

**Mercuriale 2019 – Integrale versie van de studie voorgesteld in de
heropeningsrede uitgesproken door de heer procureur-generaal bij het Hof van
Cassatie van België André HENKES op de plechtige terechtzitting van 2 september
2019**

**DE VRIJHEIDSBEROVING VAN EEN VREEMDELING EN HET BEROEP BIJ DE
RECHTERLIJKE MACHT¹**

INLEIDING

1. Volgens het internationale recht behoort het tot de soevereiniteit van elk land om te bepalen of een vreemdeling² in dat land mag verblijven, voor hoelang en onder welke voorwaarden.

Het is dan ook voor de hand liggend dat het asiel- en migratiebeleid zeer sterk is vormgegeven door de nationale wetgeving. In België wordt de rechtstoestand van vreemdelingen onder meer geregeld door de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.³

2. De Staat dient evenwel ook rekening te houden met internationale verplichtingen, zoals de eerbiediging van de mensenrechten (IVBPR, EVRM en Kinderrechtenverdrag) en de bescherming van vluchtelingen (het Vluchtelingenverdrag van Genève van 28 juli 1951) en staatlozen (het Staatlozenverdrag van New York van 28 september 1954). De laatste jaren is er ook een groeiende europeanisering van het asiel- en migratierecht, die België als lidstaat verplicht om zijn regelgeving in overeenstemming te brengen met Europese regelgeving.

3. Van bij de totstandkoming van de Vreemdelingenwet in 1980 heeft de wetgever ervoor gekozen om de rechtsmacht van de rechtscolleges van de gewone rechterlijke macht in het domein van het vreemdelingenrecht *sensu stricto* te beperken, d.i. het geheel van bepalingen die de materieelrechtelijke voorwaarden en procedurele modaliteiten vastleggen waaronder aan niet-nationale onderdanen toegang tot het grondgebied of een verblijf kan worden verleend dan wel ontzegd, en in welk geval verwijdering van het grondgebied mogelijk is. De wetgever heeft ervoor geopteerd om het luik van de rechtsbescherming van vreemdelingen betreffende verblijfsrechtelijke beslissingen toe te vertrouwen aan (gespecialiseerde) administratieve rechtscolleges, met name de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en de Raad van State.

Dat geldt veel minder voor het domein van het vreemdelingenrecht *sensu latu*, dat niet alleen de materieelrechtelijke toelatings- en verblijfscriteria en procedurele modaliteiten omvat,

¹ Mijn oprechte dank aan mevrouw E. Van Sichel, aan de heer raadsheer F. Van Volsem en aan de heer advocaat-generaal D. Vandermeersch die op substantiële en beslissende wijze aan voorliggende studie hebben bijgedragen.

² Dit is, overeenkomstig artikel 1, § 1, 1°, Vreemdelingenwet, al wie het bewijs niet levert dat hij de Belgische nationaliteit bezit.

³ B.S. 31 december 1980 (hierna genoemd: Vreemdelingenwet).

maar ook het geheel van (strafrechtelijke en sociaalrechtelijke) bepalingen inzake de handhaving van de verblijfsreglementering.

In dat domein is de bevoegdheid van de rechtscolleges van de gewone rechtelijke macht onaangetast gebleven. Zo zijn de correctionele kamers van de rechtbanken van eerste aanleg en de hoven van beroep bevoegd voor de handhaving van het vreemdelingenrecht via strafrechtelijke weg.⁴ De rechtsmacht inzake de handhaving van de verblijfsreglementering via het sociaal recht komt de arbeidsgerechten in eerste aanleg en in hoger beroep toe.⁵ De handhaving van de verblijfsreglementering via de administratieve vrijheidsberoving berust bij de onderzoeksgerechten.⁶

4. Deze openingsrede beperkt zich tot de bespreking van het beroep bij de rechterlijke macht tegen een maatregel van administratieve vrijheidsberoving, zoals geregeld in de artikelen 71-74 Vreemdelingenwet. In het kader daarvan wordt een niet-exhaustief overzicht gegeven van de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie (**deel 1**). Er worden vragen gesteld bij de doeltreffendheid van het beroep bij de rechterlijke macht en in dat verband worden twee voorstellen tot wijziging van de huidige regeling geformuleerd (**deel 2**).

DEEL I. VRIJHEIDSBEROVING EN BEROEP BIJ DE RECHTERLIJKE MACHT – OVERZICHT

A. Verdragsrechtelijke en wettelijke grondslag

5. Overeenkomstig artikel 5.1, f) van het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) is de vrijheidsberoving van een vreemdeling mogelijk teneinde hem te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen, of indien tegen hem een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is.

Een persoon kan dus worden opgesloten met de loutere bedoeling om de nationale migratiewet af te dwingen, ook al werd geen misdrijf gepleegd. Wel dient artikel 5.2 EVRM te worden nageleefd. Overeenkomstig dit artikel dient elke persoon die van zijn vrijheid wordt beroofd, onverwijld en in een taal die hij verstaat, op de hoogte te worden gebracht van de redenen van zijn opsluiting.

Artikel 5.4 EVRM bepaalt vervolgens dat eenieder die door arrestatie of gevangenhouding van zijn vrijheid is beroofd, het recht heeft voorziening te vragen bij de rechter opdat deze op korte termijn beslist over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de gevangenhouding onrechtmatig is.⁷ Een vreemdeling die wordt gevangen

⁴ Bij voorbeeld: de strafbaarstelling van illegaal verblijf, mensensmokkel, mensenhandel, huisjesmelkerij, schijnhuwelijk.

⁵ Bij voorbeeld: de gevallen waarin vreemdelingen aanspraak kunnen maken op sociale voorzieningen.

⁶ S. BOUCKAERT, "De invloed van de gewone rechtscolleges in het domein van het Belgische verblijfsrecht (1980-2010): verregaander dan door de wetgever gewild of ingeschat en daarom problematisch?" in M.-C. FOLETS, D. VANHEULE en M. MAES (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, deel 14: dertig jaar vreemdelingenrecht, Brugge, die Keure, 2011, 175-176.

⁷ Dit artikel verzekert de bescherming van personen aan wie de vrijheid is ontnomen door arrestatie of detentie. Het is dan ook niet van toepassing zolang de beslissing tot vrijheidsbeneming niet is uitgevoerd: Cass. 6 augustus 2013, P.13.1320.N, *T.Vreemd.* 2014, 72.

gehouden met het oog op verwijdering van het grondgebied heeft bijgevolg recht op een controle van zijn vrijheidsberoving door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Deze rechterlijke controle wordt geregeld in de artikelen 71 tot 74 van de Vreemdelingenwet.

B. Beslissingen die vatbaar zijn voor een beroep bij de rechterlijke macht

6. Artikel 71, eerste en tweede lid, Vreemdelingenwet somt de gevallen op waarin een vreemdeling het voorwerp kan uitmaken van een administratieve vrijheidsberoving. Het gaat over de volgende situaties:

1) Vrijheidsberoving van vreemdelingen die onwettig in België verblijven

- aan de vreemdeling werd een bevel afgegeven om het grondgebied te verlaten (artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet).
- tijdens het onderzoek door de Belgische overheid over de erkenning van een verwijderingsmaatregel, genomen door een andere EU-lidstaat (artikel 8bis, § 4, Vreemdelingenwet);
- om de vreemdeling met dwang naar de grens terug te leiden (artikel 27 Vreemdelingenwet);
- voor een verlenging van de opsluiting van artikel 27 Vreemdelingenwet na een termijn van twee maanden (artikel 29, tweede lid, Vreemdelingenwet);
- om de uitvoering van een verwijderingsmaatregel ten aanzien van burgers van de Unie en hun familieleden te garanderen (artikel 44septies Vreemdelingenwet);

2) Vrijheidsberoving op het Belgische grondgebied van verzoekers om internationale bescherming

- tijdens de zogenaamde Dublin-procedure, meer bepaald tijdens het onderzoek naar de verantwoordelijke lidstaat voor de behandeling van het verzoek om internationale bescherming (artikel 51/5, § 1, tweede lid, Vreemdelingenwet) of wanneer vastgesteld wordt dat België niet de verantwoordelijke lidstaat is voor de behandeling van dit verzoek en voor het waarborgen van de effectieve overdracht van de vreemdeling naar de lidstaat die bevoegd is voor de behandeling van het verzoek om internationale bescherming (artikel 51/5, § 4, derde lid, Vreemdelingenwet);
- voor hetzelfde geval als het vorige, maar de verzoeker om internationale bescherming bevindt zich in een ander land en moet door België teruggenomen worden, en dit alvorens België de beslissing heeft genomen waarbij verklaard wordt dat het niet bevoegd is (artikel 51/6, tweede lid, Vreemdelingenwet);
- wanneer de vreemdeling die een verzoek om internationale bescherming heeft ingediend, van de tijdelijke bescherming uitgesloten is (artikel 57/32, § 2, tweede lid, Vreemdelingenwet);
- als de verzoeker om internationale bescherming kan worden vastgehouden op het grondgebied op grond van artikel 74/6 Vreemdelingenwet, dat de volgende vasthoudingsgronden opsomt:
 - o om de identiteit of nationaliteit van de verzoeker vast te stellen of na te gaan;
 - o om de gegevens te verkrijgen die ten grondslag liggen aan het verzoek om internationale bescherming en die niet zouden kunnen worden verkregen als

de verzoeker niet vastgehouden zou worden, met name in geval van risico op onderduiken van de verzoeker;

- wanneer de verzoeker ter voorbereiding van de terugkeer en/of ter uitvoering van het verwijderingsproces wordt vastgehouden, en er kan worden aangetoond op basis van objectieve criteria, zoals het feit dat de verzoeker reeds de mogelijkheid van toegang tot de asielprocedure heeft gehad, dat er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat de betrokkene het verzoek om internationale bescherming louter heeft ingediend om de uitvoering van het terugkeerbesluit uit te stellen of te verijdelen;
- wanneer de bescherming van de nationale veiligheid of de openbare orde dat vereisen.

3) *Vrijheidsberoving aan de grens*

- van de vreemdeling die met toepassing van de Vreemdelingenwet, door de met grenscontrole belaste overheden kan worden teruggedreven of de vreemdeling die België tracht binnen te komen zonder aan de binnenkomstvoorwaarden (artikelen 2 en 3 Vreemdelingenwet) te voldoen en een verzoek om internationale bescherming doet aan de grens (artikel 74/5 Vreemdelingenwet).

7. Indien de vreemdeling wordt vastgehouden op grond van artikel 7, derde lid, artikel 27, artikel 44septies en artikel 74/5 Vreemdelingenwet, mag de duur van de vasthouding twee maanden niet te boven gaan. De maatregel kan evenwel telkens verlengd worden met een periode van twee maanden op voorwaarde dat de nodige stappen om de vreemdeling te verwijderen werden genomen binnen zeven werkdagen na de opsluiting van de vreemdeling,⁸ wanneer zij met de vereiste zorgvuldigheid worden voortgezet en wanneer de effectieve verwijdering van de betrokkene binnen een redelijke termijn nog steeds mogelijk is.

De eerste beslissing tot verlenging kan worden genomen door de Dienst Vreemdelingenzaken. Vanaf de tweede verlenging kan enkel de minister nog beslissen om de duur van de vasthouding te verlengen.

Na vijf maanden moet de vreemdeling in vrijheid worden gesteld. Enkel in de gevallen waarin dit noodzakelijk is voor de bescherming van de openbare orde of de nationale veiligheid, kan de vasthouding telkens met een maand worden verlengd. De totale duur van de vasthouding mag evenwel niet meer dan acht maanden bedragen.

8. Ook in het geval van artikel 74/6 Vreemdelingenwet is de duur van de vasthouding beperkt tot twee maanden maar is verlenging tot maximum zes maanden mogelijk wanneer de bescherming van de nationale veiligheid of de openbare orde dat vereist.

⁸ De termijn van zeven werkdagen bedoeld in artikel 29, tweede lid, Vreemdelingenwet begint niet te lopen vanaf de oorspronkelijke vrijheidsberoving van de vreemdeling, maar wel vanaf zijn vrijheidsberoving die samenvalt met het ogenblik waarop zijn weigering om te worden gerepatriëerd werd vastgesteld: Cass. 23 januari 2018, P.17.1318.N, www.cass.be.

9. In het geval van artikel 8bis, § 4, Vreemdelingenwet mag de duur van de opsluiting niet langer zijn dan een maand. Met de duur van deze opsluiting wordt rekening gehouden voor de berekening van de vijf maanden zoals bedoeld in artikel 29, vierde lid 4, Vreemdelingenwet (verlenging van de maatregel van artikel 27 Vreemdelingenwet).

10. In het geval van artikel 51/5 Vreemdelingenwet kan de vreemdeling gedurende een termijn van tweemaal maximum zes weken worden vastgehouden: éénmaal met het oog op het bepalen van de verantwoordelijke lidstaat en éénmaal met het oog op de uitvoering van de overdracht. Wanneer de overdracht niet binnen de termijn van zes weken plaatsvindt, kan de vreemdeling niet langer op deze grond vastgehouden worden.

Overeenkomstig het laatste lid van artikel 51/5, § 4, Vreemdelingenwet wordt de vasthoudingstermijn evenwel van rechtswege gestuit zolang het beroep, ingediend tegen de beslissing tot overdracht, opschortende werking heeft. De vasthoudingstermijn wordt dus van rechtswege verlengd met een termijn van zes weken van zodra het beroep tegen de overdrachtsbeslissing geen schorsende werking meer heeft.

11. De vreemdeling die het voorwerp uitmaakt van een maatregel van administratieve vrijheidsberoving van de minister⁹ of zijn gemachtigde¹⁰, kan hiertegen beroep indienen bij de raadkamer. Waar de vorige wet van 28 maart 1952 slechts in één geval van vrijheidsberoving voorzag dat een beroep kon worden ingediend, heeft de Vreemdelingenwet deze beroepsmogelijkheid tegen een maatregel van administratieve vrijheidsberoving veralgemeend.¹¹

C. Het instellen van het beroep bij de rechterlijke macht

1) De neerlegging van een verzoekschrift bij het onderzoeksgerecht

a. Door de vreemdeling die van zijn vrijheid werd beroofd

12. De vreemdeling die beroep wenst aan te tekenen tegen een maatregel van administratieve vrijheidsberoving, dient daartoe een verzoekschrift neer te leggen bij de raadkamer van de correctionele rechtbank. Dit verzoekschrift dient te worden ondertekend door de vreemdeling of door zijn raadsman. Het dient niet verplicht ondertekend te worden door de vreemdeling zelf of door zijn raadsman die houder is van een bijzondere volmacht.¹²

⁹ Bedoeld wordt het regeringslid (minister of staatssecretaris), bevoegd voor de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (artikel 1, § 1, 2°, Vreemdelingenwet), of anders gesteld voor het Asiel- en Migratiebeleid.

¹⁰ D.i. in de eerste plaats een personeelslid van de Dienst Vreemdelingenzaken, maar kan ook een gemeenteambtenaar of politieoverheid zijn: L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 46.

¹¹ J. DE CODT, "La compétence territoriale de la chambre du conseil à l'égard de l'étranger privé de liberté" (noot onder K.I. Brussel 7 september 2007), *Rev.dr.pén.* 2008, 178-179; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 632-633.

¹² Cass. 8 december 1998, P.98.1489.N, *Arr.Cass.* 1998, 1109, met concl. advocaat-generaal G. BRESSELEERS; M. DE SWAEF, "Het Hof van Cassatie en de Vreemdelingenwet: kort overzicht van recente rechtspraak met betrekking tot het beroep bij de rechterlijke macht." in F. DERUYCK en M. ROZIE (eds.), *Liber Amicorum Alain De Nauw. Het strafrecht bedreven*, Brugge, die Keure, 2011, 194.

Indien het verzoekschrift van de vreemdeling niet uitdrukkelijk bepaalt op welke titel van vasthouding het betrekking heeft, bepaalt het onderzoeksgerecht op basis van de gegevens van de zaak welke die titel is.¹³ Wanneer ondubbelzinnig blijkt dat de vreemdeling zijn beroep richtte tegen de administratieve beslissing die hem van zijn vrijheid berooft, kan zijn verzoek tot invrijheidstelling niet onontvankelijk worden verklaard op de enkele grond dat het de beslissing niet aanwijst die in het beroep wordt bedoeld.¹⁴

Alleen de vreemdeling zelf die het voorwerp uitmaakt van een maatregel van administratieve vrijheidsberoving kan een beroep indienen. Het beroep dat ingesteld wordt in naam van de minderjarige, die om humanitaire redenen bij haar moeder mag verblijven die in uitvoering van de Vreemdelingenwet van haar vrijheid is beroofd, is zonder voorwerp en bijgevolg niet ontvankelijk, aangezien die minderjarige niet zelf het voorwerp van de vrijheidsberovende maatregel uitmaakt.¹⁵

De vreemdeling kan dit beroep slechts instellen in zoverre hij effectief van zijn vrijheid is beroofd.¹⁶

Uit geen enkele wettelijke bepaling volgt dat de taal van de rechtspleging voor de raadkamer van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel betreffende het hoger beroep van een vreemdeling tegen een jegens hem genomen vrijheidsberovende maatregel, wordt bepaald door de bestuurstaal.¹⁷ Bij het onderzoeksgerecht waarvan de zetel in Brussel is gevestigd, heeft de vreemdeling de keuze om het verzoekschrift in te dienen in het Nederlands of het Frans, ongeacht de taal van de betwiste administratieve beslissing.¹⁸

Hoewel de Vreemdelingenwet niet uitdrukkelijk voorschrijft dat het verzoekschrift gemotiveerd moet worden, is dit raadzaam, alleen al om het onderzoek van de zaak door het openbaar ministerie en de rechtbank te vergemakkelijken.¹⁹

De Vreemdelingenwet bepaalt geen termijn waarbinnen het (eerste) verzoekschrift bij de raadkamer moet worden ingediend. Het is volgens sommigen aangewezen om dit zo snel mogelijk na de vrijheidsberoving te doen, desgevallend reeds op de dag zelf van de opsluiting.²⁰

b. Door de minister

¹³ Cass. 11 april 2018, P.18.0257.F, www.cass.be.

¹⁴ Cass. 26 november 2008, P.08.1533.F, *Arr.Cass.* 2008, 2733.

¹⁵ Cass. 24 mei 2006, P.06.0593.F, *Arr.Cass.* 2006, 1166.

¹⁶ Cass. 6 augustus 2013, P.13.1320.N, *T.Vreemd.* 2014, 72.

¹⁷ Cass. 24 december 2003, P.03.1564.F, *Arr.Cass.* 2003, 2349.

¹⁸ Cass. 24 februari 2016, P.16.0177.F, *Arr.Cass.* 2016, 445.

¹⁹ L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 636.

²⁰ S. BOUCKAERT, P. BAEYENS en N. VANDERSCHEUREN, *Handboek verblijfsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2016, 589; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 636; V. VEREECKE, m.m.v. S. MICHOLT en P. STAELENS, *Vreemdelingenrecht in de praktijk*, Gent/Turnhout, Story Publishers, 2016, 347.0

13. Bij bepaalde maatregelen van administratieve vrijheidsberoving is de minister verplicht om de raadkamer te vatten. Dat is zo wanneer de minister, in de gevallen bedoeld in de artikelen 7, zesde lid, 29, derde lid, 44septies, § 1, derde lid, 74/5, § 3, tweede lid, en 74/6, § 1, zesde lid Vreemdelingenwet, beslist om de opsluiting of de vasthouding van de vreemdeling een tweede maal te verlengen (artikel 74 Vreemdelingenwet).

In dat geval moet de minister zelf, binnen vijf werkdagen na zijn beslissing tot verlenging, de raadkamer vatten opdat deze uitspraak doet over de wettigheid van de verlenging (artikel 74, eerste lid, Vreemdelingenwet). Verzuimt de minister dit, dan moet de vreemdeling in vrijheid worden gesteld (artikel 74, tweede lid, Vreemdelingenwet).

De vastgehouden vreemdeling kan in deze situatie slechts een verzoekschrift neerleggen bij de raadkamer vanaf de dertigste dag na de verlenging van de opsluiting (artikel 71, vierde lid, Vreemdelingenwet).

Aangezien de minister slechts verplicht is om de raadkamer te vatten bij een tweede verlenging en dus, na vier maanden, en de maximumduur van de vasthouding in de voormelde gevallen, sinds de inwerkingtreding van wet van 29 april 1999,²¹ in beginsel beperkt is tot vijf maanden,²² is deze laatste mogelijkheid enkel zinvol in de gevallen waarin tot een verlenging beslist wordt omdat de bescherming van de openbare orde of de nationale veiligheid dat vereist. Enkel in die gevallen is immers een verlenging mogelijk tot maximum acht maanden.²³

2) Territoriaal bevoegde rechtbank

14. Artikel 71, eerste en tweede lid, Vreemdelingenwet bepaalt welke rechtbank territoriaal bevoegd is. Dit is niet strijdig met het in artikel 5.4 EVRM bepaalde recht op voorziening bij de rechter: dit artikel houdt immers niet in dat de vreemdeling zelf zijn rechter kan kiezen en verhindert aldus niet dat bij wet de territoriaal bevoegde rechter wordt aangewezen. De omstandigheid dat uit de wettelijke bevoegdheidsomschrijving volgt dat de vreemdeling zijn verzoek tot invrijheidsstelling moet indienen bij de raadkamer van de correctionele rechtbank van een andere plaats dan die waar de beslissing tot vrijheidsberoving is genomen of hem is betekend, houdt geen begrenzing in waardoor het recht op toegang tot de rechter in de kern wordt aangetast.²⁴ Dit houdt immers enkel in dat een andere rechter van de zaak kennis moet nemen.²⁵

15. De territoriaal bevoegde rechtbank is in principe die van zijn verblijfplaats op het Belgische grondgebied of van de plaats waar hij werd aangetroffen (artikel 71, eerste lid, Vreemdelingenwet).

De verblijfplaats van de vreemdeling is de plaats waar hij werkelijk woont op het ogenblik waarop de administratieve maatregel wordt genomen en niet de plaats van de instelling die

²¹ Wet van 29 april 1999 houdende de inkorting van de administratieve hechtenis van buitenlanders die illegaal op het Belgische grondgebied verblijven, *B.S.* 26 juni 1999.

²² Behalve in het geval van artikel 74/6 Vreemdelingenwet, in welk geval de duur beperkt is tot twee maanden behoudens verlenging om redenen van nationale veiligheid en openbare orde, in welk geval de vasthouding maximum zes maanden kan duren.

²³ Behoudens in het geval van artikel 74/6 Vreemdelingenwet: zes maanden.

²⁴ Cass. 21 september 2010, P.10.1490.N, *Arr.Cass.* 2010, 2246.

²⁵ Cass. 20 juli 2010, P.10.1120.N, *niet gepubliceerd*.

hem na zijn vrijheidsberoving opneemt.²⁶ De omstandigheid dat de opsluiting van de vreemdeling wordt verlengd met toepassing van artikel 7, vierde lid, Vreemdelingenwet, heeft daarop geen invloed. Bij voorbeeld, indien blijkt dat de vreemdeling regelmatig verbleef te Antwerpen, waar hij ook werd aangetroffen, dan is de raadkamer van Antwerpen territoriaal bevoegd en niet die van Luik, ook al werd de betrokkene opgesloten te Vottem en was hij daar ook opgesloten op het ogenblik van de verlenging van zijn vrijheidsberoving.²⁷

De plaats waar de vreemdeling werd aangetroffen in de zin van artikel 71, eerste lid, Vreemdelingenwet, is de plaats waar hij is onderschept. Het is niet de plaats waar de vreemdeling reeds was opgesloten.²⁸ Het is evenmin de plaats waar hij vrijwillig naartoe gegaan is na een oproeping door de Dienst Vreemdelingenzaken, die hem bij die gelegenheid een vasthoudingsmaatregel ter kennis brengt.²⁹

16. De plaats van opsluiting van de vreemdeling is dus in beginsel niet bepalend voor de territoriale bevoegdheid van de raadkamer,³⁰ tenzij de vreemdeling in het kader van een voorlopige hechtenis of op grond van een strafrechtelijke veroordeling in de gevangenis verblijft op het ogenblik dat t.a.v. hem een administratieve maatregel van vrijheidsberoving wordt genomen.³¹ Ook indien de vreemdeling met toepassing van artikel 74/5 Vreemdelingenwet in een welbepaalde plaats aan de grens wordt vastgehouden, bepaalt de plaats van opsluiting de territoriaal bevoegde rechtbank (artikel 71, tweede lid, Vreemdelingenwet).

17. De bepalingen betreffende de territoriale bevoegdheid van het onderzoeksgerecht behoren tot de regels van de strafvordering en zijn dan ook van openbare orde, wat maakt dat de rechter zelf ambtshalve en gedurende alle fases van de rechtspleging de toepassing ervan moet onderzoeken.³² Ook het Hof van Cassatie gaat, voor zover de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan dit toelaten³³, ambtshalve na of de raadkamer en de kamer van inbeschuldigingstelling territoriaal bevoegd zijn.³⁴ Desgevallend vernietigt het Hof het bestreden arrest en bij uitbreiding de beroepen beschikking van de raadkamer, hetzij zonder verwijzing indien er voor een eventuele verwijzingsrechter niets meer overblijft om te beslissen,³⁵ hetzij met verwijzing.³⁶

²⁶ Cass. 26 november 2008, P.08.1616.F, *Arr.Cass.* 2008, 2735.

²⁷ Cass. 12 september 2012, P.12.1502.F, *Arr.Cass.* 2012, 1917.

²⁸ Cass. 21 september 2010, P.10.1490.N, *Arr.Cass.* 2010, 2246.

²⁹ Cass. 30 november 2016, P.16.1140.F, *Arr.Cass.* 2016, 2442, www.cass.be, concl. D. VANDERMEERSCH.

³⁰ Zie ook: Cass. 27 juli 2010, P.10.1165.N, *Arr.Cass.* 2010, 2049: de plaats van opsluiting is geen verblijfplaats en evenmin een plaats van aantreffen in de zin van artikel 71, eerste lid Vreemdelingenwet. Zie ook: Cass. 27 juli 2010, P.10.1132.N, *niet gepubliceerd*.

³¹ Cass. 13 juli 2016, P.16.0725.F, *niet gepubliceerd*; Rk. Turnhout 2 mei 1997, *T.Vreemd.* 1997, 301.

³² Cass. 26 november 2008, P.08.1616.F, *Arr.Cass.* 2008, 2735; M. DE SWAEF, "Het Hof van Cassatie en de Vreemdelingenwet: kort overzicht van recente rechtspraak met betrekking tot het beroep bij de rechterlijke macht." in F. DERUYCK en M. ROZIE (eds.), *Liber Amicorum Alain De Nauw. Het strafrecht bedreven*, Brugge, die Keure, 2011, 194.

³³ Cass. 20 juli 2010, P.10.1120.N, *niet gepubliceerd*: het Hof kan een middel betreffende de bevoegdheid slechts beoordelen indien het niet verplicht tot een onderzoek van feiten, welke niet blijken uit stukken waarop het Hof vermag acht te slaan.

³⁴ Cass. 11 mei 2010, P.10.0607.N, *Arr.Cass.* 2010, 1370.

³⁵ Cass. 11 mei 2010, P.10.0607.N, *Arr.Cass.* 2010, 1370.

³⁶ Cass. 27 juli 2010, P.10.1132.N, *niet gepubliceerd*.

3) *Het verdere procedureverloop*

18. De procedure voor de raadkamer verloopt overeenkomstig de wettelijke bepalingen op de voorlopige hechtenis, behoudens deze betreffende het bevel tot aanhouding, de onderzoeksrechter, het verbod van vrij verkeer, de beschikking tot gevangenneming, de voorlopige invrijheidsstelling of de invrijheidsstelling onder borgtocht en het inzagerecht in het administratief dossier (artikel 72, vierde lid, Vreemdelingenwet).

19. Het administratief dossier ligt voor de raadsman van de vreemdeling ter inzage op de griffie van de rechtbank gedurende de twee werkdagen die aan de terechtzitting voorafgaan (artikel 72, vijfde lid, Vreemdelingenwet).³⁷ De griffier brengt de raadsman van de vreemdeling hiervan op de hoogte bij aangetekende brief (artikel 72, zesde lid, Vreemdelingenwet). Indien dit inzagerecht gedurende een termijn van twee werkdagen voor de terechtzitting niet wordt nageleefd, dient de vreemdeling in vrijheid te worden gesteld wegens miskennen van de rechten van verdediging.³⁸ Dit verzuim kan voor de kamer van inbeschuldigingstelling evenwel worden rechtgezet door het dossier gedurende twee werkdagen voor de zitting van de kamer van inbeschuldigingstelling ter beschikking te stellen.³⁹

Wanneer het administratief dossier ter beschikking wordt gesteld van de raadsman van de vreemdeling in de vorm van afschriften, dienen deze niet voor eensluidend te worden verklaard door de griffier van het onderzoeksgerecht.⁴⁰

20. De zaak wordt behandeld op een zitting met gesloten deuren. Dit is niet strijdig met de bepalingen van het Handvest Grondrechten Europese Unie. Artikel 72 Vreemdelingenwet, dat verwijst naar de behandeling met gesloten deuren die inzake voorlopige hechtenis is voorgeschreven, wijkt immers binnen het kader en met eerbiediging van de in artikel 52.1 van het Handvest Grondrechten Europese Unie vastgelegde beperkingen af van de regel van de openbaarheid van de rechtszittingen.⁴¹

De betrokken vreemdeling of zijn advocaat, de minister, zijn gemachtigde of zijn advocaat worden gehoord in hun middelen en het Openbaar Ministerie in zijn advies.

Wanneer de vreemdeling beroep instelt tegen een maatregel van vrijheidsberoving, is de minister aldus partij in de rechtspleging voor de raadkamer.⁴² Aan de minister, zijn gemachtigde of zijn advocaat dient dan ook bericht te worden gegeven van de plaats, dag en uur waarop de zaak is vastgesteld, teneinde hem de mogelijkheid te geven zijn middelen voor

³⁷ Cass. 17 september 2013, P.13.1522.N, *Arr.Cass.* 2013, 1857.

³⁸ Rk. Luik, 22 december 1997, *J.L.M.B.* 1998, 170; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 638, die ook verwijst naar Rk. Brussel, 6 mei 1999, *niet gepubliceerd*.

³⁹ Cass. 24 maart 1999, P.99.0293.F, *Arr.Cass.* 1999, 433.

⁴⁰ Cass. 24 maart 1998, P.98.0345.N, *Arr.Cass.* 1998, 370; M. DE SWAEF, "Het Hof van Cassatie en de Vreemdelingenwet: kort overzicht van recente rechtspraak met betrekking tot het beroep bij de rechterlijke macht." in F. DERUYCK en M. ROZIE (eds.), *Liber Amicorum Alain De Nauw. Het strafrecht bedreven*, Brugge, die Keure, 2011, 196.

⁴¹ Cass. 23 december 2015, P.15.1596.F, *Arr.Cass.* 2015, 3064, *Pas.* 2015, 2999, concl. D. VANDERMEERSCH.

⁴² En, desgevallend, in geval van hoger beroep, in de rechtspleging voor de kamer van inbeschuldigingstelling en, in geval van cassatieberoep, in de rechtspleging voor het Hof van Cassatie.

de raadkamer uiteen te zetten. De omstandigheid dat de minister geen gebruik maakt van deze mogelijkheid, doet hieraan niet af en ontnemt hem die hoedanigheid niet. Het Hof voert ingeval van verzuim op dit vlak desgevallend een ambtshalve middel aan.⁴³

4) Uitspraak van de raadkamer

21. Binnen vijf werkdagen na de neerlegging van het verzoekschrift dient de raadkamer uitspraak te doen. Indien deze termijn niet wordt nageleefd, wordt de vreemdeling terug in vrijheid gesteld (artikel 72, eerste lid, Vreemdelingenwet).

De raadkamer kan wat betreft de gegrondheid van het verzoek om in vrijheid te worden gesteld alleen beslissen om de vreemdeling in vrijheid te stellen of diens aanhouding te handhaven. Zij is niet, naar analogie met artikel 35, § 5, Voorlopige Hechteniswet, bevoegd om een vreemdeling in vrijheid te stellen onder voorwaarden, zoals bij voorbeeld de voorwaarde dat de vreemdeling zal verblijven in een open opvangcentrum. De toepassing van de regeling inzake voorlopige invrijheidstelling of de invrijheidstelling onder borgtocht is immers uitdrukkelijk uitgesloten (artikel 72, vierde lid, Vreemdelingenwet). Daartoe is enkel de minister bevoegd (artikel 73, tweede lid, Vreemdelingenwet).⁴⁴

5) Hoger beroep bij de kamer van inbeschuldigingstelling

22. Tegen de beschikking van de raadkamer is hoger beroep mogelijk bij de kamer van inbeschuldigingstelling van het hof van beroep (artikel 72, derde en vierde lid, Vreemdelingenwet).

Het hoger beroep dient te worden ingesteld binnen een termijn van 24 uren, die ten aanzien van het openbaar ministerie begint te lopen vanaf de dag van de uitspraak, terwijl deze termijn ten aanzien van de vreemdeling en de Dienst Vreemdelingenzaken begint te lopen vanaf de betekening van de uitspraak.⁴⁵

In tegenstelling tot de procedure inzake de voorlopige hechtenis, kan het beroep slechts worden ingesteld ter griffie van de raadkamer die de bestreden beschikking heeft genomen. Het is niet mogelijk om het hoger beroep aan te tekenen in het gesloten centrum.⁴⁶

⁴³ Cass. 29 april 2008, P.08.0583.N, *Arr.Cass.* 2008, 1072; Cass. 27 mei 2009, P.09.0737.F, *Arr.Cass.* 2009, 1461.

⁴⁴ S. BOUCKAERT, P. BAEYENS en N. VANDERSCHEUREN, *Handboek verblijfsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2016, 593; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 652. Deze laatste vraagt zich wel af of dit standpunt verenigbaar is met HvJ, 5 juni 2014, C-146/14 PPU, Bashir Mohamed Ali Mahdi t. Bulgarije.

⁴⁵ S. BOUCKAERT, P. BAEYENS en N. VANDERSCHEUREN, *Handboek verblijfsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2016, 593; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 653; V. VEREECKE, m.m.v. S. MICHOLT en P. STAELENS, *Vreemdelingenrecht in de praktijk*, Gent/Turnhout, Story Publishers, 2016, 347-348.

⁴⁶ S. BOUCKAERT, P. BAEYENS en N. VANDERSCHEUREN, *Handboek verblijfsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2016, 593; V. VEREECKE, m.m.v. S. MICHOLT en P. STAELENS, *Vreemdelingenrecht in de praktijk*, Gent/Turnhout, Story Publishers, 2016, 347.

Het hoger beroep heeft een schorsende werking. De vreemdeling blijft bijgevolg verder opgesloten tijdens de beroepsprocedure.

Artikel 30, § 4, Voorlopige Hechteniswet is niet van toepassing op de procedure in hoger beroep.⁴⁷

De kamer van inbeschuldigingstelling dient uitspraak te doen binnen vijftien dagen na het aantekenen van hoger beroep. Bij gebreke hieraan wordt de vreemdeling in vrijheid gesteld.

In principe dient het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling tot handhaving van de vrijheidsberoving binnen 24 uren aan de vreemdeling te worden betekend.⁴⁸ Op de overschrijding van deze termijn staat evenwel geen sanctie zodat een laattijdige betekening geen invloed heeft op de wettigheid van de beslissing waarbij de handhaving van de vrijheidsberoving van een vreemdeling wordt bevolen.⁴⁹

Wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling beslist om de vrijheidsberoving niet te handhaven, wordt de vreemdeling pas in vrijheid gesteld wanneer deze beslissing in kracht van gewijsde is getreden, dit is na het verstrijken van de termijn waarbinnen cassatieberoep kan worden ingesteld (artikel 73, eerste lid, Vreemdelingenwet).⁵⁰ Ingeval van vrijlating, kan de minister de vreemdeling evenwel verplichten in een welbepaalde plaats te verblijven tot de verwijderingsmaatregel ten uitvoer wordt gelegd of tot over het annulatieberoep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is beslist (artikel 73, tweede lid, Vreemdelingenwet).

6) Het instellen van een nieuw beroep

23. Overeenkomstig artikel 71, derde lid, Vreemdelingenwet mag de vreemdeling slechts om de maand een nieuw verzoekschrift indienen. Dit houdt geen schending in van artikel 5.4 EVRM: dit artikel verhindert immers niet dat aan het recht op voorziening bij de rechter bij wet bepaalde beperkingen worden gesteld. De termijn van één maand voor het indienen van een nieuw verzoekschrift tot invrijheidsstelling houdt geen begrenzing in waardoor het recht op toegang tot de rechter in de kern wordt aangetast.⁵¹

De bepaling van artikel 71, derde lid, Vreemdelingenwet beoogt te vermijden dat de vrijheidsberoving van de vreemdeling voortdurend aan de beoordeling van de onderzoeksgerechten wordt onderworpen. Hieruit volgt dat deze termijn van een maand dient gerekend te worden vanaf de laatste beschikking of arrest van het onderzoeksgerecht

⁴⁷ Cass. 3 augustus 2010, P.10.1272.F, *Arr.Cass.* 2010, 2068.

⁴⁸ Dit geldt ook voor de beschikking van de raadkamer.

⁴⁹ Cass. 15 juli 2014, P.14.1042.F, *Arr.Cass.* 2014, 1709.

⁵⁰ Cass. 21 maart 2001, P.01.0163.F, *Arr.Cass.* 2001, 456, *T.Vreemd.* 2001, 217, noot D. VANHEULE; Cass. 7 december 2016, P.16.1183.F, *Arr.Cass.* 2016, 2478; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 654; V. VEREECKE, m.m.v. S. MICHOLT en P. STAELENS, *Vreemdelingenrecht in de praktijk*, Gent/Turnhout, Story Publishers, 2016, 348.

⁵¹ Cass. 21 september 2010, P.10.1456.N, *Arr.Cass.* 2010, 2244.

tot handhaving van de vrijheidsberoving, en niet vanaf de neerlegging van het verzoekschrift.⁵²

Indien bijgevolg blijkt, bij voorbeeld, dat de vreemdeling op 8 december 2010 een eerste verzoekschrift tot invrijheidstelling heeft ingediend dat ongegrond werd verklaard bij arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling van 30 december 2010 en uit het arrest van 30 december 2010 duidelijk blijkt dat de kamer van inbeschuldigingstelling heeft geoordeeld dat de maatregelen van vrijheidsberoving en tot verwijdering van het grondgebied van 26 oktober 2010 en de verlenging van 24 december 2010 overeenkomstig de wet zijn genomen, dan kan het arrest op grond van die vaststellingen naar recht oordelen dat het tweede verzoekschrift tot invrijheidstelling, ingediend op 3 januari 2011 en gericht tegen de op 24 december 2010 genomen maatregel van verlenging van opsluiting, niet ontvankelijk is omdat de vreemdeling dergelijk verzoekschrift krachtens artikel 71, derde lid, Vreemdelingenwet slechts om de maand kan indienen.⁵³

24. Deze wachttijd van één maand geldt niet bij een beslissing tot verlenging van de termijn van opsluiting of vasthouding.⁵⁴

D. Materiële bevoegdheid van het onderzoeksgerecht

1) Enkel wettigheidstoezicht, geen opportuniteitsbeoordeling

25. Overeenkomstig artikel 72, tweede lid, Vreemdelingenwet onderzoekt de raadkamer of de maatregelen van vrijheidsberoving of tot verwijdering van het grondgebied in overeenstemming zijn met de wet, zonder zich te mogen uitspreken over hun gepastheid.

De bevoegdheid van het onderzoeksgerecht is derhalve beperkt tot een loutere wettigheidscontrole. Het onderzoeksgerecht mag geen uitspraak doen over de opportuniteit van de vrijheidsberovende maatregel, daarvoor is alleen de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie bevoegd. Artikel 237, derde lid, Strafwetboek en het grondwettelijk beginsel van de scheiding der machten verbieden het onderzoeksgerecht om de vrijheidsberovende maatregel te beoordelen op de verdienste, relevantie of doeltreffendheid ervan.⁵⁵

In geval van verlenging van de vrijheidsberovende maatregel na twee maanden, is de beoordelingsmarge van de raadkamer ruimer: in dat geval zal ze immers ook nagaan of de voorwaarden daartoe werden nageleefd en of derhalve binnen de zeven werkdagen na de opsluiting de nodige inspanningen werden gedaan voor de effectieve terugkeer van de

⁵² Cass. 31 augustus 2010, P.10.1423.N, *Arr.Cass.* 2010, 2070; Cass. 21 september 2010, P.10.1456.N, *Arr.Cass.* 2010, 2244; Cass. 22 februari 2011, P.11.0225.N, *Arr.Cass.* 2011, 608.

⁵³ Cass. 22 februari 2011, P.11.0225.N, *Arr.Cass.* 2011, 608.

⁵⁴ Cass. 18 september 2013, P.13.1515.F, *Arr.Cass.* 2013, 1864, *Pas.* 2013, 721, concl. J. LECLERCQ.

⁵⁵ Cass. 17 november 2010, P.10.1676.F, *Arr.Cass.* 2010, 2774; Cass. 21 december 2011, P.11.2042.F, *Arr.Cass.* 2011, 2689, *R.W.* 2012-13, 1138, noot B. DE SMET; Cass. 17 december 2014, P.14.1810.F, *Arr.Cass.* 2015, 3023; Cass. 10 juni 2015, P.15.0716.F, *Arr.Cass.* 2015, 1532, *J.L.M.B.* 2015, 1362, noot P. MARTENS, *R.W.* 2016-17, 823, noot B. DE SMET; Cass. 30 november 2016, P.16.1114.F, www.cass.be, concl. D. VANDERMEERSCH, *J.L.M.B.* 2017, 1286, noot P. MARTENS.

vreemdeling, of deze inspanningen worden voortgezet met de vereiste zorgvuldigheid en of de effectieve verwijdering binnen een redelijke termijn nog steeds mogelijk is.⁵⁶

Het wettigheidstoezicht heeft betrekking op de formele geldigheid van de akte, met name op de motivering en de overeenstemming ervan met zowel de internationale rechtsregels met rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde⁵⁷ als met de Vreemdelingenwet.⁵⁸

Het toezicht houdt eveneens in dat de werkelijke toedracht en de correctheid van de door de administratieve overheid aangevoerde feiten worden nagegaan. De rechter onderzoekt of de beslissing niet steunt op een redengeving die door een kennelijke beoordelingsfout of dwaling omtrent de feiten of een feitelijke vergissing is aangetast.⁵⁹

De omstandigheid dat een door de administratieve overheid aangevoerd feit als een misdrijf kan worden gekwalificeerd, doet daaraan niet af. De kamer van inbeschuldigingstelling vermag wel degelijk na te gaan of de vreemdeling de aangevoerde strafbare handeling heeft gesteld zolang een strafonderzoek loopt.⁶⁰

Het onderzoeksgerecht dat kennis neemt van het beroep van een vreemdeling tegen een vrijheidsberovende maatregel met het oog op diens verwijdering van het grondgebied, dient niet alleen de wettigheid van de vrijheidsberovende maatregel na te gaan, maar ook de wettigheid van de onderliggende beslissing tot verwijdering waarop de vrijheidsberoving is gebaseerd.⁶¹ De vrijheidsberovende maatregel vormt immers *“het accessorium van een onderliggende administratieve beslissing waarvan de wettigheid op haar beurt de wettigheid van de vrijheidsberoving bepaalt, en als dusdanig onder het toepassingsgebied valt van artikel 159 Grondwet.”*⁶² Met andere woorden, indien de verwijderingsmaatregel onwettig is, is ook de vrijheidsberoving onwettig.

⁵⁶ Artikel 7, vijfde lid, artikel 29, tweede lid, artikel 44septies, § 1, tweede lid, artikel 74/5, § 3, eerste lid. Deze voorwaarden worden niet bepaald in artikel 74/6, § 1, Vreemdelingenwet. Een verlenging na twee maanden is in dat geval mogelijk wanneer de bescherming van de nationale veiligheid of de openbare orde dat vereist.

⁵⁷ Zoals 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 (hierna genoemd: “Terugkeerrichtlijn”).

⁵⁸ Cass. 17 november 2010, P.10.1676.F, *Arr.Cass.* 2010, 2774; Cass. 21 december 2011, P.11.2042.F, *Arr.Cass.* 2011, 2689, *R.W.* 2012-13, 1138, noot B. DE SMET; Cass. 2 januari 2013, P.12.2050.N, www.cass.be, *T. Vreemd.* 2013, 338; Cass. 19 maart 2013, P.13.0337.N, *Arr.Cass.* 2013, 783; Cass. 3 april 2013, P.13.0509.N, *T. Vreemd.* 2013, 248; Cass. 11 september 2013, P.13.1497.F, *Arr.Cass.* 2013, 1876, *Pas.* 2013, 1635, concl. D. VANDERMEERSCH; Cass. 17 december 2014, P.14.1810.F, *Arr.Cass.* 2015, 3023; Cass. 10 juni 2015, P.15.0716.F, *Arr.Cass.* 2015, 1532, *J.L.M.B.* 2015, 1362, noot P. MARTENS, *R.W.* 2016-17, 823, noot B. DE SMET; Cass. 30 november 2016, P.16.1114.F, www.cass.be, concl. D. VANDERMEERSCH, *J.L.M.B.* 2017, 1286, noot P. MARTENS; Cass. 7 februari 2018, P.18.0078.F, www.cass.be.

⁵⁹ Cass. 30 november 2010, P.10.1735.N, *Arr.Cass.* 2010, 2864; Cass. 15 februari 2011, P.11.0144.N, *Arr.Cass.* 2011, 519; Cass. 17 december 2014, P.14.1810.F, *Arr.Cass.* 2015, 3023.

⁶⁰ Cass. 30 november 2010, P.10.1735.N, *Arr.Cass.* 2010, 2864.

⁶¹ Artikel 72, tweede lid, Vreemdelingenwet; Cass. 17 november 2010, P.10.1676.F, *Arr.Cass.* 2010, 2774; Cass. 3 april 2013, P.13.0509.N, *T. Vreemd.* 2013, 248; Cass. 26 september 2017, P.17.0944.N, *niet gepubliceerd*.

⁶² I. VEROUGSTRAETE, R. BOES, F. FISCHER, J. DU JARDIN en T. ERNIQUIN, *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 1999-2000*, Brussel, 2000, 133; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 640 en de voetnoot (2405).

Hoewel het toezicht op de wettigheid van de administratieve beslissing het toezicht op de juistheid omvat van de feitelijke redenen waarop zij steunt, volgt daaruit niet dat het onderzoeksgerecht daarnaast nog uitspraak moet doen over de valsheid of echtheid van de van een vreemdeling in beslag genomen reisdocumenten.⁶³

De artikelen 71 en 72 Vreemdelingenwet verlenen de onderzoeksgerechten enkel de bevoegdheid om de wettigheid te toetsen van de daarin vermelde vrijheidsberovende maatregelen. Aan de raadkamer kan dan ook niet worden gevraagd om andere maatregelen op hun wettigheid te toetsen, zoals de uitvoeringsmodaliteiten van de vasthoudingsmaatregel⁶⁴ of van een inreisverbod.⁶⁵

2) *Het wettigheidstoezicht na de wet van 19 januari 2012 tot omzetting van de Terugkeerrichtlijn*

26. Met de wet van 19 januari 2012⁶⁶ werd in België de Terugkeerrichtlijn gedeeltelijk omgezet naar Belgisch recht. De Terugkeerrichtlijn strekt ertoe een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid te ontwikkelen, zodat mensen kunnen worden teruggestuurd met eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid.⁶⁷

Aldus werden, naast de invoeging van de basisregels voor de terugkeerprocedure van vreemdelingen buiten de Europese Unie (zogenaamde derdelanders), onder meer wijzigingen aangebracht aan de artikelen 7, 8bis en 27 Vreemdelingenwet. De voorkeur gaat nu uit naar een vrijwillige terugkeer en er gelden bijkomende voorwaarden voor het opsluiten van een vreemdeling.

Voortaan kan de vreemdeling enkel vastgehouden worden voor zover er geen andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, meer in het bijzonder wanneer er een risico op onderduiken bestaat of wanneer de vreemdeling de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert (artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet, artikel 8bis, § 4, artikel 27, § 3, Vreemdelingenwet).

In de memorie van toelichting wordt hierover gesteld dat het gebruik van dwangmaatregelen, zoals bewaring, uit het oogpunt van de gebruikte middelen en nagestreefde doelstellingen, uitdrukkelijk aan de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid moet worden onderworpen.⁶⁸

In de Vreemdelingenwet is bijgevolg wettelijk verankerd dat de opsluiting van een vreemdeling noodzakelijk en proportioneel moet zijn en op een subsidiaire manier moet

⁶³ Cass. 13 februari 2013, P.13.0162.F, *Arr.Cass.* 2013, 437.

⁶⁴ Cass. 2 september 2015, P.15.1180.F, *Arr.Cass.* 2015, 1863.

⁶⁵ Cass. 26 september 2012, P.12.1533.F, *Arr.Cass.* 2012, 2038.

⁶⁶ Wet van 19 januari 2012 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *B.S.* 17 februari 2012.

⁶⁷ Preambule van de Terugkeerrichtlijn, nr. 2.

⁶⁸ Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer, 2011-2012, nr. 53 - 1825/001, 18.

worden toegepast, met name nadat werd vastgesteld dat er geen andere, minder ingrijpende maatregelen mogelijk zijn.

Het Hof van Cassatie oordeelde in dat verband in een arrest van 21 januari 2014 als volgt:⁶⁹

“Artikel 15.1, eerste lid, Terugkeerrichtlijn bepaalt: “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”.

Krachtens artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet, kan de vreemdeling, teneinde hem naar de grens terug te leiden, en tenzij andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, vastgehouden worden voor de tijd die strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van de maatregel, meer in het bijzonder wanneer er een risico op onderduiken bestaat of wanneer de vreemdeling de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert, en zonder dat de duur van de vasthouding twee maanden te boven mag gaan.

Uit die bepalingen die een beperking van de persoonlijke vrijheid meebrengen en derhalve van strikte toepassing zijn, blijkt dat teneinde de vreemdeling naar de grens terug te leiden, en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, hij enkel kan vastgehouden worden wanneer er een risico op onderduiken bestaat of wanneer de vreemdeling de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.

Indien alleen redenen worden vermeld, die op zich geen verband houden met het risico op onderduiken of de ontwijking of belemmering van de voorbereiding van de terugkeer op de verwijderingsprocedure, is de vrijheidsberoving niet gewettigd.”

27. Het uitvoeringsbesluit van 8 oktober 1981 bepaalt dat de minister of zijn gemachtigde preventieve maatregelen kan nemen om het risico op onderduiken tijdens de termijn die voor het vrijwillig vertrek is toegekend, te vermijden, zoals:

- het zich regelmatig aanmelden bij de burgemeester of de Dienst Vreemdelingenzaken;
- het storten van een financiële waarborg;
- het overhandigen van een kopie van identiteitsdocumenten.⁷⁰

28. Bovendien werd bij de voornoemde wet van 19 januari 2012 een nieuw artikel 74/13 in de Vreemdelingenwet toegevoegd overeenkomstig hetwelk de minister of de Dienst Vreemdelingenzaken bij het nemen van een beslissing tot verwijdering rekening moet houden met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de vreemdeling. Het bevel moet bijgevolg op dit vlak gemotiveerd worden en deze motiveringsplicht maakt deel uit van het wettigheidstoezicht van de

⁶⁹ Cass. 21 januari 2014, P.14.0005.N, Arr.Cass. 2014, 198.

⁷⁰ Artikel 110^{quaterdecies} K.B. 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

raadkamer.⁷¹ Dat artikel 74/13 Vreemdelingenwet geen formele motivering vereist,⁷² betekent derhalve niet dat uit de verwijderingsmaatregel niet moet blijken dat rekening werd gehouden met het belang van het kind of gezondheidsproblemen. Het is evenwel niet vereist dat de maatregel van vrijheidsberoving de redenen uiteenzet waarom een minder dwingende maatregel ongeschikt zou zijn om de verwijdering te realiseren.⁷³

3) Het wettigheidstoezicht na de wetten van 24 februari 2017, 15 maart 2017 en 8 mei 2019

29. Met de wetten van 24 februari 2017 en 15 maart 2017⁷⁴, in werking getreden op 29 april 2017, werd de Vreemdelingenwet gewijzigd in het kader van de strijd tegen terrorisme en radicalisering. Deze wetswijzigingen geven aan de Dienst Vreemdelingenzaken en de minister meer bevoegdheden en mogelijkheden om een einde te maken aan het verblijfsrecht van vreemdelingen. In sommige gevallen staat niet langer een schorsend beroep open tegen beslissingen tot beëindiging van het verblijfsrecht. Daartegenover staat dat er wel een beperkt hoorrecht is voorzien in de Vreemdelingenwet. De wetswijzigingen voeren bovendien de bestaande preventieve maatregelen en dwangmaatregelen voor derdelanders, die een omzetting vormen van de Terugkeerrichtlijn, ook in voor Unieburgers en hun familie.

Verskillende artikelen uit de wet van 24 februari 2017 werden vervolgens gewijzigd bij wet van 8 mei 2019.⁷⁵ Deze wijzigingen beogen onder meer te verduidelijken dat artikel 7, eerste lid, Vreemdelingenwet steeds als rechtsgrond dient om de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten, te rechtvaardigen en is er gekomen naar aanleiding van verschillende arresten van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in andere zin. De wijzigingen strekken ertoe een duidelijk onderscheid te maken tussen, enerzijds, de rechtsgrond om het verblijf te weigeren, te beëindigen of in te trekken en, anderzijds, de rechtsgrond om, in voorkomend geval, een bevel om het grondgebied te verlaten af te geven.⁷⁶

30. Het huidige artikel 43 Vreemdelingenwet bepaalt:

⁷¹ S. BOUCKAERT, P. BAEYENS en N. VANDERSCHEUREN, *Handboek verblijfsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2016, 592; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 645; V. VEREECKE, m.m.v. S. MICHOLT en P. STAELENS, *Vreemdelingenrecht in de praktijk*, Gent/Turnhout, Story Publishers, 2016, 354.

⁷² Cass. 3 april 2013, P.13.0509.N, *T.Vreemd.* 2013, 248.

⁷³ Cass. 16 mei 2012, P.12.0749.F, *Arr.Cass.* 2012, 1290.

⁷⁴ Wet van 24 februari 2017 tot wijziging van de wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, met het doel de bescherming van de openbare orde en de nationale veiligheid te versterken, *B.S.* 19 april 2017; Wet van 15 maart 2017 tot wijziging van artikel 39/79 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *B.S.* 19 april 2017.

⁷⁵ Wet van 8 mei 2019 tot wijziging tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *B.S.* 9 juli 2019.

⁷⁶ Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St. Kamer*, 2018-2019, nr. 54 - 3618/001, 3, 5, 10-17; nr. 54 - 3618/003, 3-4.

“§ 1. De minister of zijn gemachtigde kan de binnenkomst en het verblijf van de burgers van de Unie en hun familieleden weigeren:

1° (...);

2° om redenen van openbare orde, nationale veiligheid of volksgezondheid.

§ 2. Wanneer de minister of zijn gemachtigde overweegt een beslissing zoals bedoeld in paragraaf 1 te nemen, houdt hij rekening met de duur van het verblijf van de burger van de Unie of zijn familielid op het grondgebied van het Rijk, zijn leeftijd, gezondheidstoestand, gezins- en economische situatie, sociale en culturele integratie in het Rijk en de mate waarin hij bindingen heeft met zijn land van oorsprong.”

Voormeld artikel 43, § 2, Vreemdelingenwet zet artikel 28, § 1, richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden⁷⁷ om naar Belgisch recht. Artikel 28, § 1 van de voormelde richtlijn bepaalt: *“Alvorens een besluit tot verwijdering van het grondgebied om redenen van openbare orde of openbare veiligheid te nemen, neemt een gastland de duur van het verblijf van de betrokkene op zijn grondgebied, diens leeftijd, gezondheidstoestand, gezins- en economische situatie, sociale en culturele integratie in het gastland en de mate waarin hij bindingen heeft met zijn land van oorsprong, in overweging.”*

Overweging 23 van de richtlijn bepaalt dat verwijdering van burgers van de Unie en hun familieleden om redenen van openbare orde of openbare veiligheid een maatregel is die personen die zich, op grond van de hun door het Verdrag verleende rechten en vrijheden, daadwerkelijk in het gastland hebben geïntegreerd, ernstige schade kan toebrengen. De mogelijkheid om dergelijke maatregelen toe te passen, dient derhalve conform het evenredigheidsbeginsel te worden beperkt, teneinde rekening te houden met de graad van integratie van de betrokken personen, de duur van hun verblijf in het gastland, hun leeftijd, hun gezondheidstoestand, hun familiale en economische situatie en hun bindingen met het land van oorsprong.

Overweging 24 bepaalt verder dat de bescherming tegen verwijdering bijgevolg des te sterker zou moeten zijn naarmate de burger van de Unie en zijn familieleden beter in het gastland geïntegreerd zijn. Verwijderingsmaatregelen tegen personen die vele jaren op het grondgebied van het gastland hebben verbleven, in het bijzonder wanneer zij daar geboren zijn en er hun hele leven hebben gewoond, zouden slechts onder uitzonderlijke omstandigheden mogen worden genomen, namelijk indien er dwingende redenen van openbare veiligheid in het spel zijn.

Het Hof van Justitie heeft beslist dat artikel 28, §1, richtlijn 2004/38/EG aldus moet worden uitgelegd dat wanneer de maatregelen die worden overwogen, meebrengen dat de betrokken persoon van het grondgebied van het gastland wordt verwijderd, die lidstaat rekening moet houden met de aard en de ernst van het aan die persoon verweten gedrag, de duur en, in voorkomend geval, de rechtmatigheid van zijn verblijf in die lidstaat, de tijd die

⁷⁷ Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, Pb 2004, L 158, 77.

sinds het hem verweten gedrag verstreken is, zijn gedrag gedurende die tijd, de mate waarin hij een actueel gevaar voor de samenleving vormt alsook de hechtheid van de maatschappelijke en culturele banden en familiebanden met die lidstaat.⁷⁸

In een arrest van 30 april 2019 oordeelde het Hof van Cassatie dat hieruit volgt dat de lidstaat die deze rechten van vrij verkeer en verblijf van een burger van de Unie of hun familieleden beperkt, een afweging moet maken tussen enerzijds de bescherming van de fundamentele belangen die worden ingeroepen ter ondersteuning van dergelijke beperking en anderzijds de belangen van deze persoon met betrekking tot de uitoefening van deze rechten en zijn privé- en familielevens. De lidstaat moet in het kader daarvan rekening houden met de elementen, opgesomd in artikel 28, § 1, richtlijn 2004/38/EG, voor zover deze pertinent zijn in het concrete dossier.

Het Hof oordeelde verder dat uit de voormelde bepalingen en uit artikel 72, tweede lid, Vreemdelingenwet, volgt dat het onderzoeksgerecht dat belast is met het wettigheidstoezicht op een maatregel van vrijheidsberoving en tot verwijdering van het grondgebied van een burger van de Unie, zonder zich te mogen uitspreken over de opportuniteit ervan, dient te onderzoeken of uit de motieven van deze beslissing blijkt dat de bestuurlijke overheid de proportionaliteitscontrole, waarvan sprake in artikel 43, § 2, Vreemdelingenwet, heeft uitgevoerd.⁷⁹

31. Overeenkomstig het nieuwe artikel 44septies Vreemdelingenwet kunnen Unieburgers en hun familie voortaan vastgehouden worden voor de tijd die strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van de verwijderingsmaatregel en voor zover redenen van openbare orde, nationale veiligheid of volksgezondheid het vereisen en er geen andere, mindere dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast. Ook hier schrijft de Vreemdelingenwet derhalve voor dat een opsluiting noodzakelijk moet zijn en op een subsidiaire manier moet worden toegepast.

De duur van de vasthouding is in principe beperkt tot twee maanden, maar kan verlengd worden overeenkomstig de voorwaarden in de wet, tot een maximumduur van acht maanden.⁸⁰

Krachtens artikel 44octies Vreemdelingenwet mogen de volgende personen niet worden vastgehouden:

- de niet-begeleide minderjarige burgers van de Unie;
- de niet-begeleide minderjarige familieleden van een burger van de Unie;
- de gezinnen van de burgers van de Unie, wanneer minstens een van de gezinsleden minderjarig is.

31-1. Bij het Grondwettelijk Hof werd een beroep tot vernietiging ingesteld van de voormelde wet van 24 februari 2017.

⁷⁸ HvJ (Grote Kamer) 2 mei 2018, nr. C-331/16, C-366/16, <http://curia.europa.eu> (4 mei 2018), concl. SAUGMANDSGAARD OE, H.; *Pb* C 2 juli 2018 (dispositief), afl. 231, 4 en <http://eur-lex.europa.eu> (3 juli 2018); *T.Vreemd.* 2018 (weergave DE CONINCK, J., KROEZE, H., GREMMELPREZ, F.), 279.

⁷⁹ Cass. 30 april 2019, P.19.0335.F, *niet gepubliceerd*.

⁸⁰ Zie *supra*, nr. 7.

In een arrest van 18 juli 2019⁸¹ besliste het Grondwettelijk Hof om de volgende prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie:

1. Dienen het Unierecht en inzonderheid de artikelen 20 en 21 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 « betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG » zo te worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wetgeving die op de burgers van de Unie en op hun familieleden bepalingen toepast die soortgelijk zijn aan die welke, ten aanzien van de burgers van derde Staten, de omzetting vormen van artikel 7, lid 3, van de 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 », namelijk bepalingen die het mogelijk maken de burger van de Unie of zijn familielid ertoe te verplichten zich in overeenstemming te brengen met preventieve maatregelen om elk risico op onderduiken te voorkomen gedurende de termijn waarover hij beschikt om het grondgebied te verlaten naar aanleiding van een beslissing tot beëindiging van het verblijf om reden van openbare orde of gedurende de verlenging van die termijn ?
2. Dienen het Unierecht en inzonderheid de artikelen 20 en 21 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 « betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG » zo te worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wetgeving die op de burgers van de Unie en op hun familieleden die zich niet hebben gevoegd naar een beslissing tot beëindiging van het verblijf om reden van openbare orde of van openbare veiligheid, een bepaling toepast die identiek is aan die welke op onderdanen van derde Staten in dezelfde situatie wordt toegepast wat de maximale termijn van vasthouding met het oog op verwijdering betreft, namelijk acht maanden?

Wat betreft de eerste prejudiciële vraag stelde het Grondwettelijk Hof immers vast dat er twijfel bestaat over de toepassing, naar analogie, op de Unieburgers van de bepalingen van de Terugkeerrichtlijn in verband met de preventieve maatregelen in geval van verwijdering van een onderdaan van een derde Staat.⁸²

⁸¹ Grondwettelijk Hof nr. 112/2019, 18 juli 2019, <http://www.const-court.be> (19 juli 2019).

⁸² Het gaat daarbij over de artikelen 44*quater*, tweede lid, 44*quinquies*, § 1, 3° en 44*sexies*, tweede lid, Vreemdelingenwet: Grondwettelijk Hof nr. 112/2019, 18 juli 2019, <http://www.const-court.be> (19 juli 2019), r.o. B.59.1 tot en met B.61.

De tweede prejudiciële vraag heeft betrekking op de verenigbaarheid van het eerder vermelde artikel 44*septies* Vreemdelingenwet met het Unierecht. Dit artikel 44*septies* voorziet in een gelijke regeling voor Unieburgers en hun familieleden en andere vreemdelingen wat betreft de maximumduur van de vasthouding van acht maanden met het oog op verwijdering. Het betreft dezelfde regeling als deze die bepaald is in artikel 74/5, § 3, Vreemdelingenwet.

Het Grondwettelijk Hof diende zich tevens te buigen over de middelen die de schending aanvoerden van het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven en het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie door de artikelen 21 en 22 Vreemdelingenwet, zoals gewijzigd bij de artikelen 12 en 13 van de voormelde wet van 24 februari 2017. Deze artikelen zijn voortaan van toepassing op alle vreemdelingen die onderdaan zijn van een land dat geen lid is van de Europese Unie en maken een einde aan de bij de vroegere wetgeving bepaalde uitsluiting van verwijderingsmaatregelen, om redenen van openbare orde of nationale veiligheid, van vreemdelingen die op het grondgebied zijn geboren of er voor de leeftijd van 12 jaar zijn aangekomen en er sindsdien hoofdzakelijk en regelmatig hebben verbleven.

Het Grondwettelijk Hof besliste dat deze middelen niet gegrond zijn, onder voorbehoud dat de artikelen 21 en 22 Vreemdelingenwet aldus worden geïnterpreteerd dat zij de mogelijkheid tot verwijdering van een vreemdeling die in België is geboren of vóór de leeftijd van 12 jaar op het grondgebied is aangekomen en die er sindsdien hoofdzakelijk en regelmatig verblijft, beperkt tot de gevallen van terrorisme of zeer zware criminaliteit.⁸³

Artikel 44*bis*, § 4, Vreemdelingenwet preciseert dat, wanneer de minister of zijn gemachtigde overweegt een beslissing te nemen tot beëindiging van het verblijf van Unieburger of zijn familielid om redenen van openbare orde en nationale veiligheid, hij met name rekening dient te houden met de gezinssituatie van de betrokkene. Het middel dat de ontstentenis in dat artikel van een uitdrukkelijke verplichting voor de overheid die beslist om het verblijf van een Unieburger of van zijn familielid te beëindigen, om in de eerste plaats rekening te houden met het hoger belang van de kinderen op wie die beslissing rechtstreeks of indirect betrekking kan hebben, bekritiseert, werd niet gegrond verklaard onder voorbehoud dat dit artikel 44*bis*, § 4, Vreemdelingenwet zo wordt geïnterpreteerd dat zij de minister of zijn gemachtigde ertoe verplicht rekening te houden met het hoger belang van de minderjarige kinderen die de gevolgen zouden kunnen ondergaan van de beslissing tot beëindiging van het verblijf van de Unieburger of van zijn familielid.⁸⁴

Met betrekking tot de termijn waarbinnen de minister of zijn gemachtigde moet antwoorden op de aanvraag tot schorsing of intrekking van het inreisverbod voor een Unieburger Unie of zijn familielid, oordeelde het Grondwettelijk Hof dat artikel 44*decies*, § 2, tweede lid, Vreemdelingenwet zo moet worden begrepen dat zij de minister of zijn gemachtigde ertoe verplicht een beslissing te nemen binnen de voorziene termijn van zes maanden, onverminderd de bestaande rechtsmiddelen.⁸⁵

⁸³ Grondwettelijk Hof nr. 112/2019, 18 juli 2019, <http://www.const-court.be> (19 juli 2019), r.o. B.24.10.

⁸⁴ Grondwettelijk Hof nr. 112/2019, 18 juli 2019, <http://www.const-court.be> (19 juli 2019), r.o. B.55.1 tot en met B.55.3.

⁸⁵ Grondwettelijk Hof nr. 112/2019, 18 juli 2019, <http://www.const-court.be> (19 juli 2019), r.o. B.70.1 tot en met B.70.4.

Wat betreft het ogenblik vanaf hetwelk de aanvraag tot opheffing of schorsing van het inreisverbod kan worden ingediend besliste het Grondwettelijk Hof verder dat artikel 44*decies* Vreemdelingenwet geen verschil in behandeling invoert ten nadele van de Unieburgers of hun familieleden. Artikel 74/12 Vreemdelingenwet, toepasselijk op de aanvraag tot opheffing of opschorting van het inreisverbod, opgelegd aan de onderdanen van derde landen, bepaalt dat de aanvraag in sommige gevallen kan worden ingediend na het verstrijken van een termijn die overeenstemt met twee derde van de duur van het verbod. Overeenkomstig artikel 44*decies*, § 1, Vreemdelingenwet kan de Unieburger of zijn familielid daarentegen de schorsing of intrekking van het inreisverbod vragen na een redelijke termijn en in elk geval na drie jaar te rekenen vanaf de uitvoering ervan. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat, aangezien deze bepaling niet definieert wat onder “redelijke termijn” moet worden begrepen en geen enkele aanwijzing geeft omtrent de elementen waarmee rekening moet worden gehouden om het redelijke karakter van de termijn te beoordelen, geen enkele aanvraag tot intrekking of schorsing van een inreisverbod onontvankelijk zou kunnen worden verklaard om reden dat die te vroeg zou zijn.

Artikel 62, § 2, eerste lid Vreemdelingenwet, vervangen bij artikel 45 van de voormelde wet van 24 februari 2017, voorziet in een uitzondering op de uitdrukkelijke motivering van administratieve beslissingen *“indien redenen van Staatsveiligheid zich daartegen verzetten.”* Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat, om verenigbaar te zijn met het recht van iedere bestuurde op de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen met individuele strekking, deze bepaling zo moet worden geïnterpreteerd dat ze een uitzondering op deze verplichting alleen mogelijk maakt in de hypothesen, opgesomd in artikel 4 van de wet van 29 juli 1991, dat het volgende bepaalt:⁸⁶

“De bij deze wet voorgeschreven motiveringsplicht is niet van toepassing indien de motivering van de handeling:

1° de uitwendige veiligheid van de Staat in het gedrang kan brengen;

2° de openbare orde kan verstoren;

3° afbreuk kan doen aan de eerbied voor het privéleven;

4° afbreuk kan doen aan de bepalingen inzake de zwijgplicht.”

Artikel 1/3 , ingevoegd bij artikel 5 van de wet van 24 februari 2017, belet dat het uitreiken van een tijdelijke verblijfstitel aan een vreemdeling, in afwachting van de beslissing van de bevoegde overheid om over een nieuwe verblijfsaanvraag en, in voorkomend geval, van de afloop van het tegen die beslissing ingestelde beroep, de voordien aan die vreemdeling afgegeven verwijderingsbeslissing, die gestalte krijgt in het bevel om het grondgebied te verlaten, doet vervallen. Deze bepaling stelt de overheid die een beslissing tot weigering van het verblijf neemt, er derhalve van vrij tezelfdertijd een nieuw bevel om het grondgebied te verlaten uit te reiken indien vóór de indiening van een geweigerde verblijfsaanvraag aan de betrokkene reeds een dergelijk bevel was afgegeven. Het Grondwettelijk Hof besliste hierover dat, in de hypothese dat van het bestaan van een bevel om het grondgebied te verlaten dat is afgegeven vóór de indiening van een nieuwe verblijfsaanvraag en vóór de verwerping ervan, de beslissing tot uitvoering van het bevel om het grondgebied te verlaten, een besluit inzake verwijdering in de zin van artikel 12, lid 1, Terugkeerrichtlijn uitmaakt. Die beslissing

⁸⁶ Grondwettelijk Hof nr. 112/2019, 18 juli 2019, <http://www.const-court.be> (19 juli 2019), r.o. B.79.1 tot en met B.79.4.

kan pas bestaan nadat de minister of zijn gemachtigde zich ervan heeft vergewist dat zij geen risico op schending van de artikelen 3 en 8 EVRM ten aanzien van de betrokken vreemdeling inhoudt. Deze beslissing moet worden gemotiveerd en zij kan het voorwerp uitmaken van een beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.⁸⁷

Het Grondwettelijk Hof overwoog in zijn arrest tevens dat, ongeacht de Staat die aan de vreemdeling-vluchteling internationale bescherming heeft toegekend, de vreemdeling-vluchteling krachtens artikel 3 EVRM nooit kan worden teruggeleid naar de grens, noch van de Staat die hij is ontvlucht, noch van een andere Staat waarin hij zou worden blootgesteld aan een teruggedrijving naar de Staat die hij is ontvlucht, zolang de situatie en de omstandigheden die de toekenning van de internationale bescherming hebben gemotiveerd, blijven voortduren.⁸⁸

De overige middelen werden door het Grondwettelijk Hof verworpen.

4) Het wettigheidstoezicht na de wetten van 21 november 2017 en 17 december 2017

De wetten van 21 november 2017 en 17 december 2017⁸⁹ hebben tot doel om de Procedurerichtlijn⁹⁰, de Opvangrichtlijn⁹¹, een aantal bepalingen uit de Terugkeerrichtlijn en een aantal bepalingen uit de Kwalificatierichtlijn⁹² om te zetten naar Belgisch recht. Deze richtlijnen werden aangenomen met de bedoeling om te streven naar een gemeenschappelijk asiel- en terugkeerbeleid.

De verordening (EU) nr. 604/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013, « *Dublin III-verordening* » genaamd, is een normatieve tekst van de Europese Unie, gewijd aan de juridische regeling van het asielrecht in de Europese Unie, krachtens het Verdrag van Genève (art. 51), voor vreemdelingen die een asielaanvraag indienen in één land en worden tegengehouden in een ander land van de Europese Unie. Die tekst, volgend op de Dublin II-verordening, is in werking getreden op 19 juli 2013 en van toepassing vanaf 1 januari 2014 en voert een theoretisch eenvoudig principe in dat evenwel in de praktijk talrijke problemen stelt: het land waarin de asielaanvraag werd ingediend is ook belast met de behandeling daarvan en de eindbeslissing daarover.

In België moet elk verzoek om internationale bescherming (de vroegere « *asielaanvraag* ») worden ingediende bij de Dienst Vreemdelingenzaken (DV). Het verzoek kan worden ingediend aan de grens,

⁸⁷ Grondwettelijk Hof nr. 112/2019, 18 juli 2019, <http://www.const-court.be> (19 juli 2019), r.o. B.8.1.

⁸⁸ Grondwettelijk Hof nr. 112/2019, 18 juli 2019, <http://www.const-court.be> (19 juli 2019), r.o. B.26.3.4.

⁸⁹ Wet van 21 november 2017 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *B.S.* 12 maart 2018; Wet van 17 december 2017 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *B.S.* 12 maart 2018.

⁹⁰ Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van internationale bescherming.

⁹¹ 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.

⁹² Richtlijn 2011/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming.

op het grondgebied of in een gesloten centrum. Om te vermijden dat eenzelfde persoon asielaanvragen indient in verschillende Europese landen, hebben alle landen van de Europese Unie een verordening aangenomen (Dublin III-verordening). Het principe daarvan is dat iedereen asiel mag aanvragen doch slechts in één enkel land van de Europese Unie.

Specifiek met betrekking tot de vasthouding van de “verzoekers om internationale bescherming” (vroeger genoemd “asielzoekers”) werden de artikelen 51/5, 74/5 en 74/6 van de Vreemdelingenwet gewijzigd. De definitie van het “risico op onderduiken” werd geherformuleerd en er werden objectieve criteria in de Vreemdelingenwet bepaald om dit risico vast te stellen.

a. Vrijheidsberoving van vreemdelingen in de Dublin-procedure (artikel 51/5 Vreemdelingenwet)

32. Overeenkomstig het nieuwe artikel 51/5 Vreemdelingenwet kan de vreemdeling het voorwerp uitmaken van een maatregel van administratieve vrijheidsberoving tijdens de zogenaamde Dublin-procedure, teneinde vast te stellen welke staat verantwoordelijk is voor de behandeling het verzoek om internationale bescherming (§ 1) dan wel wanneer vastgesteld wordt dat België niet de verantwoordelijke lidstaat is voor de behandeling van verzoek om internationale bescherming (§ 2) en voor het waarborgen van de effectieve overdracht van de vreemdeling naar de lidstaat die bevoegd is voor de behandeling van het verzoek om internationale bescherming (§ 3).

De vreemdeling kan worden vastgehouden met het oog op het bepalen van de verantwoordelijke lidstaat en voor het waarborgen van de effectieve overdracht onder de volgende voorwaarden (artikel 51/5, § 1, § 3 en § 4, Vreemdelingenwet):

- op basis van een individuele beoordeling bestaat er een significant risico op onderduiken van de persoon;
- de vasthouding moet evenredig zijn;
- er kunnen geen andere, minder dwingende maatregelen effectief worden toegepast.

De vreemdeling kan slechts vastgehouden worden voor de tijd die noodzakelijk is voor het vaststellen van de verantwoordelijke lidstaat respectievelijk voor de uitvoering van de overdracht naar de verantwoordelijke lidstaat, met een maximumduur van telkens zes weken.⁹³

Overeenkomstig het laatste lid van artikel 51/5, § 4, Vreemdelingenwet wordt de vasthoudingstermijn evenwel van rechtswege gestuit zolang het beroep, ingediend tegen de beslissing tot overdracht, opschortende werking heeft. De vasthoudingstermijn wordt dus van rechtswege verlengd met een termijn van zes weken van zodra het beroep tegen de overdrachtsbeslissing geen schorsende werking meer heeft.

Geen vreemdeling mag worden vastgehouden om de enkele reden dat hij aan de Dublin-procedure is onderworpen (artikel 51/5, § 5, Vreemdelingenwet).

⁹³ Zie *supra*, nr. 10.

De minder dwingende maatregelen zullen bij koninklijk besluit worden vastgelegd (artikel 51/5, § 6, Vreemdelingenwet).

b. Vrijheidsberoving aan de grens (artikel 74/5 Vreemdelingenwet)

- 33.** Aan de grens kunnen, in afwachting van de machtiging om tot België toegelaten te worden of van zijn teruggrijving, de volgende personen vastgehouden worden:
- de vreemdeling die, met toepassing van de Vreemdelingenwet, door de met grenscontrole belaste overheden kan worden teruggedreven;
 - de vreemdeling die België tracht binnen te komen zonder aan de binnenkomstvoorwaarden (artikel 2 en artikel 3 Vreemdelingenwet) te voldoen en een verzoek om internationale bescherming doet aan de grens.

Geen vreemdeling mag worden vastgehouden om de enkele reden dat hij een verzoek om internationale bescherming heeft gedaan (artikel 74/5, § 1, tweede lid, Vreemdelingenwet).

De duur van de vasthouding aan de grens is in principe beperkt tot twee maanden, maar kan telkens verlengd worden met een periode van twee maanden indien de vreemdeling het voorwerp uitmaakt van een uitvoerbare maatregel tot teruggrijving en op voorwaarde dat de nodige stappen om de vreemdeling te verwijderen werden genomen binnen de zeven werkdagen vanaf de teruggrijvingsmaatregel, wanneer zij met de vereiste zorgvuldigheid worden voortgezet en wanneer de effectieve verwijdering van de betrokkene binnen een redelijke termijn nog steeds mogelijk is.

Vanaf de tweede verlenging kan enkel de minister nog beslissen om de duur van de vasthouding te verlengen.

Na vijf maanden moet de vreemdeling in vrijheid worden gesteld. Enkel in de gevallen waarin dit noodzakelijk is voor de bescherming van de openbare orde of de nationale veiligheid, kan de vasthouding telkens met een maand worden verlengd. De totale duur van de vasthouding mag evenwel niet meer dan acht maanden bedragen.

Overeenkomstig artikel 74/5, § 3, laatste lid, Vreemdelingenwet wordt de duur van de vasthouding van rechtswege opgeschort gedurende de aangewende termijn om een verzoekschrift in te dienen bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Hetzelfde geldt indien een termijn wordt verleend aan de Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen of aan de verzoekende of tussenkomende partij om de door één van de partijen aangebrachte nieuwe elementen te onderzoeken of haar bemerkingen mee te delen, gedurende deze termijn.

c. Vrijheidsberoving op het grondgebied (artikel 74/6 Vreemdelingenwet)

- 34.** De vasthouding van een verzoeker om internationale bescherming op het grondgebied kan overeenkomstig artikel 74/6 Vreemdelingenwet slechts wettig worden

toegepast wanneer dit op basis van een individuele beoordeling nodig blijkt en er geen andere, mindere dwingende maatregelen effectief kunnen worden toegepast.

Het laatste lid van artikel 74/6, § 1, Vreemdelingenwet vermeldt als minder dwingende maatregel de verplichting om op een bepaalde plaats te verblijven. Andere minder dwingende maatregelen voor vasthouding zullen overeenkomstig het voorlaatste lid van dit artikel bepaald worden bij koninklijk besluit.

Artikel 74/6, § 1, eerste lid, Vreemdelingenwet somt de volgende vasthoudingsgronden op:

- om de identiteit of nationaliteit van de verzoeker vast te stellen of na te gaan;
- om de gegevens te verkrijgen die ten grondslag liggen aan het verzoek om internationale bescherming en die niet zouden kunnen worden verkregen als de verzoeker niet vastgehouden zou worden, met name in geval van risico op onderduiken van de verzoeker;
- wanneer de verzoeker ter voorbereiding van de terugkeer en/of ter uitvoering van het verwijderingsproces wordt vastgehouden, en er kan worden aangetoond op basis van objectieve criteria, zoals het feit dat de verzoeker reeds de mogelijkheid van toegang tot de asielpcedure heeft gehad, dat er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat de betrokkene het verzoek om internationale bescherming louter heeft ingediend om de uitvoering van het terugkeerbesluit uit te stellen of te vrijdelen;
- wanneer de bescherming van de nationale veiligheid of de openbare orde dat vereisen.

Ook hier wordt gestipuleerd dat geen vreemdeling mag worden vastgehouden om de enkele reden dat hij een verzoek om internationale bescherming heeft gedaan (artikel 74/6, § 1, tweede lid, Vreemdelingenwet).

De duur van de vasthouding mag twee maanden niet te boven gaan, maar kan verlengd worden met een termijn van twee maanden om redenen van nationale veiligheid of openbare orde (artikel 74/6, § 1, vierde en vijfde lid, Vreemdelingenwet).

Vanaf de tweede verlenging kan enkel de minister nog beslissen om de duur van de vasthouding met een maand te verlengen. De totale duur van de vasthouding mag evenwel niet meer dan zes maanden bedragen (artikel 74/6, § 1, zesde lid, Vreemdelingenwet).

Zoals ook bepaald in artikel 74/5, § 3, laatste lid, Vreemdelingenwet wordt de duur van de vasthouding van rechtswege opgeschort gedurende de aangewende termijn om een verzoekschrift in te dienen bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Hetzelfde geldt indien een termijn wordt verleend aan de Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen of aan de verzoekende of tussenkommende partij om de door één van de partijen aangebrachte nieuwe elementen te onderzoeken of haar bemerkingen mee te delen, gedurende deze termijn (artikel 74/6, § 1, zevende lid, Vreemdelingenwet).

d. Het risico op onderduiken

35. De definitie van het risico op onderduiken in artikel 1, 11°, Vreemdelingenwet werd geherformuleerd zodat deze definitie voortaan niet alleen toepasselijk is op de vreemdeling die bevolen werd om het grondgebied te verlaten maar ook

op de verzoeker om internationale bescherming, en dit zowel in de fase van de bepaling van de verantwoordelijke staat (de Dublin-procedure) als in de latere fase van het onderzoek van het verzoek door de bevoegde Belgische overheden.

Het bestaan van een risico op onderduiken is doorslaggevend om te bepalen of een termijn voor vrijwillig vertrek kan worden toegekend en of een vreemdeling kan worden vastgehouden.

Artikel 1, 11°, Vreemdelingenwet omschrijft het risico op onderduiken als *“het feit dat er redenen bestaan om aan te nemen dat een vreemdeling die het voorwerp uitmaakt van een verwijderingsprocedure, een procedure voor toekenning van internationale bescherming of een procedure tot vaststelling van of tot overdracht naar de lidstaat die verantwoordelijk is voor de behandeling van het verzoek om internationale bescherming, met het oog op de criteria die opgesomd worden in § 2 zal onderduiken.”*

Overeenkomstig artikel 1, § 2, Vreemdelingenwet moet het risico actueel en reëel zijn en wordt het vastgesteld aan de hand van een individueel onderzoek, waarbij de overheid rekening moet houden met alle omstandigheden die eigen zijn aan elk geval.

Eén of meer van de ondervermelde objectieve criteria volstaan opdat er sprake kan zijn van een risico op onderduiken:

- (i) de betrokkene heeft na zijn illegale binnenkomst of tijdens zijn illegaal verblijf geen verblijfsaanvraag ingediend, of heeft zijn verzoek om internationale bescherming niet binnen de door deze wet voorziene termijn gedaan;
- (ii) de betrokkene heeft in het kader van een procedure voor internationale bescherming, verblijf, verwijdering of teruggrijving valse of misleidende informatie of valse of vervalste documenten gebruikt, of heeft fraude gepleegd of andere onwettige middelen gebruikt;
- (iii) de betrokkene werkt niet mee of heeft niet meegewerkt in het kader van zijn betrekkingen met de overheden die belast zijn met de uitvoering van en/of het toezicht op de naleving van de reglementering inzake de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;
- (iv) de betrokkene heeft duidelijk gemaakt dat hij zich niet aan een van de volgende maatregelen wil houden of heeft zich reeds niet aan een van deze maatregelen gehouden:
 - a)** een overdrachts-, teruggrijvings- of verwijderingsmaatregel;
 - b)** een inreisverbod dat noch opgeheven, noch opgeschort is;
 - c)** een minder dwingende maatregel dan een vrijheidsberovende maatregel die erop gericht is om zijn overdracht, teruggrijving of zijn verwijdering te garanderen, ongeacht of het om een vrijheidsbeperkende maatregel of een andere maatregel gaat;
 - d)** een vrijheidsbeperkende maatregel die erop gericht is om de openbare orde of de nationale veiligheid te garanderen;
 - e)** een door een andere lidstaat genomen maatregel die gelijkwaardig is aan de maatregelen bedoeld in a), b), c) of d);
- (v) de betrokkene maakt het voorwerp uit van een inreisverbod in het Rijk en/of in een andere lidstaat dat noch opgeheven, noch opgeschort werd;

- (vi) de betrokkene heeft onmiddellijk na het voorwerp te hebben uitgemaakt van een beslissing tot weigering van binnenkomst of verblijf of een beslissing die een einde heeft gemaakt aan zijn verblijf, of onmiddellijk na het voorwerp te hebben uitgemaakt van een terugdrijvings- of verwijderingsmaatregel, een nieuwe verblijfsaanvraag of een nieuw verzoek om internationale bescherming ingediend;
- (vii) terwijl hij in verband met dat punt ondervraagd werd, heeft de betrokkene verborgen dat hij zijn vingerafdrukken reeds heeft gegeven in een andere Staat die gebonden is door de Europese reglementering met betrekking tot de bepaling van de Staat die verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming, na een verzoek om internationale bescherming te hebben ingediend;
- (viii) de betrokkene heeft in het Rijk of in een of meerdere andere lidstaten meerdere verzoeken om internationale bescherming en/of verblijfsaanvragen ingediend, die aanleiding hebben gegeven tot een negatieve beslissing of die niet tot de afgifte van een verblijfstitel hebben geleid;
- (ix) terwijl hij in verband met dat punt ondervraagd werd, heeft de betrokkene verborgen dat hij vroeger reeds een verzoek om internationale bescherming heeft ingediend in een andere staat die gebonden is door de Europese reglementering met betrekking tot de bepaling van de staat die verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming;
- (x) de betrokkene heeft verklaard of uit zijn dossier blijkt dat hij voor andere doeleinden dan de doeleinden waarvoor hij een verzoek om internationale bescherming of een verblijfsaanvraag heeft ingediend naar het Rijk gekomen is;
- (xi) de betrokkene maakt het voorwerp uit van een geldboete omdat hij een kennelijk onrechtmatig beroep heeft ingediend bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

5) Toepassingen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie

a. Het wettigheidstoezicht omvat de verenigbaarheid van de maatregel van vrijheidsberoving met de artikelen 3, 8, 12 en 13 EVRM

(i) Artikel 3 EVRM

36. Elke daad waarbij opzettelijk hevige pijn of ernstig lichamelijk of moreel leed wordt toegebracht, is een onmenselijke behandeling in de zin van artikel 3 EVRM. Onder vernederende behandeling wordt begrepen, elke daad die bij degene die ze ondergaat, in andermans of eigen ogen, zware vernedering of verlies van waardigheid veroorzaakt. De rechtmatige arrestatie of detentie van een persoon met het oog op zijn verwijdering is een maatregel die bij artikel 5.1, f) EVRM is bepaald en is geen onmenselijke of vernederende behandeling in bovenvermelde zin, wanneer, zoals uit het arrest blijkt, de uitvoeringsmodaliteiten zelf van de vrijheidsberoving niet betwist worden en de minder dwingende maatregelen die de terugkeer moeten verzekeren, door toedoen van de betrokken onderdaan onvoldoende zijn gebleken.⁹⁴

⁹⁴ Cass. 21 december 2011, P.11.2042.F, *Arr.Cass.* 2011, 2689, *R.W.* 2012-13, 1138, noot B. DE SMET.

37. Indien een vreemdeling in conclusie aanvoert dat de beslissing tot verwijdering van het grondgebied en tot handhaving van de hechtenis met het oog hierop, artikel 3 EVRM schendt aangezien een terugkeer onder dwang naar zijn land van oorsprong, wegens zijn gezondheidstoestand, een onmenselijke of vernederende behandeling is, is het arrest dat oordeelt dat dit middel niet gegrond is omdat het reeds door de administratieve rechtscolleges is onderzocht en omdat het onderzoek van het verweer dat een gedwongen terugkeer van de vreemdeling naar zijn land van oorsprong een onmenselijke of vernederende behandeling zou zijn, neerkomt op een beoordeling van de opportuniteit van de maatregel waarvoor de rechter niet bevoegd is, niet naar recht verantwoord. Die eerste reden, die alleen bestaat in een verwijzing naar de redenen van niet nader genoemde administratieve beslissingen, zonder de inhoud ervan te verduidelijken, stelt het Hof niet in staat zijn toezicht uit te oefenen. Wat betreft de tweede reden kan de verwijdering van een vreemdeling en de daartoe genomen maatregel van vrijheidsberoving, leiden tot een toestand waarin artikel 3 EVRM moet worden toegepast, zo er ernstige redenen bestaan om te vrezen dat de vreemdeling na zijn verwijdering of door zijn verwijdering gevaar loopt om te worden onderworpen aan foltering of aan onmenselijke of vernederende behandelingen. Hieruit volgt dat het onderzoeksgerecht, wanneer een vreemdeling dergelijk risico aanvoert, het bestaan ervan moet beoordelen in het kader van een toezicht op de wettigheid en niet op de opportuniteit.⁹⁵

38. Indien een vreemdeling het risico loopt om na zijn verwijdering of als gevolg daarvan dreigt onderworpen te worden aan foltering of vernederende of onmenselijke straffen, dan moet het onderzoeksgerecht het bestaan ervan beoordelen, daar die controle valt onder het wettigheidstoezicht en geen loutere opportuniteitsbeoordeling betreft. De kamer van inbeschuldigingstelling beslist om de vrijheidsberovende maatregel niet te handhaven op grond van de vaststellingen dat de vreemdeling een Soedanees is, dat de verwijdering zal gebeuren naar zijn geboorteland, dat volgens gekende informatie de algemene toestand in Soedan verontrustend blijft wegens de aanhoudende schending van mensenrechten, iets waarbij niet wordt betwist dat dit blijkt uit talrijke omstandige rapporten van NGO, en dat gelet op het zeer hoge percentage erkenning van uit Soedan afkomstige asielaanvragers aan wie de subsidiaire bescherming wordt toegekend, het aan de Belgische Staat toekomt om voorafgaandelijk de noodzakelijke onderzoeken te doen in het licht van artikel 3 EVRM. Met die redenen, die niet doen blijken van een manifeste dwaling, verantwoordt de appelrechters hun beslissing naar recht.⁹⁶

39. Het onvoorwaardelijke en absolute karakter van het verbod op foltering of onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen belet niet dat de vreemdeling die het risico aanvoert op dergelijke behandelingen in geval van terugkeer, gegevens moet overleggen die zijn verklaringen kracht kunnen bijzetten. Het onderzoeksgerecht belast met het wettigheidsonderzoek van de met het oog op verwijdering genomen maatregel van vrijheidsberoving, kan en moet nagaan of dat risico aannemelijk genoeg wordt aangevoerd.⁹⁷

(ii) Artikel 8 EVRM

⁹⁵ Cass. 18 januari 2012, P.11.2130.F, *Arr.Cass.* 2012, 158, *J.L.M.B.* 2012, 928, noot D. ANDRIEN.

⁹⁶ Cass. 31 januari 2018, P.18.0035.F, www.cass.be.

⁹⁷ Cass. 3 januari 2018, P.17.1202.F, www.cass.be.

40. De verwijdering van een vreemdeling en de vrijheidsberovende maatregel die hiertoe wordt genomen, kunnen een miskennis van het in artikel 8 EVRM bepaalde recht van het privéleven opleveren. De bewering van de vreemdeling dat dergelijk risico bestaat, valt onder de wettigheidscontrole en niet onder de opportuniteitscontrole van de administratieve maatregel.⁹⁸

41. Het recht op eerbiediging van het privéleven, dat bij artikel 8 EVRM is bepaald, is geen onbeperkt recht. Die bepaling sluit de inmenging van enig openbaar gezag in de uitoefening van dat recht niet uit, wanneer die inmenging bij wet is bepaald en een maatregel is die in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid, de goede zeden of de rechten en vrijheden van anderen.

Uit het feit dat een vreemdeling die op onwettige wijze in België verblijft, een vast adres heeft, slaagt voor het middelbaar onderwijs, niet bekend staat bij de politie en niet gehoorzaamt aan de bevelen om het grondgebied te verlaten die hem zonder dwang ter kennis zijn gebracht, kan niet worden afgeleid dat zijn vrijheidsberoving volgens de wettelijke voorschriften niet langer beantwoordt aan het doel dat bij artikel 8.2 EVRM is bepaald of een handeling zou zijn die buiten verhouding staat tot de verwijdering die niet met minder dwingende maatregelen kon worden verzekerd. De appelrechters, die op de voormelde gronden oordelen dat de opsluiting van de vreemdeling wel als een onevenredige inmenging in het privé- en gezinsleven van de vreemdeling dient te worden beschouwd en beslissen om de vreemdeling vrij te laten, verantwoorden hun beslissing bijgevolg niet naar recht.⁹⁹

42. In een arrest van 20 oktober 2010 oordeelde het Hof van Cassatie eveneens dat het bij artikel 8 EVRM en artikel 22 Grondwet gewaarborgde recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, niet absoluut is. Die bepalingen verbieden niet dat de wet de toegang tot het grondgebied afhankelijk maakt van de verplichting om over een paspoort met visum te beschikken en evenmin dat zij in de nodige maatregelen voorziet om de eerbiediging daarvan te verzekeren.

De kamer van inbeschuldigingstelling die bij de lezing van het bevel om het grondgebied te verlaten vaststelt dat de vreemdeling België illegaal is binnengekomen, dat hij niet over de vereiste documenten beschikt, dat de niet-naleving van een eerder bevel doet vermoeden dat hij niet vrijwillig gevolg zal geven aan de nieuwe beslissing en dat het geplande huwelijk in België hem niet vrijstelt van de formaliteit om vooraf te zorgen voor een visum in zijn thuisland, oordeelt naar recht dat die in de administratieve akte opgenomen redenen, een redelijke grondslag verlenen aan de vrijheidsberovende maatregel en de beslissing tot verwijdering waarop die maatregel steunt. De kamer van inbeschuldigingstelling kan, zonder schending van de artikelen 8 en 12 EVRM en artikel 22 Grondwet, oordelen dat de maatregel waarop kritiek wordt uitgeoefend, een bij wet bepaalde inmenging is en weigeren om die maatregel willekeurig, onevenredig of een aantasting van de eerbiediging van het gezinsleven te noemen.¹⁰⁰

⁹⁸ Cass. 21 maart 2012, P.12.0291.F, *J.L.M.B.* 2012, 931.

⁹⁹ Cass. 21 december 2011, P.11.2042.F, *Arr.Cass.* 2011, 2689, *R.W.* 2012-13, 1138, noot B. DE SMET.

¹⁰⁰ Cass. 20 oktober 2010, P.10.1545.F, *Arr.Cass.* 2010, 2553.

43. Op grond van de vaststellingen dat een vreemdeling reeds geruime tijd illegaal in het land verblijft, hij niet enkel in België een gezinsleven kan hebben, het niet onmogelijk zou zijn om een gezinsleven te ontwikkelen en verder te zetten in zijn land van herkomst of elders en hij niet aannemelijk maakt dat hij daadwerkelijk de vader zou zijn van het ongebooren kind, verantwoordt het arrest zijn beslissing tot handhaving van de vrijheidsberoving naar recht zonder schending van artikel 8 EVRM.¹⁰¹

44. Wanneer de vreemdeling, in het kader van zijn beroep tegen de vrijheidsberovende maatregel, in een schriftelijke conclusie aanvoert dat die maatregel artikel 8 EVRM schendt, moet het onderzoeksgerecht nagaan of die bewering gegrond is en moet het zijn beslissing motiveren. Dat onderzoek valt onder het legaliteitstoezicht en niet onder het opportuniteitstoezicht.

Uit de stukken van de rechtspleging blijkt dat de eiser in een schriftelijke conclusie een middel heeft aangevoerd, afgeleid uit de schending van artikel 8 EVRM. Daarin verwijt de vreemdeling de overheid, eensdeels, een onrechtmatige inmenging in de uitoefening van zijn recht op eerbiediging van zijn privé-, familie- en gezinsleven, wat hij afleidt uit het feit dat die overheid geen onderzoek heeft verricht naar het actuele en reële aspect van de bedreiging die hij vormt voor de openbare orde, het niet-evalueren van een materiële wijziging in de omstandigheden en het niet in aanmerking nemen van zijn familie- en gezinsleven en, anderdeels, een onevenredige inmenging gelet op de concrete gegevens uit zijn privé-, familie- en gezinsleven. Het bestreden arrest beslist dat dit middel niet gegrond is om de enkele reden dat de onderzoeksgerechten zich niet mogen uitspreken over de gepastheid van de vrijheidsberovende maatregel. Aldus hebben de appelrechters niet geantwoord op de conclusie van de vreemdeling waarin hij de wettigheid van de administratieve beslissing heeft betwist.¹⁰²

45. In een arrest van 1 oktober 2014 oordeelde het Hof van Cassatie dat uit de richtlijnen 2003/9/EG en 2005/85 van de Raad volgt dat wanneer een onderdaan van een derde land een verzoek om internationale bescherming heeft ingediend na in bewaring te zijn genomen, gelet op artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn, zijn vrijheidsbeneming alleen kan worden gehandhaafd wanneer ze objectief noodzakelijk blijkt om te vermijden dat de vreemdeling zich definitief aan zijn terugkeer zou onttrekken.

Het onderzoeksgerecht beoordeelt van geval tot geval het geheel van de hem ter onderzoek voorgelegde relevante omstandigheden. Daarbij kan het met name de gegevens in aanmerking nemen die inherent zijn aan het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, zoals gewaarborgd door artikel 8 EVRM.

De vreemdeling betrof in casu een asielzoeker wiens eerste aanvraag werd afgewezen door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, waarna hij bevolen werd om het grondgebied te verlaten. Hierna heeft hij een tweede asielaanvraag ingediend die nog steeds hangende was. Indien de Dienst Vreemdelingenzaken niet betwist dat de vreemdeling samenwoont met een vrouw die hij zwanger heeft gemaakt en dat ze trouwplannen hebben, evenmin als de noodzaak voor de vreemdeling om zijn zwaar zieke moeder bij te staan, kan de kamer van inbeschuldigingstelling vaststellen dat de beslissing van vrijheidsberoving verzuimt die

¹⁰¹ Cass. 3 april 2013, P.13.0509.N, *T. Vreemd.* 2013, 248.

¹⁰² Cass. 14 september 2016, P.16.0936.F, *Arr.Cass.* 2016, 1763, *Pas.* 2016, 1709, concl. M. NOLET DE BRAUWERE.

omstandigheden te onderzoeken overeenkomstig artikel 8 EVRM en op die grond beslissen om de vreemdeling in vrijheid stellen.¹⁰³

46. In een arrest van 5 april 2017¹⁰⁴ vernietigde het Hof van Cassatie een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling te Brussel omdat uit de overwegingen in het arrest niet bleek dat de appelrechters de invloed van het gebrek aan onderzoek van gegevens betreffende het familie- en gezinsleven van de vreemdeling in de beslissing van vrijheidsberoving op de in artikel 8 EVRM vastgelegde rechten had onderzocht. Het Hof van Cassatie oordeelde als volgt:

“Overeenkomstig artikel 74/13 Vreemdelingenwet houdt de minister of zijn gemachtigde bij het nemen van een beslissing tot verwijdering rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land.

Uit het arrest van de Raad van State van 17 november 2016 dat uitspraak doet over het beroep van de vreemdeling tegen het ministerieel besluit tot terugzending van 2 april 2010, dat bij de stukken van de administratieve procedure is gevoegd, blijkt dat de vreemdeling elementen uit zijn familie- en gezinsleven had uiteengezet die sinds het nemen van dat ministerieel besluit zijn voorgevallen. Die waren bijgevolg door de administratie gekend.

De beslissing die aan het toezicht van de kamer van inbeschuldigingstelling werd voorgelegd vermeldt geen enkel gegeven betreffende het familie- en gezinsleven van de eiser.

Het arrest oordeelt eerst dat het feit dat een illegaal in het land verblijvende vreemdeling een gezin heeft gesticht en aldus de overheid van het gastland voor een voldongen feit heeft gesteld, niet betekent dat het gastland, op grond van artikel 8 EVRM, verplicht is hem machtiging te verlenen om zich in het Rijk te vestigen en dat de duur van het illegaal verblijf, weze het lang, als dusdanig onvoldoende is om een schending van die bepaling op te leveren. Het verduidelijkt verder dat niet wordt betwist en dat het onbetwistbaar is dat de eiser sinds zijn aankomst altijd op onwettige en precaire wijze in het land heeft verbleven en dat hij die toestand bewust handhaaft.

Aangezien de vrijheidsbenemende titel nalaat de omstandigheden te onderzoeken die eigen zijn aan het familie- en gezinsleven van de vreemdeling, blijkt uit deze overwegingen niet dat de appelrechters de gevolgen hebben onderzocht van de door de eiser aangeklaagde leemten op de in artikel 8 EVRM vastgelegde rechten. Met die overwegingen verantwoordt het arrest haar beslissing niet naar recht.”

(iii) Artikel 12 EVRM

47. In een arrest van 20 oktober 2010¹⁰⁵ oordeelde het Hof van Cassatie dat het door de vreemdeling ingeroepen artikel 12 EVRM de man en de vrouw het recht waarborgt om vanaf huwbare leeftijd te trouwen volgens de nationale desbetreffende wetten. De

¹⁰³ Cass. 1 oktober 2014, P.14.1415.F, Arr.Cass. 2014, 2037, Pas. 2014, 2028, concl. D. VANDERMEERSCH.

¹⁰⁴ Cass. 5 april 2017, P.17.0318.F, www.cass.be, J.dr.jeun. 2017, 35, noot BVK.

¹⁰⁵ Cass. 20 oktober 2010, P.10.1545.F, Arr.Cass. 2010, 2553.

illegaal verblijvende vreemdeling ontleent aan die bepaling niet het recht om niet uit België te worden verwijderd louter wegens zijn trouwplannen.

48. In een arrest van 20 november 2013¹⁰⁶ oordeelde het Hof van Cassatie dat artikel 12 EVRM, dat het recht om te huwen waarborgt, de uitoefening ervan niet onttrekt aan de naleving van de nationale wetten waardoor dat recht wordt geregeld. Tot die wetten behoort artikel 146*bis* Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat er geen huwelijk is wanneer uit een geheel van omstandigheden blijkt dat de intentie van minstens één van de echtgenoten kennelijk niet gericht is op het tot stand brengen van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel op het verkrijgen van een verblijfsrechtelijk voordeel. Met overneming van de redenen van het advies van het openbaar ministerie oordeelt de kamer van inbeschuldigingstelling dat de intentie van de vreemdeling niet gericht is op het tot stand brengen van een levensgemeenschap met de persoon die hij verklaart te willen huwen. Door die beoordeling, die van feitelijke aard is, beslist het arrest naar recht dat de maatregel van vrijheidsberoving artikel 12 EVRM niet schendt.

(iv) Artikel 8 en artikel 13 EVRM

49. Uit de omstandigheid enerzijds dat de vreemdeling verweer heeft gevoerd over de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM en anderzijds dat de kamer van inbeschuldigingstelling dat verweer beantwoordt, blijkt dat het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel van de vreemdeling, zoals gewaarborgd door artikel 13 EVRM, niet werd miskend.¹⁰⁷

b. Het wettigheidstoezicht omvat de aangevoerde willekeur of evenredigheid van de vrijheidsberovende maatregel

50. De afwezigheid van een opportuniteitscontrole verhindert een vreemdeling niet aan de onderzoeksgerechten een willekeurige of onevenredige vrijheidsberoving ter toetsing voor te leggen.¹⁰⁸

c. Het wettigheidstoezicht is beperkt tot de te beoordelen beslissing

51. Artikel 72, tweede lid, en artikel 73, eerste lid, Vreemdelingenwet kennen de onderzoeksgerechten de bevoegdheid toe de aangehouden vreemdeling vrij te laten als ze vaststellen dat de maatregel van vrijheidsberoving of de beslissing tot verwijdering waarop die maatregel steunt, onwettig is. Ze kennen hen niet de bevoegdheid toe om de maatregel van vrijheidsberoving op te heffen, op grond dat een andere beslissing tot verwijdering, die na die maatregel werd genomen of waarop die maatregel niet is gegrond, onwettig zou zijn of dat een arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de uitvoering van deze andere beslissing, die niet aan het wettigheidstoezicht van het onderzoeksgerecht was onderworpen,

¹⁰⁶ Cass. 20 november 2013, P.13.1735.F, *Arr.Cass.* 2013, 2476.

¹⁰⁷ Cass. 3 april 2013, P.13.0509.N, *T. Vreemd.* 2013, 248.

¹⁰⁸ Cass. 18 oktober 2016, P.16.0969.N, *Arr.Cass.* 2016, 2096.

opschort op grond dat de onmiddellijke uitvoering ervan een moeilijk te herstellen nadeel kan veroorzaken wegens mogelijke schending van artikel 8 EVRM.¹⁰⁹

d. Het wettigheidstoezicht kan slechts gebeuren op basis van op het ogenblik van de betwiste beslissing bestaande stukken

52. Uit het beperkte toezicht van de onderzoeksgerechten vloeit voort dat zij geen element in aanmerking kunnen nemen dat zich voordeed na het bevel om het grondgebied te verlaten met beslissing tot vasthouding in een welbepaalde plaats, tenzij dat element aan het licht zou brengen dat die maatregelen door een onwettigheid waren aangetast op het tijdstip dat zij genomen werden.

De kamer van inbeschuldigingstelling die het hoger beroep van de vreemdeling tegen de beschikking van de raadkamer houdende de verwerping van het verzoek tot invrijheidsstelling gegrond verklaart wegens de ernstige ziekte waaraan hij lijdt en zich daarvoor baseert op een medisch getuigschrift waarvan de Dienst Vreemdelingenzaken geen kennis kon hebben op het tijdstip van de afgifte van het bevel om het grondgebied te verlaten omdat het pas na dat bevel werd uitgereikt, hebben hun opportuniteitsbeoordeling derhalve in de plaats gesteld van die van de bestuurlijke overheid. Het arrest wordt dan ook vernietigd.¹¹⁰

e. Het wettigheidstoezicht omvat niet de beoordeling van niet tot het administratief behorende processen-verbaal

53. Hoewel het wettigheidstoezicht van de administratieve beslissing het toezicht op de juistheid van de feitelijke gegevens omvat waarop die beslissing berust, kan daaruit niet worden afgeleid dat het onderzoeksgerecht daarenboven uitspraak moet doen over het proces-verbaal van politie dat aan de onderschepping van de vreemdeling ten grondslag ligt. Uit de omstandigheid dat dit proces-verbaal niet in het dossier van de Dienst Vreemdelingenzaken voorkomt, volgt niet dat die dienst zijn beslissing niet heeft gemotiveerd of dat het onderzoeksgerecht moest besluiten dat het onmogelijk was de wettigheid daarvan na te gaan.¹¹¹

f. Het wettigheidstoezicht en de ondertekening van de administratieve beslissing van vrijheidsberoving

54. De kamer van inbeschuldigingstelling oordeelt naar recht dat een beslissing tot vrijheidsberoving door het ontbreken van een handtekening van een gemachtigde van de staatssecretaris is aangetast door een substantieel vormgebrek.¹¹²

¹⁰⁹ Cass. 19 april 2017, P.17.0349.F, www.cass.be.

¹¹⁰ Cass. 30 november 2016, P.16.1114.F, Arr.Cass. 2016, 2439, Rev.dr.pén. 2017, 493, concl. D. VANDERMEERSCH, J.L.M.B. 2017, 1286, noot P. MARTENS.

¹¹¹ Cass. 9 december 2015, P.15.1497.F, Arr.Cass. 2015, 2889.

¹¹² Cass. 18 juni 2013, P.13.1003.N, Arr.Cass. 2013, 1547.

55. De kamer van inbeschuldigingstelling kan naar recht oordelen dat het bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op de verwijdering van de vreemdeling, dat elektronisch werd ondertekend door de ambtenaren van de Dienst Vreemdelingenzaken, in overeenstemming is met de wetgeving betreffende de elektronische handtekening en derhalve rechtsgeldig is. Noch de Vreemdelingenwet, noch enige andere bepaling vereisen immers dat de beslissing tot vrijheidsberoving wordt ondertekend met een geavanceerde elektronische handtekening zoals bedoeld in artikel 2, tweede lid, 2°, van de toen geldende wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten (hierna: Wet Elektronische Handtekening).¹¹³

Artikel 4, § 5, Wet Elektronische Handtekening bepaalt dat een elektronische handtekening geen rechtsgeldigheid kan worden ontzegd en niet als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures kan worden geweigerd louter op grond van het feit dat de handtekening in elektronische vorm is gesteld, of niet is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat, of niet is gebaseerd op een door een geaccrediteerd certificatedienstverlener afgegeven certificaat of zij niet met een veilig middel is aangemaakt.

Het is bijgevolg aan de rechter om de bewijswaarde van de elektronische handtekening te beoordelen en om na te gaan of er voldoende waarborgen zijn of hij wiens ingescande handtekening is vermeld op de beslissing, daadwerkelijk de beslissing heeft ondertekend.¹¹⁴

56. Artikel 72, vierde lid, Vreemdelingenwet bepaalt dat er bij het wettigheidstoezicht over de maatregelen van vrijheidsberoving van vreemdelingen wordt gehandeld overeenkomstig de wettelijke bepalingen op de voorlopige hechtenis, behoudens onder meer deze betreffende het bevel tot aanhouding en de onderzoeksrechter.

Artikel 16, § 6, eerste lid, Voorlopige Hechteniswet bepaalt: *“Het bevel wordt ondertekend door de rechter die het heeft verleend, en wordt met zijn zegel bekleed. Bij ontstentenis van de handtekening van de rechter, wordt de inverdenkinggestelde in vrijheid gesteld. (...)”*

Die bepaling heeft enkel betrekking op de ondertekening van een bevel tot aanhouding door de rechter die het verleent, maar niet op de ondertekening door een gemachtigde ambtenaar van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering.¹¹⁵

g. Het wettigheidstoezicht en de taalwetgeving

57. In een arrest van 24 februari 2016 oordeelde het Hof van Cassatie dat, met toepassing van artikel 51/4, § 1, Vreemdelingenwet, het onderzoek van de asielaanvraag in het Frans of in het Nederlands geschiedt en dat de taal van het onderzoek tevens de taal is van de beslissing die daaruit voortvloeit. Indien de vreemdeling geen van die talen heeft

¹¹³ Artikel 2, lid 2, 1° van de toen geldende Wet Elektronische Handtekening omschrijft de elektronische handtekening als volgt: *“gegevens in elektronische vorm, vastgehecht aan of logisch geassocieerd met andere elektronische gegevens, die worden gebruikt als middel voor authenticatie.”* Voor een dergelijke gewone elektronische handtekening bepaalt de wet geen andere eisen. Zie hierover thans de bepalingen van Verordening (EU) 910/2014 van 23 juli 2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van richtlijn 1999/93/EG en het Wetboek van Economisch recht van 28 februari 2013 (o.a. boek XII).

¹¹⁴ Cass. 3 augustus 2016, P.16.0862.N, Arr.Cass. 2016, 1544.

¹¹⁵ Cass. 3 augustus 2016, P.16.0862.N, Arr.Cass. 2016, 1544.

gekozen of om de bijstand van een tolk heeft gevraagd, bepaalt de minister of zijn gemachtigde de taal van het onderzoek in functie van de noodwendigheden van de diensten en instanties.

De vreemdeling kan bij het onderzoeksgerecht waarvan de zetel in Brussel is gevestigd, in het Frans of in het Nederlands beroep instellen ongeacht de taal waarin de betwiste administratieve beslissing is opgesteld.

Krachtens de Taalwet Gerechtszaken geldt het beginsel van de eenheid van de taal enkel voor de akten van de gerechtelijke procedure. Noch artikel 5.4 EVRM, noch enige andere wettelijke bepaling gebieden dat de vertaling van het administratieve dossier in de taal van de rechtspleging wordt toegevoegd.

Indien de rechter de taal waarin de administratieve stukken zijn opgesteld niet kent, kan hij de vertaling ervan vragen maar het is hem niet verboden acht te slaan op stukken die in een andere taal dan die van de rechtspleging zijn gesteld. De eerbiediging van het recht van verdediging verplicht hem ervan kennis te nemen.¹¹⁶

58. Volgens artikel 41, § 1, Taalwet Bestuurszaken maken de centrale diensten voor hun betrekkingen met de particulieren gebruik van deze van de drie talen waarvan de betrokkenen zich hebben bediend.

Wanneer het bevel om het grondgebied te verlaten een bijkomende beslissing is bij een beslissing tot weigering van verblijf, impliceert dit artikel dat de administratie in dat geval de taal gebruikt waarvan de vreemdeling zich bediend heeft tijdens de procedure die hij instelde om gemachtigd te worden tot een verblijf in België.

Die bepaling is niet van toepassing wanneer het bevel om het grondgebied te verlaten samen met een vasthoudingsmaatregel volgt op de vaststelling dat de vreemdeling na een beslissing tot weigering van verblijf in zijn onregelmatig verblijf op het grondgebied volhardt.¹¹⁷

h. Het wettigheidstoezicht en het hoorrecht van de vreemdeling

59. In een arrest van 15 oktober 2014 verwierp het Hof van Cassatie het middel dat schending aanvoerde van artikel 72 Vreemdelingenwet en artikel 41 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en dat het arrest verweet dat het de door de administratie met het oog op de verwijdering genomen maatregel van vrijheidsberoving wettig verklaart ofschoon de vreemdeling niet voorafgaand aan die beslissing werd gehoord. Artikel 72 Vreemdelingenwet bepaalt immers niet dat de vreemdeling vóór de beslissing tot vasthouding moet worden gehoord.

Krachtens artikel 51 Handvest zijn de bepalingen van die akte bovendien gericht tot de instellingen en organen van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel en tot de Lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.

De verplichting om de grondrechten te eerbiedigen zoals ze in het kader van de Europese Unie zijn omschreven, geldt voor de Lidstaten bijgevolg alleen wanneer ze optreden overeenkomstig het communautair recht.

Onder de titel "*Recht op behoorlijk bestuur*" bepaalt artikel 41.1 Handvest dat eenieder er recht op heeft dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de

¹¹⁶ Cass. 24 februari 2016, P.16.0177.F, *Arr.Cass.* 2016, 445. Zie in dezelfde zin: Cass. 16 augustus 2017, P.17.0886.F, www.cass.be; Cass. 23 augustus 2017, P.17.0874.F, *niet gepubliceerd*.

¹¹⁷ Cass. 28 juni 2017, P.17.0670.F, www.cass.be, concl. M. NOLET DE BRAUWERE.

instellingen en organen van de Unie worden behandeld. Artikel 41.2.a) bepaalt dat dit recht met name het recht van eenieder behelst te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen.

Uit de tekst van dat artikel blijkt dat het recht om te worden gehoord deel uitmaakt van het recht op behoorlijk bestuur en niet bedoeld is om op de Lidstaten te worden toegepast maar alleen op de instellingen, organen en organismen van de Unie.

Overigens legt geen enkele Europese norm de voorwaarden vast waarop de eerbiediging van het recht van verdediging van illegaal in het land verblijvende onderdanen van derde landen moet worden gewaarborgd vooraleer jegens hen een maatregel tot vasthouding in een welbepaalde plaats wordt genomen ten gevolge van een bevel om het grondgebied te verlaten.

Daaruit volgt dat geen enkele schending van artikel 41 Handvest kan worden afgeleid uit het feit dat de maatregel van vasthouding niet door een verhoor van de vreemdeling werd voorafgegaan.¹¹⁸

60. Ook uit artikel 47 Handvest, dat eenieders recht op een doeltreffende voorziening tegen een maatregel tot verwijdering van het grondgebied die eventueel samen met een vasthoudingsmaatregel werd genomen, waarborgt, kan de vreemdeling niet afleiden dat hij recht heeft om vóór een dergelijke vasthoudingsmaatregel te worden gehoord. Het Hof besliste tevens dat artikel 48 Handvest en de artikelen 6.2 en 6.3 EVRM, die het recht van het vermoeden van onschuld van eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld waarborgen tot diens schuld in rechte is bewezen en die waarborgen dat daartoe zijn recht van verdediging zal worden geëerbiedigd, geen verband houden met een door een administratieve overheid genomen maatregel van vrijheidsberoving om de doeltreffendheid te verzekeren van het bevel om het grondgebied te verlaten, uitgevaardigd tegen een persoon die de wettelijke voorwaarden van toegang tot het grondgebied, verblijf en vestiging niet eerbiedigt. Artikel 6.1 EVRM heeft volgens het Hof verder geen betrekking op het door de vreemdeling aangevoerde recht om te worden gehoord vooraleer een voor de uitvoering van een verwijderingsbeslissing noodzakelijke administratieve maatregel van vrijheidsberoving wordt genomen.¹¹⁹

61. Het Hof van Cassatie oordeelde met een arrest van 4 juli 2018¹²⁰ dat uit de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat in het Unierecht het recht om te worden gehoord integraal deel uitmaakt van het recht van verdediging dat een algemeen beginsel is van de Unie. De regel beoogt te verzekeren dat een persoon die het voorwerp is van een administratieve beslissing, vergissingen kan corrigeren en individuele omstandigheden kan laten gelden die van aard zijn de beslissing te beïnvloeden. Het staat aan de nationale rechter om aan de hand van de specifieke en juridische omstandigheden van het geval na te gaan of de aantasting van het hoorrecht van aard is dat een andere beslissing zou zijn getroffen indien de betrokkene de gelegenheid had gekregen elementen ter rechtvaardiging van zijn standpunt aan te voeren. Om een miskennis van het hoorrecht aan te tonen, dient de betrokkene dus aannemelijk te maken dat indien hij was gehoord een andere beslissing had kunnen worden genomen.

¹¹⁸ Cass. 15 oktober 2014, P.14.1399.F, *Arr.Cass.* 2014, 2261. Zie in dezelfde zin: Cass. 9 december 2015, P.15.1497.F, *Arr.Cass.* 2015, 2889.

¹¹⁹ Cass. 16 maart 2016, P.16.0281.F, *Arr.Cass.* 2016, 614.

¹²⁰ Cass. 4 juli 2018, P.18.0659.N, *www.cass.be*.

i. Niet-toegelaten opportuniteitsbeoordeling door het onderzoeksgerecht

62. In een arrest van 27 juli 2010 oordeelde het Hof dat de wettigheid van het bevel om het grondgebied te verlaten in de zin van artikel 27, § 3, Vreemdelingenwet¹²¹ niet afhangt van de verplichting voor de minister of zijn gemachtigde om vast te stellen dat de vreemdeling geen duurzame band heeft met België of dat hij een slechte reputatie heeft bij de gerechtelijke en administratieve overheid. De kamer van inbeschuldigingstelling oordeelde ten onrechte dat de vrijheidsberoving van de vreemdeling een onmenselijke of vernederende behandeling is en een buitensporige inmenging in zijn privé- en gezinsleven, omdat die overweging alleen is afgeleid uit de bewering dat de vreemdeling reeds vele jaren een vast adres heeft en zich nooit in ongunstige zin bij de overheid heeft doen opmerken. Het feit dat de vreemdeling geen slechte reputatie heeft, speelt geen rol bij de beoordeling van de wettigheid van de vrijheidsberovende maatregel, vermits het bevel om het grondgebied te verlaten niet op grond van artikel 7, eerste lid, 3°, Vreemdelingenwet¹²² was genomen.

De kamer van inbeschuldigingstelling grondt haar beslissing bijgevolg op een beoordeling van de duurzame sociale banden die de vreemdeling in het land zou hebben gelegd.

Wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling de wettigheid van de vrijheidsberovende maatregel en van de maatregel van verwijdering niet beoordeelt volgens de criteria van de Vreemdelingenwet, maar volgens de criteria bedoeld in artikel 2, 4°, van de wet van 22 december 1999 betreffende de regularisatie van het verblijf van bepaalde categorieën van vreemdelingen verblijvend op het grondgebied van het Rijk, mengt zij zich, onder het voorwendsel van een toezicht op de overeenstemming van de maatregel met de artikelen 3 en 8 EVRM, in een onderzoek naar de gepastheid van de maatregel, waarvoor zij overeenkomstig artikel 72, tweede lid, Vreemdelingenwet niet bevoegd is.¹²³

63. Ook in een arrest van 19 maart 2013 vernietigde het Hof een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling wegens opportuniteitstoetsing van de vrijheidsberovende maatregel.¹²⁴

In casu had de kamer van inbeschuldigingstelling de beschikking van de raadkamer bevestigd en geoordeeld dat de beslissing tot heropsluiting van 25 januari 2013 onwettig was op grond van de volgende overwegingen:

“Deze wettigheidscontrole bevat onder meer de toetsing van de omstreden beslissing van 16 januari 20(1)3 om het grondgebied te verlaten met inreisverbod en vasthouding met het oog op verwijdering aan: - art. 62 va(n) de vreemdelingenwet – art. 2, 3, 5, 6 van de wet op de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen dd. 29 juli 1991 ; Waar in de bestreden beschikking bijna enkel gerefereerd wordt naar het verleden met name naar de feiten en beslissingen van 10 jaar geleden en er weinig aandacht geschonken wordt aan – en geen rekening gehouden wordt met de gewijzigde

¹²¹ Zoals van toepassing als gevolg van de publicatie in het Belgisch Staatsblad op 12 oktober 2004.

¹²² Zoals van toepassing als gevolg van de publicatie in het Belgisch Staatsblad op 26 juni 1999. Dit artikel geeft aan de minister of zijn gemachtigde de bevoegdheid om aan de vreemdeling zonder verblijfsvergunning een bevel te geven om het grondgebied te verlaten wanneer hij door zijn gedrag geacht wordt de openbare orde of de nationale veiligheid te kunnen schaden.

¹²³ Cass. 27 juli 2010, P.10.1228.F, Arr.Cass. 2010, 2064.

¹²⁴ Cass. 19 maart 2013, P.13.0337.N, Arr.Cass. 2013, 783.

omstandigheden en zeer gunstige evolutie (zie o.m. met de toekenning van het herstel in eer en rechten aan verzoeker door de Kamer van Inbeschuldigingstelling van Gent dd. 22 oktober 2012), voldoet deze beslissing niet meteen aan de wettelijke motiveringsplicht.

Immers door “afdoende motivering” wordt bedoeld elke [motivering] die in redelijkheid de genomen beslissing schraagt, die gesteund is op werkelijke actuele feiten en die bovendien proportioneel is ten aanzien van het nagestreefde doel. De bestreden beslissing voldoet hier niet aan. (...)”

Het Hof besliste dat de kamer van inbeschuldigingstelling met die redenen in werkelijkheid de gepastheid van de vrijheidsberovende maatregel beoordeelde, waarvoor zij niet bevoegd is.

64. In een arrest van 10 juni 2015 diende het Hof zich eveneens te buigen over de vraag of de kamer van inbeschuldigingstelling artikel 72, tweede lid, Vreemdelingenwet had geschonden.

De kamer van inbeschuldigingstelling had erop gewezen dat de vreemdeling bij zijn aankomst in België houder was van een visum, dat de met toepassing van artikel 74/5, § 1, 1°, Vreemdelingenwet¹²⁵ genomen beslissingen tot teruggedrijving van het grondgebied en vasthouding in een welbepaalde plaats hem waren betekend toen hij werd tegengehouden aan de grens, en dat er jegens hem ook een beslissing tot intrekking van zijn visum was genomen.

De kamer van inbeschuldigingstelling heeft geoordeeld dat de jegens de vreemdeling genomen vasthoudingsmaatregel onevenredig leek, gelet op zijn houding en administratief traject. Zij heeft onderstreept dat hij enerzijds, aangezien hem een visum werd verleend, redelijkerwijs ervan mocht uitgaan dat hij over een regelmatige verblijfsvergunning beschikte en dat, anderzijds, de door hem ondernomen stappen getuigden van zijn wil om de regels inzake verblijfsrecht te eerbiedigen. De kamer van inbeschuldigingstelling die, gelet op die omstandigheden, van mening was dat in dit geval geen gebruik diende te worden gemaakt van de mogelijkheid om de vreemdeling in een welbepaalde plaats vast te houden in afwachting van een machtiging om in het rijk te worden toegelaten of van zijn teruggedrijving van het grondgebied, en de beschikking tot invrijheidstelling van de raadkamer heeft bevestigd, heeft aldus haar opportuniteitsbeoordeling in de plaats gesteld van die van de bestuurlijke overheid.¹²⁶

65. De hoven of rechtbanken mogen zich niet, onder voorwendsel van een toezicht op de proportionaliteit, mengen in de beoordeling van de administratieve overheid betreffende de noodzaak aan een illegaal verblijf een einde te maken en de gegrondheid van de daartoe genomen maatregelen. Indien de kamer van inbeschuldigingstelling oordeelt dat de asielprocedure van de vreemdeling is mislukt, dat hem tevergeefs een eerste bevel om het grondgebied te verlaten werd betekend, dat al zijn verblijfsaanvragen werden afgewezen, dat hij geen gevolg heeft gegeven aan een eerdere beslissing tot verwijdering en dat de jegens hem gebruikte dwang in verhouding staat tot de hardnekkige weigering van betrokkene om een eind te maken aan zijn illegale toestand, dan blijft zij binnen de bij wet aan haar

¹²⁵ Zoals van toepassing als gevolg van de publicatie in het Belgisch Staatsblad op 22 augustus 2013.

¹²⁶ Cass. 10 juni 2015, P.15.0716.F, Arr.Cass. 2015, 1532, J.L.M.B. 2015, 1362, noot P. MARTENS, R.W. 2016-2017, 823, noot B. DE SMET.

bevoegdheid gestelde grenzen en oefent zij het wettigheidstoezicht uit dat haar op grond van artikel 72, tweede lid, Vreemdelingenwet is opgedragen.¹²⁷

j. Het wettigheidstoezicht en artikel 9bis Vreemdelingenwet

66. Krachtens artikel 9bis Vreemdelingenwet, kan in buitengewone omstandigheden en op voorwaarde dat de vreemdeling over een identiteitsdocument beschikt, de machtiging tot verblijf worden aangevraagd bij de burgemeester van de plaats waar hij verblijft. Deze maakt ze over aan de minister die de toegang tot het grondgebied onder zijn bevoegdheid heeft. De minister of zijn gemachtigde beslist of er grond is om de machtiging toe te kennen, welke dan in België wordt afgegeven.

In een arrest van 2 september 2015 besliste het Hof van Cassatie dat noch artikel 9bis Vreemdelingenwet, noch enige andere wettelijke bepaling de uitvaardiging van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding in een welbepaalde plaats, verbieden enkel omdat de onwettig in het Rijk verblijvende vreemdeling die het voorwerp ervan is, een aanvraag tot machtiging tot verblijf heeft ingediend, waarbij hij zich beroept op het voormelde artikel 9bis.¹²⁸

In een arrest van 27 juli 2010 oordeelde het Hof dat de kamer van inbeschuldigingstelling de artikelen 9bis en 72 Vreemdelingenwet schendt door de invrijheidstelling van de vreemdeling te bevelen, op grond dat de verzending, aan de gemeente, van een aanvraag voor een verblijf van beperkte duur waarover nog steeds geen beslissing zou zijn gevallen, twijfel doet ontstaan over de wettigheid van het bevel om het grondgebied te verlaten en door te oordelen dat die toezending op zich al een omstandigheid is waarmee de administratie rekening diende te houden.¹²⁹

k. Het wettigheidstoezicht en artikel 9ter Vreemdelingenwet

67. Artikel 9ter Vreemdelingenwet gaat over de behandeling van de aanvraag van een machtiging tot verblijf van de vreemdeling die op zodanige wijze lijdt aan een ziekte dat deze ziekte een reëel risico inhoudt voor zijn leven of fysieke integriteit of een reëel risico inhoudt op een onmenselijke of vernederende behandeling wanneer er geen adequate behandeling is in zijn land van herkomst of het land waar hij verblijft.

In een arrest van 24 juni 2015 diende het Hof van Cassatie zich uit te spreken over het middel van de vastgehouden vreemdeling dat de kamer van inbeschuldigingstelling verweet dat het de beslissing tot wederopsluiting van 26 april 2015, die gegrond was op artikel 27, § 1, Vreemdelingenwet, wettig verklaarde hoewel het beroep tot nietigverklaring van de op artikel 9ter Vreemdelingenwet gegronde beslissing tot weigering van verblijf, dat hij op 9 oktober 2013 bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft ingediend, nog steeds voor dat rechtscollege hangende was.

¹²⁷ Cass. 12 maart 2014, P.14.0314.F, *Arr.Cass.* 2014, 754, *R.W.* 2014-15, 1225, noot B. DE SMET.

¹²⁸ Cass. 2 september 2015, P.15.0983.F, *Arr.Cass.* 2015, 1860, *Pas.* 2015, 1844.

¹²⁹ Cass. 27 juli 2010, P.10.1206.F, *Arr.Cass.* 2010, 2062, *Rev.dr.étr.* 2010, 335, noot, *T.Vreemd.* 2010, 358, noot.

Het Hof van Cassatie overwoog dat het Hof van Justitie van de Europese Unie bij arrest van 18 december 2014 heeft beslist dat de artikelen 5 en 13 Terugkeerrichtlijn, gelezen in het licht van de artikelen 19, § 2, en 47 Handvest, aldus moeten worden uitgelegd dat ze zich verzetten tegen een nationale wetgeving die geen opschortende werking toekent aan een rechtsmiddel tegen een beslissing waarbij een ernstig zieke onderdaan van een derde land wordt bevolen het grondgebied van een Lidstaat te verlaten, wanneer de tenuitvoerlegging van die beslissing die vreemdeling zou blootstellen aan een ernstig risico op zware en onomkeerbare verslechtering van zijn gezondheidstoestand.

De kamer van inbeschuldigingstelling die, met verwijzing naar een arrest van het EHRM van 27 februari 2014, het verweermiddel van de vreemdeling afwees, door te oordelen dat het feit dat bij uitwijzing uit de Staat die partij is, de toestand van de vreemdeling ernstig zou verslechteren en dat dit met name zijn levensverwachting op significante wijze zou verminderen, niet volstaat om schending op te leveren van artikel 3 EVRM en dat de vrijheidsberovende maatregel geen afbreuk doet aan het effectieve karakter van zijn rechtsmiddel, stelt met deze redenen niet vast dat de tenuitvoerlegging van de verwijderingsmaatregel de vreemdeling niet kan blootstellen aan een ernstig risico op zware en onomkeerbare verslechtering van zijn gezondheidstoestand.

Het arrest, waarin beslist werd dat het niet-opschortende karakter van het beroep tot nietigverklaring van de vreemdeling geen afbreuk deed aan de regelmatigheid van zijn titel van inbewaringneming, werd bijgevolg vernietigd.¹³⁰

l. Het wettigheidstoezicht en de huiszoekingsproblematiek

68. De kamer van inbeschuldigingstelling die gelast is met het wettigheidstoezicht op de beslissing tot aanhouding van een vreemdeling die van zijn vrijheid werd beroofd ingevolge een huiszoeking in zijn woning in het kader van een inbreuk op de verblijfwetgeving, kan niet zonder miskenning van het recht van verdediging, het verweer van de vreemdeling, afgeleid uit de afwezigheid van een beschikking tot machtiging van de huiszoeking en van het desbetreffend gerechtelijk dossier, verwerpen met het enkele oordeel dat niet nader bepaalde vaststellingen uit het administratief controledossier volstaan om de regelmatigheid van deze administratieve aanhouding te beoordelen.¹³¹

69. In een arrest van 17 mei 2017¹³² besliste het Hof van Cassatie dat het nastreven van de doelstellingen die de artikelen 21 en 34, § 3, Wet Politieambt en artikel 74/7 Vreemdelingenwet aan de politie toewijzen, als dusdanig niet volstaat om die politieagenten te machtigen een huiszoeking te verrichten in de woonplaats van de vreemdeling.

m. Het wettigheidstoezicht en de Dublin III-verordening

¹³⁰ Cass. 24 juni 2015, P.15.0762.F, *Arr.Cass.* 2015, 1749, *J.L.M.B.* 2015, 1365, noot P.M. en L. LEBOEUF, *T.Vreemd.* 2015, 298, noot X. Zie ook: Cass. 3 augustus 2016, P.16.0862.N, *Arr.Cass.* 2016, 1544, waarin het Hof oordeelde dat de kamer van inbeschuldigingstelling wel degelijk heeft getoetst of de vreemdeling ernstig ziek is en of de tenuitvoerlegging van de verwijderingsbeslissing hem zou blootstellen aan een ernstig risico op een zware en onomkeerbare verslechtering van de gezondheidstoestand. De kamer van inbeschuldigingstelling dient daarbij niet nader aan te duiden op welke dossierstukken het steunt.

¹³¹ Cass. 20 december 2017, P.17.1234.F, www.cass.be.

¹³² Cass. 17 mei 2017, P.17.0517.F, www.cass.be.

70. Het wettigheidstoezicht omvat ook het toezicht op de naleving van de Dublin III-verordening, indien toepasselijk.

In een arrest van 20 december 2017¹³³ besliste het Hof van Cassatie dat deze verordening van toepassing is op de bewaring van een asielzoeker in een lidstaat, met name wanneer hij het voorwerp is van een terugnameverzoek, zelfs wanneer er in de verzoekende lidstaat geen nieuw verzoek om internationale bescherming werd ingediend.

De kamer van inbeschuldigingstelling die anders beslist, na te hebben vastgesteld dat de vrijheidsberovende maatregel was bevolen met het oog op de terugname van de vreemdeling door Italië, verantwoordt haar beslissing niet naar recht.

n. Het wettigheidstoezicht en de in artikel 54, § 2, Vreemdelingenwet¹³⁴ bedoelde maatregel

71. Krachtens artikel 54, § 2, tweede lid, Vreemdelingenwet, kan de minister, in uitzonderlijk ernstige omstandigheden, de vreemdeling die een asielaanvraag heeft ingediend voorlopig ter beschikking stellen van de Regering, indien hij het nodig acht voor de handhaving van de openbare orde of de veiligheid van het land. De in die bepaling bedoelde maatregel heeft niet de verwijdering van de betrokken vreemdeling van het grondgebied als “uiteindelijk doel”, maar strekt er alleen toe hem van zijn vrijheid te beroven tijdens het onderzoek van zijn asielaanvraag, waarbij zijn verwijdering uiteraard is uitgesloten indien die aanvraag wordt ingewilligd.

Artikel 5.1, f) EVRM staat vrijheidsberoving langs wettelijke weg toe in het geval van rechtmatige arrestatie of gevangenhouding van een persoon, teneinde hem te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen, of indien tegen hem een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is. Die bepaling maakt het mogelijk dat een vreemdeling tijdens het onderzoek van zijn asielaanvraag rechtmatig wordt aangehouden, om hem te beletten dat hij op onrechtmatige wijze het land zou binnenkomen.¹³⁵ Daaraan wordt gelijkgesteld de toestand van de vreemdeling die onwettig het land is binnengekomen en er zonder geldige verblijfsvergunning wil blijven.

¹³³ Cass. 20 december 2017, P.17.1192.F, www.cass.be.

¹³⁴ Zoals van toepassing vóór de opheffing ervan bij wet van 21 november 2017 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *B.S.* 12 maart 2018. De mogelijkheid tot vasthouding van verzoekers om internationale bescherming wanneer de bescherming van de nationale veiligheid of de openbare orde dat vereisen, wordt nu voorzien in artikel 74/6, § 1, 4°, Vreemdelingenwet. De mogelijkheid om een vreemdeling te verplichten in een bepaalde plaats te verblijven gedurende de duur van het onderzoek van zijn verzoek om internationale bescherming, wordt thans als een minder dwingende maatregel voor vasthouding voorzien in artikel 74/6, § 1, achtste lid, Vreemdelingenwet. Zie hierover: Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer, 2016-2017, nr. 54 - 2548/001, 84.

¹³⁵ Cass. 20 juli 2010, P.10.1060.F, *Arr.Cass.* 2010, 2043.

De rechter die de wettigheid beoordeelt van een op grond van artikel 54, § 2, tweede lid, Vreemdelingenwet genomen beslissing, moet niet nagaan of de vreemdeling onderworpen is aan een uitwijzingsprocedure die daadwerkelijk wordt uitgevoerd.¹³⁶

72. Op de vrijheidsberovende maatregel van artikel 54, § 2, tweede lid Vreemdelingenwet is artikel 25, derde tot zevende lid, Vreemdelingenwet niet van toepassing. Het arrest dat vaststelt dat de vreemdeling een asielaanvraag heeft ingediend, dat in afwachting van een beslissing over de asielaanvraag de uitwijzingsprocedure is geschorst en dat de betwiste vrijheidsberovende maatregel bijgevolg toetst aan artikel 54, § 2, tweede lid, Vreemdelingenwet, verantwoordt de beslissing naar recht.¹³⁷

73. Artikel 54, § 2, Vreemdelingenwet houdt niet in dat wanneer de minister beslist de vreemdeling ter beschikking van de regering te stellen, hij, naast de vermelding van de uitzonderlijk ernstige omstandigheden ter motivering van deze beslissing, ook ertoe gehouden is afzonderlijk de redenen te vermelden waarom minder dwingende maatregelen niet geschikt zijn.¹³⁸

o. Het wettigheidstoezicht, het in artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet bepaalde subsidiariteitsbeginsel en het risico op onderduiken

74. De kamer van inbeschuldigingstelling oordeelt terecht dat de administratieve beslissing van vrijheidsberoving het in artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet bepaalde subsidiariteitsbeginsel heeft geëerbiedigd op grond van de vaststelling dat het bevel om het grondgebied te verlaten vermeldt dat de vreemdeling, vermits hij op het ogenblik van zijn aanhouding over geen enkel identiteitsdocument beschikte, dient opgesloten te worden om zijn nationale overheid in staat te stellen een reistitel te verlenen, dat de vreemdeling in België verblijft zonder geldig visum, dat hem op 29 maart 2010 en 11 mei 2011 kennis was gegeven van twee bevelen om het grondgebied te verlaten, dat hij opnieuw werd gecontroleerd terwijl hij op onwettige wijze in het land verbleef en dat, ondanks de eerdere kennisgeving van een maatregel tot verwijdering, het weinig waarschijnlijk is dat hij vrijwillig aan die nieuwe maatregel gevolg zou geven.

Wanneer de minister in de beslissing tot vrijheidsberoving op concrete wijze de omstandigheden vermeldt die deze maatregel verantwoorden in het licht van de bij artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet vereiste strikte noodzakelijkheid, omkleedt de minister die beslissing met redenen, overeenkomstig artikel 62 Vreemdelingenwet. Geen enkele bepaling legt hem bovendien de verplichting op om de redenen uiteen te zetten waarom hij van oordeel is dat een minder dwingende maatregel ongeschikt zou zijn om dat doel te bereiken.¹³⁹

¹³⁶ Cass. 7 februari 2017, P.17.0084.N, www.cass.be.

¹³⁷ Cass. 18 oktober 2016, P.16.0969.N, www.cass.be.

¹³⁸ Cass. 7 februari 2017, P.17.0084.N, www.cass.be. Zie ook: Cass. 26 augustus 2015, P.15.1156.N, *Arr.Cass.* 2015, 1846.

¹³⁹ Cass. 16 mei 2012, P.12.0749.F, *Arr.Cass.* 2012, 1290; zie ook: Cass. 17 maart 2013, P.13.1523.N, *T.Vreemd.* 2014, 72; Cass. 12 november 2014, P.14.1562.F, *Arr.Cass.* 2014, 2584; Cass. 16 maart 2016, P.16.0281.F, *Arr.Cass.* 2016, 614.

75. De kamer van inbeschuldigingstelling kan tevens, zonder miskennen van het in artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet bepaalde subsidiariteitsbeginsel, beslissen om de vrijheidsberovende maatregel te handhaven op grond van de vaststelling dat het bevel om het grondgebied te verlaten, vermeldt dat:

- de vreemdeling bij het binnendringen op het grondgebied van de Schengenlanden op 15 september 2011 gestolen documenten in zijn bezit had, zodat zijn werkelijke identiteit niet kon worden vastgesteld;
- de vreemdeling op 4 oktober 2011, 10 februari 2012 en 17 oktober 2012 onwettig verbleef in het land en dat hij zich op 17 oktober 2012 ook diende te verantwoorden voor een etalagediefstal;
- de vreemdeling op 15 september 2011, 4 oktober 2011, 10 februari 2012 en 5 februari 2013 het bevel kreeg om het grondgebied te verlaten;
- hij werd geïdentificeerd ter gelegenheid van een huwelijksverklaring op 27 juni 2013 ten aanzien van de ambtenaar van de burgerlijke stand te Luik;
- de plannen om te huwen met een Belgische burger terwijl volgens het openbaar ministerie de intentie van de vreemdeling niet gericht is op het tot stand brengen van een duurzame levensgemeenschap, wijst erop dat hij nooit het grondgebied van België heeft willen verlaten;
- het, gelet op de kennisgeving van eerdere verwijderingsmaatregelen, weinig waarschijnlijk is dat de vreemdeling die opnieuw werd gecontroleerd terwijl hij op onwettige wijze in het land verbleef, vrijwillig aan een nieuwe maatregel gevolg zal geven.¹⁴⁰

76. In een arrest van 27 juni 2012 besliste het Hof van Cassatie dat de kamer van inbeschuldigingstelling wettig de invrijheidstelling van de vreemdeling kan bevelen op grond van het motief dat het dossier van de Dienst Vreemdelingenzaken geen enkel objectief en ernstig element bevat dat aannemelijk maakt dat er een actueel en reëel risico op onderduiken bestaat in hoofde van de vreemdeling, die zijn woonplaats had gegeven. Het nieuwe artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet, zoals gewijzigd door de wet van 19 januari 2012, bepaalt immers dat de vreemdeling die onwettig in het Rijk verblijft, bij gebrek aan andere afdoende maar minder dwingende maatregelen, vastgehouden kan worden voor de tijd die strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van de verwijdering, meer in het bijzonder wanneer er een risico op onderduiken bestaat. Artikel 1, 11°, Vreemdelingenwet omschrijft dat risico als het feit dat een onderdaan van een derde land, die het voorwerp uitmaakt van een procedure tot verwijdering, een actueel en reëel risico vormt om zich te onttrekken aan de overheid. Daartoe baseert de minister of zijn gemachtigde zich op objectieve en ernstige elementen. Als de titel van vrijheidsberoving steunt op de bewering dat er een risico op onderduiken bestaat, moet de rechterlijke macht nagaan of dat risico door het bestuur beoordeeld werd overeenkomstig de criteria die de wet ervan geeft. Die toetsing behoort tot het wettigheidstoezicht en valt niet onder de opportuniteitsbeoordeling.¹⁴¹

In datzelfde arrest oordeelde het Hof dat artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet bepaalt dat de vreemdeling kán vastgehouden worden, niet dat zulks moet. Bovendien bepaalt het dat die maatregel alleen mag genomen worden als geen andere minder dwingende maar afdoende maatregelen om de vreemdeling naar de grens terug te leiden, doeltreffend kunnen toegepast worden. Hoewel de vrijheidsberoving op andere gronden kan steunen dan het

¹⁴⁰ Cass. 20 november 2013, P.13.1735.F, *Arr.Cass.* 2013, 2476.

¹⁴¹ Cass. 27 juni 2012, P.12.1028.F, *Arr.Cass.* 2012, 1763.

risico op onderduiken, dan nog dient nagegaan te worden of voldaan is aan de subsidiariteitsvoorwaarde die in de bovengenoemde wetsbepaling vereist wordt. De kamer van inbeschuldigingstelling had vastgesteld dat dit niet het geval was, zodat zij wettig de invrijheidstelling van de vreemdeling kon bevelen.

77. In een arrest van 17 december 2014 oordeelde het Hof van Cassatie dat de kamer van inbeschuldigingstelling op grond van de in het arrest vermelde overwegingen naar recht heeft beslist dat de maatregel van administratieve vrijheidsberoving van een vreemdeling niet beantwoordde aan het in artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet bepaalde subsidiariteitsbeginsel zodat de vreemdeling diende te worden vrijgelaten.

De bestuurlijke overheid had de betwiste maatregel verantwoord met het feit dat de vreemdeling het voorwerp is geweest van twee strafrechtelijke veroordelingen, dat de vereisten van openbare veiligheid voorrang moeten krijgen op het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, dat hij over geen identiteitsdocumenten beschikt en dat hij kennis heeft gekregen van verschillende maatregelen tot verwijdering, waarvan als laatste het uitwijzingsbevel van 10 maart 2010, waaraan hij geen gevolg heeft gegeven, zodat het weinig waarschijnlijk is dat hij vrijwillig gevolg zal geven aan een nieuw bevel om het grondgebied te verlaten.

De kamer van inbeschuldigingstelling oordeelde naar recht dat die redenen de invrijheidstelling van de vreemdeling niet verantwoorden. De kamer van inbeschuldigingstelling onderzocht de bij wet bepaalde voorwaarde van het risico op onderduiken (artikel 1, 11°, Vreemdelingenwet) en stelde vast dat de vreemdeling al twee jaar bij zijn echtgenote verbleef met wie hij drie kinderen heeft, dat hij zelf naar de politie is gegaan omdat hij wist dat hij werd gezocht en dat hij vast werk heeft. De kamer van inbeschuldigingstelling oordeelde dat de motivering van het bevel om het grondgebied te verlaten en de gegevens van het administratief dossier, niet toelieten het bestaan na te gaan van het aangevoerde actuele en reële risico op onderduiken. Dat actuele en reële risico op onderduiken bleek niet overeenkomstig de wettelijke criteria beoordeeld te zijn op grond van objectieve en ernstige elementen, in het licht van de huidige toestand van de vreemdeling en van de omstandigheden van het toezicht daarop. De kamer van inbeschuldigingstelling stelde bovendien vast dat uit het dossier evenmin bleek dat de vreemdeling de lopende verwijderingsprocedure zou belemmeren. Met die overwegingen, waarop het Hof van Cassatie geen toezicht vermog uit te oefenen en die niet volgen uit een opportuniteitscontrole, besliste de kamer van inbeschuldigingstelling naar recht dat de beslissing tot vasthouding van de vreemdeling niet voldeed aan het subsidiariteitsbeginsel.

¹⁴²

78. De kamer van inbeschuldigingstelling kan naar recht beslissen dat de voorwaarden van vrijheidsberoving in artikel 7, derde lid, en artikel 1, 11°, Vreemdelingenwet niet verenigd zijn op grond van de vaststelling dat de betwiste vrijheidsberovende maatregel zich in hoofdzaak beperkt tot de loutere vaststellingen dat de vreemdeling geen reistitel heeft en geen gevolg heeft gegeven aan het bevel van 6 juni 2016 om het grondgebied te verlaten, zodat het weinig waarschijnlijk is dat hij gevolg zal geven aan een nieuw bevel om het grondgebied te verlaten. De beslissing tot vasthouding voegt daaraan toe dat de vasthouding

¹⁴² Cass. 17 december 2014, P.14.1810.F, *Arr.Cass.* 2014, 3023.

van de vreemdeling noodzakelijk is om de nationale overheden van zijn land de mogelijkheid te bieden om hem een reistitel te verlenen.¹⁴³

79. In een arrest van 6 juli 2016 vernietigde het Hof van Cassatie het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat ten onrechte oordeelde dat de administratieve overheid het subsidiariteitsbeginsel niet heeft nagegaan.

De administratieve overheid heeft de betwiste maatregel verantwoord met het feit dat de eiser op het grondgebied verblijft zonder houder te zijn van de vereiste documenten, dat hij de vigerende regelgeving niet naleeft, dat hij geen gevolg heeft gegeven aan twee maatregelen tot verwijdering, waarvan de tweede hem in oktober 2015 werd betekend, en dat het weinig waarschijnlijk is dat hij gevolg zal geven aan een nieuw bevel om het grondgebied te verlaten. De beslissing tot vasthouding in een welbepaalde plaats voegt daaraan toe dat, aangezien zijn verwijdering niet onmiddellijk kan worden uitgevoerd, de vasthouding van de eiser noodzakelijk is om de nationale autoriteiten van zijn land de mogelijkheid te bieden hem een reistitel toe te kennen.

Het Hof oordeelde dat hoewel het risico op onderduiken door objectieve en ernstige elementen moet worden verantwoord, de overheid over een ruime beoordelingsmarge beschikt om deze te beoordelen. Uit het feit dat een illegale vreemdeling die het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod, heeft geweigerd gevolg te geven aan verschillende bevelen om het grondgebied te verlaten waarvan hem kennis werd gegeven, kan worden afgeleid dat de betrokkene niet vrijwillig gevolg zal geven aan een nieuw dergelijk bevel en zal pogen onder te duiken om te vermijden dat hij wordt aangehouden met het oog op repatriëring.¹⁴⁴

80. De kamer van inbeschuldigingstelling kan, zonder miskennis van het in artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet bepaalde subsidiariteitsbeginsel, beslissen om de vrijheidsberovende maatregel te handhaven op grond van de vaststellingen dat de vreemdeling niet in het bezit is van een geldig paspoort met visum, dat hij op 9 oktober 2012 werd veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens aanranding van de eerbaarheid met geweld of bedreigingen, dat hij ambtshalve werd geschrapt van zijn woonplaats in 1998 terwijl er geen procedure tot inschrijving in het bevolkingsregister lopende was, dat hij gedurende een zeer lange periode onwettig verbleef op het grondgebied zonder stappen te hebben ondernomen om zijn verblijf te regulariseren, en dat er aldus een mogelijkheid bestaat dat de vreemdeling zijn verwijdering ontwijkt of belemmert.¹⁴⁵

81. De kamer van inbeschuldigingstelling, die het subsidiariteitsbeginsel enkel onderzoekt vanuit het vluchtgevaar door te wijzen op het feit dat de vreemdeling al meerdere keren geen gevolg heeft gegeven aan een bevel om het grondgebied te verlaten, dat niets laat veronderstellen dat hij gevolg zal geven aan een nieuw bevel, dat zijn verzoeken tot verblijfsmachtiging zijn verworpen en dat hij op het grondgebied werd onderschept waar hij zonder paspoort of vergunning een beroepsactiviteit uitoefende, schendt artikel 7, derde lid Vreemdelingenwet. Voormelde redenen zijn immers vreemd aan het actueel en ernstig risico om zich aan de overheid te onttrekken. Het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling

¹⁴³ Cass. 7 september 2016, P.16.0913.F, *Arr.Cass.* 2016, 1672.

¹⁴⁴ Cass. 6 juli 2016, P.16.0717.F, *Arr.Cass.* 2016, 1533.

¹⁴⁵ Cass. 12 oktober 2016, P.16.0957.F, www.cass.be.

tot handhaving van de maatregel van administratieve vrijheidsberoving werd derhalve verbroken.¹⁴⁶

p. Het wettigheidstoezicht en artikel 7, vijfde lid, Vreemdelingenwet

82. Artikel 7, vijfde lid, Vreemdelingenwet bepaalt dat de minister of zijn gemachtigde de opsluiting telkens met twee maanden kan verlengen wanneer de nodige stappen werden genomen binnen de zeven werkdagen na de opsluiting van de vreemdeling om hem te verwijderen, wanneer zij worden voortgezet met de vereiste zorgvuldigheid en wanneer de effectieve verwijdering van de vreemdeling binnen een redelijke termijn nog steeds mogelijk is. Bij de beoordeling of de overheid met de nodige zorgvuldigheid verder stappen heeft gezet met het oog op de verwijdering mag het onderzoeksgerecht volgens het Hof van Cassatie rekening houden met het gegeven dat repatriëringsvluchten zijn gepland, ook al was er op het tijdstip dat de vluchten werden gepland voor de vreemdeling nog geen doorgangsbewijs uitgereikt. Het getuigt niet van onzorgvuldigheid reeds een dergelijke vlucht te plannen terwijl het verzoek om een doorgangsbewijs nog hangende is.¹⁴⁷

q. Het wettigheidstoezicht en artikel 27, § 3, eerste lid, Vreemdelingenwet

83. De kamer van inbeschuldigingstelling kan niet zonder schending van de artikelen 27, § 3, eerste lid, 62 en 72 Vreemdelingenwet, beslissen dat de vrijheidsberovende maatregel onwettig is op grond van de vaststelling dat, enerzijds, de vrijheidsberovende maatregel geen rekening houdt met het feit dat dat de verweerder zich niet tegen de derde repatriëringspoging heeft verzet en dat, anderzijds, die maatregel de bewering van de verweerder niet weerlegt volgens welke hij belang heeft om in België te blijven om er verder te worden verzorgd en in het kader van zijn klacht te worden gehoord.

Geen enkele wetsbepaling stelt de wettigheid van een vordering tot opsluiting immers afhankelijk van de verplichting voor de administratieve overheid om te vermelden dat de vreemdeling zich niet tegen een van de repatriëringspogingen heeft verzet of van de verplichting om zijn beweringen te weerleggen betreffende de redenen, al zijn ze gewettigd, die hem ertoe drijven om in het land te willen blijven waar hij illegaal is binnengekomen.¹⁴⁸

84. De kamer van inbeschuldigingstelling kan, zonder miskenning van het subsidiariteitsbeginsel in artikel 27, § 3, Vreemdelingenwet en in artikel 28 van Verordening 604/2013 van 26 juni 2013 (Dublin III), beslissen dat de maatregel van wederopsluiting wettig is op grond van de vaststelling dat de maatregel van wederopsluiting werd gemotiveerd door het feit dat de vreemdeling had geweigerd gevolg te geven aan het bevel om het grondgebied te verlaten en de voortzetting heeft belet van de tenuitvoerlegging van de op 1 april 2015 georganiseerde verwijderingsmaatregel.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Cass. 6 mei 2015, P.15.0587.F, *Rev. dr. étr.* 2015, 198.

¹⁴⁷ Cass. 14 augustus 2018, P.18.0884.N, *niet gepubliceerd*.

¹⁴⁸ Cass. 11 september 2013, P.13.1497.F, *Arr.Cass.* 2013, 1876, *Pas.* 2013, 1635, concl. D. VANDERMEERSCH.

¹⁴⁹ Cass. 27 mei 2015, P.15.0647.F, *Arr.Cass.* 2015, 1406.

r. *Het wettigheidstoezicht en artikel 74/14, § 3, 3°, Vreemdelingenwet*

85. Krachtens artikel 74/14, § 3, 3°, Vreemdelingenwet¹⁵⁰ kan de onderdaan van een derde land het bevel worden gegeven om het grondgebied onverwijld (d.i. zonder termijn) te verlaten, wanneer de vreemdeling een gevaar is voor de openbare orde en de nationale veiligheid.

In een arrest van 2 januari 2013 besliste het Hof van Cassatie dat sluikwerk beschouwd kan worden als een reële bedreiging die voldoende ernstig is om een fundamenteel belang van de maatschappij aan te tasten. De overweging van de Dienst Vreemdelingenzaken dat de door de vreemdeling zonder vergunning verrichte arbeid een gevaar is voor de openbare orde en de nationale veiligheid, waardoor hij onverwijld kan worden verwijderd, is geen onwettige reden en evenmin een reden die op een kennelijke beoordelingsfout of feitelijke vergissing berust. De kamer van inbeschuldigingstelling, die oordeelt dat het sluikwerk de openbare orde en de nationale veiligheid niet ernstig in gevaar brengt, stelt haar feitelijke beoordeling in de plaats van die van de Dienst Vreemdelingenzaken en overschrijdt aldus de grenzen van het haar bij artikel 72 Vreemdelingenwet opgedragen wettigheidstoezicht.¹⁵¹

s. *Het wettigheidstoezicht en gewijzigde regelgeving*

86. Bij de beoordeling van de wettigheid van een beslissing tot vrijheidsberoving genomen op basis van de Vreemdelingenwet, dient het onderzoeksgerecht te toetsen aan de wettelijke bepalingen zoals van toepassing op het ogenblik dat deze beslissing werd genomen.¹⁵² Het arrest oordeelt dat de wettigheid van het ministerieel besluit van 21 juni 2017 ook na de inwerkingtreding van de wet van 21 november 2017 nog steeds dient te worden getoetst aan de criteria van artikel 52/4, vierde lid, Vreemdelingenwet, zoals toepasselijk op het ogenblik van het nemen van dit besluit. Deze beslissing is naar recht verantwoord.¹⁵³

87. Krachtens artikel 74/6, § 1, eerste lid, 4°, Vreemdelingenwet¹⁵⁴ kan de minister of zijn gemachtigde, wanneer het op basis van een individuele beoordeling nodig blijkt en er geen andere, minder dwingende maatregelen effectief kunnen worden toegepast, een verzoeker om internationale bescherming in een welbepaalde plaats in het Rijk vasthouden wanneer de bescherming van de nationale veiligheid of de openbare orde dat vereisen. Uit de wetsgeschiedenis van de wet van 21 november 2017 blijkt dat deze vasthoudingsgrond artikel 52/4, derde en vierde lid, Vreemdelingenwet, vervangt. Het middel dat ervan uitgaat dat er na de inwerkingtreding van de wet van 21 november 2017 op 22 maart 2018 geen rechtsgrond meer is voor eisers vrijheidsberoving, faalt naar recht.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Zoals van toepassing ingevolge de publicatie in het Belgisch Staatsblad op 17 februari 2012.

¹⁵¹ Cass. 2 januari 2013, P.12.2019.F, *Arr.Cass.* 2013, 8.

¹⁵² Cass. 11 juli 2018, P.18.0677.N, *niet gepubliceerd*.

¹⁵³ Cass. 8 mei 2018, P.18.0415.N, www.cass.be.

¹⁵⁴ Zoals toepasselijk sinds de wijziging ervan bij wet van 21 november 2017.

¹⁵⁵ Cass. 8 mei 2018, P.18.0415.N, www.cass.be.

88. In een arrest van 30 oktober 2018 oordeelde het Hof van Cassatie dat het feit dat een wetsbepaling op grond waarvan een asielzoeker wordt vastgehouden, tijdens zijn vasthouding is opgeheven, niet impliceert dat die vasthouding na de wetswijziging geen wettelijke grondslag meer heeft. Geen enkele bepaling of algemeen rechtsbeginsel schrijft voor dat een nieuwe wet die geen overgangsmaatregelen bevat, steeds van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een beslissing genomen onder gelding van de vorige wet. Evenmin houdt artikel 52/4, vierde lid, Vreemdelingenwet een strafbepaling in, zodat de verplichting de mildere strafwet toe te passen niet geldt.¹⁵⁶

t. *Het wettigheidstoezicht, artikel 74/5, § 1, 2°, Vreemdelingenwet*¹⁵⁷ *en de Opvangrichtlijn*

89. Artikel 8 Opvangrichtlijn bepaalt: *“1. De lidstaten houden een persoon niet in bewaring om de enkele reden dat hij een verzoeker is overeenkomstig Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning of intrekking van internationale bescherming.*

2. In de gevallen waarin zulks nodig blijkt en op grond van een individuele beoordeling van elk geval, mogen de lidstaten een verzoeker in bewaring houden wanneer andere, minder dwingende maatregelen niet effectief kunnen worden toegepast.

3. Een verzoeker mag alleen in bewaring worden gehouden:

a) om zijn identiteit of nationaliteit vast te stellen of na te gaan;

b) om de gegevens te verkrijgen die ten grondslag liggen aan het verzoek om internationale bescherming en die niet zouden kunnen worden verkregen als de betrokkene niet in bewaring zou worden gehouden, met name in geval van risico op onderduiken van de verzoeker;

c) om in het kader van een procedure een beslissing te nemen over het recht van de verzoeker om het grondgebied te betreden;

[...]

De redenen voor bewaring worden vastgelegd in het nationale recht.

4. De lidstaten zorgen ervoor dat in het nationale recht regels worden vastgelegd over alternatieven voor bewaring, zoals het zich regelmatig melden bij de overheid, het stellen van een borgsom of een verplichting om op een bepaalde plaats te blijven.”

90. In een arrest van 27 december 2017 oordeelde het Hof van Cassatie dat uit de gezamenlijke lezing van artikel 74/5, § 1, 2°, Vreemdelingenwet en artikel 8.2 Opvangrichtlijn volgt dat de vasthouding van een vreemdeling in een welbepaalde plaats niet enkel onderworpen is aan de voorwaarden bepaald in artikel 74/5, § 1, 2°, Vreemdelingenwet maar ook het voorwerp moet uitmaken van een individueel onderzoek van zijn situatie, overeenkomstig artikel 8.2 Opvangrichtlijn.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Cass. 30 oktober 2018, P.18.0991.N, *niet gepubliceerd*.

¹⁵⁷ Zoals van toepassing vóór de wijziging ervan bij wet van 21 november 2017. Dit artikel bepaalde: “De vreemdeling die tracht het Rijk binnen te komen zonder aan de voorwaarden gesteld door artikel 2 te voldoen, en die aan de grens een asielaanvraag heeft ingediend, mag in een welbepaalde plaats, gesitueerd in het grensgebied, worden vastgehouden, in afwachting van de machtiging om in het Rijk toegelaten te worden of van zijn terugdrijving van het grondgebied.”

¹⁵⁸ Cass. 27 december 2017, P.17.1244.F, www.cass.be. Zie ook: Cass. 4 juli 2018, P.18.0701.F, *niet gepubliceerd*; Cass. 18 juli 2018, P.18.0683.F, *niet gepubliceerd*; Cass. 25 juli 2018, P.18.0773.F, *niet gepubliceerd*.

91. In een eerder arrest oordeelde het Hof van Cassatie daarentegen dat, aangezien de kamer van inbeschuldigingstelling heeft vastgesteld dat de wettelijke voorwaarden voor de hechtenis op grond van artikel 74/5, § 1, 2° Vreemdelingenwet verenigd waren, noch artikel 5.1, f) EVRM noch een andere internationale rechtsnorm haar opleggen om, in het kader van het haar voorgelegde gerechtelijk toezicht, de redenen op te geven waarom, gezien de persoonlijke situatie van de vreemdeling, zijn vasthouding op een welbepaalde plaats in het grensgebied noodzakelijk was met het oog op zijn terugdrijving.¹⁵⁹

92. Artikel 8.3 Opvangrichtlijn is niet van toepassing op de vreemdeling van wie de vraag om internationale bescherming is verworpen. De kamer van inbeschuldigingstelling die oordeelt dat de vrijheidsberovende titel van 20 februari 2018, gebaseerd op artikel 74/5, § 1, 2°, Vreemdelingenwet,¹⁶⁰ geen voldoende geïndividualiseerde beoordeling van de toestand van de vreemdeling bevat zoals vereist door artikel 8.3 Opvangrichtlijn en dat de onwettigheid van de beslissing van 20 februari 2018 ook de beslissing van 27 februari 2018, gebaseerd op artikel 74/5, § 1, 1°, Vreemdelingenwet,¹⁶¹ aantast, verantwoordt haar beslissing bijgevolg niet naar recht.¹⁶²

93. Artikel 74/5, § 1, 2°, Vreemdelingenwet bepaalt dat de vreemdeling die tracht het Rijk binnen te komen zonder te voldoen aan de in artikel 2 bepaalde voorwaarden en die in een asielaanvraag indient aan de grens, op een welbepaalde plaats de grens kan worden vastgehouden in afwachting van een machtiging om het Rijk binnen te komen of van zijn verwijdering van het grondgebied. Artikel 74/5, § 4, 5°, Vreemdelingenwet bepaalt dat in een dergelijk geval de vreemdeling wordt gemachtigd het Rijk binnen te komen indien de Commissaris-generaal niet binnen de vier weken na de ontvangst van de aanvraag om internationale bescherming. Het enkel verstrijken van die termijn doet een recht op toegang ontstaan.¹⁶³

u. Het wettigheidstoezicht en artikel 74/6 Vreemdelingenwet

94. In een arrest van 29 mei 2018 oordeelde het Hof van Cassatie dat het aan het onderzoeksgerecht staat te oordelen of de administratie op grond van de feitelijke gegevens die zij in aanmerking heeft genomen bij het uitvoerdigen van de betwiste beslissing van vrijheidsberoving, kon beslissen of de asielaanvraag werd ingediend om een eerdere of op handen zijnde beslissing die tot verwijdering van de vreemdeling zou leiden, uit te stellen of te verijdelen.¹⁶⁴

v. Het wettigheidstoezicht en artikel 74/6, § 1, eerste lid, 4°, Vreemdelingenwet

¹⁵⁹ Cass. 3 september 2014, P.14.1360.F, *Arr.Cass.* 2014, 1749, *Pas.* 2014, 1728, concl. D. VANDERMEERSCH.

¹⁶⁰ Dit houdt de vasthouding in van een vreemdeling op een bepaalde plaats voor de tijd, nodig voor het onderzoek van de asielaanvraag met het oog op zijn eventuele verwijdering.

¹⁶¹ Dit houdt een vrijheidsberoving in om de verwijdering te verzekeren als gevolg van de afwijzing na het verzoek om internationale bescherming en de weigeringen het land te verlaten.

¹⁶² Cass. 25 april 2018, P.18.0385.F, www.cass.be.

¹⁶³ Cass. 17 oktober 2018, P.18.1005.F, www.cass.be.

¹⁶⁴ Cass. 29 mei 2018, P.18.0494.N, *niet gepubliceerd*.

95. Krachtens artikel 74/6, § 1, eerste lid, 4°, Vreemdelingenwet¹⁶⁵ kan de minister of zijn gemachtigde, wanneer het op basis van een individuele beoordeling nodig blijkt en er geen andere, minder dwingende maatregelen effectief kunnen worden toegepast, een verzoeker om internationale bescherming in een welbepaalde plaats in het Rijk vasthouden wanneer de bescherming van de nationale veiligheid of de openbare orde dat vereisen. Indien het onderzoeksgerecht door overname van de redenen van het advies van het openbaar ministerie vaststelt dat de vreemdeling niet in het bezit is van een geldig paspoort met visum, dat hij geen gevolg heeft gegeven aan het bevel om het grondgebied te verlaten, dat hij meermaals op strafgebied werd veroordeeld en dat hij op 17 februari 2018 betrokken was bij een ongeval in staat van dronkenschap en zonder te beschikken over een geldig rijbewijs, oordeelt het dat in het licht van de dossiergegevens de vrijheidsberoving noodzakelijk is voor de bescherming van de openbare orde. Met die redenen onderzoekt het ook of aan het subsidiariteitsbeginsel is voldaan zonder dat het moet vaststellen dat minder dwingende maatregelen onvoldoende waren om het beoogde doel te bereiken.¹⁶⁶

w. Het wettigheidstoezicht en artikel 74/6, § 1, eerste lid, 1° en 3°, Vreemdelingenwet

96. Artikel 74/6, § 1, eerste lid, 1° en 3°, Vreemdelingenwet¹⁶⁷ bepaalt: *“Wanneer het, op basis van een individuele beoordeling, nodig blijkt en er geen andere, minder dwingende maatregelen effectief kunnen worden toegepast, kan de minister of zijn gemachtigde een verzoeker om internationale bescherming, in een welbepaalde plaats in het Rijk vasthouden:*

1° om de identiteit of nationaliteit van de verzoeker vast te stellen of na te gaan; of

2° (...); of

3° wanneer de verzoeker ter voorbereiding van de terugkeer en/of ter uitvoering van het verwijderingsproces wordt vastgehouden, en er kan worden aangetoond op basis van objectieve criteria, zoals het feit dat de verzoeker reeds de mogelijkheid van toegang tot de asielprocedure heeft gehad, er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat de betrokkene het verzoek om internationale bescherming louter heeft ingediend om de uitvoering van het terugkeerbesluit uit te stellen of te verijdelen;

4° (...)”

97. In een arrest van 27 maart 2019 oordeelde het Hof van Cassatie dat uit deze bepaling volgt dat de vasthouding van de vreemdeling op een welbepaalde plaats niet alleen onderworpen is aan de erin vermelde voorwaarden, maar ook het voorwerp moet uitmaken van een individueel onderzoek van zijn situatie.¹⁶⁸

In verband met de voorwaarde van artikel 74/6, § 1, eerste lid, 1°, Vreemdelingenwet overwoog het Hof dat uit de memorie van toelichting van de wet van 21 november 2017 blijkt dat asielinstanties over voldoende informatie moeten beschikken over de identiteit en de nationaliteit van de verzoeker opdat zij het verzoek om internationale bescherming op een correcte wijze kunnen beoordelen. Een systematische vasthouding van verzoekers die niet in het bezit zijn van identiteitsdocumenten is evenwel niet toegelaten. Vasthouding op grond

¹⁶⁵ Zoals toepasselijk sinds de wijziging ervan bij wet van 21 november 2017.

¹⁶⁶ Cass. 14 november 2018, P.18.1102.F, www.cass.be.

¹⁶⁷ Zoals toepasselijk sinds de wijziging ervan bij wet van 21 november 2017.

¹⁶⁸ Cass. 27 maart 2019, P.19.0261.F, www.cass.be.

daarvan kan wel indien er geen plausibele verklaring is voor de afwezigheid van identiteitsdocumenten of indien de vreemdeling bij het vaststellen van zijn identiteit of nationaliteit zijn medewerking weigert of de intentie heeft om de overheden te misleiden, bijvoorbeeld indien hij weigert zijn identiteit of nationaliteit mee te delen, indien hij valse informatie verstrekt met het oog op het vaststellen van zijn identiteit of nationaliteit, indien hij valse of vervalste identiteits- of reisdocumenten verstrekt, indien hij een identiteits- of reisdocument dat kan bijdragen tot de vaststelling van zijn identiteit of nationaliteit, heeft vernietigd of zich ervan ontdaan heeft of indien hij de in artikel 51/3 Vreemdelingenwet bedoelde afname van vingerafdrukken bemoeilijkt.

In verband met de voorwaarde van artikel 74/6, § 1, eerste lid, 3°, Vreemdelingenwet, blijkt uit deze bepaling dat de enkele omstandigheid dat een verzoek om internationale bescherming werd ingediend terwijl de verzoeker wordt vastgehouden in het kader van een terugkeerprocedure, niet volstaat om te oordelen dat er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat de betrokkene het verzoek om internationale bescherming louter heeft ingediend om de uitvoering van het terugkeerbesluit uit te stellen of te verijdelen. Deze redelijke gronden moeten daarentegen op basis van objectieve criteria worden aangetoond, zoals het feit dat de verzoeker reeds de mogelijkheid van toegang tot de asielprocedure heeft gehad.

Met de enkele overweging dat uit geen enkel element in het dossier blijkt dat de verzoeker in het bezit is van een geldig paspoort met een geldig visum, kan de kamer van inbeschuldigingstelling bijgevolg niet wettig beslissen dat de vasthouding van de vreemdeling, gelet op zijn concrete situatie, noodzakelijk is om zijn identiteit of nationaliteit in de zin van artikel 74/6, § 1, eerste lid, 1°, Vreemdelingenwet na te gaan.

Met de enkele vermelding dat de vreemdeling zijn verzoek om internationale bescherming pas heeft ingediend eens hij in een gesloten centrum was geplaatst, terwijl de verwijderingsprocedure lopende was, tonen de appelrechters niet op basis van objectieve criteria aan dat er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat de betrokkene het verzoek om internationale bescherming louter heeft ingediend om de uitvoering van het terugkeerbesluit uit te stellen of te verijdelen.

Het arrest van de kamer in van inbeschuldigingstelling werd dan ook vernietigd wegens schending van artikel 74/6, § 1, eerste lid, 1° en 3°, Vreemdelingenwet.

x. Het wettigheidstoezicht, artikel 74/6, §1bis, Vreemdelingenwet en artikel 74/13 Vreemdelingenwet

98. In een arrest van 11 april 2018 diende het Hof zich uit te spreken over het middel dat schending aanvoerde van de artikelen *9bis*, 74/6, § *1bis*, en 74/13 Vreemdelingenwet en artikel 8 EVRM. De Belgische Staat verweert het arrest dat het de vreemdeling in vrijheid heeft gesteld omdat de administratie zijn familiale toestand niet in aanmerking heeft genomen, terwijl dit geen door de wet bedoeld criterium is, aangezien de vreemdeling werd vastgehouden op een welbepaalde plaats nadat hij een verzoek om internationale bescherming had ingediend.

Uit het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling bleek dat de vreemdeling op 12 februari 2018 overeenkomstig artikel 74/6, § *1bis*, Vreemdelingenwet op een welbepaalde plaats werd vastgehouden nadat hij op 8 februari 2018 een nieuwe aanvraag om internationale bescherming had ingediend.

Het Hof oordeelde dat het toepasselijke artikel 74/6, §1bis, Vreemdelingenwet aan de minister of zijn gemachtigde de bevoegdheid verleent om de vreemdeling op een welbepaalde plaats vast te houden teneinde in voorkomend geval zijn effectieve verwijdering van het grondgebied te verzekeren, op voorwaarde dat hij zich bevindt in een van de gevallen opgesomd in de wet.

Artikel 74/13 Vreemdelingenwet vereist dat bij een maatregel van verwijdering de minister of zijn gemachtigde rekening houdt met het hoger belang van het kind, de familiale situatie en de gezondheidstoestand van de betrokken vreemdeling.

Noch artikel 8 Opvangrichtlijn, noch artikel 74/6, § 1bis, Vreemdelingenwet dat de omzetting van die richtlijn verzekert in het Belgische recht op het ogenblik van de betwiste beslissing, bepaalt dat de overheid die beslist tot vasthouding van de vreemdeling op een welbepaalde plaats, tijdens het onderzoek van de aanvraag om internationale bescherming rekening dient te houden met de familiale omstandigheden.

Door te beslissen dat artikel 74/13 Vreemdelingenwet aan de administratie de verplichting oplegt om dit te doen in het door artikel 74/6, § 1bis Vreemdelingenwet bedoelde geval, verantwoordt het arrest haar beslissing om de vreemdeling in vrijheid te stellen niet naar recht.¹⁶⁹

y. Het wettigheidsstoezicht en artikel 74/6, § 1bis, 5° en 12°, Vreemdelingenwet

99. Krachtens artikel 8, § 3, eerste lid, d), Opvangrichtlijn mag een vreemdeling wiens verwijdering wordt voorbereid enkel in bewaring worden gehouden als er redelijkerwijs kan worden aangenomen dat zijn verzoek louter werd ingediend om de uitvoering van het terugkeerbesluit uit te stellen of te vrijdelen.

Artikel 74/6, § 1bis, 5° en 12°, Vreemdelingenwet¹⁷⁰ maakt de minister of zijn gemachtigde bevoegd om een vreemdeling vast te houden in een welbepaalde plaats teneinde zijn effectieve verwijdering van het grondgebied te waarborgen, met name indien de asielaanvraag buiten de termijn is ingediend of wanneer de indiening tot doel heeft een op handen zijnde verwijdering te vrijdelen.

In een arrest van 6 december 2017 oordeelde het Hof van Cassatie dat voormelde nationale rechtsregel de hoven en rechtbanken in staat stelt het door de richtlijn verlangde wettigheidsstoezicht uit te oefenen.

Het arrest stelt dat de vreemdeling, na eerst een valse naam te hebben gebruikt, op 5 oktober 2017, hetzij drie maanden nadat hij in een gesloten centrum was beland, heeft verklaard dat hij in België geen asiel wenste aan te vragen, niettegenstaande de uitleg die de maatschappelijk werkster hem had verstrekt over de mogelijkheid die hij daartoe had. Het arrest stelt voorts dat de asielaanvraag werd ingediend daags voor de repatriëring, die op 11 oktober was gepland.

Op grond daarvan hebben de appelrechters naar recht kunnen oordelen dat de Dienst Vreemdelingenzaken redelijkerwijs mocht aannemen dat een in dergelijke omstandigheden ingediende asielaanvraag dilatoir bedoeld was, wat erop neerkomt dat het enkel met dat doel werd ingediend.¹⁷¹

¹⁶⁹ Cass. 11 april 2018, P.18.0326.F, www.cass.be.

¹⁷⁰ Zoals van toepassing als gevolg van de publicatie in het Belgisch Staatsblad op 22 augustus 2013.

¹⁷¹ Cass. 6 december 2017, P.17.1188.F, www.cass.be.

z. *Het wettigheidstoezicht en artikel 74/6, § 1bis, 9° en 12°, Vreemdelingenwet*¹⁷²

100. In een arrest van 16 januari 2018 oordeelde het Hof van Cassatie dat uit de wetsgeschiedenis van artikel 74/6, § 1bis, 9° en 12°, Vreemdelingenwet blijkt dat de wetgever uitzonderlijk de opsluiting van vreemdelingen wil mogelijk maken, alvorens een beslissing wordt getroffen over hun asielaanvraag, voor zover het verblijf van die vreemdelingen onregelmatig is en duidelijk in de wet opgesomde omstandigheden erop wijzen dat er oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de asielprocedure.¹⁷³

101. In een arrest van 7 februari 2018 oordeelde het Hof van Cassatie dat uit de artikelen 8, § 3, d) en 9, § 2, Opvangrichtlijn en artikel 74/6, § 1bis, 9° en 12°, Vreemdelingenwet volgt dat het vasthouden van de vreemdeling op een welbepaalde plaats niet alleen is onderworpen aan de in artikel 74/6, § 1bis, 9° en 12°, Vreemdelingenwet bepaalde voorwaarden, maar ook het voorwerp moet uitmaken van een onderzoek naar het dilatoir karakter van de asielaanvraag, zoals bedoeld in artikel 8, § 3, d) Opvangrichtlijn. Met het oordeel dat artikel 74/6, § 1bis, 9°, Vreemdelingenwet de administratie niet verplicht het dilatoir karakter van de asielaanvraag vast te stellen, voldoet het arrest niet aan het door artikel 72 Vreemdelingenwet voorgeschreven wettigheidstoezicht.¹⁷⁴

E. De motiveringsplicht van het onderzoeksgerecht

102. Artikel 149 Grondwet is niet toepasselijk op de beslissingen van de onderzoeksgerechten, die op grond van de Vreemdelingenwet uitspraak doen over de handhaving van de vrijheidsberovende maatregel, aangezien deze beslissingen geen vonnissen in de zin van deze bepaling zijn.¹⁷⁵

Ook artikel 23, 4° van de Voorlopige Hechteniswet¹⁷⁶ en artikel 780, eerste lid, 3°, Gerechtelijk Wetboek¹⁷⁷ zijn niet van toepassing op de onderzoeksgerechten die uitspraak doen over het beroep tegen een beslissing van administratieve vrijheidsberoving van een vreemdeling.

¹⁷² Zoals van toepassing als gevolg van de publicatie in het Belgisch Staatsblad op 22 augustus 2013. Dit artikel bepaalt dat de vreemdeling die het Rijk is binnengekomen zonder te voldoen aan de in artikel 2 gestelde voorwaarden of wiens verblijf heeft opgehouden regelmatig te zijn en die een asielaanvraag indient, door de minister of zijn gemachtigde in een welbepaalde plaats kan worden vastgehouden teneinde de effectieve verwijdering van het grondgebied van de vreemdeling te waarborgen, indien:

- de vreemdeling reeds een andere asielaanvraag heeft ingediend (9°);
- de vreemdeling een asielaanvraag indient teneinde de uitvoering van een eerdere of van een op handen zijnde beslissing die tot zijn verwijdering zou leiden, uit te stellen of te verijdelen (12°).

¹⁷³ Cass. 16 januari 2018, P.18.0002.N, www.cass.be.

¹⁷⁴ Cass. 7 februari 2018, P.18.0078.F, www.cass.be.

¹⁷⁵ Cass. 20 juli 2010, P.10.1060.F, *Arr.Cass.* 2010, 2043; Cass. 30 november 2010, P.10.1735.N, *Arr.Cass.* 2010, 2864; Cass. 15 februari 2011, P.11.0144.N, *Arr.Cass.* 2011, 519; Cass. 13 februari 2013, P.13.0162.F, *Arr.Cass.* 2013, 437; Cass. 3 april 2013, P.13.0509N, *T. Vreemd.* 2013, 248; Cass. 17 september 2013, P.13.1522.N, *Arr.Cass.* 2013, 1857; Cass. 2 oktober 2013, P.13.1553.F, *Arr.Cass.* 2013, 1997; Cass. 26 augustus 2015, P.15.1156.N, *Arr.Cass.* 2015, 1846; Cass. 26 september 2017, P.17.0944.N, *niet gepubliceerd*; Cass. 23 januari 2018, P.17.1318.N, www.cass.be.

¹⁷⁶ Cass. 31 juli 2001, P.01.1011.F, *Arr.Cass.* 2001, 1351; Cass. 23 januari 2018, P.17.1318.N, www.cass.be.

¹⁷⁷ Cass. 15 mei 2018, P.18.0480.N, *niet gepubliceerd*.

De artikelen 1 tot 3 Wet Motivering Bestuurshandelingen¹⁷⁸ en de beginselen van behoorlijk bestuur¹⁷⁹ zijn evenmin toepasselijk op de onderzoeksgerechten.

103. Het onderzoeksgerecht dient wel te antwoorden op de conclusie van een partij in zoverre ze middelen bevat, met andere woorden de opgave van een feit, van een handeling of van een tekst waaruit die partij, met een juridische redenering, de gegrondheid van een vordering, van een verweer of van een exceptie beweert af te leiden.¹⁸⁰ De wettelijke grondslag hiervoor vormen de artikelen 71 en 72 Vreemdelingenwet, die een contradictoir debat invoeren voor de onderzoeksgerechten, wat inhoudt dat de rechter de conclusies van partijen moet beantwoorden.¹⁸¹

De verplichting om te antwoorden op de conclusie van een partij geldt enkel indien deze tijdens het debat op de rechtszitting aan de rechter is overgelegd.¹⁸² Artikel 152 Wetboek van Strafvordering en de daarin vervatte regeling om conclusietermijnen te verkrijgen, is niet van toepassing op de onderzoeksgerechten.

Deze antwoordverplichting houdt niet in dat het onderzoeksgerecht dient te antwoorden op elk argument dat wordt ingeroepen in de conclusie: het volstaat dat elk middel wordt beantwoord. Zo dient de kamer van inbeschuldigingstelling die het risico dat de vreemdeling geen gevolg zal geven aan het bevel om het grondgebied te verlaten, afleidt uit het feit dat hij het grondgebied op onwettige wijze was binnengekomen en er zich op onrechtmatige wijze had gevestigd, niet te antwoorden op het argument dat nooit eerder tegen hem een bevel om het grondgebied te verlaten was uitgevaardigd en dat zijn adres door de overheid gekend was. Op grond van de vermelding in de beslissingen tot verwijdering van het grondgebied en vrijheidsbeneming dat de vreemdeling niet over de documenten beschikt die hem toestaan in het Rijk te verblijven en dat hem daadwerkelijke repatriëring naar zijn land van oorsprong dient te worden verzekerd, beslist de kamer van inbeschuldigingstelling aldus naar recht dat die beslissingen in overeenstemming met de wet zijn genomen.¹⁸³

De rechter die een beroep zonder voorwerp verklaart, moet evenwel niet antwoorden op de middelen die geen betrekking hebben op de omstandigheden die tot zijn beslissing hebben geleid.¹⁸⁴

In dezelfde zin oordeelde het Hof van Cassatie dat de kamer van inbeschuldigingstelling die het verweer van een vreemdeling over de miskenning van de redelijke termijn verwerpt met het oordeel dat het niet tot haar taak behoort om de eventuele traagheid tegen te gaan waarmee een asielaanvraag zou zijn behandeld, daarenboven niet de gegevens van het administratief onderzoek dient te vermelden die het besluit wettigen dat de behandeling

¹⁷⁸ Cass. 31 juli 2001, P.01.1011.F, *Arr.Cass.* 2001, 1351; Cass. 20 april 2011, P.11.0609.F, *Arr.Cass.* 2011, 1046; Cass. 26 april 2016, P.16.0434.N, *Arr.Cass.* 2016, 936; Cass. 23 januari 2018, P.17.1318.N, www.cass.be.

¹⁷⁹ Cass. 15 februari 2011, P.11.0144.N, *Arr.Cass.* 2011, 519.

¹⁸⁰ Cass. 6 december 2017, P.17.1191.F, www.cass.be; zie ook Cass. 29 oktober 2008, P.08.1450.F, *Arr.Cass.* 2008, 2413 en M. DE SWAEF, "Het Hof van Cassatie en de Vreemdelingenwet: kort overzicht van recente rechtspraak met betrekking tot het beroep bij de rechterlijke macht." in F. DERUYCK en M. ROZIE (eds.), *Liber Amicorum Alain De Nauw. Het strafrecht bedreven*, Brugge, die Keure, 2011, 197.

¹⁸¹ Cass. 15 mei 2018, P.18.0480.N, *niet gepubliceerd*.

¹⁸² Cass. 23 oktober 2013, P.13.1601.F, *Arr.Cass.* 2013, 2192, concl. R. LOOP.

¹⁸³ Cass. 20 april 2011, P.11.0609.F, *Arr.Cass.* 2011, 1046.

¹⁸⁴ Cass. 6 augustus 2013, P.13.1320.N, *T. Vreemd.* 2014, 72.

geen vertraging heeft opgelopen, aangezien dat verweer door hun oordeel irrelevant is geworden.¹⁸⁵

De kamer van inbeschuldigingstelling moet niet antwoorden op een in een conclusie aangevoerd verweer strekkende tot de hervorming van de beroepen beschikking wegens de niet-voeging van het administratief dossier, indien wordt vastgesteld dat het administratief dossier tijdens de procedure werd gevoegd.¹⁸⁶

De motiveringsplicht van de appelrechter vereist dat hij de conclusie van de partijen beantwoordt, maar niet dat hij de argumenten van de eerste rechter beantwoordt.¹⁸⁷

Geen enkele wettelijke bepaling vereist dat de beslissingen van de strafgerichten melding maken van de neerlegging van conclusies. Uit de omstandigheid alleen dat de rechter ze niet in zijn beslissing heeft vermeld, kan niet worden afgeleid dat hij er geen acht zou hebben op geslagen.¹⁸⁸

De verplichting om een beslissing met redenen te omkleden houdt niet in dat de rechter moet vermelden welke stukken een verzoekende partij heeft overgelegd noch dat hij moet antwoorden op deze stukken.¹⁸⁹

De kamer van inbeschuldigingstelling is niet verplicht te antwoorden op de middelen in het verzoekschrift tot invrijheidstelling dat de vreemdeling aan de raadkamer richtte, noch op de stukken uit het administratief dossier, ook al zijn deze door de vreemdeling neergelegd.¹⁹⁰

Het onderzoeksgerecht vermag zijn beslissing met redenen te omkleden door verwijzing naar en overname van de redenen, opgenomen in een voor de partijen beschikbaar stuk van de rechtspleging, zoals het advies van het openbaar ministerie of de opmerkingen die de administratie heeft gemaakt op het verzoekschrift tot invrijheidstelling van de vreemdeling en die door de administratie aan het administratief dossier werden toegevoegd. Dit houdt geen miskennis in van het recht van verdediging.¹⁹¹

Indien de kamer van inbeschuldigingstelling verwijst naar de redenen van het advies van het openbaar ministerie teneinde uitspraak te doen over de vrijheidsberovende maatregel, houdt dit in dat de appelrechters de relevantie ervan erkennen ten opzichte van het voor hen voorgedragen verweer. De omstandigheid dat het advies aan dat verweer zou zijn

¹⁸⁵ Cass. 13 oktober 2010, P.10.1514.F, *Arr.Cass.* 2010, 2471.

¹⁸⁶ Cass. 12 september 2012, P.12.1502.F, *Arr.Cass.* 2012, 1917, *T.Strafr.* 2013, 303, noot B. MEGANCK.

¹⁸⁷ Cass. 27 mei 2015, P.15.0647.F, *Arr.Cass.* 2015, 1406.

¹⁸⁸ Cass. 24 april 2018, P.18.0334.N, *niet gepubliceerd*.

¹⁸⁹ Cass. 26 september 2017, P.17.0944.N, *niet gepubliceerd*.

¹⁹⁰ Cass. 29 oktober 2008, P.08.1450.F, *Arr.Cass.* 2008, 2413; M. DE SWAEF, "Het Hof van Cassatie en de Vreemdelingenwet: kort overzicht van recente rechtspraak met betrekking tot het beroep bij de rechterlijke macht." in F. DERUYCK en M. ROZIE (eds.), *Liber Amicorum Alain De Nauw. Het strafrecht bedreven*, Brugge, die Keure, 2011, 197.

¹⁹¹ Cass. 17 september 2013, P.13.1522.N, *Arr.Cass.* 2013, 1857; Cass. 24 april 2018, P.18.0334.N, *niet gepubliceerd*. Zie ook: Cass. 15 februari 2011, P.11.0144.N, *Arr.Cass.* 2011, 519.

voorafgegaan, tast de desbetreffende beoordelingsbevoegdheid van de kamer van inbeschuldigingstelling niet aan.¹⁹²

Artikel 870 Gerechtelijk Wetboek¹⁹³ betreft een regel eigen aan de burgerlijke rechtspleging. Deze bepaling is niet van toepassing op een beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling die op grond van de Vreemdelingenwet uitspraak doet over de handhaving van een vrijheidsberovende maatregel.¹⁹⁴

Geen enkele wetsbepaling verplicht het onderzoeksgerecht de toepasselijke wetsbepalingen in het dictum te vermelden betreffende de toe te passen administratieve maatregel.¹⁹⁵

F. Cassatieberoep

1) Algemeen

104. Hoewel de Vreemdelingenwet dit niet expliciet bepaalt, staat tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling cassatieberoep open voor de vreemdeling, de Dienst Vreemdelingenzaken en het openbaar ministerie.

Ook de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie kan in het belang van de wet cassatieberoep instellen (artikel 442 Sv.).

Artikel 72, vierde lid, Vreemdelingenwet, sinds de wijziging ervan bij artikel 6, 2°, van de wet van 10 juli 1996 tot wijziging van de Vreemdelingenwet van 15 december 1980 en bij artikel 204, 2°, van de wet van 15 september 2006 tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, staat de minister of zijn gemachtigde toe om hoger beroep in te stellen tegen alle beschikkingen van de raadkamer die uitspraak doen over een verzoek tot invrijheidstelling.

Daaruit volgt dat het hoger beroep van de Belgische Staat hetzelfde doel heeft als het hoger beroep dat het openbaar ministerie kan instellen, vermits het strekt tot handhaving van de administratieve beslissing van vrijheidsberoving gekoppeld aan een bevel om het grondgebied te verlaten. Aangezien de Belgische Staat aldus niet kan worden gelijkgesteld met een burgerlijke partij, heeft hij net als het openbaar ministerie de hoedanigheid om cassatieberoep in te stellen tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling die de invrijheidstelling van de vreemdeling beveelt.

Ten slotte ontzegt de omstandigheid dat de Belgische Staat geen partij was voor de instantie in hoger beroep, laatstgenoemde niet de mogelijkheid om cassatieberoep in te stellen.¹⁹⁶

¹⁹² Cass. 23 oktober 2013, P.13.1601.F, *Arr.Cass.* 2013, 2192; Cass. 23 december 2015, P.15.1596.F, *Arr.Cass.* 2015, 3064, *Pas.* 2015, 2999, concl. D. VANDERMEERSCH.

¹⁹³ Dit artikel bepaalt het volgende: *“Iedere partij moet het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert.”*

¹⁹⁴ Cass. 18 oktober 2016, P.16.0969.N, *Arr.Cass.* 2016, 2096.

¹⁹⁵ Cass. 11 juli 2018, P.18.0702.N, *www.cass.be*.

¹⁹⁶ Cass. 10 september 2014, P.14.1374.F, *Arr.Cass.* 2014, 1829.

Sinds de inwerkingtreding op 1 februari 2015 van de wet van 14 februari 2014,¹⁹⁷ die de cassatieprocedure heeft gewijzigd, kan het cassatieberoep in vreemdelingenzaken op grond van artikel 425 Wetboek van Strafvordering voor een vreemdeling enkel worden ingesteld door een advocaat, die sinds 1 februari 2016 houder moet zijn van een getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures.¹⁹⁸ Het cassatieberoep ingesteld door een raadsman die aangeeft geen houder te zijn van dit getuigschrift, is niet ontvankelijk.¹⁹⁹

Het cassatieberoep heeft een opschortende werking (artikel 73, eerste lid, Vreemdelingenwet). De vreemdeling wordt pas in vrijheid gesteld zodra de beslissing in kracht van gewijsde gegaan is.²⁰⁰

2) Toepasselijkheid van de algemene bepalingen van het strafprocesrecht

105. De cassatieprocedure verloopt niet overeenkomstig artikel 31 van de Voorlopige Hechteniswet,²⁰¹ maar volgens de algemene bepalingen van het strafprocesrecht, meerbepaald de artikelen 416 e.v. Wetboek van Strafvordering.

Overeenkomstig artikel 72, vierde lid, Vreemdelingenwet wordt er, behoudens de erin vermelde uitzonderingen, gehandeld overeenkomstig de wettelijke bepalingen op de voorlopige hechtenis.

Deze bepaling, die geen melding maakt van het cassatieberoep, heeft enerzijds enkel betrekking op de behandeling van de beroepen bij de rechterlijke macht waarover de raadkamer en, in hoger beroep, de kamer van inbeschuldigingstelling, uitspraak doen, en verwijst anderzijds noodzakelijkerwijze naar de wet betreffende de voorlopige hechtenis die van kracht was op het ogenblik van de afkondiging van de Vreemdelingenwet. Deze wet van 20 april 1874 bevatte geen enkele bepaling over het cassatieberoep en het cassatieberoep werd ingesteld overeenkomstig de regels van het Wetboek van Strafvordering.

De wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, die een bijzonder hoofdstuk wijdt aan het cassatieberoep, heeft artikel 72 Vreemdelingenwet bovendien niet gewijzigd, zodat zelfs na de inwerkingtreding van de nieuwe wetsbepalingen artikel 31 Voorlopige Hechteniswet niet van toepassing is op het cassatieberoep. Het cassatieberoep tegen een arrest dat zich uitsprekt over een maatregel van vrijheidsberoving is bijgevolg onderworpen aan de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering.²⁰²

¹⁹⁷ Wet van 14 februari 2014 met betrekking tot de rechtspleging voor het Hof van Cassatie in strafzaken, *B.S.* 27 februari 2014.

¹⁹⁸ Cass. 5 april 2016, P.16.0334.N, *Arr.Cass.* 2016, 765, *R.W.* 2016-17, 135, noot; Cass. 6 september 2016, P.16.0917.N, *Arr.Cass.* 2016, 1666; Cass. 7 september 2016, P.16.0926.F, *Arr.Cass.* 2016, 1675. Ook de memories en de memories van antwoord in cassatie kunnen enkel worden ingediend door een raadsman die houder is van het voormelde getuigschrift.

¹⁹⁹ Cass. 14 augustus 2018, P.18.0842.N, *niet gepubliceerd*.

²⁰⁰ Zie *supra*, nr. 22.

²⁰¹ Zoals dit van toepassing was vóór de wijziging ervan bij artikel 137 van de wet van 5 februari 2016 (*B.S.* 19 februari 2016). Voormeld artikel 137 werd vernietigd bij arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 148/2017 van 21 december 2017, met handhaving van de gevolgen tot 12 januari 2018.

²⁰² Cass. 27 juli 2010, P.10.1165.N, *Arr.Cass.* 2010, 2049; Cass. 22 februari 2011, P.11.0225.N, *Arr.Cass.* 2011, 608; Cass. 21 december 2011, P.11.2042.F, *Arr.Cass.* 2689, *R.W.* 2012-2013, 1138, noot B. DE SMET; Cass. 10 september 2014, P.14.1374.F, *Arr.Cass.* 2014, 1829; Cass. 7 september 2016, P.16.0926.F, *Arr.Cass.* 2016, 1675.

Dit betekent dat het cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling inzake de toepassing van de Vreemdelingenwet, moet worden ingesteld binnen een termijn van vijftien gewone dagen na de uitspraak (artikel 423 Sv.). Deze termijn kan eventueel verlengd worden op grond van artikel 644 Sv.

3) Verklaring ter griffie en betekening van het cassatieberoep

106. Het cassatieberoep wordt aangetekend door middel van een verklaring op de griffie van het rechtscollege dat de bestreden beslissing heeft gewezen. De verklaring van cassatieberoep moet het Hof in staat stellen die beslissing te identificeren. De vreemdeling die, vóór de inwerkingtreding van de wetswijziging bij wet van 14 februari 2014,²⁰³ zijn schriftelijke verklaring van cassatieberoep heeft overhandigd in het centrum waar hij is vastgehouden aan een ambtenaar wiens hoedanigheid niet wordt vermeld en die dat stuk op zijn beurt heeft toegezonden aan de griffie van het hof van beroep te Brussel, waar het in het register werd ingeschreven, heeft het cassatieberoep niet ingesteld in handen van de persoon die de hoedanigheid heeft om die akte op te stellen. Dat cassatieberoep is bijgevolg niet ontvankelijk.²⁰⁴

107. De Dienst Vreemdelingenzaken moet op straffe van onontvankelijkheid haar cassatieberoep laten betekenen aan de vreemdeling.²⁰⁵

De vervolgte persoon moet dit overeenkomstig artikel 427, eerste lid, Wetboek van Strafvordering enkel doen in zoverre de beslissing betrekking heeft op de tegen hem ingestelde burgerlijke rechtsvordering. De vordering van de administratie strekkende tot handhaving van de vrijheidsberoving van een vreemdeling is geen burgerlijke rechtsvordering in de zin van die bepaling. De vreemdeling, die gelijkgesteld wordt met een vervolgte persoon, moet zijn cassatieberoep bijgevolg niet laten betekenen aan de Belgische Staat.²⁰⁶

4) Memorie (van antwoord)

108. Overeenkomstig artikel 429, eerste lid, Wetboek van Strafvordering kan de eiser in cassatie, behalve het openbaar ministerie, zijn middelen slechts aanvoeren in een memorie die ondertekend is door een advocaat die houder is van het in artikel 425, § 1, tweede lid, Wetboek van Strafvordering bedoelde getuigschrift.

De memorie moet uiterlijk worden ingediend twee maanden na de verklaring van cassatieberoep (artikel 429, tweede lid, Sv.). Deze termijn kan worden verlengd op grond van artikel 644 van het Wetboek van Strafvordering. De berekening van deze termijn gebeurt overeenkomstig de artikelen 52 en 54 Gerechtelijk Wetboek.

²⁰³ Zie *supra*, nr. 105.

²⁰⁴ Cass. 14 november 2012, P.12.1707.F, *Arr.Cass.* 2012, 2566.

²⁰⁵ Artikel 427 Sv.; Cass. 23 februari 2011, P.11.0259.F, *Arr.Cass.* 2011, 618, *Pas.* 2011, 633, concl. J. GENICOT; Cass. 1 augustus 2018, P.18.0783.F, *niet gepubliceerd*.

²⁰⁶ Cass. 22 december 2015, G.15.0228.F, *Arr.Cass.* 2015, 3031; Cass. 4 oktober 2016, G.16.0207.N, *Arr.Cass.* 2016, 1917.

In elk geval moet de memorie uiterlijk vijftien dagen vóór de terechtzitting ter griffie van het Hof van Cassatie toekomen. Het gaat om een volle termijn van vijftien dagen: er moeten met andere woorden vijftien volledig vrije dagen worden gelaten tussen de datum van de indiening van de memorie en de datum van de rechtszitting.²⁰⁷ Het Hof slaat derhalve geen acht op een door een vreemdeling de vooravond van of slechts drie dagen voor de rechtszitting ingediende memorie, tenzij de eiser overmacht inroept en het Hof die overmacht aanvaardt.²⁰⁸

Wanneer echter de advocaat van de vreemdeling wegens een laattijdige oproeping onmogelijk zijn memorie binnen de wettelijk bepaalde termijn van vijftien vrije dagen vóór de rechtszitting kon neerleggen, neemt het Hof die memorie in aanmerking.²⁰⁹ De raadsman van de vreemdeling mag evenwel niet wachten op een brief van de griffie tot vaststelling van de zaak. Het cassatieberoep tegen een arrest dat op grond van de artikelen 72 e.v. Vreemdelingenwet uitspraak doet, wordt immers door het Hof van Cassatie bij hoogdringendheid onderzocht, zodat de termijn van vijftien vrije dagen waarbinnen de griffie overeenkomstig artikel 432 Wetboek van Strafvordering in principe kennis geeft van de dagbepaling aan de advocaat of aan de niet-vertegenwoordigde verweerder, niet geldt. In de veronderstelling dat de raadsman van de vreemdeling overmacht kan aanvoeren wegens het niet-neerleggen van de memorie uiterlijk vijftien vrije dagen vóór de zitting omwille van de laattijdige kennisgeving van de dagbepaling, dient de vreemdeling ook aan te tonen dat deze toestand van overmacht is blijven voortduren tot op het ogenblik waarop de memorie werd neergelegd. Indien de vreemdeling daar niet in slaagt, slaat het Hof van Cassatie er geen acht op wegens laattijdige neerlegging.²¹⁰ Het komt er in de praktijk op neer dat de eiser niet mag wachten tot hij een dagbepaling ontvangt, maar zo snel als redelijk mogelijk na het instellen van zijn cassatieberoep zijn memorie moet indienen en in elk geval niet mag wachten tot één of enkele dagen voor de zitting. Wachten met het indienen van een memorie twee werkdagen voor de rechtszitting, leidt tot het niet-ontvankelijk verklaren van de memorie.²¹¹

109. Ook de verweerder in cassatie kan zijn antwoord slechts aanvoeren in een memorie die ondertekend is door een advocaat die houder is van het in artikel 425, § 1, tweede lid, Sv. bedoelde getuigschrift. De memorie van antwoord moet, op straffe van onontvankelijkheid,²¹² uiterlijk acht dagen voor de terechtzitting ter griffie van het Hof van Cassatie toekomen (artikel 429, derde lid, Sv.). Ook hier gaat het om een volle termijn van acht dagen, wat betekent dat acht volledig vrije dagen moeten worden gelaten tussen de dag van de indiening van de memorie en de dag van de rechtszitting.²¹³

110. Met uitzondering van de vreemdeling, dienen de partijen hun memorie, op straffe van onontvankelijkheid, per aangetekende brief²¹⁴ ter kennis te brengen aan de partij tegen wie het beroep is gericht (artikel 429, vierde lid, Sv.). Het bewijs van verzending dient

²⁰⁷ Cass. 19 mei 2015, P.15.0559.N, *Arr.Cass.* 2015, 1320.

²⁰⁸ Cass. 17 januari 2018, P.18.0031.F, *niet gepubliceerd*; Cass. 7 februari 2018, P.18.0116.F, www.cass.be.

²⁰⁹ Cass. 14 september 2016, P.16.0936.F, *Arr.Cass.* 2016, 1763 (impliciet).

²¹⁰ Cass. 21 juni 2017, P.17.0617.F, www.cass.be; Cass. 26 juli 2017, P.17.0757.F, *niet gepubliceerd*; Cass. 2 augustus 2017, P.17.0791.F, *niet gepubliceerd*.

²¹¹ Cass. 8 augustus 2018, P.18.0841.N, *niet gepubliceerd*.

²¹² Cass. 3 januari 2018, P.17.1202.F, www.cass.be.

²¹³ Cass. 15 januari 2019, P.18.1214.N, www.cass.be.

²¹⁴ Of, in de toekomst, op de door de Koning bepaalde wijze, langs elektronische weg.

te worden neergelegd ter griffie binnen dezelfde termijn als deze die geldt voor het neerleggen van de memorie.

5) Uitspraak van het Hof van Cassatie

111. Het Hof van Cassatie is niet verplicht om uitspraak te doen binnen de vijftien dagen nadat het cassatieberoep werd ingesteld. Artikel 31 van de Voorlopige Hechteniswet van 20 juli 1990 is immers niet toepasselijk op het cassatieberoep tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat uitspraak doet over de beslissing tot handhaving van de hechtenis van een vreemdeling, omdat dit cassatieberoep en de behandeling ervan geregeld blijven door de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering.

Het feit dat het Hof uitspraak doet buiten een termijn van vijftien dagen na het instellen van het cassatieberoep, is als dusdanig niet onverenigbaar met artikel 5.4 EVRM of met de artikelen 13 en 15 Terugkeerrichtlijn. Het verzoek om hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, werd afgewezen.²¹⁵

G. De gevolgen van repatriëring, invrijheidstelling en een nieuwe maatregel van administratieve vrijheidsberoving

1) Beroep zonder voorwerp

112. Het beroep van de vreemdeling voor de raadkamer, de kamer van inbeschuldigingstelling of het Hof van Cassatie is in beginsel zonder voorwerp indien in de loop van de procedure de vreemdeling is gerepatriëerd of over de grens gezet of een einde is gemaakt aan de vrijheidsberoving.²¹⁶

113. Hetzelfde geldt indien de minister of de Dienst Vreemdelingenzaken in de loop van de procedure een nieuwe maatregel van administratieve vrijheidsberoving nemen.²¹⁷

Het onderzoeksgerecht dat op grond van artikel 72 Vreemdelingenwet verzocht wordt uitspraak te doen over de wettigheid van een administratieve beslissing van vrijheidsberoving van een vreemdeling, dient derhalve vast te stellen dat dit rechtsmiddel zonder voorwerp is indien de vreemdeling niet langer krachtens die beslissing, maar op grond van een andere autonome titel van zijn vrijheid is beroofd. Het door artikel 72 Vreemdelingenwet bedoelde wettigheidsonderzoek heeft immers slechts betrekking op de bekritiseerde titel van vrijheidsberoving.

²¹⁵ Cass. 22 maart 2017, P.17.0248.F, www.cass.be; Cass. 20 september 2017, P.17.0933.F, www.cass.be; Cass. 29 november 2017, P.17.1145.F, www.cass.be.

²¹⁶ Zie onder meer: Cass. 4 januari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 503; Cass. 3 april 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1067; S. BOUCKAERT, P. BAEYENS en N. VANDERSCHEUREN, *Handboek verblijfsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2016, 594; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 655-656; V. VEREECKE, m.m.v. S. MICHOLT en P. STAELENS, *Vreemdelingenrecht in de praktijk*, Gent/Turnhout, Story Publishers, 2016, 349-350.

²¹⁷ Cass. 30 juli 1993, P.93.1046.N, *Arr.Cass.* 1993, 654; Cass. 21 oktober 2015, P.15.1257.F, *Arr.Cass.* 2015, 2409.

Uit de enkele omstandigheid dat de artikelen 71 tot 74 Vreemdelingenwet slechts een beroep voorzien tegen de maatregelen waarvan de vreemdeling het voorwerp uitmaakt, kan geen schending worden afgeleid van artikel 5 EVRM.²¹⁸

De overheid kan niet willekeurig, maar slechts in de in de Vreemdelingenwet bepaalde gevallen een nieuwe titel van vrijheidsberoving uitvaardigen. De vreemdeling kan vervolgens op grond van artikel 72 Vreemdelingenwet en volgens de daarin bepaalde procedure het onderzoeksgerecht verzoeken om de wettigheid van de nieuwe titel van vrijheidsberoving te onderzoeken.

Uit de omstandigheid dat het onderzoeksgerecht op grond van artikel 72 Vreemdelingenwet de wettigheid van een administratieve beslissing van vrijheidsberoving van een vreemdeling niet langer kan toetsen omdat zijn vrijheidsberoving niet meer op die titel is gegrond, volgt niet dat de betrokkene de onrechtmatigheid van die titel en de daarop gesteunde vrijheidsberoving niet meer kan laten toetsen door de burgerlijke of de strafgerichten.²¹⁹

De rechter kan enkel het bestaan onderzoeken maar niet de wettigheid van een nieuwe beslissing genomen na een beslissing waartegen de vreemdeling het door artikel 71 Vreemdelingenwet bedoelde rechtsmiddel heeft ingesteld. Door de nieuwe beslissing die een afzonderlijke titel vormt van de titel welke het voorwerp uitmaakt van het verzoek, wordt de procedure zonder voorwerp.²²⁰

Wanneer evenwel op gemotiveerde wijze wordt aangevoerd dat de eerste beslissing tot vrijheidsberoving door een onwettigheid is aangetast die de navolgende beslissing ongeldig maakt, dient de rechter, bij wie die betwisting aanhangig is gemaakt, dit in het licht van artikel 5.4 EVRM te onderzoeken. Dit houdt in dat het onderzoeksgerecht in dat geval moet nagaan of de aangevoerde onwettigheid die de eerste beslissing aantast, doorwerkt tot de tweede, nieuwe beslissing en deze ook onwettig kan maken.²²¹

2) Toepassingen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie

a. Een nieuwe maatregel van administratieve vrijheidsberoving

(i) Een autonome titel of de verlenging van een bestaande titel?

114. Een beslissing tot verlenging van de opsluiting maakt geen nieuwe, autonome titel van vrijheidsberoving uit. In geval van verlenging blijft het onderzoeksgerecht bevoegd om de wettigheid van de oorspronkelijke maatregel van vrijheidsberoving (evenals van de beslissing tot verlenging) na te gaan.²²²

²¹⁸ Cass. 27 maart 2019, P.19.0259.F, www.cass.be.

²¹⁹ Cass. 16 september 2014, P.14.1289.N, *Arr.Cass.* 2014, 1909; Cass. 27 maart 2019, P.19.0259.F, www.cass.be.

²²⁰ Cass. 28 augustus 2012, P.12.1438.F, *Rev. dr. étr.* 2012, 429; Cass. 27 maart 2019, P.19.0259.F, www.cass.be.

²²¹ Cass. 10 mei 2017, P.17.447.N, www.cass.be; Cass. 6 december 2017, P.17.1153.F, www.cass.be; Cass. 23 januari 2018, P.17.1282.N, www.cass.be; Cass. 23 januari 2018, P.17.1318.N, www.cass.be; Cass. 10 april 2018, P.19.0291.N, *niet gepubliceerd*; Cass. 25 april 2018, P.18.0385.F, www.cass.be.

²²² Cass. 31 augustus 2010, P.10.1423.N, *Arr.Cass.* 2010, 2070; Cass. 22 februari 2011, P.11.0225.N, *Arr.Cass.* 2011, 608.

115. Indien blijkt dat de beslissing van vasthouding van de vreemdeling op een welbepaalde plaats bij toepassing van artikel 74/5, § 1, Vreemdelingenwet, is verlengd door de gemachtigde van de minister, dan kan de kamer van inbeschuldigingstelling niet oordelen dat het gaat om een autonome titel en het geen verlenging betreft en dat het hoger beroep geen bestaansredenen meer had.²²³

116. Een beslissing een vreemdeling met toepassing van artikel 74/6, § 1bis, Vreemdelingenwet ingevolge zijn asielaanvraag vast te houden met het oog op zijn verwijdering van het grondgebied, is geen verlenging van een vorige vasthouding, maar een autonome titel die bestaat onafhankelijk van vorige beslissingen tot vasthouding waarmee ze geen geheel vormt.²²⁴

(ii) Beroep zonder voorwerp

117. Het hoger beroep tegen een beschikking van de raadkamer heeft geen bestaansreden meer indien de vrijheidsberoving van de vreemdeling inmiddels is gesteund op een andere autonome titel (gegrond op artikel 27, eerste lid, Vreemdelingenwet) dan die waarover de raadkamer uitspraak heeft gedaan (gegrond op artikel 7 Vreemdelingenwet). Indien de raadkamer evenwel uitspraak heeft gedaan over de beide hechtenistitels, omdat de vreemdeling voor de raadkamer zijn verzoek heeft uitgebreid tot de tweede titel, dan kan de kamer van inbeschuldigingstelling niet oordelen dat het hoger beroep in de mate dat het betrekking heeft op de beoordeling van de tweede titel geen bestaansreden meer heeft. De procureur-generaal bij het Hof stelt desgevallend bij toepassing van artikel 442 Wetboek van Strafvordering op de rechtszitting een daartoe strekkend cassatieberoep in.²²⁵

118. Artikel 807 Gerechtelijk Wetboek, op grond waarvan de vordering die voor de rechter aanhangig is, uitgebreid of gewijzigd kan worden, is niet toepasselijk op de procedure waarbij een vreemdeling beroep instelt bij de rechterlijke macht tegen een maatregel van administratieve vrijheidsberoving die werd genomen met toepassing van artikel 74/5 Vreemdelingenwet. De toepassing van de artikelen 71, tweede lid, en 72, vierde lid, Vreemdelingenwet is immers niet verenigbaar met de toepassing van die bepaling van het Gerechtelijk Wetboek.

Indien blijkt dat een nieuwe beslissing tot opsluiting werd genomen met toepassing van artikel 74/5, § 1, 1°, Vreemdelingenwet en dat de vreemdeling op grond van artikel 807 Gerechtelijk Wetboek heeft verzocht zijn verzoek tot die tweede beslissing uit te breiden, dan kan de rechter alleen maar het bestaan, maar niet de wettigheid onderzoeken van een nieuwe beslissing die dateert van na de beslissing waartegen de vreemdeling het beroep heeft ingesteld. De procedure is immers zonder voorwerp geworden door die nieuwe beslissing, die een afzonderlijke titel uitmaakt die losstaat van de voorgaande beslissing.²²⁶

²²³ Cass. 6 januari 2010, P.09.1756.F, *Arr.Cass.* 2010, 25.

²²⁴ Cass. 27 december 2016, P.16.1237.N, *niet gepubliceerd*; zie ook Cass. 2 oktober 2013, P.13.1553.F, *Arr.Cass.* 2013, 1997.

²²⁵ Cass. 20 oktober 2010, P.10.1553.F, *Arr.Cass.* 2010, 2554; Cass. 23 augustus 2011, P.11.1456.F, *Arr.Cass.* 2011, 1717.

²²⁶ Cass. 21 augustus 2012, P.12.1394.F, *Arr.Cass.* 2012, 1840.

119. De omstandigheid dat na het cassatieberoep een nieuwe beslissing tot vrijheidsberoving in de plaats is gesteld van de eerste vasthoudingstitel maakt dat cassatieberoep niet onontvankelijk, maar heeft tot gevolg dat het cassatieberoep tegen het arrest dat toezicht uitoefent op de wettigheid van de aanvankelijke beslissing, geen voorwerp meer heeft. Door te oordelen dat het cassatieberoep geen voorwerp meer heeft omdat er een nieuwe administratieve beslissing is genomen, maakt het Hof geen toepassing van die beslissing in de zin van artikel 159 Grondwet maar stelt het enkel het bestaan van die beslissing vast.

Artikel 71, eerste lid, Vreemdelingenwet bepaalt dat de vreemdeling die het voorwerp is van een maatregel van vrijheidsberoving genomen met toepassing van artikel 27 van de wet, tegen die maatregel beroep kan instellen door een verzoekschrift neer te leggen bij de raadkamer van de correctionele rechtbank, wat de vreemdeling op 17 maart 2017 stelt te hebben gedaan. Uit die bepaling volgt dat de wet de onderzoeksgerechten belast met de uitspraak over het beroep van de vreemdeling tegen de vrijheidsberovende maatregel waarvan hij op het ogenblik van dat beroep het voorwerp was. Daaruit volgt niet dat die gerechten, alsook het Hof waarbij een cassatieberoep aanhangig is gemaakt tegen de beslissing in hoger beroep van de kamer van inbeschuldigingstelling, bevoegd blijven wanneer de vreemdeling niet langer op grond van die maatregel is aangehouden maar die maatregel werd vervangen door een andere beslissing met een verschillende grondslag.²²⁷

(iii) Verplichting tot kennisgeving van de nieuwe titel

120. Hoewel een nieuwe, met toepassing van artikel 74/5, § 1, 1°, Vreemdelingenwet genomen beslissing tot opsluiting, een autonome titel van vrijheidsberoving is, doet het bestaan van een dergelijke beslissing de in het beroep bij de rechterlijke macht bedoelde titel van vrijheidsberoving alleen vervallen wanneer van die nieuwe beslissing kennis werd gegeven aan de betrokkene overeenkomstig artikel 62 Vreemdelingenwet.²²⁸

(iv) Impact van de onwettigheid van de voorafgaande titel

121. De kamer van inbeschuldigingstelling, die vaststelt dat de vreemdeling aanvoerde dat zijn vrijheidsberoving ingevolge de beslissing van 21 november 2017 het gevolg is van een onwettige woonstbetreding, dient deze onwettigheid en de doorwerking ervan op de navolgende beslissing tot vasthouding van 15 december 2017 te onderzoeken.²²⁹

122. Daarentegen levert de bewering van de vreemdeling dat de kamer van inbeschuldigingstelling het risico op onmenselijke of vernederende behandelingen in geval van repatriëring verkeerd heeft ingeschat, geen onwettigheid op die, toegeschreven aan de eerste beslissing tot vasthouding, de tweede nietig zou maken. Het cassatieberoep, dat is

²²⁷ Cass. 22 maart 2017, P.17.0248.F, www.cass.be.

²²⁸ Cass. 21 augustus 2012, P.12.1394.F, *Arr.Cass.* 2012, 1840.

²²⁹ Cass. 10 april 2018, P.19.0291.N, *niet gepubliceerd*.

ingesteld tegen een beslissing die niet langer de hechtenistitel vormt die aan het toezicht van de hoven en rechtbanken is voorgelegd, heeft derhalve geen bestaansreden meer.²³⁰

(v) Intrekking van de titel van vrijheidsberoving en vervanging door een nieuwe titel

123. In een arrest van 20 december 2017²³¹ vernietigde het Hof van Cassatie het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling waarin het volgende werd geoordeeld:

- de beslissing tot vasthouding van de vreemdeling van 6 september 2017, die verlengd werd op 30 oktober 2017, is vervallen door de beslissing tot wederopsluiting van 28 oktober 2017, die werd ingetrokken op 30 oktober 2017;
- de intrekking op 30 oktober 2017 van de beslissing tot wederopsluiting van 28 oktober 2017 bindt derden niet;
- het beroep van de Belgische Staat werd vervolgens verworpen op grond dat de verlenging van een vervallen titel geen uitwerking heeft omdat deze verlenging geen autonome titel van vrijheidsberoving vormt.

Het Hof van Cassatie oordeelde dat deze beslissing niet naar recht verantwoord is. De intrekking is immers een beslissing waarbij een overheid met terugwerkende kracht een door haar genomen rechtshandeling opheft, zodat die geacht wordt nooit te hebben bestaan. De intrekking heeft dezelfde uitwerking als een nietigverklaring. De nietigverklaring van een administratieve rechtshandeling heeft tot gevolg dat ze *ab initio* verdwijnt zodat de partijen opnieuw in de toestand worden geplaatst waarin zij zich bevonden vóór de nietig verklaarde beslissing.

Bijgevolg plaatst de intrekking van een maatregel tot wederopsluiting de vreemdeling opnieuw in de toestand waarin hij zich vóór die akte bevond, waarvan de intrekking de vorige jegens hem verleende hechtenistitel heeft doen herleven.

124. Wanneer tegen de vreemdeling een maatregel tot verwijdering van het grondgebied samen met een maatregel tot vrijheidsberoving is genomen en de bestuurlijke overheid die akte intrekt, bijvoorbeeld omdat ze niet voldoet aan de Taalwet, en vervolgens op regelmatige wijze een nieuwe, zelfs gelijkaardige, maatregel neemt, komt laatstgenoemde maatregel in de plaats van de vorige.

Het cassatieberoep tegen een arrest dat oordeelt over de wettigheid van de ingetrokken maatregel heeft geen bestaansreden meer, aangezien de ingetrokken akte uit de rechtsorde is verdwenen.²³²

125. Het Hof van Cassatie oordeelde in een arrest van 11 april 2018 als volgt:²³³
“Indien de toestand van een vreemdeling wijzigt als gevolg van bepaalde omstandigheden die het uitvaardigen van een nieuwe titel verantwoorden, dan vormt die titel een autonome titel van vrijheidsberoving welke de vorige titel vervangt.

²³⁰ Cass. 6 december 2017, P.17.1153.F, www.cass.be.

²³¹ Cass. 20 december 2017, P.17.1208.F, www.cass.be.

²³² Cass. 3 maart 2010, P.10.0272.F, *Arr.Cass.* 2010, 621.

²³³ Cass. 11 april 2018, P.18.0257.F, www.cass.be.

Indien als gevolg van het verdwijnen of het wijzigen van de feitelijke of juridische omstandigheden die tot die nieuwe aanleiding gaven, die akte haar wettelijke grondslag verliest, verdwijnt ze uit de rechtsorde.”

Bijgevolg kon de beslissing van de wederopsluiting van 19 december 2017²³⁴, die als gevolg van de beslissing tot opsluiting van 3 januari 2018²³⁵ is verdwenen, niet worden verlengd en kon de kamer van inbeschuldigingstelling wettig beslissen dat de opsluiting van de vreemdeling op grond van de beslissing van 16 februari 2018 tot verlenging van de beslissing van 19 december 2017, niet was gebaseerd op een geldige titel en de invrijheidsstelling van de vreemdeling bevelen.

(vi) Artikel 15.6 Terugkeerrichtlijn verhindert niet dat een nieuwe titel van vrijheidsberoving wordt genomen

126. In een arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 2015 werd het middel, dat schending inriep van artikel 15.6 Terugkeerrichtlijn²³⁶ en waarin werd aangevoerd dat de Dienst Vreemdelingenzaken geen nieuwe bewaringsmaatregel kon nemen wegens de weigering van de vreemdeling om mee te werken aan zijn terugkeer, maar alleen de initiële maatregel kon verlengen, verworpen. Uit artikel 15.6 kan immers niet worden afgeleid dat die bepaling onverenigbaar is met een nieuwe bewaringsmaatregel ten aanzien van de vreemdeling die weigert mee te werken aan zijn verwijdering, welke, ook al maakt hij een titel uit die onderscheiden is van de vorige beslissing, tot gevolg heeft dat de periode van bewaring in de zin van de richtlijn wordt verlengd.²³⁷

(vii) Machtoverschrijding

127. De kamer van inbeschuldigingstelling, bij wie het toezicht op de wettigheid van de bewaringsmaatregel van de vreemdeling van 13 augustus 2015 aanhangig is gemaakt en die oordeelt dat die procedure zonder voorwerp is aangezien de administratie op 27 augustus 2015 een nieuwe bewaringsmaatregel heeft genomen die een onderscheiden titel van vrijheidsberoving vormt, maar niettemin, binnen het kader van haar saisine, beslist om de vreemdeling ter beschikking te houden van de Dienst Vreemdelingenzaken, begaat machtoverschrijding en schendt artikel 1138, 3°, Gerechtelijk Wetboek. Een dergelijk arrest kan in het belang van de wet op vordering van het openbaar ministerie bij het Hof, met toepassing van artikel 442 Wetboek van Strafvordering, worden vernietigd.²³⁸

²³⁴ Genomen op grond van artikel 27 Vreemdelingenwet.

²³⁵ Genomen op grond van artikel 74-6, § 1bis, Vreemdelingenwet.

²³⁶ Dit artikel bepaalt het volgende:

“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 (...).”

²³⁷ Cass. 27 mei 2015, P.15.0647.F, Arr.Cass. 2015, 1406.

²³⁸ Cass. 21 oktober 2015, P.15.1257.F, Arr.Cass. 2015, 2409.

128. In een arrest van 10 september 2014 diende het Hof van Cassatie zich uit te spreken over het middel dat de kamer van inbeschuldigingstelling verweet dat het de beslissing van 14 juli 2014 tot verlenging van de vasthouding van de vreemdeling onwettig verklaarde wegens de onwettigheid van het bevel van 15 mei 2014 om het grondgebied te verlaten, aangezien dat bevel gegrond is op een onwettig ministerieel besluit van terugwijzing, ofschoon de kamer van inbeschuldigingstelling reeds bij arrest van 25 juni 2014 uitspraak had gedaan over de wettigheid van dat bevel om het grondgebied te verlaten. Het Hof overwoog dat de kamer van inbeschuldigingstelling, die uitspraak deed over het beroep van de vreemdeling tegen de jegens hem op 15 mei 2014 genomen maatregel van vrijheidsberoving, in haar arrest van 25 juni 2014 heeft geoordeeld dat het bevel van 15 mei 2014 om het grondgebied te verlaten waarop de vrijheidsberovende maatregel was gegrond, overeenkomstig de wet was genomen. Aangezien de kamer van inbeschuldigingstelling reeds definitief over dat punt uitspraak had gedaan, oordeelde het Hof dat de kamer van inbeschuldigingstelling haar macht heeft overschreden en artikel 19 Gerechtelijk Wetboek heeft geschonden door opnieuw de wettigheid te onderzoeken van het bevel van 15 mei 2014 om het grondgebied te verlaten, naar aanleiding van het hoger beroep tegen de verlenging van de vrijheidsberovende maatregel.²³⁹

b. Invrijheidsstelling en repatriëring

129. Het cassatieberoep van de vreemdeling, die voortvluchtig en dus niet meer opgesloten is, is bij gebrek aan belang niet ontvankelijk. De vrijheidsbenemende titel die het voorwerp uitmaakt van zijn overeenkomstig artikel 71, eerste lid, Vreemdelingenwet ingesteld beroep, is immers geschorst zolang de vreemdeling voortvluchtig is.²⁴⁰

130. Ook het cassatieberoep van de vreemdeling, dat werd ingesteld na diens repatriëring, is bij gebrek aan belang niet ontvankelijk. Artikel 71, eerste lid, Vreemdelingenwet bepaalt immers dat het in dat artikel bedoelde beroep van de vreemdeling bij de rechterlijke macht uitsluitend betrekking heeft op de maatregel van vrijheidsberoving waarvan hij het voorwerp is. Bijgevolg kan het onderzoeksgerecht de wettigheid van een administratieve beslissing van vrijheidsberoving van een vreemdeling niet langer toetsen wanneer die vreemdeling ingevolge zijn repatriëring niet meer van zijn vrijheid is beroofd. Daaruit volgt evenwel niet dat die vreemdeling de onrechtmatigheid van deze titel en de daarop gesteunde vrijheidsberoving niet meer kan onderwerpen aan toetsing door de rechter en geen aanspraak meer kan maken op schadevergoeding. Het middel dat aanvoert dat de vreemdeling, zelfs ingeval van repatriëring, belang heeft om de maatregel van vrijheidsberoving door een rechtscollege te laten beoordelen omdat dit de enige manier is waarop kan worden nagegaan of zij rechtmatig van haar vrijheid werd beroofd en of zij eventueel aanspraak kan maken op schadeloosstelling en dat de gedwongen

²³⁹ Cass. 10 september 2014, P.14.1374.F, *Arr.Cass.* 2014, 1829.

²⁴⁰ Cass. 20 mei 2014, P.14.0698.N, *Arr.Cass.* 2014, 1261.

uitvoering van een verwijderingsmaatregel hieraan geen afbreuk doet en de rechterlijke controle niet kan dwarsbomen, wordt dan ook verworpen.²⁴¹

131. In een arrest van 17 januari 2018 diende het Hof van Cassatie zich te buigen over het cassatieberoep van de vreemdeling die daags na het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling en op de dag van zijn cassatievoorziening werd gerepatrieerd. Het Hof oordeelde dat uit artikel 71, eerste lid, Vreemdelingenwet, dat bepaalt dat de vreemdeling die het voorwerp uitmaakt van een vrijheidsberovende maatregel, zoals genomen met toepassing van artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet, tegen die beslissing een rechtsmiddel kan aanwenden door het neerleggen van een verzoekschrift bij de correctionele raadkamer, volgt dat de onderzoeksgerechten belast zijn met de beoordeling van dat beroep tegen de maatregel waarvan de vreemdeling het voorwerp uitmaakt op het ogenblik van het instellen van zijn beroep. Uit die bepaling volgt niet dat de onderzoeksgerechten en het Hof van Cassatie, ingeval van cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling, bevoegd blijven wanneer de vreemdeling werd verwijderd. De cassatievoorziening werd zonder voorwerp verklaard en verworpen.²⁴²

132. In een arrest van 7 december 2016 diende het Hof van Cassatie zich uit te spreken over het cassatieberoep van de Belgische Staat tegen een arrest van 8 november 2016 van de kamer van inbeschuldigingstelling dat de invrijheidsstelling van de vreemdeling had bevolen omdat de vasthouding in strijd was met artikel 15 Grondwet en artikel 8 EVRM. De vreemdeling werd immers thuis aangehouden door politieagenten die noch over een huiszoekingsbevel, noch over een schriftelijke toestemming van de bewoner beschikten. Uit de stukken van de rechtspleging bleek dat de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie op 18 november 2016 de invrijheidsstelling van de vreemdeling had bevolen, d.i. vóór de verklaring van cassatieberoep en vóór het verstrijken van de termijn om cassatieberoep in te stellen.

Het Hof van Cassatie oordeelde dat die vrijlating leidt tot het verval van de vasthoudingsmaatregel van 11 oktober 2016 die hij aan het toezicht van de rechterlijke macht had willen voorleggen.

Het argument van de Belgische Staat dat haar rechtsmiddel nog steeds belang heeft omdat het verval van de vasthoudingsmaatregel niet definitief is omdat de tenuitvoerlegging van de titel werd onderbroken vóór het verstrijken van de geldigheidsduur van die maatregel, die twee maanden bedraagt, zodat het overblijvende gedeelte opnieuw ten uitvoer kan worden gelegd indien het cassatieberoep ontvankelijk wordt verklaard, werd verworpen. Noch artikel 7 Vreemdelingenwet noch enig ander artikel van die wet machtigen de administratie immers om, nadat ze een maatregel tot vasthouding heeft opgeheven, de tenuitvoerlegging ervan te hervatten omdat de eindduur van die maatregel op de dag van vrijlating nog niet was verstreken. De vernietiging van de invrijheidsstelling van de vreemdeling bezorgt de Staat de titel niet terug waarvan hij zelf heeft beaamd dat hij vervallen was.

Het cassatieberoep werd dan ook zonder voorwerp verklaard en de voorziening werd verworpen.²⁴³

²⁴¹ Cass. 25 november 2014, P.14.1707.N, *Arr.Cass.* 2014, 2725.

²⁴² Cass. 17 januari 2018, P.18.0003.F, www.cass.be.

²⁴³ Cass. 7 december 2016, P.16.1183.F, www.cass.be.

133. De invrijheidstelling waarop een vreemdeling zich beroept op grond van een in kort geding gewezen beschikking, maakt niet dat het cassatieberoep van de Belgische Staat zonder voorwerp is. Die beslissing gaat immers uit van een rechtscollège dat bij voorraad uitspraak doet, terwijl voor de vrijheidsberoving van de vreemdeling, wat de grond van de zaak betreft, het wettigheidsonderzoek blijft gelden dat bij artikel 72 Vreemdelingenwet is opgelegd.²⁴⁴

II. BESLUIT EN VOORSTELLEN AAN DE WETGEVER

A. Evaluatie van de Vreemdelingenwet: hoogtijd voor een legislatieve opknopbeurt

134. De Vreemdelingenwet van 15 december 1980 was bestemd om de voorheen geldende wet van 28 maart 1952 op de vreemdelingenpolitie²⁴⁵ te vervangen. Deze wet van 1952 werd onder meer bekritiseerd omdat ze niet altijd op een klare en duidelijke manier de rechten en plichten van vreemdelingen in België bepaalde en omdat er een gebrek aan voldoende rechtsmiddelen was tegen beslissingen die een vreemdeling konden treffen. Ze liet de uitvoerende macht een zeer ruime interpretatiemogelijkheid. Het was in eerste instantie een wet die de Belgische staat moest beschermen tegen ongewenste vreemdelingen. De verwijdering van vreemdelingen uit het land werd als een onbetwistbaar recht van de soevereine Belgische staat beschouwd. Pas in tweede instantie diende de wet ook een aantal “bijzondere” vreemdelingen een bepaalde mate van bescherming te bieden tegen de willekeur vanwege de uitvoerende macht.²⁴⁶

135. De huidige Vreemdelingenwet strekte ertoe (i) de bestaande wetgeving te verduidelijken en rechtszekerheid te scheppen voor de vreemdelingen, (ii) een meer doeltreffende bescherming van de individuele rechten te garanderen door in de wet zelf de rechten en plichten van de vreemdeling nauwkeurig te vermelden en door de rechtsmiddelen tegen administratieve handelingen te institutionaliseren en (iii) te voldoen aan internationale verplichtingen, waaronder in het bijzonder de eerbiediging van de mensenrechten alsook het recht om asiel te zoeken.²⁴⁷

136. Ook de huidige Vreemdelingenwet bleef evenwel niet gespaard van kritiek. Het werd onder meer betreurd dat niet voorafgaandelijk werd bepaald welk migratiebeleid gevoerd zou worden. De Belgische overheid achtte de Vreemdelingenwet ruim genoeg geformuleerd om daar later nog op terug te komen en koos ervoor om eerst een globaal statuut voor vreemdelingen uit te werken dat op een flexibele manier kon toegepast worden op alle mogelijke soorten vreemdelingen: studenten, vluchtelingen, toeristen, zakenlui, arbeiders, gezinshereniging enz.

²⁴⁴ Cass. 17 november 2010, P.10.1676.F, *Arr.Cass.* 2010, 2774.

²⁴⁵ B.S. 30-31 maart 1952.

²⁴⁶ Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St. Kamer*, 1974-1975, nr.653-1, 1; J. DE BOCK, “De vreemdelingenwet van 28 maart 1952: ‘l'étranger doit être parfait’”, *B.T.N.G.* 2008, 159-200; L. DE WILDE, “Geplande wijzigingen aan de wet van 28 maart 1952 op de vreemdelingenpolitie”, *R.W.* 1972, 1082-1115.

²⁴⁷ Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St. Kamer*, 1974-1975, nr.653-1, 2; M. MAES, “De mijlpalen in de Vreemdelingenwet” in M.C. FOGLETS, D. VANHEULE en M. MAES (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 14. Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 1-45.

Het werd ook aangeklaagd dat de Vreemdelingenwet niet voldoende klaarheid bracht in de verblijfsstatus van de asielzoeker tijdens het onderzoek van zijn aanvraag en dat de wet niets vermeldde over de verblijfsstatus van staatlozen.²⁴⁸

Reeds in de memorie van toelichting werd overigens het volgende gesteld: *“Het ontwerp vertolkt de bekommernis tot voorlichting. Het wil de onduidelijkheden en de onzekerheden uit de weg ruimen die soms gepaard gaan met de interpretatie van de wet van 28 maart 1952, van de wijzigingen die werden aangebracht en van de reglementeringen die op grond van de wet werden getroffen. De “Commissie Rolin” heeft de bestaande regelen klaarder én meer samenhangend gemaakt. De Regering deelt de bekommernis van de Commissie. Blijft nochtans dat het ontwerp 94 artikelen telt in plaats van de 17 van de huidige wet. Het is een nadeel voor de lezer en de gebruiker, het zal daarenboven de noodzakelijkheid van wetgevende wijzigingen met zich brengen indien toevallig een of andere bepaling ongelegen of onvolledig voorkomt ingevolge nieuwe nationale of internationale omstandigheden of ingevolge het afsluiten van internationale overeenkomsten.”*²⁴⁹

137. Zoals de Belgische overheid reeds voorspelde, hebben nationale en internationale omstandigheden en wetgeving de Vreemdelingenwet beïnvloed. De voorbije asielcrissen, vaak veroorzaakt door een extern conflict, en de daaruit volgende toevloed aan asielaanvragen, achterstand bij de bevoegde diensten, gebrek aan opvang, toename van het aantal beroepen tegen negatieve asielbeslissingen en vrees voor misbruik van de asielprocedure als enige toegang tot België, noopten de Belgische overheid om hervormingen door te voeren, waaronder de oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, een nieuwe rechterlijke instantie die specifiek bevoegd is voor de materie.

Ook de doorwerking van de mensenrechtenbescherming in de Vreemdelingenwet ingevolge internationale mensenrechtenverdragen zoals het EVRM en het Kinderrechtenverdrag, en ingevolge onze grondwettelijke grondrechten heeft zijn stempel gedrukt op de Vreemdelingenwet.

Tevens dient melding te worden gemaakt van de Europeanisering van het vreemdelingenrecht, die België als lidstaat verplicht om zijn regelgeving in overeenstemming te brengen met Europese richtlijnen en verordeningen.²⁵⁰

Ingevolge deze uiteenlopende ontwikkelingen die de Vreemdelingenwet heeft moeten doorstaan, is deze wet oeverloos gecompliceerd en onleesbaar geworden, met onvoldoende rechtszekerheid voor de vreemdeling tot gevolg.

Verschillende auteurs, waarbij het Hof zich aansluit, pleiten er sinds jaren dan ook terecht voor om de huidige Vreemdelingenwet te onderwerpen aan een grondige legislatieve

²⁴⁸ Verslag over het ontwerp van wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Senaat, 1980-81, nr. 521/2, 4; M. MAES, “De mijlpalen in de Vreemdelingenwet” in M.C. FOLETS, D. VANHEULE en M. MAES (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 14. Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 14-15.

²⁴⁹ Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer, 1974-1975, nr.653-1, 8.

²⁵⁰ M.-C. FOLETS en D. VANHEULE, “Anno 2006: de Belgische wetgever brengt het vreemdelingenrecht in lijn met de Europese regelgeving. Een tussentijdse stand van zaken”, *R.W.* 2006-07, 902-920.

opknopbeurt, waarbij een duurzame visie op het asiel- en migratiebeleid wordt uitgewerkt.²⁵¹ Dit zou moeten leiden tot een coherente en intern logische tekst die op toegankelijke en transparante wijze de rechten en plichten van vreemdelingen m.b.t. verblijf uiteenzet.

B. Evaluatie van de doeltreffendheid van het beroep bij de rechterlijke macht

1) Algemeen

138. Zoals reeds eerder uiteengezet, beperkt artikel 72, tweede lid, Vreemdelingenwet de bevoegdheid van het onderzoeksgerecht tot een loutere wettigheidscontrole. Alleen de bestuurlijke overheid mag zich uitspreken over de opportuniteit van de maatregel van administratieve vrijheidsberoving.

Hoewel de invulling van de wettigheidstoets werd uitgebreid ingevolge de wijzigingen van de Vreemdelingenwet bij wetten van 19 januari 2012, 24 februari 2017, 15 maart 2017, 21 november 2017 en 17 december 2017 en de invoering daarmee van, onder meer, het subsidiariteitsbeginsel, blijft de bevoegdheid van het onderzoeksgerecht beperkt tot een wettigheidscontrole.

Er is geen duidelijke lijn te ontwaren in de cassatierechtspraak in verband met het wettigheidstoezicht op een maatregel van administratieve vrijheidsberoving. Het Hof beoordeelt geval per geval of het onderzoeksgerecht binnen de wettelijke grenzen van haar bevoegdheid is gebleven.

De praktijk leert bovendien dat de wettigheidscontrole zelden leidt tot de effectieve invrijheidsstelling van de vreemdeling.

Het beroep van de Dienst Vreemdelingenzaken tegen een beslissing van het onderzoeksgerecht tot invrijheidsstelling van de vreemdeling heeft immers schorsende werking. De vreemdeling blijft met andere woorden opgesloten tot er op definitieve wijze uitspraak werd gedaan over het ingestelde rechtsmiddel.

Daarenboven is het mogelijk dat de Dienst Vreemdelingenzaken in de loop van de procedure een nieuwe, autonome titel van vrijheidsberoving neemt dan wel de titel van vrijheidsberoving intrekt en een nieuwe beslissing van vrijheidsberoving neemt. Uit het voormelde rechtspraakoverzicht blijkt dat het Hof in dat geval oordeelt dat het beroep tegen de aanvankelijke titel van vrijheidsberoving geen voorwerp meer heeft.

Tot slot schorst het beroep bij de rechterlijke macht tegen een maatregel van administratieve vrijheidsberoving de uitvoering van de verwijderingsmaatregel niet, zodat het mogelijk is dat de vreemdeling al gerepatrieerd is op de dag van de zitting voor het onderzoeksgerecht of het Hof van Cassatie. Ook in dat geval zal het beroep van de vreemdeling zonder voorwerp worden verklaard.

Voormelde elementen maken dat het beroep bij de rechterlijke macht vaak weinig doeltreffend is. Evenwel is het in een democratische rechtsstaat vanzelfsprekend dat de

²⁵¹ Zie onder meer: M. MAES, "De mijlpalen in de Vreemdelingenwet" in M.-C. FOBLETS, D. VANHEULE en M. MAES (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 14. Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 38-45;

rechtszoekende zijn door de wet voorzien rechtsmiddel daadwerkelijk kan uitoefenen. Om de rechtsmiddelen van partijen zo doeltreffend mogelijk te maken, worden hieronder twee voorstellen geformuleerd tot wijziging van de huidige regeling. Het eerste voorstel heeft betrekking op de wijziging van de procedure voor het Hof van Cassatie. Het tweede voorstel bespreekt de uitbreiding van de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten. Deze voorstellen worden slechts geformuleerd voor zover het toezicht op de maatregel van administratieve vrijheidsberoving blijft toevertrouwd aan de onderzoeksgerechten en niet wordt overgeheveld naar de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

2) Voorstel betreffende de aanpassing van de cassatieprocedure²⁵²

139. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft België in het verleden reeds meermaals veroordeeld wegens schending van artikel 5.4 EVRM, omdat de opgesloten vreemdeling niet heeft kunnen verkrijgen dat de rechter op korte termijn beslist over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de gevangenhouding onrechtmatig is.²⁵³

Het feit dat de cassatieprocedure verloopt volgens de gemeenrechtelijke regels van het Wetboek van Strafvordering en niet overeenkomstig de kortere rechtsplegingstermijnen van artikel 31 van de Voorlopige Hechteniswet van 20 juli 1990,²⁵⁴ terwijl in tussentijd mogelijk een nieuwe, autonome beslissing van administratieve vrijheidsberoving wordt genomen of de vreemdeling in vrijheid wordt gesteld waardoor het beroep van de vreemdeling zonder voorwerp is, is daar niet vreemd aan.

Om aan deze rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens tegemoet te komen en dus te bewerkstelligen dat de rechtsmiddelen die ter beschikking staan van de vreemdeling die zijn opsluiting betwist, effectief worden en dat op korte termijn uitspraak wordt gedaan over de opsluiting van de vreemdeling waarbij rekening wordt gehouden met de beperkte duur van de beslissingen van de minister, bezorgde het Hof reeds in 2016 een voorontwerp van wet aan de minister van Justitie.²⁵⁵

²⁵² Zie hierover onder meer: B. DE SMET, "Wettigheidscontrole op de aanhouding van een illegale vreemdeling met het oog op verwijdering van het grondgebied" (noot onder Cass. 21 december 2011), *R.W.* 2012-13, 1139-1142; L. DENYS, "Antwoord op de noot "Wettigheidscontrole op de aanhouding van een illegale vreemdeling met het oog op verwijdering van het grondgebied"", *R.W.* 2012-13, 1395-1396; M. DE SWAEF, "Het Hof van Cassatie en de Vreemdelingenwet: kort overzicht van recente rechtspraak met betrekking tot het beroep bij de rechterlijke macht." in F. DERUYCK en M. ROZIE (eds.), *Liber Amicorum Alain De Nauw. Het strafrecht bedreven*, Brugge, die Keure, 2011.

²⁵³ EHRM, arrest Firoz Muneer t. België, 11 april 2013; EHRM, arrest M.D. t. België, 14 november 2013.

²⁵⁴ Zoals dit van toepassing was vóór de wijziging ervan bij artikel 137 van de wet van 5 februari 2016 (*B.S.* 19 februari 2016). Voormeld artikel 137 werd vernietigd bij arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 148/2017 van 21 december 2017, met handhaving van de gevolgen tot 12 januari 2018.

²⁵⁵ Het Hof is daarbij van oordeel dat, aangezien de vrijheid van de vreemdeling op het spel staat, de wetgevende macht daartoe dient tussen te komen en dat deze verandering van perspectief niet door de rechtspraak kan worden verkregen.

Dit voorontwerp strekt ertoe het cassatieberoep in deze materie te wijzigen door het gedeeltelijk te onttrekken aan de gemeenrechtelijke procedure, met name door een verkorting van de termijnen, met dien verstande dat er voldoende tijd is om het cassatieberoep in te dienen en de memorie voor te bereiden.

Het voorontwerp van wet houdt in dat een nieuw artikel 72/1 in de Vreemdelingenwet wordt toegevoegd²⁵⁶.

²⁵⁶ Inhoud:

§ 1. Tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat bij toepassing van artikel 72, derde lid, uitspraak doet over het hoger beroep tegen de beschikking van de raadkamer, kan cassatieberoep worden ingesteld door de vreemdeling, het openbaar ministerie en de minister of zijn gemachtigde.

§ 2. Het openbaar ministerie stelt het cassatieberoep in binnen een termijn van 24 uur te rekenen vanaf de uitspraak van het arrest. De vreemdeling en de minister of zijn gemachtigde stellen cassatieberoep in binnen een termijn van vijf dagen, te rekenen vanaf de betekening van het arrest.

§ 3. De verklaring van cassatieberoep wordt gedaan ter griffie van het gerecht dat het bestreden arrest heeft gewezen.

§ 4. De verklaring van cassatieberoep door de vreemdeling of de minister of zijn gemachtigde moet worden gedaan door een advocaat die houder is van het door artikel 425, § 1, tweede lid, Wetboek van Strafvordering bedoelde getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures.

§ 5. Het dossier wordt door de griffie van het hof van beroep toegezonden aan de griffie van het Hof van Cassatie binnen achtenveertig uur, te rekenen vanaf het instellen van het cassatieberoep.

§ 6. Het openbaar ministerie en de minister of zijn gemachtigde moeten hun cassatieberoep laten betekenen aan de vreemdeling. Het exploit van betekening moet worden neergelegd ter griffie van het Hof binnen de termijn voor het indienen van de memorie.

§ 7. De eiser in cassatie kan slechts middelen aanvoeren in een memorie die hij uiterlijk de vijfde dag na de verklaring van cassatieberoep doet toekomen ter griffie van het Hof van Cassatie. De door de vreemdeling of de minister of zijn gemachtigde ingediende memorie moet ondertekend zijn door een advocaat die houder is van het door artikel 425, § 1, tweede lid, Wetboek van Strafvordering, bedoelde getuigschrift van een opleiding in cassatieprocedures.

§ 8. Het openbaar ministerie en de minister of zijn gemachtigde brengen hun memorie per aangetekende brief of op de door de Koning bepaalde wijze langs elektronische weg, ter kennis van de vreemdeling of aan zijn raadsman. Zij kunnen de memorie ook laten overhandigen aan de vreemdeling. Het bewijs van verzending of overhandiging wordt ter griffie neergelegd binnen de termijn om een memorie in te dienen.

§ 9. De verweerder in cassatie kan zijn antwoord slechts aanvoeren in een memorie die ondertekend is door een advocaat die houder is van het in artikel 425, § 1, tweede lid, Wetboek van Strafvordering bedoelde getuigschrift en die hij uiterlijk vijf dagen voor de rechtszitting ter griffie van het Hof van Cassatie doet toekomen.

§ 10. De griffier stelt de ontvangst vast van de memories of stukken met vermelding van de datum van ontvangst. Hij bezorgt de indiener een ontvangstbewijs indien die dit vraagt.

§ 11. De voor het instellen van het cassatieberoep bepaalde vereisten zijn voorgeschreven op straffe van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep. De voor het indienen en ter kennis brengen van de memories bepaalde vereisten zijn voorgeschreven op straffe van niet-ontvankelijkheid van de memorie.

§ 12. Het Hof van Cassatie doet uitspraak binnen vijftien dagen, te rekenen vanaf het instellen van het cassatieberoep, met dien verstande dat de vreemdeling inmiddels opgesloten blijft.

Ook artikel 73, eerste lid, Vreemdelingenwet wordt in dit voorontwerp van wet aangepast om aan de vergetelheid van de niet-vermelding van de kamer van inbeschuldigingstelling te verhelpen. In artikel 73 Vreemdelingenwet wordt bijgevolg tussen de woorden “*indien de raadkamer*” en “*beslist de aanhouding niet te handhaven*” de woorden “*of de kamer van inbeschuldigingstelling*” “*of de kamer van inbeschuldigingstelling*” ingevoegd.

Verschillende termijnen van dit voorontwerp zijn overgenomen uit artikel 97 en 98 van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten. Voor het overige raakt de voormelde hervorming niet aan de huidige regeling van het cassatieberoep en biedt ze een coherent geheel.

3) Voorstel tot uitbreiding van de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten²⁵⁷

140. Het onderscheid tussen de bevoegdheid van het onderzoeksgerecht in de materie van de voorlopige hechtenis en deze die haar wordt toegekend bij een beroep door de vreemdeling tegen een maatregel van administratieve vrijheidsberoving, is groot: in het kader van de Voorlopige Hechteniswet dient het onderzoeksgerecht immers zowel een wettigheidscontrole als een opportuniteitsbeoordeling te doen: zij dient niet alleen de wettigheid van het bevel tot aanhouding na te gaan, maar ook de noodzaak tot handhaving van de hechtenis en de volstreekte noodzakelijkheid van de hechtenis voor de openbare veiligheid (artikel 21, § 4, Voorlopige Hechteniswet).

Het Hof van Cassatie heeft tot op heden steeds geweigerd om aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over een mogelijke schending van het gelijkheidsbeginsel. De rechtspleging op het beroep dat een vreemdeling met toepassing van artikel 71, eerste lid, Vreemdelingenwet instelt tegen een administratieve maatregel van vrijheidsberoving, is

§ 13. Na een cassatiearrest met verwijzing, doet het hof van beroep, anders samengesteld, of een ander hof van beroep, uitspraak binnen vijftien dagen, te rekenen vanaf de uitspraak van dit arrest, met dien verstande dat de vreemdeling opgesloten blijft.

§ 14. Het openbaar ministerie en de minister of zijn gemachtigde kunnen de door dit artikel bedoelde betekeningen, kennisgevingen of overhandigingen aan de vreemdeling laten verrichten door politieambtenaren of ambtenaren van de Dienst Vreemdelingenzaken en dit zonder kosten.

²⁵⁷ Zie hierover in het bijzonder: D. VANDERMEERSCH, “La détention préventive de la personne présumée innocente et la privation de liberté de l'étranger”, *Rev.Dr.Pén.Crim.* 2015, 602-619. Zie ook: B. DE SMET, “Wettigheidscontrole op de aanhouding van een illegale vreemdeling met het oog op verwijdering van het grondgebied” (noot onder Cass. 21 december 2011), *R.W.* 2012-13, 1139-1142; L. DENYS, “Antwoord op de noot “Wettigheidscontrole op de aanhouding van een illegale vreemdeling met het oog op verwijdering van het grondgebied””, *R.W.* 2012-13, 1395-1396; P. MARTENS, “Privation de liberté d'un étranger en séjour illégal et contrôle des juridictions d'instruction (*bis*)” (noot onder Cass. 20 december 2017, P.17.1234.F), *J.L.M.B.* 2017, 1288-1291; P. STOCKMANS, “Is de administratieve opsluiting van vreemdelingen een uiterste maatregel?”, in *Ad Rem*, 2010, 57-64.

immers een procedure die spoedeisend is en een voorlopig karakter heeft in de zin van artikel 26, § 3, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof. Er bestaat bovendien ook geen twijfel over dat een vreemdeling die van zijn vrijheid is beroofd met het oog op terugverwijzing en een in verdenkinggestelde die onder aanhoudingsbevel werd geplaatst en wiens hechtenis werd gehandhaafd om redenen van openbare veiligheid zich niet bevinden in een vergelijkbare toestand.²⁵⁸

141. De beperking van de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten tot een wettigheidscontrole wordt in de voorbereidende werken van de Vreemdelingenwet verantwoord met verwijzing naar de scheiding der machten.²⁵⁹ Indien de onderzoeksgerechten ook de opportuniteit van de vrijheidsberovende maatregel zouden kunnen toetsen, zou dit immers tot gevolg hebben dat een inbreuk wordt gepleegd op het principe van de scheiding der machten.

Het is evenwel niet onlogisch dat de vreemdeling die van zijn vrijheid wordt beroofd om de enkele reden dat hij onwettig op het grondgebied verblijft en geen misdrijf heeft gepleegd, minstens over eenzelfde controle door de rechter moet kunnen beschikken als degene die van zijn vrijheid wordt beroofd omdat er ernstige aanwijzingen bestaan van schuld aan een ernstig misdrijf en de hechtenis volstrekt noodzakelijk is voor de openbare veiligheid.

Het is immers niet omdat een maatregel van administratieve vrijheidsberoving conform de wet is, dat deze maatregel ook billijk en gerechtvaardigd is in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak. Een daadwerkelijk rechtsmiddel vereist dat het onderzoeksgerecht in feite én in rechte kan nagaan of de maatregel van administratieve vrijheidsberoving een uiterste maatregel is die niet kan vervangen worden door een andere afdoende, maar dwingende maatregel.

De rechterlijke macht moet de naleving van het recht op individuele vrijheid waarborgen en moet beschermen tegen willekeur en machtsmisbruik. Om deze doelstelling te bereiken, dient de bevoegdheid van het onderzoeksgerecht te worden uitgebreid in die zin dat zij niet alleen de wettigheid maar ook de opportuniteit van de vrijheidsberovende maatregel kan beoordelen, zodat het onderzoeksgerecht met andere woorden ook kan nagaan of de opsluiting in verhouding staat tot het nagestreefde doel – de verwijdering – en of de maatregel billijk is ten aanzien van de individuele situaties.

Elke persoon die van zijn vrijheid wordt beroofd – Belg of vreemdeling, schuldig of onschuldig – moet kunnen genieten van een beroep met volle rechtsmacht bij de rechterlijke macht zodat de absolute noodzaak van het behoud van de opsluiting kan worden nagegaan en beoordeeld. Aan het onderzoeksgerecht de bevoegdheid geven om de maatregel van administratieve vrijheidsberoving ook te toetsen op haar opportuniteit, zal ertoe leiden dat de Belgische staat verplicht wordt om van de opsluiting in de praktijk een uiterste maatregel te maken.

²⁵⁸ Cass. 10 september 2014, P.14.1374.F, *Arr.Cass.* 2014, 1829. Zie ook: Cass. 30 november 2010, P.10.1735.N, *Arr.Cass.* 2010, 2864.; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, Inni Publishers, 2015, 652.

²⁵⁹ Verslag over het ontwerp van wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Senaat, 1980-81, nr. 521/2, 59.

4) Pleidooi om het wettigheidstoezicht op de maatregel van administratieve vrijheidsberoving toe te vertrouwen aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen

142. Het is niet de eerste keer dat de vraag wordt gesteld of het niet beter zou zijn om het wettigheidstoezicht op de maatregel van administratieve vrijheidsberoving toe te vertrouwen aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, eerder dan aan de rechterlijke macht.

Zoals reeds aangegeven, is de Vreemdelingenreglementering dermate complex en technisch, dat deze vraag terecht wordt gesteld. Sommige rechters van de gewone rechterlijke macht worden nu slechts sporadisch geconfronteerd met een betwisting in deze materie en beheersen daardoor onvoldoende de techniciteit van het vreemdelingenrecht. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is daarentegen een gespecialiseerd rechtscollege dat reeds vertrouwd is met het overgrote deel van de materie.

143. Mogelijk stelt zich wat dat betreft evenwel een grondwettelijk probleem.

Overeenkomstig artikel 144 van de Grondwet behoren geschillen over burgerlijke rechten immers bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken.

Geschillen over politieke rechten behoren krachtens artikel 145 van de Grondwet tot de bevoegdheid van de rechtbanken, behoudens de bij wet bepaalde uitzonderingen.

Voormeld onderscheid tussen de twee categorieën van subjectieve rechten (burgerlijk of politiek) vormt het fundament van de bevoegdheidsverdeling tussen de justitiële en administratieve rechter. Alleen geschillen over politieke rechten kunnen bijgevolg aan een administratief rechtscollege worden toevertrouwd. Het Grondwettelijk Hof acht zich bevoegd om, via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, te onderzoeken of de wetgever, die een geschil over een subjectief recht aan een administratief rechtscollege heeft toevertrouwd, het desbetreffende recht wel terecht op impliciete wijze als een politiek recht heeft beschouwd. Het Grondwettelijk Hof laat zich hierbij leiden door een materieel criterium.

Zo besliste het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 27 mei 2008 dat een betwisting omtrent de hoedanigheid van vluchteling betrekking heeft op een politiek recht. Wanneer een overheid van de Staat uitspraak doet over een aanvraag tot het verkrijgen van de hoedanigheid van vluchteling, treedt die overheid immers op in uitoefening van een functie die in een dergelijke verhouding staat tot de prerogatieven van het openbaar gezag van de Staat, dat zij zich buiten de werkingsfeer bevindt van de gedingen van burgerlijke aard in de zin van artikel 144 van de Grondwet.

De wetgever vermocht dan ook, zonder miskening van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie en met toepassing van de mogelijkheid die artikel 145 van de Grondwet hem biedt, het contentieus betreffende een dergelijk politiek recht toevertrouwen aan een administratief rechtscollege dat is opgericht met toepassing van artikel 146 van de Grondwet, in dit geval de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Ook het Hof van Cassatie heeft reeds geoordeeld dat het recht op asiel of verblijf in het land een politiek recht is.

Daarentegen heeft de wetgever het beroep tegen een maatregel van administratieve vrijheidsberoving toevertrouwd aan de onderzoeksgerechten (artikel 71 Vreemdelingenwet). Hiervoor werd de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet bevoegd geacht.

Het recht op persoonlijke vrijheid lijkt inderdaad een subjectief burgerlijk recht te zijn waarvoor, overeenkomstig artikel 144 van de Grondwet, enkel de gewone rechtbanken bevoegd zijn.

Bijgevolg is het niet mogelijk om ook het aspect van het wettigheidstoezicht op een maatregel van administratieve vrijheidsberoving toe te vertrouwen aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, tenzij de Grondwet wordt gewijzigd.

Nu verschillende experts pleiten voor een wijziging van de Grondwet, zou dit een opportuniteit kunnen zijn om de artikelen 144 en 145 van de Grondwet te herzien, teneinde de bevoegdheidsverdeling tussen de gewone en de administratieve rechter te laten afhangen van een ander criterium dan de aard van de subjectieve rechten (burgerlijk of politiek).

INHOUDSTAFEL

Inleiding

- I. Vrijheidsberoving en beroep bij de rechterlijke macht - Overzicht
 - A. Verdragsrechtelijke en wettelijke grondslag
 - B. Beslissingen die vatbaar zijn voor een beroep bij de rechterlijke macht
 - C. Het instellen van het beroep bij de rechterlijke macht
 - 1) *De neerlegging van een verzoekschrift bij het onderzoeksgerecht*
 - 1) Door de vreemdeling die van zijn vrijheid werd beroofd
 - 2) Door de minister
 - 2) *Territoriaal bevoegde rechtbank*
 - 3) *Het verdere procedureverloop*
 - 4) *Uitspraak van de raadkamer*
 - 5) *Hoger beroep bij de kamer van inbeschuldigingstelling*
 - 6) *Het instellen van een nieuw beroep*
 - D. Materiële bevoegdheid van het onderzoeksgerecht
 - 1) *Enkel wettigheidstoezicht, geen opportuniteitsbeoordeling*
 - 2) *Het wettigheidstoezicht na de wet van 19 januari 2012 tot omzetting van de Terugkeerrichtlijn*
 - 3) *Het wettigheidstoezicht na de wetten van 24 februari 2017, 15 maart 2017 en 8 mei 2019*
 - 4) *Het wettigheidstoezicht na de wetten van 21 november 2017 en 17 december 2017*
 - a. Vrijheidsberoving van vreemdelingen in de Dublin-procedure (artikel 51/5 Vreemdelingenwet)
 - b. Vrijheidsberoving aan de grens (artikel 74/5 Vreemdelingenwet)
 - c. Vrijheidsberoving op het grondgebied (artikel 74/6 Vreemdelingenwet)
 - d. Het risico op onderduiken
 - 5) *Toepassingen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie*
 - a. Het wettigheidstoezicht omvat de verenigbaarheid van de maatregel van vrijheidsberoving met de artikelen 3, 8, 12 en 13 EVRM
 1. Artikel 3 EVRM
 2. Artikel 8 EVRM
 3. Artikel 12 EVRM
 4. Artikel 8 en artikel 13 EVRM
 - b. Het wettigheidstoezicht omvat de aangevoerde willekeur of evenredigheid van de vrijheidsberovende maatregel
 - c. Het wettigheidstoezicht is beperkt tot de te beoordelen beslissing
 - d. Het wettigheidstoezicht kan slechts gebeuren op basis van op het ogenblik van de betwiste beslissing bestaande stukken
 - e. Het wettigheidstoezicht omvat niet de beoordeling van niet tot het administratief dossier behorende processen-verbaal
 - f. Het wettigheidstoezicht en de ondertekening van de administratieve beslissing van vrijheidsberoving
 - g. Het wettigheidstoezicht en de taalwetgeving
 - h. Het wettigheidstoezicht en het hoorrecht van de vreemdeling

- i. Niet-toegelaten opportuniteitsbeoordeling door het onderzoeksgerecht
 - j. Het wettigheidstoezicht en artikel 9*bis* Vreemdelingenwet
 - k. Het wettigheidstoezicht en artikel 9*ter* Vreemdelingenwet
 - l. Het wettigheidstoezicht en de huiszoekingsproblematiek
 - m. Het wettigheidstoezicht en de Dublin III-verordening
 - n. Het wettigheidstoezicht en de in artikel 54, § 2, Vreemdelingenwet bedoelde maatregel
 - o. Het wettigheidstoezicht, het in artikel 7, derde lid, Vreemdelingenwet bepaalde subsidiariteitsbeginsel en het risico op onderduiken
 - p. Het wettigheidstoezicht en artikel 7, vijfde lid, Vreemdelingenwet
 - q. Het wettigheidstoezicht en artikel 27, § 3, eerste lid, Vreemdelingenwet
 - r. Het wettigheidstoezicht en artikel 74/14, § 3, 3°, Vreemdelingenwet
 - s. Het wettigheidstoezicht en gewijzigde regelgeving
 - t. Het wettigheidstoezicht, artikel 74/5, § 1, 2° Vreemdelingenwet en de Opvangrichtlijn
 - u. Het wettigheidstoezicht en artikel 74/6 Vreemdelingenwet
 - v. Het wettigheidstoezicht en artikel 74/6, § 1, eerste lid, 4°, Vreemdelingenwet
 - w. Het wettigheidstoezicht en artikel 74/6, § 1, eerste lid, 1° en 3°, Vreemdelingenwet
 - x. Het wettigheidstoezicht, artikel 74/6, § 1*bis*, Vreemdelingenwet en artikel 74/13 Vreemdelingenwet
 - y. Het wettigheidstoezicht en artikel 74/6, §1*bis*, 5° en 12°, Vreemdelingenwet
 - z. Het wettigheidstoezicht en artikel 74/6, §1*bis*, 9° en 12°, Vreemdelingenwet
- E. De motiveringsplicht van het onderzoeksgerecht
- F. Cassatieberoep
- 1) *Algemeen*
 - 2) *Toepasselijkheid van de algemene bepalingen van het strafprocesrecht*
 - 3) *Verklaring ter griffie en betekening van het cassatieberoep*
 - 4) *Memorie (van antwoord)*
 - 5) *Uitspraak van het Hof van Cassatie*
- G. De gevolgen van repatriëring, invrijheidstelling en een nieuwe maatregel van administratieve vrijheidsberoving
- 1) *Beroep zonder voorwerp*
 - 2) *Toepassingen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie*
 - a. Een nieuwe maatregel van administratieve vrijheidsberoving
 - (i) Een autonome titel of de verlenging van een bestaande titel?
 - (ii) Beroep zonder voorwerp
 - (iii) Verplichting tot kennisgeving van de nieuwe titel
 - (iv) Impact van de onwettigheid van de voorafgaande titel
 - (v) Intrekking van de titel van vrijheidsberoving en vervanging door een nieuwe titel
 - (vi) Artikel 15.6 Terugkeerrichtlijn verhindert niet dat een nieuwe titel van vrijheidsberoving wordt genomen

(vii) Machtoverschrijding

b. Invrijheidsstelling en repatriëring

II. Besluit en voorstellen aan de wetgever

- A. Evaluatie van de Vreemdelingenwet: hoogtijd voor een legislatieve opknapbeurt
- B. Evaluatie van de doeltreffendheid van het beroep bij de rechterlijke macht
 - 1) *Algemeen*
 - 2) *Voorstel betreffende de aanpassing van de cassatieprocedure*
 - 3) *Voorstel tot uitbreiding van de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten*
- C. Pleidooi om het wettigheidstoezicht op de maatregel van administratieve vrijheidsberoving toe te vertrouwen aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen

AH/30.08.19