te vinden bij de beoordeling of de bewaring moet worden gehandhaafd.<sup>54</sup>

### 3. *Teleologische uitlegging*

87. In dit verband moet worden opgemerkt dat richtlijn 2008/115, zoals blijkt uit de overwegingen 2 en 11 ervan en overeenkomstig artikel 79, lid 2, VWEU, tot doel heeft om op basis van gemeenschappelijke normen en juridische waarborgen een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid te ontwikkelen, zodat mensen op een humane manier, met volledige eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid, teruggezonden kunnen worden.<sup>55</sup> Het leidend beginsel dat de Uniewetgever in artikel 1 van richtlijn 2008/115, evenals in voormelde overweging, tot uitdrukking heeft gebracht, geeft immers duidelijk het doel van artikel 16, lid 1, van deze richtlijn aan.

88. Zoals blijkt uit de overwegingen 13, 16, 17 en 24 van richtlijn 2008/115 is elke gelaste bewaring die onder deze richtlijn valt, strikt gereguleerd door de bepalingen van hoofdstuk IV van die richtlijn, om ervoor te zorgen dat zowel het evenredigheidsbeginsel – het ingezette middel moet in verhouding staan tot het beoogde doel<sup>56</sup> – als de grondrechten van de betrokken onderdanen van derde landen worden gerespecteerd.<sup>57</sup> Bovendien moet volgens overweging 13 van deze richtlijn het gebruik van dwangmaatregelen uitdrukkelijk niet alleen aan het evenredigheidsbeginsel, maar ook aan het doeltreffendheidsbeginsel worden onderworpen.<sup>58</sup>

89. In die omstandigheden moet worden nagegaan of de plaatsing van een migrant in afwachting van verwijdering in een gewone gevangenis, gebaseerd op de overweging dat van voornoemde migrant een ernstig gevaar uitgaat voor lijf en leden van derden of voor belangrijke rechtsgoederen van binnenlandse veiligheid, een maatregel is die in overeenstemming is met de beginselen van doeltreffendheid en evenredigheid en die de grondrechten van de betrokkene eerbiedigt.

#### *a) Inachtneming van het beginsel van doeltreffendheid*

90. Hoewel richtlijn 2008/115 het vrijwillig vertrek van de onderdaan van een derde land die illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijft, bevordert, voorziet zij in het gebruik van dwangmaatregelen om de verwezenlijking van haar doel, namelijk de tenuitvoerlegging van het terugkeerbesluit, te waarborgen. De uiterste dwangmaatregel vormt de vrijheidsontneming die gelegen is in de bewaring van de betrokkene, die volgens artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 bij wijze van uitzondering kan plaatsvinden in een gewone gevangenis.

53 Arresten van 11 juni 2015, Zh. en O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punt 57); 24 juni 2015, T. (C-373/13, EU:C:2015:413, punt 92), en 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punt 73).

54 Zie naar analogie arrest van 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punt 67).

55 Arresten van 5 juni 2014, Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, punt 38), en 19 juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, punt 48).

56 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, moet in het bijzonder de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel in alle fasen van de terugkeerprocedure van die richtlijn worden verzekerd, hetgeen noodzakelijkerwijs de fase van de bewaring met inbegrip van de fase van het terugkeerbesluit omvat, in het kader waarvan de betrokken lidstaat zich moet uitspreken over de toekenning van een termijn voor vrijwillig vertrek uit hoofde van artikel 7 van deze richtlijn (zie in die zin arrest van 11 juni 2015, Zh. en O., C-554/13, EU:C:2015:377, punt 49).

57 Arrest van 5 juni 2014, Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, punt 55).

58 Arrest van 10 september 2013, G. en R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:533, punt 42).



91. De in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling voorziet dus in een maatregel die duidelijk deel uitmaakt van de door deze richtlijn ingevoerde regeling om de doeltreffendheid van de terugkeerprocedures te waarborgen, aangezien de aard van de redenen die een lidstaat kan aanvoeren ter rechtvaardiging van een dergelijke vrijheidsontneming, die een uitzondering vormt op het beginsel van bewaring in een speciale inrichting, voor de beoordeling van het doeltreffendheidsbeginsel irrelevant is. Vast staat ook dat de betrokken nationale maatregel overeenkomt met een dwangmaatregel in de zin van artikel 8, leden 1 en 4, van richtlijn 2008/115, omdat deze bijdraagt tot de tenuitvoerlegging van een terugkeerbesluit en dus tot de verwezenlijking van deze richtlijn.

92. De hele idee achter dergelijke speciale inrichtingen voor bewaring is nu juist dat zij het gemakkelijker moeten maken de stappen te doorlopen die zorgen voor een vlotte en doeltreffende terugkeer van de betrokkene naar zijn land van herkomst, met eerbiediging van de aan hem toegekende rechten, met name wat betreft de contacten van een migrant in afwachting van verwijdering met de bevoegde consulaire autoriteiten als bedoeld in artikel 16, lid 2, van richtlijn 2008/115 of met de niet-gouvernementele organisaties die belast zijn met ondersteuning aan migranten die in bewaring worden gehouden. De tenuitvoerlegging van de bewaring in een gevangenis mag die communicatie dus niet in het gedrang brengen, omdat er anders afbreuk zou worden gedaan aan de nuttige werking van die richtlijn, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

### ***b) Inachtneming van het evenredigheidsbeginsel***

93. Volgens artikel 52, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) moeten beperkingen op de uitoefening van de daarin erkende rechten en vrijheden bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud daarvan eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen aan de uitoefening van deze rechten en vrijheden, in casu het in artikel 6 van het Handvest neergelegde recht op vrijheid, slechts beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en de vrijheden van anderen.

94. Aangezien de betrokken beperking voortvloeit uit § 62a, lid 1, AufenthG, heeft zij een rechtsgrondslag. Deze bepaling raakt niet aan de wezenlijke inhoud van het in artikel 6 van het Handvest neergelegde recht op vrijheid. Zij doet immers niet af aan de door dit recht geboden waarborg en laat, zoals blijkt uit de bewoordingen ervan, de inbewaringstelling van een migrant in een gevangenis alleen toe op grond van zijn persoonlijke gedrag en in de in die bepaling omschreven uitzonderlijke omstandigheden.<sup>59</sup>

95. Aangezien het door de betrokken nationale regeling nagestreefde doel de bescherming van de nationale veiligheid en de openbare orde is, moet worden vastgesteld dat een maatregel voor de tenuitvoerlegging van de bewaring in een gevangenis op grond van die bepaling a priori beantwoordt aan een door de Unie erkende legitieme doelstelling van algemeen belang.

96. Aangaande de evenredigheid van de vastgestelde inmenging zij eraan herinnerd dat het evenredigheidsbeginsel volgens vaste rechtspraak vereist dat maatregelen geschikt zijn om de door de betrokken regeling legitiem nagestreefde doelstellingen te bereiken en niet verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van die doelstellingen, met dien verstande dat wanneer een keuze mogelijk is tussen verschillende passende maatregelen, de minst ingrijpende maatregel moet worden gekozen, en dat de opgelegde lasten niet onevenredig mogen zijn ten opzichte van de doelstellingen.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Zie naar analogie arrest van 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punt 52).

<sup>60</sup> Zie de arresten van 11 juli 1989, Schröder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, punt 21); 12 juli 2001, Jippes e.a. (C-189/01, EU:C:2001:420, punt 81), en 9 maart 2010, ERG e.a. (C-379/08 en C-380/08, EU:C:2010:127, punt 86). Zie in die zin ook arrest van 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punt 91).

97. In dit verband is de inbewaringstelling in een gevangenis van een onderdaan van een derde land in afwachting van zijn verwijdering, naar zijn aard een maatregel die geschikt is om het publiek te beschermen tegen het gevaar dat kan uitgaan van het gedrag van een dergelijke persoon, zodat daarmee het door de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling nagestreefde doel kan worden verwezenlijkt.<sup>61</sup>

98. Wat de noodzaak van de maatregel betreft, moet worden benadrukt dat uit de formulering van § 62a AufenthG blijkt dat het gebruik van de betrokken maatregel strikt is afgebakend, of het nu gaat om het vereiste van een „ernstige” bedreiging voor lijf en leden van derden of voor „belangrijke” rechtsgoederen van binnenlandse veiligheid dat de betrokken persoon vormt, of om de absolute eerbiediging van de voorwaarde om deze persoon gescheiden van de gewone gevangenen onder te brengen.

99. De betrokken nationale bepaling komt overeen met een specifieke maatregel voor de tenuitvoerlegging van bewaring, die zelf strikt is afgebakend in de artikelen 15 en 16 van richtlijn 2008/115 en die een uiterste optie is in het kader van de terugkeerprocedure. In dit verband is de in artikel 15, leden 5 en 6, van richtlijn 2008/115 vastgestelde maximale duur bedoeld om de vrijheidsontneming te beperken van onderdanen van derde landen die zich in een situatie van gedwongen verwijdering bevinden, waarbij de bewaring zo kort mogelijk moet zijn en niet langer mag duren dan de voortvarend uitgevoerde voorbereiding van de verwijdering volgens lid 1 van deze bepaling, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden beoordeeld.

100. Het strikte kader voor de aan de bevoegde nationale autoriteiten toegekende bevoegdheid om een onderdaan van een derde land in afwachting van verwijdering in bewaring te stellen in een gevangenis, wordt mede gevormd door de door het Hof in de rechtspraak gegeven uitlegging van de begrippen „nationale veiligheid” en „openbare orde”.<sup>62</sup>

101. De aantasting van de nationale veiligheid of de openbare orde kan dus naar de maatstaven van het noodzakelijkheidsvereiste alleen een rechtvaardiging vormen voor een besluit om een migrant in afwachting van verwijdering in bewaring te stellen of te houden in een gevangenis, indien zijn persoonlijke gedrag een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt die een fundamenteel belang van de samenleving of de interne of externe veiligheid van de betrokken lidstaat aantast<sup>63</sup>, hetgeen de nationale rechter dient na te gaan onder de in de punten 79 tot en met 86 hierboven uiteengezette voorwaarden.

102. Zoals eerder vermeld is een maatregel noodzakelijk wanneer het nagestreefde legitieme doel niet door een minder ingrijpende, maar even geschikte maatregel kan worden bereikt.<sup>64</sup>

61 Zie naar analogie arrest van 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punt 55).

62 Arrest van 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punt 64).

63 Arrest van 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punt 67).

64 Zie in die zin arrest van 26 september 2013, Dansk Jurist- og Økonomforbund (C-546/11, EU:C:2013:603, punt 69).

103. Gezien de kenmerken van speciale inrichtingen voor bewaring<sup>65</sup> en de verplichting voor de nationale autoriteiten om personen in hechtenis of in bewaring te beschermen<sup>66</sup>, lijkt tenuitvoerlegging van de bewaring in dergelijke inrichtingen mij niet passend wanneer deze maatregel een persoon betreft van wie ernstig gevaar uitgaat voor lijf en leden van derden of voor belangrijke rechtsgoederen van binnenlandse veiligheid. Aan het beoogde veiligheidsvereiste, vanuit het oogpunt van zowel voorkoming van een risico op onderduiken van voormelde betrokkene als bescherming van de fysieke integriteit van het in deze inrichtingen aangestelde personeel en andere in bewaring gestelde personen, kan in deze omstandigheden niet worden geacht te zijn voldaan.

104. Speciale inrichtingen voor bewaring waarvan de werkwijze overeenkomt met het leven in gemeenschap zijn niet ontworpen om rekening te houden met specifieke veiligheidsbehoeften voor bepaalde bijzonder gevaarlijke personen.<sup>67</sup> Om te kunnen voldoen aan deze behoeften in speciale inrichtingen met een ongewijzigde structuur zou een algehele versterking van veiligheidsvoorschriften nodig zijn, ten nadele van de vrijheid van beweging binnen de inrichting van andere personen die a priori geen enkel gevaar vormen, met dus de invoering van een gevangenisomgeving voor eenieder tot gevolg. Het alternatief om binnen deze speciale inrichtingen van bewaring een bijzondere eenheid op te zetten om een bijzonder gevaarlijk individu onder te brengen, lijkt mij te leiden tot een organisatorische belasting en onevenredig hoge kosten, gelet op het geringe aantal betrokkenen in verhouding tot het totale aantal onderdanen van derde landen dat in het kader van een terugkeerprocedure in bewaring wordt genomen.

105. De betrokken nationale bepaling blijkt evenmin onevenredig te zijn ten opzichte van de nagestreefde doelstellingen, in die zin dat in die bepaling een evenwichtige afweging is gemaakt tussen de nagestreefde doelstelling van algemeen belang, namelijk de bescherming van de nationale veiligheid en de openbare orde, en de inmenging in het recht op vrijheid als gevolg van de bewaringsmaatregel die is uitgevoerd in een gevangenis, waarbij het recht op waardigheid van de betrokkene volledig moet worden geëerbiedigd. Een dergelijke bepaling kan immers niet de grondslag voor bewaringsmaatregelen vormen zonder dat de bevoegde nationale autoriteiten van tevoren per geval zijn nagegaan of het gevaar voor de nationale veiligheid of de openbare orde dat van de betrokkenen uitgaat, op zijn minst even ernstig is als de inmenging in hun recht op vrijheid door dergelijke maatregelen, en of het recht op waardigheid van deze personen volledig wordt geëerbiedigd.<sup>68</sup>

65 Naast de minimumwaarborgen die zijn neergelegd in de artikelen 15, 16 en 17 van richtlijn 2008/115 geven verschillende teksten die een niet-bindende rechtsbron vormen – te weten de „Twintig richtsnoeren inzake gedwongen terugkeer” die op 4 mei 2005 zijn aangenomen door het Comité van Ministers van de Raad van Europa, de Europese penitentiaire voorschriften, de richtsnoeren van de Unie inzake de behandeling van in bewaring gestelde migranten en de normen van het Europees Comité voor de preventie van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (hierna: „CPT”) – de voorwaarden aan voor bewaring van migranten in afwachting van verwijdering, waarbij zoveel mogelijk de gewone gevangenisomgeving buiten beschouwing dient te blijven, zowel wat betreft de indeling van de inrichtingen als wat betreft de regels betreffende het functioneren van de inrichtingen, en waarbij het geheel gericht moet zijn op het leven in gemeenschap en het concept van „wonen minus vrijheid”. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) baseert zich op deze teksten voor een niet-uitputtende lijst van criteria aan de hand waarvan het beoordeelt of de plaats, de omstandigheden en het regime van de bewaring adequaat zijn (zie de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaken Bero en Bouzalmate, C-473/13, C-474/13 en C-514/13, EU:C:2014:295, punten 87 en 88).

66 Op grond van artikel 3 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM”), dat foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen in absolute zin verbiedt, heeft het EHRM gepreciseerd dat personen die worden opgesloten zich in een kwetsbare situatie bevinden en dat de autoriteiten de plicht hebben hen te beschermen, met name tegen gewelddadig of ongepast gedrag van medege-detineerden (EHRM, 15 januari 2019, Gjini tegen Servië, CE:ECHR:2019:0115JUD000112816).

67 In punt 28 van hoofdstuk IV van de normen van het CPT, over de bewaring van vreemdelingen, wordt vermeld dat „[...] het in bepaalde uitzonderlijke gevallen passend kan zijn een vreemdeling wegens zijn bekende neiging tot geweld in bewaring te houden in een gevangenis”.

68 Zie naar analogie arrest van 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punten 68 en 69).

**c) Eerbiediging van de minimumwaarborgen van richtlijn 2008/115 en van de grondrechten**

106. Zoals hierboven vermeld kan het doel van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 alleen worden begrepen in overeenstemming en samenhang met de rechten die zijn vastgelegd in het Handvest en meer in het bijzonder in de artikelen 1 tot en met 4 ervan, die de eerbiediging van de menselijke waardigheid en het recht op leven en menselijke integriteit waarborgen en onmenselijke en vernederende behandelingen verbieden. Deze verwijzingen liggen immers noodzakelijkerwijs besloten in de verwijzing naar de grondrechten in artikel 1 van richtlijn 2008/115.

107. Zoals advocaat-generaal Bot in zijn conclusie in de zaken Bero en Bouzalmate heeft benadrukt<sup>69</sup>, kunnen artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 en, meer in het algemeen, de bepalingen die specifiek betrekking hebben op de omstandigheden van bewaring van vreemdelingen in afwachting van verwijdering, dus slechts concreet en in overeenstemming met die teksten worden toegepast indien zij de eerbiediging van deze waarden verzekeren.

108. Derhalve dient op basis van richtlijn 2008/115 en de in het Handvest vervatte grondrechten te worden bepaald of, in omstandigheden als in het hoofdgeding, bij de inbewaringstelling van WM in een gevangenis de rechten worden geëerbiedigd die hem in de Unie worden toegekend.

*1) Minimumwaarborgen van richtlijn 2008/115*

109. Tot de concrete minimumwaarborgen van richtlijn 2008/115 voor onderdanen van derde landen in afwachting van verwijdering behoren de in artikel 16 van die richtlijn vastgestelde omstandigheden van bewaring, die door de nationale procedures in acht moeten worden genomen.

110. Uit een vergelijking van de bewoordingen van deze bepaling met de tekst van § 62a, lid 1, AufenthG blijkt dat alle in de richtlijn neergelegde waarborgen uitdrukkelijk in deze bepaling zijn opgenomen, met als belangrijke uitzondering de verplichting om aandacht te besteden aan de situatie van kwetsbare personen en in dringende medische zorg en de essentiële behandeling van ziekte te voorzien.<sup>70</sup>

111. Het staat hoe dan ook aan de verwijzende rechter zich ervan te vergewissen dat alle waarborgen betreffende de in artikel 16 van richtlijn 2008/115 vastgestelde omstandigheden van bewaring concreet in acht worden genomen bij de vrijheidsontneming van een in bewaring gestelde persoon in een penitentiaire inrichting. Deze beoordeling blijkt des te noodzakelijker en belangrijker in het licht van de relatief beknopte formulering van de genoemde waarborgen, en het is van belang toe te zien op de werkelijke draagwijdte van de vereisten van voornoemde bepaling. In dit verband lijkt het mij noodzakelijk bepaalde opmerkingen te maken naar aanleiding van het antwoord van de Duitse regering op het verzoek om inlichtingen van het Hof.

<sup>69</sup> Conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaken Bero en Bouzalmate (C-473/13, C-474/13 en C-514/13, EU:C:2014:295, punt 82).

<sup>70</sup> Het is zeer waarschijnlijk dat dergelijke overwegingen worden geïntegreerd in de voorschriften, organisatie en werkwijze van de gevangnissen. Ik merk in dit verband op dat er binnen de gevangenis bijzondere aandacht is besteed aan WM naar aanleiding van aanbevelingen van de „psychologische dienst”, toen bleek dat hij fysiek onrustig of juist teruggetrokken was. De betrokkene is eveneens psychiatrisch onderzocht bij de aanvang van zijn bewaring en de psychologische dienst heeft hem dagelijks en vervolgens met grotere tussenpozen bezocht om decompensatie te voorkomen. Uit deze gegevens blijkt dat de in bewaring gestelde persoon medisch behandeld werd, op basis waarvan a priori kan worden aangenomen dat in de gevangenis in dringende medische zorg en de essentiële behandeling van ziekte, althans van niet-ernstige aard, kon worden voorzien.

112. In de eerste plaats moet de informatie over de regels van de gevangenis en over de rechten en plichten van de onderdanen van derde landen die daar in bewaring worden gehouden, naar mijn mening, worden verstrekt in de door de betrokkenen gewoonlijk gebezigde talen. Ik merk op dat het antwoord van de Duitse regering geen enkele aanwijzing bevat over de vraag of deze informatieplicht voor in bewaring gestelde personen wordt nageleefd, waarbij die informatie met name een verwijzing moet bevatten naar het recht van de in bewaring gestelde persoon om contact op te nemen met relevante en bevoegde nationale, internationale en niet-gouvernementele organisaties en instanties.<sup>71</sup>

113. In de tweede plaats volgt uit het antwoord van de Duitse regering dat de in bewaring gestelde persoon „van tijd tot tijd toestemming kreeg om onder toezicht telefoongesprekken van dertig minuten te voeren met naaste familieleden”, vanaf 4 oktober 2017 tweemaandelijks een telefoongesprek van een uur kreeg en vervolgens vanaf 1 december 2017 wekelijks onder toezicht een telefoongesprek van dertig minuten mocht voeren. Dit strikte kader voor de communicatie met familieleden kan problemen opleveren ten aanzien van de formulering van artikel 16, lid 2, van richtlijn 2008/115, waarin sprake is van contact van in bewaring gestelde personen met hun gezinsleden „te gelegener tijd” en vooral „op verzoek”. Het gelijktijdige gebruik van deze twee uitdrukkingen weerspiegelt mijns inziens de wens van de Uniewetgever om tot een juist evenwicht te komen tussen de regels inzake de werkwijze van een entiteit, speciale inrichting voor bewaring of gevangenis, die noodzakelijkerwijs gericht zijn op het beheer van een gemeenschap in een veiligheidscontext, en de aan ieder van de in bewaring gestelde personen verleende waarborgen om contact te kunnen onderhouden met hun familie.<sup>72</sup>

114. In de derde plaats wordt in het antwoord van de Duitse regering verwezen naar het feit dat de in bewaring gestelde persoon contact heeft gehad met personen die in voorlopige hechtenis waren genomen en die zijn maaltijden zijn cel binnendroegen en, vanaf 4 oktober 2017, in het kader van vrije tijd telkens een uur heeft doorgebracht in het gezelschap van enkele andere „geschikte” gedetineerde personen. Deze situatie is niet onproblematisch in verband met de uitlegging van de bewoordingen van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115.

115. Dienaangaande is het Hof van oordeel dat uit de bewoordingen van deze bepaling blijkt dat deze een onvoorwaardelijke verplichting bevat om illegaal verblijvende derdelanders gescheiden te houden van de gewone gevangenen, wanneer een lidstaat deze onderdanen niet in speciale inrichtingen voor bewaring kan onderbrengen. Het Hof heeft daaraan toegevoegd dat er geen enkele uitzondering bestaat op de verplichting om illegaal verblijvende derdelanders gescheiden te houden van de gewone gevangenen en dat deze verplichting enerzijds een garantie vormt voor de eerbiediging van de rechten die de Uniewetgever in het kader van de voorwaarden voor bewaring met het oog op verwijdering in gevangnissen uitdrukkelijk heeft toegekend aan die derdelanders en anderzijds meer dan louter een specifieke wijze van uitvoering van de bewaring van derdelanders in gevangnissen is en een inhoudelijke voorwaarde vormt voor deze onderbrenging, zonder welke deze in beginsel niet in overeenstemming is met die richtlijn.<sup>73</sup>

71 Voorts stelt de Duitse regering in haar antwoord dat WM regelmatig ondersteund werd door de „sociale diensten” van de gevangenis, waarvan niet bekend is of het ging om een „niet-gouvernementele” nationale organisatie of instantie in de zin van artikel 16, lid 4, van richtlijn 2008/115.

72 Hoewel het volkomen begrijpelijk en aanvaardbaar is dat een migrant van wie een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging uitgaat voor een fundamenteel belang van de samenleving of voor de binnenlandse of buitenlandse veiligheid van de betrokken lidstaat, niet kan beschikken over een mobiele telefoon of op elk moment van de dag of de nacht gebruik kan maken van het communicatiemedium dat hem ter beschikking is gesteld, lijkt een van bovenaf opgelegde tijdelijke beperking van het recht op communicatie, teruggebracht tot een halfmaandelijks dan wel wekelijks contactmoment of zelfs met wisselende tussenpozen naar goeddunken van het gevangeniswezen, niet verenigbaar met de eisen en het doel van artikel 16 van richtlijn 2008/115. Het feit dat deze telefoongesprekken onder toezicht plaatsvinden, lijkt mij daarentegen passend in het licht van het specifieke profiel van de betrokken migrant.

73 Arrest van 17 juli 2014, Pham (C-474/13, EU:C:2014:2096, punten 17, 19 en 21).



116. Ook al is het de bedoeling van het Hof om artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 strikt uit te leggen<sup>74</sup>, er blijven toch vragen bestaan over de precieze draagwijdte van deze verplichting tot het gescheiden van gewone gevangenen onderbrengen, met name wat de betekenis betreft die aan deze uitdrukking moet worden gegeven. In het kader van haar opmerkingen wijst de Commissie op het verschil tussen de Duitse taalversie van bovengenoemde bepaling, waarin de term „Strafgefangenen” gebruikt wordt, die in het algemeen betrekking heeft op gedetineerden die tot een gevangenisstraf zijn veroordeeld en die ook wordt gebruikt in de prejudiciële vraag, en andere taalversies, waaronder de Engelse versie („ordinary prisoners”), de Franse versie („prisonniers de droit commun”), de Spaanse versie („presos ordinarios”), de Italiaanse versie („detenuti ordinari”), en de Estse versie („tavalistest vangidest”), waarin de termen personen in voorlopige hechtenis lijken te omvatten.

117. In aanbeveling 2017/2338 van de Commissie wordt vermeld: „De term ‚gewone gevangenen’ omvat zowel veroordeelde gevangenen als gevangenen in voorlopige hechtenis: dit wordt bevestigd door richtsnoer 10, lid 4, van de ‚Twintig richtsnoeren inzake gedwongen terugkeer’ van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, waarin expliciet wordt benadrukt dat ‚tijdens hun verwijdering van het grondgebied in bewaring zijnde personen normaliter niet samen met gewone gevangenen, hetzij veroordeelde gevangenen, hetzij gevangenen in voorlopige hechtenis, in bewaring mogen worden gesteld’. In bewaring gestelde personen moeten daarom ook gescheiden worden gehouden van gevangenen in voorlopige hechtenis.”

118. Er zij aan herinnerd dat richtlijn 2008/115 rekening wenst te houden met de „Twintig richtsnoeren inzake gedwongen terugkeer” van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, waarnaar in overweging 3 wordt verwezen, en die a priori moeten leiden tot een uitlegging van het begrip „gewone gevangenen”, met inbegrip van veroordeelden en personen die in voorlopige hechtenis zitten.

119. Deze oplossing lijkt mij echter zowel in theorie als in de praktijk niet volledig overtuigend.

120. Aan de tenuitvoerlegging van bewaring bij voorrang in een speciale inrichting en de verplichting om een migrant die in afwachting van verwijdering bij wijze van uitzondering in een penitentiaire inrichting wordt geplaatst, gescheiden van gewone gevangenen onder te brengen, ligt de overweging ten gronde dat personen die in een terugkeerprocedure verwickeld zijn, geen „misdadigers” zijn en dus anders moeten worden behandeld, aangezien de maatregel van bewaring van zuiver administratieve aard is. Hoewel terecht kan worden gesteld dat deze verplichting tot gescheiden onderbrengen rechtstreeks bijdraagt aan de eerbiediging van de menselijke waardigheid en van de grondrechten van een migrant die geen enkel misdrijf en zelfs geen overtreding heeft begaan<sup>75</sup>, geldt deze laatste vaststelling ook voor een persoon die in voorlopige hechtenis is genomen en die nog niet is veroordeeld en voor wie het vermoeden van onschuld geldt.<sup>76</sup> Het lijkt moeilijk om hem, althans vanuit juridisch oogpunt, als een „gevaarlijke” gedetineerde te zien.

<sup>74</sup> De motivering van het Hof in het arrest van 17 juli 2014, Pham (C-474/13, EU:C:2014:2096), roept mijns inziens vragen op wat betreft de contextuele uitlegging van artikel 16 van richtlijn 2008/115. Zoals reeds vermeld moet deze bepaling worden gelezen in samenhang met artikel 18 van deze richtlijn, dat bepaalt dat een lidstaat bij dringende maatregel „bewaringsomstandigheden [kan vaststellen] die afwijken van het bepaalde in artikel 16, lid 1, van de richtlijn”, een algemene formulering die niet alleen betrekking kan hebben op de tenuitvoerlegging van bewaring in speciale inrichtingen, maar ook, als noodzakelijk gevolg daarvan, op de verplichting om migranten in bewaring die in het kader van een dringende maatregel in een gevangenis zijn geplaatst, gescheiden van de gewone gevangenen onder te brengen. De gegrondheid van het gebruik van de kwalificatie „onvoorwaardelijk”, die is toegepast op de verplichting om illegaal verblijvende derdelanders gescheiden te houden van de gewone gevangenen, lijkt mij niet zeker.

<sup>75</sup> Conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaken Bero en Bouzalmate (C-473/13, C-474/13 en C-514/13, EU:C:2014:295, punt 99).

<sup>76</sup> Zie artikel 48 van het Handvest en richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (PB 2016, L 65, blz. 1).

121. In de praktijk kan een strikte opvatting van de verplichting tot gescheiden onderbrengen leiden tot een situatie die op zijn minst paradoxaal is, in die zin dat het voorkomen van elk contact met gevangenen, ongeacht hun strafrechtelijke status, tot gevolg heeft dat de migrant in een vorm van isolement terechtkomt die zijn of haar waardigheid kan aantasten, ook al was de verplichting bedoeld om de betrokken persoon te beschermen.<sup>77</sup> De kwestie wordt nog ingewikkelder als men kijkt naar het specifieke profiel van de betrokken migrant, die in afwachting van zijn verwijdering gevangen is genomen vanwege het gevaar dat hij vormt, wat duidelijk niet het profiel is waarmee rekening is gehouden bij de formulering van artikel 16 van richtlijn 2008/115. Zo lijkt het veiligheidsrisico voor de fysieke integriteit van de personen die in contact kunnen komen met die migrant, dat rechtmatig in aanmerking is genomen om inbewaringstelling in een gevangenis te rechtvaardigen, te pleiten voor een absoluut verbod op elke vorm van communicatie met gevangenen, of ze nu veroordeeld zijn of wachten op een rechterlijke uitspraak, dit keer met de bedoeling om die gevangenen te beschermen.

122. In dit stadium moet worden nagegaan of de waardigheid van een migrant die in afwachting is van verwijdering en wiens vrijheid is ontnomen door te worden vastgehouden in een penitentiaire inrichting en die overeenkomstig bovengenoemde bepaling verstoken is van alle contact met „gewone gevangenen”, eventueel is aangetast.

## *2) Eerbiediging van de menselijke waardigheid en verbod op onmenselijke of vernederende behandelingen*

123. De inhoud en de reikwijdte van artikel 4 van het Handvest, dat overeenstemt met artikel 3 EVRM, zijn krachtens artikel 52, lid 3, van het Handvest dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend.<sup>78</sup>

124. Het in artikel 4 van het Handvest neergelegde verbod van onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen heeft een absoluut karakter, aangezien het nauw samenhangt met de eerbiediging van de menselijke waardigheid, bedoeld in artikel 1 van het Handvest. Het absolute karakter van het door artikel 4 van het Handvest gewaarborgde recht wordt bevestigd door artikel 3 EVRM. Zoals volgt uit artikel 15, lid 2, EVRM mag er immers in geen enkel geval van artikel 3 EVRM worden afgeweken.<sup>79</sup> De artikelen 1 en 4 van het Handvest behelzen, net als artikel 3 EVRM, een van de fundamentele waarden van de Unie en haar lidstaten. Dat is de reden waarom het EVRM foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen in alle omstandigheden, ook in het kader van de strijd tegen terrorisme en georganiseerde misdaad, in absolute termen verbiedt, ongeacht de gedragingen van de betrokkene.<sup>80</sup>

125. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat artikel 3 EVRM aan de autoriteiten van de staat op wiens grondgebied iemand in hechtenis is genomen, een positieve verplichting oplegt om zich ervan te vergewissen dat elke gevangene wordt gedetineerd in omstandigheden die de eerbiediging van de menselijke waardigheid waarborgen, dat de wijze waarop de maatregel wordt uitgevoerd de betrokkene niet blootstelt aan een lijden of aan een beproeving waarvan de intensiteit het onvermijdelijke niveau van lijden dat inherent is aan detentie overstijgt, alsook dat de gezondheid en het welzijn van de gevangene, gelet op de praktische vereisten van de opsluiting, afdoende zijn gewaarborgd.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> Het is zeker mogelijk om de hypothese in overweging te nemen dat verschillende migranten in afwachting van verwijdering tegelijkertijd in een penitentiaire inrichting worden geplaatst en dus hun vrije tijd kunnen delen voor activiteiten of luchten, zonder dat daarmee artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 geschonden wordt. Het is zeer waarschijnlijk dat dit scenario, hoewel het niet theoretisch is, statistisch gezien marginaal is.

<sup>78</sup> Zie in die zin arrest van 19 maart 2019, Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, punt 91).

<sup>79</sup> Arrest van 5 april 2016, Aranyosi en Căldăraru (C-404/15 en C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punten 85 en 86).

<sup>80</sup> Arrest van 5 april 2016, Aranyosi en Căldăraru (C-404/15 en C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punt 87).

<sup>81</sup> Arrest van 5 april 2016, Aranyosi en Căldăraru (C-404/15 en C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punt 90), en de aangehaalde rechtspraak van het EHRM.

126. Een van de wijzen van tenuitvoerlegging waarmee rekening wordt gehouden bij de beoordeling of er sprake is van onmenselijke of vernederende behandelingen is het eenzaam opsluiten van de gevangene. In dit verband heeft het EHRM het volgende aangegeven: „[E]en volledig zintuiglijk isolement in combinatie met een volledig sociaal isolement kan de persoonlijkheid vernietigen en is een vorm van onmenselijke behandeling die niet kan worden gerechtvaardigd door de eisen van veiligheid of enige andere reden. Daarentegen is het verbod op contact met andere gedetineerden om redenen van veiligheid, discipline en bescherming op zich geen vorm van onmenselijke behandeling of bestraffing.” Het EHRM heeft ook gepreciseerd dat er bij de beoordeling van de omstandigheden van de detentie rekening moet worden gehouden met de cumulatieve effecten ervan, wat ertoe leidt dat het Hof, naast de materiële omstandigheden van het onderbrengen in een gevangeniscel, ook de duur van de eenzame opsluiting moet controleren.<sup>82</sup>

127. De bevoegde autoriteit waarbij een beroep wordt ingesteld tegen een beslissing om een migrant in afwachting van verwijdering in een gevangenis in bewaring te stellen, dient daarom op basis van objectieve, betrouwbare, nauwkeurige en naar behoren bijgewerkte gegevens en afgemeten aan het beschermingscriterium van de door het Unierecht gewaarborgde grondrechten te beoordelen of er zwaarwegende en op feiten berustende gronden bestaan om aan te nemen dat de betrokkene als gevolg van de omstandigheden van zijn of haar detentie aan onmenselijke of vernederende behandelingen wordt onderworpen.<sup>83</sup>

128. Hoewel de feitelijke elementen waarvan deze beoordeling afhangt, door de verwijzende rechter moeten worden onderzocht, kan het Hof aanwijzingen geven over de elementen die in het kader van een dergelijk onderzoek in aanmerking moeten worden genomen.

129. Uit het antwoord van de Duitse regering<sup>84</sup> blijkt dat de detentieomstandigheden van de betrokken migrant, in de stand van het aan het Hof voorgelegde dossier en behoudens bewijs van het tegendeel door de verzoeker in het hoofdgeding, niet lijken te wijzen op een onmenselijke of vernederende behandeling zoals omschreven in de punten 125 en 126 hierboven, temeer daar de betrokkene niet in eenzame opsluiting is geplaatst, aangezien hij in staat was om met de buitenwereld en, in het bijzonder, met gedetineerden in de gevangenis te communiceren die in afwachting van een rechterlijke uitspraak waren.

130. In het licht van de jurisprudentie van het EHRM over het loutere verbod van volledig zintuiglijk isolement in combinatie met een volledig sociaal isolement, zou kunnen worden overwogen dat de bovengenoemde conclusie dat er geen sprake is van onmenselijke of vernederende behandeling ook geldt als er geen enkel contact van de betrokken migrant met gewone gevangenen is, ongeacht hun strafrechtelijke status, aangezien de situatie van de betrokkene in een dergelijk geval slechts als een gedeeltelijk en relatief isolement kan worden aangemerkt.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> EHRM, 4 juli 2006, Ramirez Sanchez tegen Frankrijk (CE:ECHR:2006:0704JUD005945000, §§ 119 en 123 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>83</sup> Zie naar analogie arresten van 19 maart 2019, Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, punt 90), en 5 april 2016, Aranyosi en Căldăraru (C-404/15 en C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punten 88 en 89).

<sup>84</sup> WM was opgesloten in de gevangenis Frankfurt am Main I, een normaal detentiecentrum voor voorlopige hechtenis met veiligheidsniveau 1, dat geen *high security unit* heeft. Hij werd in „normale” of speciaal bewaakte individuele gevangeniszellen geplaatst, dat wil zeggen vrij van gevaarlijke voorwerpen en met videobewaking, had dagelijks recht op een uur vrije tijd in het gezelschap van andere gedetineerden die in afwachting van een rechterlijke uitspraak waren, op verblijf in de buitenlucht en op een dagelijkse douche en hij had de gelegenheid om één keer per week te sporten en om voedsel te kopen. WM had niet alleen contact met de gezondheidsdienst, sociale diensten, familieleden, advocaten van het Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (federaal bureau voor migratie en vluchtelingen, Duitsland), maar kreeg ook regelmatig bezoek van een imam. Er is overigens geen melding gemaakt van nadelige gevolgen voor de gezondheid van de betrokkene als gevolg van zijn of haar detentie. Deze aanwijzingen zijn in tegenspraak met de inhoud van de opmerkingen die namens verzoeker in het hoofdgeding zijn gemaakt die verwijzen naar een gedetineerde die niet in contact mocht komen met andere gedetineerden en met de buitenwereld.

<sup>85</sup> EHRM, 4 juli 2006, Ramirez Sanchez tegen Frankrijk (CE:ECHR:2006:0704JUD005945000, § 135). Bij de beoordeling van de cumulatieve effecten van de detentieomstandigheden moet echter rekening worden gehouden met de duur van de bewaring die in relatief isolement is doorgebracht, in voorkomend geval gecumuleerd met de duur van de voorafgaande detentie in verband met een strafrechtelijke procedure.

131. Een strikte uitlegging van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2008/115 en van de daarin vervatte verplichting tot gescheiden onderbrengen, gebaseerd op een opvatting van het begrip „gewone gevangenen” die veroordeelde personen en gedetineerden in voorlopige hechtenis omvat, zou dus kunnen worden aangenomen zonder de noodzakelijke eerbiediging van de grondrechten van de opgesloten migrant in afwachting van verwijdering in gevaar te brengen, onder voorbehoud van een beoordeling van de cumulatieve effecten van de detentieomstandigheden.

132. Het lijkt mij echter dat een dergelijke redenering te theoretisch en te rigide is, aangezien zij leidt tot een systeem dat louter automatisch werkt, en waarbij geen nauwkeurig onderzoek van elke afzonderlijke situatie plaatsvindt. Een dergelijk onderzoek wordt niettemin vereist door het evenredigheidsbeginsel en wordt doorgaans door het Hof geëist in het kader van de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2008/115. Het voorbeeld van het hoofdgeding lijkt mij in dit opzicht bijzonder verhelderend wat deze regeling betreft, die zou kunnen leiden tot haast ongerijmde uitkomsten, aangezien het enkele feit dat een gedetineerde in voorlopige hechtenis, die verantwoordelijk is voor het bezorgen van maaltijden in de cellen, in contact staat met de betrokken migrant, zou volstaan om een schending van de verplichting tot gescheiden onderbrengen te vormen. Een te strikt begrepen verplichting tot gescheiden onderbrengen leidt ertoe dat het onmogelijk is contact te hebben, zelfs incidenteel, wat praktisch onhoudbaar is.

133. Bovendien wordt door het eenzaam opsluiten van een migrant, ook als het gedeeltelijk en relatief is door het loutere verbod om contact te hebben met gewone gevangenen, de betrokken migrant de toegang ontnomen tot sportieve, culturele en betaalde werkactiviteiten die collectief aan andere gedetineerden worden aangeboden, hetgeen een strafrechtelijk karakter verleent aan een maatregel die geacht wordt dit karakter in zijn geheel niet te hebben en ongerechtvaardigde discriminatie van de migrant met betrekking tot de omstandigheden van zijn verblijf in de gevangenis teweegbrengt.<sup>86</sup>

134. Daarom moet een billijk evenwicht worden gevonden tussen de noodzaak om elk risico van discriminerende, onmenselijke of vernederende behandeling van migranten die in bewaring zijn gesteld in een gevangenis te voorkomen en de noodzaak om er, overeenkomstig de tekst van artikel 16 van richtlijn 2008/115, voor te zorgen dat deze migranten gescheiden van gewone gevangenen worden ondergebracht, met het oog op bescherming van de fysieke en psychische integriteit van deze migranten, waaraan de bescherming van de gevangenen en het toezichthoudend personeel dient te worden toegevoegd, in het geval van migranten die een gevaar vormen voor de openbare orde of de openbare veiligheid. Dit compromis, dat moeilijk uit te voeren is, zou naar mijn mening op twee elementen kunnen berusten.

135. In de eerste plaats moet het begrip „gewone gevangenen” zo worden uitgelegd dat gedetineerden in voorlopige hechtenis die vermoedelijk onschuldig zijn, worden uitgesloten. In de tweede plaats moet een systematische individuele opsluiting van de betrokken migrant aangehouden worden, waarbij contact kan worden toegestaan met de gedetineerden in voorlopige hechtenis in het kader van de bovengenoemde collectieve activiteiten en aangepast door de functionarissen van de inrichting die volledig op de hoogte zijn van de dagelijkse werkelijkheid in de gevangenis, daarbij rekening houdend met de reden van de plaatsing in de gevangenis, het nagestreefde doel, de persoonlijkheid en het gedrag van de betrokken migrant. Deze oplossing, die theoretisch denkbaar is, lijkt mij praktisch wenselijk.

<sup>86</sup> Het is belangrijk te benadrukken dat de maximumtermijn van de bewaring bepaald in artikel 15, leden 5 en 6, van richtlijn 2008/115 18 maanden bedraagt. De bewaring van WM binnen de gevangenis van Frankfurt am Main heeft 8 maanden en 21 dagen geduurd.



3) *Recht op vrijheid en op een daadwerkelijk rechtsmiddel*

136. Vooraf moet worden opgemerkt dat artikel 16 van richtlijn 2008/115 niet verwijst naar de vaststelling van een specifieke beslissing over de inbewaringstelling in een gevangenis van een migrant in afwachting van verwijdering. Aangezien dit in feite een bijzondere manier is om de maatregel van bewaring uit te voeren, moet er – gezien de algemene opzet van richtlijn 2008/115, die in aanmerking moet worden gehouden bij de uitlegging van de bepalingen van die richtlijn<sup>87</sup> – worden verwezen naar artikel 15 van die richtlijn.

137. In artikel 15 van richtlijn 2008/115 worden strikte materiële voorwaarden voor de inbewaringstelling en handhaving van de bewaring vastgesteld en wordt de rechterlijke toetsing van de vaststelling van deze maatregelen omschreven.

138. Uit artikel 15 van richtlijn 2008/115 blijkt dat de inbewaringstelling door een administratieve of gerechtelijke autoriteit kan worden gelast, waarbij de lidstaten verplicht zijn ofwel erin te voorzien dat een spoedige rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de bewaring zo spoedig mogelijk na de aanvang ervan plaatsvindt ofwel de betrokken onderdaan van een derde land het recht te bieden voorziening te vragen bij het gerecht zodat de rechtmatigheid van de bewaring aan een spoedige rechterlijke toetsing wordt onderworpen, die zo spoedig mogelijk na het instellen van deze procedure tot een beslissing leidt, waarbij de betrokken onderdaan onmiddellijk wordt vrijgelaten als zijn bewaring als onrechtmatig wordt beschouwd.

139. Ongeacht of de inbewaringstelling door een administratieve of gerechtelijke autoriteit wordt bevolen, wordt de inbewaringstelling krachtens artikel 15, lid 3, van richtlijn 2008/115 met redelijke tussenpozen op verzoek van de onderdaan of ambtshalve getoetst. In het geval van een lange periode van bewaring is in rechterlijke toetsing voorzien. In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat de toetsing van een eventuele verlenging van de bewaring van een onderdaan van een derde land moet worden verricht door een rechterlijke autoriteit, die bij de beslissing over de mogelijkheid van verlenging van de oorspronkelijke bewaring een toetsing van deze bewaring moet verrichten, zelfs indien de autoriteit die deze rechterlijke autoriteit heeft geadieerd daar niet uitdrukkelijk om heeft verzocht en zelfs indien de bewaring van de betrokken onderdaan reeds is getoetst door de autoriteit die de aanvankelijke bewaring heeft gelast.<sup>88</sup>

140. Er zij aan herinnerd dat richtlijn 2008/115, zoals volgt uit overweging 24 en artikel 1, moet worden uitgelegd met eerbiediging van de grondrechten en met inachtneming van de beginselen die met name zijn neergelegd in het Handvest. Wat meer in het bijzonder de in artikel 15 van richtlijn 2008/115 bedoelde beroepswegen tegen besluiten in het kader van bewaring betreft, moeten de kenmerken ervan worden vastgesteld overeenkomstig artikel 6 van het Handvest betreffende het recht op vrijheid van eenieder en artikel 47 van het Handvest, volgens hetwelk eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.<sup>89</sup>

141. Daarom moet worden overwogen dat een gerechtelijke autoriteit die beslist over een verzoek tot inbewaringstelling of verlenging van de maatregel, met tenuitvoerlegging in een gevangenis, vanwege het feit dat van de betrokken migrant gevaar uitgaat voor de openbare orde of de openbare veiligheid, moet kunnen beslissen over alle feitelijke en juridische elementen die relevant zijn om te bepalen of de

<sup>87</sup> Arrest van 18 december 2014, *Abdida* (C-562/13, EU:C:2014:2453, punt 57).

<sup>88</sup> Arrest van 5 juni 2014, *Mahdi* (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, punt 56).

<sup>89</sup> Zie naar analogie arrest van 19 juni 2018, *Gnandi* (C-181/16, EU:C:2018:465, punten 51 en 52).



gevraagde maatregel gerechtvaardigd is in het licht van de vereisten van artikel 15 van richtlijn 2008/115 en de vereisten inzake het bewijs dat er sprake is van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving of de interne of externe veiligheid van de betrokken lidstaat aantast.<sup>90</sup>

142. Wanneer de bewaring niet langer is gerechtvaardigd ten aanzien van deze vereisten, moet de bevoegde rechterlijke autoriteit haar beslissing in de plaats kunnen stellen van die van de administratieve autoriteit of, in voorkomend geval, van die van de rechterlijke autoriteit die de aanvankelijke bewaring heeft gelast, en kunnen beslissen over de mogelijkheid om een vervangende maatregel of de invrijheidstelling van de betrokken onderdaan te gelasten. Daartoe moet de rechterlijke autoriteit in staat zijn rekening te houden met zowel de feitelijke elementen en de bewijzen die zijn aangevoerd door de administratieve autoriteit die de aanvankelijke bewaring heeft gelast, als elke eventuele opmerking van de betrokken derdelander. Bovendien moet zij elk ander voor haar beslissing relevant element kunnen achterhalen indien zij dit noodzakelijk acht. Daaruit volgt dat de bevoegdheden van de rechterlijke autoriteit in het kader van een controle in geen geval beperkt kunnen zijn tot louter de elementen die door de betrokken administratieve autoriteit worden aangevoerd.<sup>91</sup>

143. Iedere andere uitlegging van artikel 15 van richtlijn 2008/115 zou ertoe leiden dat de leden 1, 2, 4 en 6 van dit artikel en lid 1 van artikel 16 hun nuttige werking wordt ontnomen en dat de bij artikel 15 van deze richtlijn vereiste rechterlijke controle wordt uitgehold, waardoor de verwezenlijking van de door deze richtlijn nagestreefde doelstellingen in gevaar zou worden gebracht.<sup>92</sup>

144. Bovendien moeten de bepalingen van artikel 15 van richtlijn 2008/115 niet alleen worden gelezen in het licht van de artikelen 6 en 47 van het Handvest, maar ook in het licht van de bepalingen van het EVRM waarnaar het Handvest verwijst, met als overeenkomstige rechten in casu artikel 5, betreffende het recht op vrijheid en veiligheid, en de artikelen 6 en 13, betreffende het recht op een eerlijk proces en op een daadwerkelijk rechtsmiddel, van het EVRM.<sup>93</sup>

145. In deze context moet worden overwogen dat het mogelijk moet zijn om in geval van een verzoek om individuele toetsing ingediend door de betrokken migrant in de zin van artikel 15, lid 3, eerste volzin, van richtlijn 2008/115, op korte termijn en ongeacht het feit dat de termijn voor de ambtshalve verrichte toetsing van de bewaring niet is verstreken, de detentieomstandigheden van de betrokkene te onderzoeken om na te gaan of in strijd met de artikelen 1 tot en met 4 van het Handvest, gelezen in samenhang met artikel 3 van het EVRM, zijn waardigheid is aangetast, teneinde eerbiediging van de uit de artikelen 6 en 47 van het Handvest voortvloeiende vereisten te waarborgen.

146. Het staat aan de verwijzende rechter om in het licht van de hierboven uiteengezette aanwijzingen de nodige controles uit te voeren met betrekking tot de eerbiediging van de in richtlijn 2008/115 bedoelde minimumwaarborgen en de inachtneming van de grondrechten van de onderdaan van een derde land die in bewaring is gesteld in een gevangenis.

<sup>90</sup> Zie naar analogie arresten van 5 juni 2014, Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, punt 62); 11 juni 2015, Zh. en O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punt 57); 24 juni 2015, T. (C-373/13, EU:C:2015:413, punt 92), en 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punten 67 en 73).

<sup>91</sup> Zie naar analogie arrest van 5 juni 2014, Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, punt 62).

<sup>92</sup> Zie naar analogie arrest van 5 juni 2014, Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, punt 63).

<sup>93</sup> Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het vereiste rechtsmiddel met voldoende zekerheid moet bestaan, zowel in de praktijk als in theorie, omdat het anders de vereiste toegankelijkheid en effectiviteit mist (EHRM, 11 oktober 2007, Nasrullojev tegen Rusland, CE:ECHR.011JUD000065606, § 86, en 5 april 2011, Rahimi tegen Griekenland, CE:ECHR.2011:0405JUD000868708, § 120 en 121, wegens gebrek aan toegang tot een rechtsmiddel, omdat de brochure niet was opgesteld in een taal die door de verzoeker werd begrepen), alsook dat het op korte termijn mogelijk moet zijn tijdens de periode van bewaring en ingesteld moet worden voor een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie, met de mogelijkheid, in voorkomend geval, tot invrijheidsstelling van betrokkene (EHRM, 20 juni 2002, Al-Nashif tegen Bulgarije, CE:ECHR.2002:0620JUD005096399, § 92, en 11 oktober 2007, Nasrullojev tegen Rusland, CE:ECHR.2007:1011JUD000065606, § 86) of op zijn minst een passende genoegdoening met een verbetering van de materiële omstandigheden van de hechtenis (EHRM, 21 mei 2015, Jengo tegen Frankrijk, CE:ECHR.2015:0521JUD005049412, §§ 58-62).

147. In dit verband blijkt uit de verwijzingsbeslissing en het antwoord van de Duitse regering dat besluiten om een persoon in bewaring te stellen en de maatregel te verlengen in de regel door een rechter worden genomen en dat de betrokken migrant de mogelijkheid heeft om tegen deze rechterlijke beslissingen beroep in het stellen. Daarnaast wordt vermeld dat de maximale duur van de oorspronkelijke bewaring is vastgesteld op zes maanden, met een mogelijke verlenging van ten hoogste twaalf maanden. Op een vraag over de wijze van rechterlijke toetsing heeft de Duitse regering verklaard dat een besluit waarbij vrijheidsontneming wordt bevolen of verlengd, ambtshalve moet worden vernietigd vóór het verstrijken van de voorgeschreven termijn wanneer de reden voor de vrijheidsontneming is weggevallen en dat de betrokkene of de autoriteit ook om opheffing van de vrijheidsontneming kan verzoeken, waarbij de rechter over dit verzoek beslist door middel van een beschikking waartegen beroep kan worden aangetekend.

148. Vastgesteld moet worden dat het aan het Hof voorgelegde dossier niet voldoende onderbouwd is om een nauwkeurig inzicht te geven in de procedureregels die van toepassing zijn op de beroepswegen die ontstaan voor de betrokken onderdaan van een derde land, en om de verwijzende rechter op grond daarvan nadere informatie te verstrekken.

## V. Conclusie

149. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

„Artikel 16 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, gelezen in samenhang met artikel 15 van die richtlijn en in het licht van de artikelen 1 tot en met 4, 6 en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling die het mogelijk maakt om een onderdaan van een derde land in afwachting van verwijdering die een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving of de interne of externe veiligheid van de betrokken lidstaat – hetgeen door de bevoegde nationale autoriteit moet worden nagegaan – in bewaring te stellen in een gevangenis, met dien verstande dat contact met veroordeelde gedetineerden verboden is.

Het staat eveneens aan de bevoegde nationale autoriteit waarbij beroep is ingesteld tegen het besluit tot bewaring of verlenging van de bewaring in een gevangenis van een onderdaan van een derde land in afwachting van verwijdering, om concreet en nauwgezet na te gaan wat de detentieomstandigheden van deze persoon zijn, om zich ervan te vergewissen dat zowel de beginselen van doeltreffendheid en evenredigheid als de minimumwaarborgen in artikel 16 van richtlijn 2008/115 en de grondrechten van die persoon, zoals neergelegd in de artikelen 1 tot en met 4, 6 en 47 van het Handvest van de grondrechten, in acht worden genomen.”