VU Research Portal

Detentie van asielzoekers, de spoedige terugkeer van illegale vreemdelingen, en de openbare orde

Cornelisse, G.N.

published in

Nederlands tijdschrift voor Europees Recht
2016

DOI (link to publisher)

[10.5553/NtER/138241202016022006001](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202016022006001)

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Cornelisse, G. N. (2016). Detentie van asielzoekers, de spoedige terugkeer van illegale vreemdelingen, en de openbare orde. *Nederlands tijdschrift voor Europees Recht*, 2016(6), 187-195.
<https://doi.org/10.5553/NtER/138241202016022006001>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Detentie van asielzoekers, de spoedige terugkeer van illegale vreemdelingen, en de openbare orde: het arrest *J.N.*

Mr. G. Cornelisse*

In dit artikel wordt het arrest *J.N.* van het Hof van Justitie besproken. In het artikel wordt beargumenteerd dat het arrest spanningen blootlegt tussen het EHRM en het Unierecht als het gaat om de voorwaarden voor een rechtmatige bewaring van asielzoekers. Verder gaat het artikel in op de manier waarop het Hof van Justitie het Unierecht op het gebied van illegale migratie afbakt ten opzichte van het *acquis* op het gebied van het asielrecht. Ook wordt aandacht besteed aan de wijze waarop het Hof van Justitie het Unierechtelijke openbare-ordebegrip gebruikt om de uitoefening van nationale bevoegdheden op het gebied van het immigratierecht juridisch te toetsen en aldus controleerbaar te maken

HvJ 15 februari 2016, zaak C-601/15 PPU, J.N./Staatssecretaris van Justitie, ECLI:EU:C:2016:84

Inleiding

In *J.N.* oordeelt het Hof van Justitie dat niet is gebleken dat artikel 8 lid 3 onder e van de herschikte Opvangrichtlijn,¹ de bepaling die detentie van asielzoekers op gronden van openbare orde of nationale veiligheid mogelijk maakt, strijdig is met het Handvest van de grondrechten van de EU. *J.N.* is een interessant arrest om drie redenen. In de eerste plaats roept het arrest vragen op met betrekking tot de verhouding EU-recht enerzijds en de jurisprudentie van het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) anderzijds als het gaat om de vraag naar de rechtmatigheid van de bewaring van asielzoekers en onrechtmatig verblijvende

vreemdelingen. In de tweede plaats is de uitspraak interessant vanwege de wijze waarop het Hof van Justitie de Terugkeerrichtlijn,² en de daarin opgenomen verplichting van de lidstaten om de verwijdering van onrechtmatig verblijvende derdelanders zo spoedig mogelijk ter hand te nemen, afbakt ten opzichte van het *acquis* op het gebied van het asielrecht. In de derde plaats verdient de uitspraak aandacht omdat het Unierechtelijke openbare-ordebegrip er een belangrijke rol in speelt. In *J.N.* wordt dat begrip door het Hof van Justitie gebezigd om de uitoefening van nationale bevoegdheden op het gebied van het immigratierecht juridisch te toetsen en aldus controleerbaar te maken. Daarbij gebruikt het Hof van Justitie dat begrip op dezelfde wijze waarop het dat doet in zijn jurisprudentie met betrekking tot het vrij verkeer van personen. Voordat ik inga op deze drie punten zal ik eerst de feitelijke en juridische achtergrond van de uitspraak van het Hof van Justitie bespreken, evenals de uitspraak zelf.

Hoofdgeding en achtergrond van de prejudiciële vragen

Het juridische kader wordt gevormd door de herschikte Opvangrichtlijn. Eerst met de herschikte Opvangrichtlijn zijn de gronden voor het gebruik van vrijheidsbeneming gedurende de asielprocedure geharmoniseerd.³ Een van de redenen om de vorige Opvangrichtlijn te

187

* Mr. G. (Galina) Cornelisse is universitair docent Transnational Legal Studies aan de Vrije Universiteit.

1. Richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (herschikking), *PbEU* 2013, L 180/96.

2. 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, *PbEU* 2008, L 348/98.

3. Zie HvJ 30 mei 2013, zaak C-534/11, *Arslan*, ECLI:EU:C:2013:343, punt 55. In dit arrest, gewezen onder de oude Opvangrichtlijn (Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten, *PbEU* 2003, L 31/18), stelde het Hof van Justitie vast dat de gronden voor detentie niet geharmoniseerd waren in het Unierecht.

herschikken was de wens van de Commissie om gemeenschappelijke regels op dit punt in te voeren ter bescherming van de rechten van asielzoekers.⁴ Het juridische kader dat in de herschikte Opvangrichtlijn is neergelegd voor het gebruik van bewaring komt in het kort op het volgende neer: lidstaten mogen een asielzoeker niet in bewaring houden om de enkele reden dat hij een asielverzoek heeft ingediend.⁵ Bewaring dient een evenredige maatregel te zijn, die slechts mag worden toegepast in limitatief opgesomde gevallen.⁶ Eén daarvan is wanneer de openbare orde of veiligheid de bewaring van een asielzoeker eisen.⁷ Verder moeten de lidstaten regels over alternatieven voor bewaring neerleggen in hun nationale wetgeving.⁸ De herschikte Opvangrichtlijn legt tevens een aantal waarborgen neer voor verzoekers in bewaring, zoals een *habeas corpus*-verplichting, volgens welke de asielzoeker recht heeft op een spoedige rechterlijke toets van de rechtmatigheid van zijn vrijheidsbeneming.⁹

Dan de feiten: J.N. is een derdelander die in 1995 Nederland binnenkwam. Hij werd in de periode 1999–2014 eenentwintig keer strafrechtelijk veroordeeld, meestal voor diefstalgerelateerde delicten. Deze veroordelingen bestonden uit boetes of gevangenisstraffen van ten hoogste drie maanden. N. diende vier keer een asielverzoek in, waarvan er twee werden afgewezen en één door hemzelf werd ingetrokken. Bij de afwijzing van zijn derde asielverzoek kreeg hij een terugkeerbesluit, en een inreisverbod voor tien jaar opgelegd wegens gevaar voor de openbare orde. Omdat hij Nederland daarna nog steeds niet verlaten had, werd hij veroordeeld voor de overtreding van het inreisverbod. Ook werd hij weer veroordeeld voor diefstal. Gedurende de gevangenisstraf die hij vervolgens uitzat, diende hij het vierde asielverzoek in. Na afloop van deze gevangenisstraf werd hij gedurende de asielprocedure in bewaring gesteld. Deze bewaring werd opgeheven omdat anders de maximale termijn van bewaring zoals voorgeschreven in de toen nog toepasselijke regelgeving (nog voor de implementatie van de herschikte Opvangrichtlijn) zou worden overschreden. Nadat hij daarna nogmaals een gevangenisstraf uit had gezeten wegens een veroordeling voor overtreding van het inreisverbod en diefstal, werd hij in bewaring gesteld op grond van het nieuwe artikel 59b onder d Vw 2000. Deze bepaling implementeert artikel 8 lid 3 onder e van de Procedurerichtlijn, en bepaalt dat

een asielzoeker in bewaring kan worden gesteld, indien hij of zij een gevaar vormt voor de nationale veiligheid of openbare orde.

J.N. ging in beroep tegen de maatregel. De rechtbank was van oordeel dat de bewaring niet onrechtmatig was. Zij was van oordeel dat de bewaring voortgezet kon worden zodat er door de staatssecretaris op kon worden toegezien dat J.N. in de asielprocedure beschikbaar bleef. J.N. ging in hoger beroep tegen deze uitspraak, en klaagde bij de Afdeling dat de rechtbank met deze beslissing miskende dat ingevolge artikel 5 lid 1 aanhef en onder f EVRM bewaring alleen was geoorloofd om hem uit Nederland te verwijderen. Hij stelde dat bewaring om hem beschikbaar te houden voor de asielprocedure in strijd is met deze bepaling.

Artikel 5 EVRM beschermt het recht op persoonlijke vrijheid en bevat een limitatieve lijst van gevallen waarin tot detentie mag worden overgegaan. Een van die gevallen betreft het gebruik van bewaring in het immigratierecht. Ingevolge artikel 5 lid 1 onder f EVRM is vreemdelingenbewaring toegestaan indien het dient *ter verhindering van illegale binnenkomst* (eerste zinsdeel) of met *het oog op verwijdering* (tweede zinsdeel). Een eerder genomen terugkeerbesluit vervalt in het Nederlandse recht automatisch na het indienen van een asielverzoek.¹⁰ Als zodanig was er in het geval van J.N. geen terugkeerprocedure aanhangig. De bewaring kon dan ook niet opgelegd zijn met het oog op verwijdering, en kon daarom niet gerechtvaardigd worden onder artikel 5 lid 1 onder f EVRM, aldus J.N.

De Afdeling interpreteert het beroep zó dat J.N. naar het recht van de Unie betoogt dat artikel 8 lid 3 onder e van de herschikte Opvangrichtlijn in strijd is met artikel 6 van het Handvest. Zij stelt dat hiermee de geldigheid van de eerstgenoemde bepaling wordt betwist. De Afdeling is van oordeel dat dit beroep niet zonder meer als ongegrond kan worden verworpen, zodat zij gehouden is om een prejudiciële vraag te stellen.

In haar verwijzingsuitspraak baseert zij zich op enkele uitspraken van het EHRM, waarin het EHRM concludeerde dat artikel 5 EVRM was geschonden in het geval van de bewaring van asielzoekers. Het EHRM kwam tot die conclusie omdat de detentie niet opgelegd kon zijn met het oog op uitzetting, omdat het nationale (i.c. Griekse) recht geen uitzetting toestond gedurende de asielprocedure.¹¹ In de prejudiciële vraag verwijst de Afdeling specifiek naar het arrest *Nabil*.¹² In die zaak oordeelde het EHRM dat detentie van asielzoekers alleen is toegestaan onder artikel 5 lid 1 onder f tweede zinsdeel EVRM indien er een uitzettingsprocedure loopt. Volgens het EHRM betekent een asielprocedure niet zonder meer dat een bewaringsmaatregel niet opgelegd is met het oog op uitzetting, omdat een eventuele

4. G.N. Cornelisse, 'Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in EU Asylum Law', *Refugee Survey Quarterly* 2016, 35 (1), p. 74-90, p. 83.

5. Art. 8 lid 1 herschikte Opvangrichtlijn.

6. Art. 8 lid 2 en 3 herschikte Opvangrichtlijn.

7. Onder e van het derde lid. De andere gronden zijn de volgende: om zijn identiteit of nationaliteit vast te stellen (a), in het kader van een grensprocedure (c), indien hij onder de Terugkeerrichtlijn valt en een asielverzoek slechts indient om zijn verwijdering uit te stellen of te verijdelen (d), indien bewaring wordt toegepast in overeenstemming met de Dublin-verordening in het geval van een Dublinclaim (f).

8. Art. 8 lid 4 herschikte Opvangrichtlijn. Zie voor een uitgebreide bespreking van het juridisch kader: E. Tsourdi, 'Asylum Detention in EU law: Falling between Two Stools', *Refugee Survey Quarterly* 2016, 35 (1), p. 7-28.

9. Art. 9 lid 4 herschikte Opvangrichtlijn.

10. Zoals bepaald in ABRvS 12 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3971, JV 2012/248.

11. EHRM 7 juni 2011, nr. 2237/08, *R.U./Griekenland*, par. 88-96; en EHRM 25 september 2012, nr. 50520/09, *Ahmade/Griekenland*, par. 142-144.

12. EHRM 22 september 2015, nr. 62116/12, *Nabil e.a./Hongarije*.

afwijzing van het asielverzoek de uitvoering van het eerder genomen uitzettingsbesluit mogelijk maakt.

Maar de Nederlandse situatie is een andere: volgens het Unierecht (dat asielzoekers een recht van verblijf toekent),¹³ en het Nederlandse recht is de uitzetting van asielzoekers tijdens de asielprocedure verboden. Daarom vraagt de Afdeling of artikel 8 lid 3 onder d van de herschikte Opvangrichtlijn geldig is in het licht van artikel 6 Handvest, dat immers geen verdere beperkingen op het recht op persoonlijke vrijheid toelaat dan artikel 5 EVRM. Zij neemt daarbij in overweging dat een eventuele strijdigheid tussen de bepaling uit de herschikte Opvangrichtlijn en artikel 5 lid 1 onder f tweede zinsdeel EVRM wellicht voorkomen kan worden in het geval dat er, voordat het asielverzoek wordt ingediend, een terugkeerbesluit is genomen dat als gevolg van het ingediende asielverzoek niet zou vervallen, maar slechts tijdelijk wordt opgeschort. In dat geval is een uitzettingsprocedure immers nog steeds aanhangig, en levert de bewaring geen strijd op met artikel 5 EVRM en de jurisprudentie van het EHRM.

De Afdeling vraagt het Hof van Justitie een uitspraak te doen over de geldigheid van de betreffende bepaling in de herschikte Opvangrichtlijn met het oog op artikel 6 en 52 van het Handvest, daarbij in aanmerking nemend dat de rechten die door het Handvest worden beschermd overeenkomen met de bescherming in het EVRM, en dat de beperkingen die rechtmatig aan de rechten van artikel 6 Handvest kunnen worden gesteld, niet verder mogen strekken dan die welke door het EVRM zijn toegestaan.

Arrest van het Hof van Justitie

Bij de beantwoording van de vragen door het Hof van Justitie kunnen vijf stappen worden onderkend. De eerste stap bestaat eruit dat het Hof van Justitie in herinnering brengt dat het EHRM formeel geen deel uitmaakt van het Unierecht.¹⁴ Het onderzoek naar de geldigheid van artikel 8 lid 3 onder e herschikte Opvangrichtlijn kan aldus uitsluitend aan de hand van de door het Handvest gewaarborgde grondrechten worden verricht. Het Hof van Justitie overweegt wel dat het recht op persoonlijke vrijheid zoals neergelegd in artikel 6 van het Handvest overeenkomt met het recht beschermd door artikel 5 EVRM, en dat de beperkingen die rechtmatig mogen worden gesteld aan dat recht niet verder mogen gaan dan de beperkingen die door het EVRM toegestaan zijn.

In de tweede stap van zijn argumentatie behandelt het Hof van Justitie de vraag hoe de beperking op het recht op persoonlijke vrijheid zoals neergelegd in artikel 8 lid 1 onder e herschikte Opvangrichtlijn zich in algemene

zin verhoudt tot het Handvest.¹⁵ Het Hof van Justitie stelt eerst dat de betreffende bepaling uit de herschikte Opvangrichtlijn, die bewaring van asielzoekers mogelijk maakt op openbare orde gronden of gronden van nationale veiligheid, een beperking vormt op de uitoefening van het recht gegarandeerd door artikel 6 Handvest. Zo'n beperking moet voorzien zijn bij wet, en de wezenlijke inhoud van dat recht eerbiedigen. Verder moet een beperking voldoen aan het evenredigheidsbeginsel, noodzakelijk zijn, en daadwerkelijk beantwoorden aan doelstellingen van algemeen belang zoals erkend door de Unie, of aan de eisen van de bescherming van rechten en vrijheden van anderen. Het Hof van Justitie oordeelt dat de beperking in kwestie voldoet aan het legaliteitsvereiste aangezien deze voortvloeit uit een richtlijn, een wetgevingshandeling van de Unie. Ook oordeelt het de doelstellingen zoals nagestreefd door de desbetreffende bepaling – de bescherming van nationale veiligheid en openbare orde – als zijnde doelstellingen van algemeen belang zoals erkend door de EU; deze doelstellingen dragen ook bij aan de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. In dat verband, aldus het Hof van Justitie, is vrijheidsbeneming indien de openbare orde of nationale veiligheid dat vereisen, naar haar aard een maatregel die geschikt is om het publiek te beschermen tegen het gevaar dat kan uitgaan van het gedrag van een dergelijke persoon.

De strikte omkadering door de herschikte Opvangrichtlijn van wijze waarop en omstandigheden waaronder de lidstaten een asielzoeker van zijn vrijheid mogen ontnemen, hebben tot doel dat zo'n inbewaringstelling niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk, zoals vereist door het Handvest. Dat blijkt volgens het Hof van Justitie zowel uit de bewoordingen en de context, als uit de totstandkomingsgeschiedenis van de betrokken bepaling uit de herschikte Opvangrichtlijn. In de eerste plaats de bewoordingen: bewaring is volgens artikel 8 lid 3 onder e slechts mogelijk indien de openbare orde dit vereist. De gronden voor bewaring moeten neergelegd zijn in het nationale recht.

Vervolgens de context: de overige leden van artikel 8 van de herschikte Opvangrichtlijn leggen belangrijke beperkingen op aan het gebruik van detentie. Zo mogen de lidstaten ingevolge het eerste lid iemand niet in bewaring houden om de enkele reden dat hij of zij een asielverzoek heeft ingediend. Volgens lid 2 is het gebruik ervan alleen mogelijk indien dit noodzakelijk is, na een individuele beoordeling van het geval, indien minder dwingende maatregelen niet toegepast kunnen worden. Het Hof van Justitie brengt verder in herinnering dat lid 4 van artikel 8 de lidstaten verplicht om regels met betrekking tot alternatieven in hun nationale recht op te nemen, en het vestigt de aandacht op de procedurele waarborgen die geboden dienen te worden ingevolge artikel 9 van de herschikte Opvangrichtlijn.

In de derde plaats de totstandkomingsgeschiedenis: het Hof van Justitie overweegt dat de bepaling in de herschikte Opvangrichtlijn op grond waarvan lidstaten

13. Art. 9 van Richtlijn 2013/32/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *PbEU* 2013, L 180/60.

14. Zie arrest *J.N.*, punten 45-48.

15. Zie *J.N.*, punten 49-63.

asielzoekers mogen detineren op grond van redenen van openbare orde of nationale veiligheid, gebaseerd is op een grond voor de detentie van asielzoekers zoals geformuleerd door zowel de UNHCR als het Comité van Ministers van de Raad van Europa of the Council of Europe.¹⁶

In de derde stap van zijn argumentatie gaat het Hof van Justitie dieper in op de verenigbaarheid van de betreffende bepaling met het beginsel dat beperkingen op het recht op persoonlijke vrijheid niet verder mogen gaan dan strikt noodzakelijk is, door zich te concentreren op de strikte interpretatie van de begrippen openbare orde en nationale veiligheid.¹⁷ Die strikte interpretatie wordt immers geleverd door het Unierecht indien een lidstaat zich beroept op die concepten om een beperking van EU-rechten te rechtvaardigen. Het Hof van Justitie brengt zijn jurisprudentie met betrekking tot de Terugkeerrichtlijn en de Definitierichtlijn in herinnering om te benadrukken dat bewaring van een asielzoeker op grond van artikel 8 lid 3 onder e van de herschikte Opvangrichtlijn alleen is toegestaan 'wanneer zijn persoonlijke gedrag een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt die een fundamenteel belang van de samenleving of de interne of externe veiligheid van de betrokken lidstaat aantast'.¹⁸ Aangezien artikel 8 lid 3 onder e slechts de grondslag van een bewaring kan vormen indien de autoriteiten 'van tevoren per geval zijn nagegaan of het gevaar dat voor de nationale veiligheid of de openbare orde van de betrokkenen uitgaat, op zijn minst even ernstig is als de inmenging in hun recht op vrijheid door dergelijke maatregelen'¹⁹ is het Hof van Justitie van oordeel dat in die bepaling een evenwichtige afweging is gemaakt tussen de bescherming van de nationale veiligheid en de openbare orde enerzijds, en de inmenging in het recht op vrijheid anderzijds. Met betrekking tot de toepassing van het beginsel van evenredigheid op de zaak van J.N. maakt het Hof van Justitie duidelijk dat dezelfde redenen die het opleggen van een inreisverbod van meer dan vijf jaar rechtvaardigen, redenen kunnen zijn voor een inbewaringstelling op grond van de betreffende bepaling. Daarbij onderstreept het Hof van Justitie echter wel dat steeds moet worden nagegaan of de bewaringsmaatregel 'met strikte inacht-

neming van het evenredigheidsbeginsel is opgelegd, en of deze redenen nog steeds opgaan'.²⁰

In de vierde stap die het Hof van Justitie zet ter beantwoording van de vragen richt het zich op de wijze waarop het Nederlandse recht de gevolgen regelt van een asielverzoek voor een onder de Terugkeerrichtlijn aangetrokken terugkeerprocedure.²¹ Het stelt voorop dat een bewaringsmaatregel onder de herschikte Opvangrichtlijn geen afbreuk doet aan het recht voor asielzoekers om op het grondgebied te verblijven zoals neergelegd in de herschikte Procedurerichtlijn. Vervolgens brengt het Hof van Justitie het beginsel van loyale samenwerking in herinnering, zoals neergelegd in artikel 4 VEU, en het vereiste van doeltreffendheid dat inherent is aan de grondgedachte van de Terugkeerrichtlijn. Het Hof van Justitie herhaalt eerdere jurisprudentie waarin het overwoog dat deze beginselen ertoe nopen dat de lidstaten zo spoedig mogelijk gehoor moeten geven aan de verplichting om tot verwijdering over te gaan zoals neergelegd in de Terugkeerrichtlijn.²² Die verplichting wordt geschonden indien de lidstaten de terugkeerprocedure niet hervatten in het stadium waarin zij is onderbroken na de indiending van het asielverzoek, maar in plaats daarvan deze procedure vanaf het begin voeren na de afwijzing van het verzoek om internationale bescherming in eerste aanleg.

De vijfde en de laatste stap, waarin het Hof van Justitie onderzoekt hoe artikel 8 lid 3 onder e herschikte Opvangrichtlijn zich verhoudt tot artikel 5 lid 1 onder f EVRM,²³ kan gezien het voorgaande niet als een verrassing komen: het Hof van Justitie brengt in herinnering dat deze laatste bepaling de rechtmatige detentie toestaat van iemand jegens wie een uitzettingsprocedure gaande is. Het verwijst naar de hierboven reeds aangehaalde uitspraak van het EHRM in *Nabil* om te beargumenteren dat artikel 5 lid 1 onder f van het EVRM niet de bewaring uitsluit van een derdelander jegens wie 'een terugkeerbesluit en tegelijk een inreisverbod zijn uitgevaardigd vóór de indiening van een verzoek om internationale bescherming'.²⁴ Aldus heeft de Uniewetgever niet in strijd gehandeld met het beschermingsniveau dat door artikel 5 lid 1 onder f, tweede zinsdeel, van het EVRM wordt geboden.

Zoals hierboven gezegd is er een drietal aspecten van de uitspraak dat ik zal behandelen: de verhouding tot de jurisprudentie van het EHRM, de afbakening van de detentie van asielzoekers ten opzichte van de Terugkeerrichtlijn, en het openbare-ordebegrip dat een belangrijke rol speelt.

16. UNHCR, *Detention of Refugees and Asylum-Seekers*, EXCOM Conclusions, No. 44 (XXXVII), 13 oktober 1986; en Council of Europe, *Recommendation Rec(2003)5 of the Committee of Ministers to member states on measures of detention of asylum seekers*.

17. In de punten 64-73 van de uitspraak.

18. *J.N.*, punt 67. Het Hof van Justitie verwijst tevens naar de Burger-schapsrichtlijn (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, *PbEU* 2004, L 158/77), en naar de recente arresten HvJ 11 juni 2015, zaak C-554/13, *Zh. en O.*, ECLI:EU:C:2015:377 (onder de Terugkeerrichtlijn), en HvJ 24 juni 2015, zaak C-373/13, *H.T.*, ECLI:EU:C:2015:413 (onder 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 als personen 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 (herschikking), *PbEU* 2011, L 337/9 (Definitierichtlijn)).

19. *J.N.*, punt 69.

20. *J.N.*, punt 73.

21. *J.N.*, punten 74-76.

22. In art. 8 van de Terugkeerrichtlijn. Zie HvJ 6 december 2011, zaak C-329/11, *Achughbadian*, ECLI:EU:C:2011:807.

23. *J.N.*, punten 77-81.

24. *J.N.*, punt 78.

Verhouding met artikel 5 EVRM en jurisprudentie van het EHRM

Omdat het Hof van Justitie slechts onderzoekt in hoeverre de bewaring van een asielzoeker op gronden van openbare orde zich verhoudt met het recht op persoonlijke vrijheid in het geval dat er *voorafgaand* aan het asielverzoek een terugkeerprocedure is aangevangen, zijn de algemene bewoordingen van de beantwoording van de vraag van de Afdeling door het Hof van Justitie enigszins misleidend. Het Hof van Justitie oordeelt dat uit het onderzoek van artikel 8 lid 3 onder e herschikte Opvangrichtlijn ‘niet [is] gebleken van feiten of omstandigheden die de geldigheid van deze bepaling in het licht van de artikelen 6 en 52, leden 1 en 3, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie kunnen aantasten’. De algemeenheid van die conclusie is misleidend omdat het Hof van Justitie niets heeft gezegd over de wijze waarop de detentie van asielzoekers op openbare-ordegronden zich verhoudt tot artikel 6 van het Handvest en artikel 5 EVRM in het geval dat er *voorafgaand* aan de indiening van het asielverzoek *geen* terugkeerprocedure is aangevangen. In dat geval kan immers niet gezegd worden dat de bewaring is opgelegd met het oog op verwijdering, zoals vereist door artikel 5 EVRM. Een vergelijkbare situatie ontstaat indien de verwijdering van een afgewezen asielzoeker niet mogelijk is, bijvoorbeeld vanwege de verplichting van *non-refoulement*.²⁵ Dat is precies de situatie die aan de orde was in *A. en anderen*, het Straatsburgse vervolg op de befaamde Britse *Belmarsh detainees*-zaak.²⁶ In die uitspraak oordeelde het EHRM dat, indien uitzetting niet mogelijk is, ‘preventive detention’ op gronden van nationale veiligheid niet geoorloofd is onder artikel 5 lid 1 EVRM:

‘The Court does not accept the Government’s argument that Article 5 § 1 permits a balance to be struck between the individual’s right to liberty and the State’s interest in protecting its population from terrorist threat. This argument is inconsistent not only with the Court’s jurisprudence under sub-paragraph (f) but also with the principle that paragraphs (a) to (f) amount to an exhaustive list of exceptions and that only a narrow interpretation of these exceptions is compatible with the aims of Article 5. If detention does not fit within the confines of the paragraphs as interpreted by the Court, it cannot be made to fit by an appeal to the need to balance the interests of the State against those of the detainee.’²⁷

Het is opmerkelijk dat het Hof van Justitie geen aandacht besteedt aan deze belangrijke beperking op het gebruik van detentie voor preventieve doeleinden, juist

omdat de Afdeling een vraag heeft gesteld over de geldigheid van artikel 8 lid 3 onder e van de herschikte Opvangrichtlijn; en geen vraag naar de interpretatie van die bepaling in een concreet geval. De spanning tussen enerzijds de jurisprudentie van het EHRM en anderzijds de rechtspraak van het Hof van Justitie op dit punt wordt bij uitstek geïllustreerd in punt 55 van het arrest *J.N.*, waar het Hof van Justitie overweegt dat ‘de inbewaringstelling van een verzoeker wanneer de bescherming van de nationale veiligheid of de openbare orde dit vereist, naar zijn aard een maatregel [is,] die geschikt is om het publiek te beschermen tegen het gevaar dat kan uitgaan van het gedrag van een dergelijke persoon’.²⁸ Volgens het EHRM is een maatregel van bewaring ter bescherming van de openbare orde onrechtmatig, want niet te rechtvaardigen onder een van de limitatief opgesomde uitzonderingen op het recht op vrijheid in artikel 5 lid 1 EVRM.

De spanning wordt veroorzaakt door de omstandigheid dat het Hof van Justitie zich bij zijn onderzoek naar de verenigbaarheid van artikel 8 lid 3 onder e van de herschikte Opvangrichtlijn met het Handvest laat leiden door het eerste lid van artikel 52 van het Handvest, en veel minder aandacht besteedt aan het derde lid van die bepaling. Artikel 52 lid 1 Handvest bevat een algemene beperkingsclausule op de in het Handvest erkende rechten en vrijheden. Deze moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Verder kunnen deze beperkingen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel alleen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang beantwoorden of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Dit zijn de voorwaarden die het Hof van Justitie toetst bij zijn onderzoek naar de verenigbaarheid van artikel 8 lid 3 onder e van de herschikte Opvangrichtlijn met het Handvest.

Artikel 52 lid 3 stelt echter dat de inhoud en de reikwijdte van de rechten uit het Handvest die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, dezelfde zijn als die welke er door het EVRM aan worden toegekend. Volgens de toelichting bij het Handvest vloeit daaruit voort dat de beperkingen die rechtmatig aan artikel 6 Handvest kunnen worden gesteld, niet verder mogen strekken dan die welke door het EVRM in de tekst zelf van artikel 5 zijn toegestaan. De algemene bewoordingen van artikel 8 lid 3 onder e van de herschikte Opvangrichtlijn, volgens welke asielzoekers op gronden van openbare orde en nationale veiligheid in bewaring kunnen worden gesteld, zonder dat die bepaling uitdrukkelijk de aanvullende voorwaarde neerlegt van een reeds aangevangen terugkeerprocedure, is moeilijk te verenigen met artikel 5 EVRM, en aldus met artikel 6 Handvest in samenhang gelezen met artikel 52 lid 3 Handvest.

Overigens zal het Hof van Justitie over niet al te lange tijd uitspraak moeten doen over de rechtmatigheid van

25. Onder art. 3 EVRM.

26. *A and others v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

27. EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05, *A e.a./Verenigd Koninkrijk*.

28. *J.N.*, punt 55.

detentie van asielzoekers onder de herschikte Opvangrichtlijn, indien er geen terugkeerbesluit is genomen, en aldus geen uitzettingsprocedure hangende is, en indien de detentie evenmin is opgelegd ter verhindering van illegale binnenkomst. De vreemdelingenkamer in Haarlem heeft prejudiciële vragen gesteld over de verenigbaarheid van artikel 8 lid 3 aanhef en onder a en b herschikte Opvangrichtlijn met het Handvest.²⁹ Die bepalingen leggen twee andere gronden voor detentie van asielzoekers neer, namelijk (a) om zijn identiteit of nationaliteit vast te stellen of na te gaan; of (b) om de gegevens te verkrijgen die ten grondslag liggen aan het asielverzoek, met name indien er een risico op onderduiken bestaat. In de Haarlemse zaak gaat het om een asielzoeker jegens wie geen terugkeerbesluit was genomen. Het Hof van Justitie zal dus een andere benadering moeten kiezen. Wellicht zoekt het in deze zaak meer aansluiting met artikel 5 EVRM – bijvoorbeeld door het argument aan te halen dat detentie in dit geval gerechtvaardigd kan worden onder de grond genoemd in artikel 5 lid 1 onder b EVRM: '[t]he lawful arrest or detention of a person [...] in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law'.³⁰ In zijn jurisprudentie over deze grond van bewaring heeft het EHRM overigens benadrukt dat er een balans gevonden moet worden tussen de aard van de verplichting die moet worden nagekomen door het individu enerzijds, en het belang van het recht op vrijheid.³¹ In een recente uitspraak met betrekking tot de detentie van asielzoekers in Hongarije oordeelde het EHRM dat deze grond niet kon dienen als een juridische basis voor de detentie van asielzoekers omdat er geen sprake was van een 'specific and concrete legal obligation which the applicant failed to satisfy'.³²

Legaliteit en artikel 5 EVRM

Overigens betekent de aanvullende voorwaarde van een uitzettingsprocedure, die nodig is om detentie van asielzoekers op gronden van openbare orde in overeenstemming te laten zijn met artikel 5 lid 1 onder f EVRM, dat artikel 8 lid 1 onder e van de herschikte Opvangrichtlijn ook om een andere reden strijd oplevert met artikel 5 EVRM. Immers, nu de herschikte Opvangrichtlijn die voorwaarde niet expliciet neerlegt, maar de detentie van *alle* asielzoekers indien zij een gevaar vormen voor de openbare orde mogelijk maakt, is zij strijdig met het legaliteitsvereiste dat ook hoort bij de voorwaarden voor

een rechtmatige vrijheidsbeneming volgens artikel 5 lid 1 EVRM. Dat legaliteitsbeginsel vereist dat iedere maatregel van vrijheidsbeneming gebaseerd is op een duidelijke en toegankelijke bepaling, waaruit helder blijkt wanneer en onder welke voorwaarden iemand zijn vrijheid kan worden ontnomen.³³ Om in overeenstemming met het legaliteitsvereiste te zijn had artikel 8 lid 3 onder e van de herschikte Opvangrichtlijn de aanvullende voorwaarde van een reeds eerder genomen terugkeerbesluit expliciet dienen op te nemen.

Evenredigheid van de bewaringsmaatregel

Een ander, gerelateerd punt waarop het arrest van het Hof van Justitie vragen oproept, betreft de wijze waarop het evenredigheidsbeginsel geoperationaliseerd kan worden indien asielzoekers op openbare-ordegronden worden gedetineerd in het Unierecht. Het klopt dat het EVRM niet vereist dat de detentie van asielzoekers een noodzakelijke maatregel is, bijvoorbeeld om te voorkomen dat zij onderduiken.³⁴ Dat betekent echter niet dat het evenredigheidsbeginsel geen enkele rol speelt in de jurisprudentie over vreemdelingenbewaring van het EHRM. Dat beginsel is bijvoorbeeld van belang bij de beoordeling van de duur van de vrijheidsbeneming, die niet langer mag duren dan noodzakelijk voor een voortvarend uitgevoerde verwijdering.³⁵ Daarbij komt dat er een nauwe band moet zijn tussen enerzijds de concrete vrijheidsontneming, en anderzijds de specifieke grond onder artikel 5 lid 1 waar de overheid zich op beroept om de detentie te rechtvaardigen.³⁶

Wanneer het Hof van Justitie zich buigt over de strikte wijze waarop de herschikte Opvangrichtlijn detentie van asielzoekers op openbare-ordegronden reguleert, benadrukt het meerdere malen dat het Unierecht vergt dat de maatregel niet verder mag gaan dan het strikt noodzakelijke. Maar dit noodzaaksvereiste wordt slechts uitgediept *in relatie tot de gronden van openbare orde of nationale veiligheid*, zoals genoemd in artikel 8 lid 3 onder e van de herschikte Opvangrichtlijn. Dat is problematisch met het oog op de jurisprudentie van het EHRM, want het enige toelaatbare doel onder het EVRM voor deze soort vrijheidsbeneming is *uitzetting*. Dat betekent dat er ook op dit punt door het Hof van Justitie te weinig aandacht wordt besteed aan de eisen die voortvloeien uit artikel 52 lid 3 Handvest. Het onderzoekt immers niet hoe het evenredigheidsvereiste

29. Rb. Den Haag 13 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:265.

30. N. Mole en C. Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing 2010, p. 291; C. Costello en M. Mouzourakis, 'EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers', *Refugee Survey Quarterly* (2016) 35 (1), p. 47-73, p. 54.

31. In deze weging acht het EHRM de volgende factoren van belang: 'the nature of the obligation arising from the relevant legislation including its underlying object and purpose; the person being detained and the particular circumstances leading to the detention; and the length of the detention.' EHRM 25 september 2003, nr. 52792/99, *Vasileva/Denemarken*, par. 38.

32. EHRM 5 juli 2016, nr. 9912/15, *O.M./Hongarije*, par. 54.

33. Zie bijvoorbeeld EHRM 25 juni 1996, nr. 19776/92, *Amuur/Frankrijk*.

34. EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93, *Chahal/Verenigd Koninkrijk*. Zie voor een uitleg over die opmerkelijke interpretatie van het recht op vrijheid: G.N. Cornelisse, 'A new articulation of human rights, or why the European Court of Human Rights should think beyond Westphalian sovereignty', in: M.B. Dembour en T. Kelly (red.), *Are Human Rights for Migrants?*, Abingdon/New York: Routledge 2011, p. 99-119.

35. Zie bijvoorbeeld EHRM 7 juni 2011, nr. 2237/08, *R.U./Griekenland*, par. 92.

36. Zie EHRM 29 januari 2008, nr. 13229/03, *Saadi/Verenigd Koninkrijk*.

op een betekenisvolle manier kan worden gebruikt om de duur van een bewaring van asielzoekers op gronden van openbare orde te beperken. Het Hof volstaat ermee op te merken dat ‘een verzoeker slechts in bewaring wordt gehouden voor een zo kort mogelijke termijn en slechts zolang de in artikel 8, lid 3, van die richtlijn genoemde redenen van toepassing zijn’.³⁷ Echter, de vraag naar de evenredigheid van de duur van een detentie onder artikel 5 lid 1 onder f EVRM kan slechts worden onderzocht in relatie tot het doel dat in die bepaling wordt gegeven: uitzetting in het eerste zinsdeel (of verhindering van illegale binnenkomst in het tweede zinsdeel). De wijze waarop de invoering van de openbare orde of nationale veiligheid als gronden voor detentie van asielzoekers in het Unierecht een zuivere toepassing van het evenredigheidsbeginsel door rechter en bestuur bemoeilijkt, is ongelukkig. Het is daarom betreurenswaardig dat het Hof van Justitie dit knelpunt in zijn argumentatie niet heeft onderkend.

Verhouding van het Europese asielrecht tot de Terugkeerrichtlijn

Ook de wijze waarop het Hof van Justitie het Europese asielrecht en het recht betreffende illegaal verblijvende derdelanders samenbrengt, roept vragen op. Het Hof van Justitie verplicht de lidstaten ondubbelzinnig om een eerder begonnen terugkeerprocedure te hervatten nadat een daarna ingediend asielverzoek in eerste aanleg is afgewezen. Dat lijkt in tegenspraak met de artikelen 9 lid 1 en 46 lid 5 in de herschikte Procedurerichtlijn, die asielzoekers immers een recht van verblijf toekennen, ook gedurende hun beroep tegen de afwijzende beslissing op hun asielverzoek. Door lidstaten te verplichten de verwijdering van deze personen zo spoedig mogelijk ter hand te nemen, geeft het Hof van Justitie hun status als illegaal verblijvende derdelanders voorrang boven hun hoedanigheid van verzoeker om internationale bescherming. Hoe die benadering zich verhoudt tot artikel 31 van het Vluchtelingenverdrag én artikel 5 van de herschikte Procedurerichtlijn, op grond waarvan lidstaten gunstiger bepalingen mogen invoeren voor asielzoekers dan die in de richtlijn, is onduidelijk. Bovendien lijkt het alsof het Hof van Justitie terugkomt van zijn eerdere jurisprudentie door te stellen dat de Terugkeerrichtlijn reeds van toepassing wordt na de afwijzing van het asielverzoek in eerste aanleg. In *Arslan*, waar ook vóór de indiening van het asielverzoek door Arslan een terugkeerbesluit door de Tsjechische autoriteiten was genomen, oordeelde het immers dat een asielzoeker ‘op zijn minst tot afwijzing van zijn verzoek in eerste aanleg het recht heeft op het grondgebied van de betrokken lidstaat te verblijven, en derhalve niet kan worden geacht “illegaal op dat grondgebied te verblij-

ven” in de zin van [de Terugkeerrichtlijn].’³⁸ De Terugkeerrichtlijn was volgens het Hof van Justitie niet van toepassing op asielzoekers in het tijdvak tussen de indiening van hun asielverzoek en de vaststelling van de beslissing in eerste aanleg over dat verzoek, ‘of, in voorkomend geval, de beslechting van het eventuele beroep tegen die beslissing’.³⁹

Opvallend is tevens de inconsistentie tussen de verschillende manieren waarop het Unierechtelijke asiel-*acquis* enerzijds en de Terugkeerrichtlijn anderzijds het gebruik van bewaring reguleren en begrenzen. Deze inconsistentie krijgt concreet vorm in het geval dat beide instrumenten toegepast worden op een en dezelfde persoon, zoals in een soortgelijk geval als dat van J.N. zou kunnen gebeuren: indien een asielzoeker wordt gedetineerd op gronden van openbare orde, kan deze vreemdelingenbewaring niet langer voortduren op het moment dat zijn asielverzoek wordt afgewezen in eerste aanleg – althans in dat geval geeft het Unierecht geen grondslag meer voor bewaring. Immers, vanaf dat moment valt de derdelander weer onder de Terugkeerrichtlijn volgens het Hof van Justitie. En dat Hof heeft in *Kadzoev* geoordeeld dat ‘de mogelijkheid om een persoon te detineren op gronden van openbare orde of openbare veiligheid niet gebaseerd kan worden op de Terugkeerrichtlijn’.⁴⁰

Openbare orde en de beperking van het gebruik van dwang in het migratierecht

Het Hof van Justitie benadrukt in zijn uitspraak de strikte interpretatie van het begrip openbare orde indien het gebruikt wordt om beperkingen aan te brengen op een individueel recht. Inbewaringstelling van een asielzoeker op grond van artikel 8 lid 3 onder e van de herschikte Opvangrichtlijn is alleen toegestaan ‘wanneer zijn persoonlijke gedrag een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt die een fundamenteel belang van de samenleving of de interne of externe veiligheid van de betrokken lidstaat aantast’.⁴¹ Het Hof van Justitie bezigt dit begrip in de context van het asielrecht aldus op dezelfde wijze als het al sinds lange tijd in zijn jurisprudentie onder de Burgerschapsrichtlijn doet.⁴² Dat komt niet als een verassing, gezien recente jurisprudentie onder zowel de Terugkeerrichtlijn en de Defini-

193

37. *J.N.*, punt 62.

38. HvJ 30 mei 2013, zaak C-534/11, *Arslan*, ECLI:EU:C:2013:343, punt 48.

39. *Arslan*, punt 49.

40. HvJ 30 november 2009, zaak C-357/09 PPU, *Kadzoev*, punt 70.

41. *J.N.*, punt 67. Het Hof van Justitie verwijst tevens naar de Burgerschapsrichtlijn, en naar de recente arresten HvJ 11 juni 2015, zaak C-554/13, *Zh. en O.*, ECLI:EU:C:2015:377 (onder de Terugkeerrichtlijn), en HvJ 24 juni 2015, zaak C-373/13, *H.T.*, ECLI:EU:C:2015:413 (onder de Definitierichtlijn).

42. Zie bijvoorbeeld HvJ 18 mei 1982, gevoegde zaken C-115/81 en C-116/81, *Adoui en Cornuaille/Belgische Staat*, ECLI:EU:C:1982:183; en HvJ 22 mei 2012, zaak C-348/09, *P.I.*, ECLI:EU:C:2012:300.

tierichtlijn. In de uitspraak van het Hof van Justitie in *Zh. en O.*, een arrest dat net als *J.N.* het gevolg was van een prejudiciële verwijzing van de Afdeling, zocht het Hof van Justitie eveneens aansluiting met beide instrumenten. In *Zh. en O.* ging het over de vraag onder welke omstandigheden lidstaten, bij het uitzetten van illegaal verblijvende derdelanders, deze personen een termijn voor vrijwillig vertrek mogen onthouden. Volgens de Terugkeerrichtlijn dient een vrijwillige vertrektermijn in beginsel te worden toegekend, maar kan deze verkort of onthouden worden, indien onder andere de betrokken derdelander een gevaar vormt voor de openbare orde, openbare veiligheid of nationale veiligheid.⁴³ Het Hof van Justitie maakt in *Zh. en O.* duidelijk dat lidstaten zich alleen kunnen beroepen op een gevaar voor de openbare orde om de vrijwillige vertrektermijn te onthouden of te verkorten indien ‘de persoonlijke gedragingen van de betrokken derdelander een daadwerkelijk en actueel gevaar voor de openbare orde vormen’.⁴⁴ Bij zijn interpretatie van het begrip gevaar voor de openbare orde in de context van de Terugkeerrichtlijn zocht het Hof van Justitie zonder meer aansluiting bij de wijze waarop het dat begrip toepast in de jurisprudentie met betrekking tot beperkingen op het vrij verkeer van Unieburgers op basis van de Burgerschapsrichtlijn: er moet sprake zijn ‘van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast’.⁴⁵

De Afdeling had in haar verwijzingsuitspraak gesteld dat het openbare-ordebegrip in de Terugkeerrichtlijn wellicht ruimer uitgelegd kon worden dan hetzelfde begrip in de Burgerschapsrichtlijn.⁴⁶ De uitspraak in *Zh. en O.* maakt duidelijk dat deze interpretatie niet opgaat, maar het Hof van Justitie gaat er in het arrest *Zh. en O.* nog niet expliciet op in.

Enkele maanden nadat het uitspraak had gedaan in *Zh. en O.*, wees het Hof van Justitie het arrest *H.T.*, waar het ging om de vraag of en wanneer lidstaten op grond van artikel 24 van de Definitierichtlijn een verblijfsvergunning van een vluchteling mogen intrekken op grond van de openbare orde of nationale veiligheid.⁴⁷ Ik zal niet gedetailleerd ingaan op dit arrest, maar het is wel van belang om hier te onderstrepen dat het Hof van Justitie daar onomwonden stelt dat ‘de omvang van de bescherming die een samenleving aan haar fundamentele belangen wenst te bieden, niet mag verschillen naar gelang van de juridische status van de persoon die deze belangen schaaft’.⁴⁸ Het Hof van Justitie maakt duidelijk dat de begrippen van openbare veiligheid en openbare orde uit de Definitierichtlijn op dezelfde manier dienen te worden geïnterpreteerd als in de Burgerschapsrichtlijn, ook al streven beide richtlijnen ander doelstellingen na. Dit is een belangrijke stap in de rich-

ting naar een meer juridisch toetsbare uitoefening van bevoegdheden in het migratierecht – een beleidsterrein met traditioneel ruime discretionaire bevoegdheden van het bestuur.

Conclusies: Europees asiel- en migratierecht tussen fragmentatie en constitutionalisering

J.N. is een interessant arrest omdat het laat zien dat de regulering van het asiel- en immigratierecht in Europa tegengestelde gevolgen kan hebben. Aan de ene kant illustreert het arrest de kans op fragmentatie en conflict tussen verschillende rechtsordes en beleidsgebieden als een gevolg van toenemende regulering. Een voorbeeld van conflict tussen rechtsordes (in dit geval die van de EU en het EVRM) wordt gegeven door het introduceren van een openbare-ordegrond voor de detentie van asielzoekers in het Unierecht, en de wijze waarop deze grond de toetsing van de rechtmatigheid van de detentie onder artikel 5 EVRM bemoeilijkt. Fragmentatie en inconsistentie veroorzaakt door scheidingen tussen beleidsgebieden blijkt uit de manier waarop openbare orde wél een grond kan vormen voor de detentie van asielzoekers, maar niet voor de bewaring van illegaal verblijvende derdelanders. Daarbij komt dat de afbakening tussen de beleidsgebieden (wanneer valt een persoon niet langer onder de herschikte Opvangrichtlijn, maar wel onder de Terugkeerrichtlijn) niet altijd op een inzichtelijke wijze verloopt.⁴⁹

Aan de andere kant laat het arrest *J.N.* ook zien hoe toenemende integratie op het gebied van het asiel- en migratierecht tot een zekere mate van ‘constitutionalisering’ van dit rechtsgebied leidt. Waar het voor nationale lidstaten tot voor kort mogelijk was om zich op de openbare orde te beroepen om ingrijpende dwangbevoegdheden toe te passen op het gebied van het migratierecht, zonder dat de rechter daar veel over te zeggen had, wordt dat steeds lastiger als gevolg van het Unierecht. De Afdeling oordeelde, nadat het Hof van Justitie uitspraak had gedaan in *J.N.*, in het hoofdgeding dat de staatssecretaris beter diende te motiveren waarom *J.N.* een gevaar voor de openbare orde zou vormen.⁵⁰ Men zou kunnen zeggen dat een motiveringsvernietiging niet heel indrukwekkend is, maar juist op het gebied van het immigratierecht, waar het bestuur traditioneel een ruime vrijheid geniet, is het een belangrijke stap naar een

43. Art. 7 Terugkeerrichtlijn.

44. *Zh. en O.*, punt 50.

45. *Zh. en O.*, punt 60.

46. ABRVS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1695, JV 2013/416, punt 18.

47. *H.T.*

48. *H.T.*, punt 77.

49. Zie ook G.N. Cornelisse, ‘Case C-357/09 PPU, proceedings concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov), Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 30 November 2009’, *Common Market Law Review* 2011, 48, p. 925-945.

50. ABRVS 8 april 2016, ECLI: NL:RVS:2016:959. Een enkele verwijzing naar de vele antecedenten van de vreemdeling volstaat niet ter onderbouwing van de stelling dat deze persoonlijke gedragingen van N. een actueel en voldoende ernstig gevaar voor de openbare orde vormen (zie punt 4.3 van de uitspraak).

meer betekenisvolle rol van de rechter. Deze ‘constituti-onalisering’ onder invloed van het Unierecht is ook te zien op andere gebieden van het immigratierecht, zoals met betrekking tot de wijze waarop het vertrek van illegaal verblijvende derdelanders wordt gerealiseerd. Tot voor kort legde de staatssecretaris automatisch een onmiddellijke vertrekplicht op aan illegaal verblijvende derdelanders die veroordeeld waren voor, of verdacht werden van een strafbaar feit, iets wat na *Zh. en O.* niet langer mogelijk is.⁵¹ Ook (de duur van) het inreisverbod, de maatregel waarmee toekomstig verblijf in de Europese Unie van illegaal verblijvende derdelanders voor een bepaalde tijd verboden wordt,⁵² wordt nu indringender getoetst door de rechter dan de vroegere ongewenstverklaring, toen de Terugkeerrichtlijn nog niet van kracht was.⁵³

51. Op grond van het oude Vc A3/3. De tekst van de Vc is naar aanleiding van *Zh. en O.* per 28 januari 2016 gewijzigd (zie Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 28 januari 2016, nummer WBV 2016/2, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000).
52. Op grond van art. 11 Terugkeerrichtlijn bedraagt het inreisverbod maximaal vijf jaar, tenzij de derdelander een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid.
53. ABRVS 20 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3579. Dat geldt ook voor de strafrechter, die voorheen op het oordeel van de IND afging. Zie S. de Schutter en A. Berends, ‘Wat is een daadwerkelijk en actueel gevaar voor de openbare orde?’, *Asiel&Migrantenrecht* 2016, nr. 3, p. 123-127. Overigens is er tussen lagere rechters thans wel verschil van mening of het openbare-ordebegrip in art. 11 van de Terugkeerrichtlijn op dezelfde manier dient te worden uitgelegd als in de hier boven besproken zaken.