



ADVIES

Het wettigheidstoezicht op de administratieve vrijheidsberoving van vreemdelingen: een bevoegdheid voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen?

29 januari 2020

1. Context

In zijn mercuriale van 2 september 2019 sprak procureur-generaal bij het Hof van Cassatie André Henkes zich uit over de vrijheidsberoving van vreemdelingen en het beroep bij de rechterlijke macht. Hij besloot zijn studie met enkele voorstellen gericht aan de wetgever, zoals de noodzaak tot een evaluatie van de Vreemdelingenwet, de aanpassing van de cassatieprocedure en de uitbreiding van de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten. Deze nota focust echter op zijn pleidooi om het wettigheidstoezicht op de maatregel van administratieve vrijheidsberoving toe te vertrouwen aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Artikel 71 van de Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen bepaalt dat iedere vreemdeling die administratief van zijn vrijheid beroofd wordt daartegen beroep kan indienen bij de raadkamer van de correctionele rechtbank.¹ Krachtens artikel 72, tweede lid van de Vreemdelingenwet oefent de raadkamer slechts een wettigheidstoezicht uit. Ze oordeelt bijgevolg niet in volle rechtsmacht. Tegen de beslissing van de raadkamer kan vervolgens beroep aangetekend worden bij de kamer van inbeschuldigingstelling. Ook cassatieberoep behoort tot de mogelijkheden.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is op basis van artikel 39/1 van de Vreemdelingenwet als enige bevoegd om te oordelen over de beroepen ingediend tegen individuele beslissingen genomen met toepassing van de Vreemdelingenwet. De bevoegdheid

¹ Dat was ook al het geval in de vorige wet van 28 maart 1952, zij het beperkt tot één geval van vrijheidsberoving: A. DEPONDT, "Rechtsmiddelen en -waarborgen ter beschikking van de vreemdeling tegen beslissingen die te zijnen nadele door de Overheid worden genomen (art. 62-74)", in H. VAN HOUTTE, *De vreemdelingenwet*, 1981, 105.



van de raadkamer in artikel 71 Vw. is derhalve een uitzondering op de bevoegdheid van het administratief rechtscollege.

De vraag rijst nu of het opportuun is om ook het toezicht op de administratieve vrijheidsberoving over te hevelen naar de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Deze nota bespreekt bondig de voor- en nadelen van die piste alsook het vraagstuk of een dergelijke overheveling wel tot de huidige juridische mogelijkheden behoort.

2. Voor- en nadelen

A priori acht de Orde van Vlaamse Balies en haar commissie vreemdelingenrecht het wenselijk dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen bevoegd zou worden om eveneens te oordelen over de vrijheidsberoving van vreemdelingen. Ten eerste zou dat betekenen dat de hele procedure duidelijk gecentraliseerd wordt bij de instantie die nu reeds bevoegd is voor de andere aspecten die betrekking hebben op het vreemdelingenrecht. Vermits de mogelijkheid zou bestaan om het beroep tegen de vasthouding en het beroep tegen de verwijdering steeds te bundelen, zou het procederen efficiënter worden.

Het voornaamste voordeel heeft echter betrekking op de rechtspraak zelf. Thans is er vaak sprake van een gebrek aan uniformiteit tussen de uitspraken van de raadkamer onderling of met de arresten van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, dat de wettigheid van het bevel om het grondgebied te verlaten, onderzoekt. Het gebeurt soms dat de onderzoeksgerechten van mening zijn dat er sprake is van een schending van artikelen 3 of 8 van het EVRM, terwijl de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in het kader van een UDN-beroep het tegenovergestelde oordeelt en vice versa. De centralisatie zou het risico op zulke tegenstrijdige rechterlijke beslissingen in het kader van de verwijdering en de vasthouding van vreemdelingen doen verdwijnen. Bovendien zouden alle zaken behandeld worden door rechters die voeling hebben met de Vreemdelingenwet, met een specifieke expertise in het annulatiecontentieux. Veel magistraten bij de onderzoeksgerechten zijn immers weinig of minder vertrouwd met de techniciteit van het vreemdelingenrecht en zijn vaak niet geneigd zich hierin te verdiepen.

Desalniettemin moet er rekening worden gehouden met enkele minder positieve punten. Deze zijn voornamelijk van praktische aard. De lokalen van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zijn momenteel immers niet uitgerust om de vreemdelingen in detentie onder te brengen op het ogenblik van hun zitting (cellen, cipers, ...). Daarnaast zou de extra bevoegdheid uiteraard ook de werklast verhogen. De Raad kampt nu reeds met een gerechtelijke achterstand en slaagt er niet in uitspraak te verlenen binnen de termijnen die wettelijk bepaald zijn. Beslissingen inzake de vasthouding van personen zullen binnen striktere termijnen genomen moeten worden.

3. Grondwettelijk vraagstuk

a) Burgerlijke en politieke rechten

Niettegenstaande de bovengenoemde voordelen en praktische aandachtspunten, stelt zich bovenal een belangrijk juridisch en meer bepaald grondwettelijk probleem. Artikelen 144 en 145 van de Grondwet bepalen het onderscheid tussen de burgerlijke en de politieke rechten. Dat onderscheid vormt het fundament van de bevoegdheidsverdeling tussen de justitiële en de administratieve rechter. Luidens artikel 144 Gw. behoren alle geschillen over burgerlijke



rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken van de rechterlijke orde. Dat is ook de regel voor de in artikel 145 Gw. genoemde politieke rechten, zij het “*behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen*”. Geschillen over politieke rechten kunnen derhalve bij uitzondering toevertrouwd worden aan een administratieve rechtbank.

Het lijkt geen twijfel dat een geschil over het verblijf van een vreemdeling een geschil over een politiek recht is en bijgevolg aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen toevertrouwd kan worden. Dat is ook herhaaldelijk bevestigd door het Grondwettelijk Hof. Uiteraard impliceert het onderscheid echter ook dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de wettigheidscontrole op de aanhouding van een vreemdeling enkel zou mogen uitvoeren als deze controle als een geschil over politieke rechten kan worden bestempeld. Dat lijkt evenwel niet het geval.

Ondanks het belang van het onderscheid tussen burgerlijke en politieke rechten, bestaat er geen eenduidige, laat staan wettelijke definitie. De parlementaire voorbereiding voorzag daar destijds niet in, zodat de kwalificatie als politiek recht afhankelijk werd geacht van de beslissing van de wetgever om de kennisneming van een geschil over een subjectief recht aan een administratief rechtscollege op te dragen in plaats van aan de justitiële rechter.² Lange tijd werd aangenomen dat die kwalificatie van subjectieve rechten door de wetgever buiten ieder rechterlijk toezicht viel.³ Dat wordt het organieke criterium genoemd. De begrippen burgerlijk en politiek recht worden niet inhoudelijk bepaald, maar zijn louter afhankelijk van de vraag of de wetgever is opgetreden om een subjectief recht impliciet maar zeker als politiek te catalogiseren.⁴

Door zichzelf bevoegd te verklaren om op basis van artikelen 10 en 11 Gw. te onderzoeken of de wetgever de betrokken rechten wel terecht als politieke rechten beschouwt, is het Grondwettelijk Hof afgeweken van het organieke criterium en hanteert het thans een materieel criterium. Enkel op die manier kan erop worden toegezien dat de waarborg die artikel 144 Gw. aan iedereen verleent, niet op willekeurige wijze aan sommigen kan worden ontnomen en dat het gelijkheidsbeginsel derhalve niet wordt geschonden.⁵ Een politiek recht wordt getoetst aan de vraag of de overheid optreedt in de 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 werkingssfeer bevindt van de gedingen van burgerlijke aard in de zin van artikel 144 Gw.

Desalniettemin dient gezegd dat het Grondwettelijk Hof een eerder ruime interpretatie van het begrip politieke rechten hanteert. Dat is ook enigszins logisch gelet op het feit dat net de moeilijkheid om tot een bevredigende materiële definitie te komen geleid heeft tot het hanteren een organiek criterium. Het gelijkheidsbeginsel wordt derhalve enkel geschonden wanneer het aan een administratief rechtscollege opgedragen geschil over een subjectief recht *manifest* een burgerlijk recht zou betreffen.⁶ Goossens stelt zelfs dat de interpretatie van het

² A. MAST, “De administratieve rechtsmacht en de Grondwet”, *T.B.P.* 1956, 75-81 en 166-175.

³ P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe rijksbelastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 32.

⁴ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 1073-1074. Deze kringredenering werd ook aanvaard door het Hof van Cassatie: Cass. 30 april 1965, *Pas.* 1966, I, 921; Cass. 21 oktober 1959, *Pas.* 1960, I, 217.

⁵ GwH 18 maart 1997, nr. 14/97, *RW* 1996-97, 1423, noot A. ALEN en *APT* 1997, noot B. BLERO, 233; GwH. 27 mei 2008, nr. 81/2008; C. BERCKX, Commentaar bij art. 145 Gw., *OAPR* 2015, afl. 39, 118.

⁶ A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 648.



Hof hierdoor nauwelijks verschilt van het organieke criterium van Mast en de wetgever aldus nog steeds grotendeels vrij spel heeft bij de invulling van het begrip.⁷

Toch zou het veel te verregaand zijn om te argumenteren dat deze vaststelling een opening laat voor de wetgever om de bescherming tegen administratieve vrijheidsberoving als politiek recht te bestempelen. Het wordt algemeen aangenomen dat het opleggen van vrijheidsstraffen en bij uitbreiding de meeste fundamentele rechten en vrijheden uitsluitend tot de bevoegdheid van de gewone rechter behoren, dit als een waarborg van de burger tegen willekeurig overheidsoptreden.⁸ In tegenstelling tot bij andere straffen, zou men bovendien kunnen stellen dat artikel 12, derde lid van de Grondwet het monopolie voor de vrijheidsberovende straf bij de gewone rechter legt.⁹

Op basis hiervan zou men kunnen besluiten dat de Grondwet zich verzet tegen de overheveling van de wettigheidscontrole van de aanhouding van vreemdelingen naar de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Een grondwetswijziging lijkt in dat opzicht noodzakelijk en misschien sowieso wel wenselijk in het licht van de uitgebreide kritiek die de rechtsleer doorheen de jaren heeft geuit ten aanzien van de begrippen burgerlijke en politieke rechten en het artificiële onderscheid tussen de twee.¹⁰ Artikel 144 Gw. is voorafgaand aan de verkiezingen evenwel niet opgenomen in de lijst van grondwettelijke bepalingen die voor herziening vatbaar zijn verklaard.

b) Artikel 144, tweede lid van de Grondwet

De OVB wenst niettemin te wijzen op de potentiële opening die het recentere tweede lid van artikel 144 Gw. laat. Dat werd ingevoegd bij de grondwetsherziening van 6 januari 2014 en luidt als volgt: “*De wet kan echter, volgens de door haar bepaalde nadere regels, de Raad van State of de federale administratieve rechtscolleges machtigen om te beslissen over de burgerrechtelijke gevolgen van hun beslissingen.*” Hiermee wordt voor het eerst een grondwettelijke bres geslagen in de regel dat geschillen over burgerlijke rechten onder de exclusieve rechtsmacht van de gewone rechter vallen.

De vraag dringt zich op of deze bepaling geen nieuwe perspectieven opent voor de bevoegdheden van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

⁷ J. GOOSSENS, “De vervaagde grens tussen burgerlijke en administratieve rechter”, *T.B.P.* 2014, afl. 4-5, (275) 278-279.

⁸ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 817-820; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 644; K. RIMANQUE, Commentaar bij art. 144 Grondwet, *OGR* 2003, afl. 59, 87.

⁹ Anders dan het Hof van Cassatie (o.m. Cass. 11 oktober 2005, *Pas.* 2005, 1901 en *TBP* 2006, 553; 13 oktober 2010, *Pas.* 2010, 2584 en *APT* 2011, 65), meent het Grondwettelijk Hof minstens impliciet dat dit artikel niet alleen van toepassing is op de gerechtelijke vrijheidsberoving, maar ook op de administratieve vrijheidsberoving van vreemdelingen, daar het Hof m.b.t. dit laatste het uitdrukkelijk heeft over de aantasting of beperking van de individuele vrijheid, gewaarborgd door artikel 12 Gw. (GwH 14 juli 1994, nr. 61/94, B.7.2; 22 april 1998, nr. 43/98, B.17; 26 juni 2008, nr. 95/2008, B.65; 19 december 2013, nr. 166/2013, B.4 e.v.).

¹⁰ Zie bv.: D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming tegen de overheid: is monisme de remedie?”, *RW* 2003-04, (1241) 1253; J. GOOSSENS, “De vervaagde grens tussen burgerlijke en administratieve rechter”, *T.B.P.* 2014, afl. 4-5, (275) 293; A. MAST, “Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative”, *RJDA* 1956, (81) 82; S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, Die Keure, 2000, 77-78.



De administratieve vrijheidsberoving gaat steeds gepaard met een bevel om het grondgebied te verlaten of, minstens, met een beslissing tot terugleiding naar de grens indien er al een voorafgaand bevel geweest is. Volgens vaste cassatierechtspraak is de raadkamer bevoegd om de wettigheid te beoordelen van zowel de vrijheidsberoving als het onderliggende bevel. De vrijheidsberovende maatregel vormt immers “*het accessorium van een onderliggende administratieve beslissing waarvan de wettigheid op haar beurt de wettigheid van de vrijheidsberoving bepaalt.*”¹¹ Maar ook de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is uiteraard bevoegd om de wettigheid van het bevel te beoordelen. De vreemdeling kan dan kiezen of hij zijn beroep indient bij de raadkamer of bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Gelet op artikel 144, tweede lid Gw. kan men zich afvragen of bij wet kan bepaald worden dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet alleen bevoegd is om te oordelen over het bevel, of de terugleiding naar de grens, maar ook over de “*burgerrechtelijke gevolgen*” ervan, namelijk de vrijheidsberoving. Terwijl nu de Dienst Vreemdelingenzaken de vreemdeling vrijlaat indien de Raad het bevel (in UDN) schorst, kan de RvV ook de bevoegdheid worden gegeven om te beslissen dat aan de vrijheidsberoving een einde wordt gesteld.

We moeten echter enkele pertinente kanttekeningen bij deze piste plaatsen. Ten eerste dient men zich de vraag te stellen of de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wel zou kunnen oordelen over de wettigheid van de vrijheidsberoving als zij de beslissing niet schorst. Ook als enkel de vrijheidsberoving onwettig is, moet er immers een rechtsmiddel openstaan voor de betrokken persoon (art.5, lid 4 EVRM).

Bovendien lijkt deze optie duidelijk verder te gaan dan de wijze waarop artikel 144, tweede lid Gw. thans wordt vormgegeven. Hun bedoeling was de wetgever in staat te stellen om volgens de door hem bepaalde modaliteiten de Raad van State en de andere federale administratieve rechtscolleges te machtigen om te beslissen over de privaatrechtelijke gevolgen van hun beslissingen. De grondwetswijziging strekte er in het bijzonder echter toe om de Raad van State in staat te stellen een schadevergoeding tot herstel toe te kennen aan de in het gelijk gestelde partij ten gevolge van de opgelopen schade naar aanleiding van de onwettig verklaarde beslissing.¹² Dat zou tijds- en kostenbesparend werken. Het voorstel tot herziening van de Grondwet moest dan ook in samenhang worden gelezen met het wetsvoorstel tot wijziging van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.¹³

Dat gezegd zijnde maakt de letter van de Grondwet het niet onmogelijk. Artikel 145 Gw. is door de wildgroei aan administratieve rechtscolleges zelf ook ruimer ingevuld door de wetgever dan initieel voorzien. Bovendien heeft de bepaling het over alle federale administratieve rechtscolleges en niet enkel over de Raad van State, wat nochtans te verwachten zou vallen op basis van de bedoelingen zoals vermeld in de parlementaire voorbereidingen. Tot nu toe heeft de wetgever enkel de Raad van State dergelijke bevoegdheid gegeven en dan nog enkel om een schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad toe te kennen, niet om andere burgerrechtelijk gevolgen van zijn beslissingen te beoordelen.¹⁴ Maar dat betekent nog niet dat het niet anders vormgegeven zou kunnen worden. Zoals de parlementaire stukken aangeven:

¹¹ I. VEROUGSTRAETE, R. BOES, F. FISCHER, J. DUJARDIN en T. ERNIQUIN, *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 1999-2000*, Brussel, 2000, 133.

¹² *Parl. St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2233/1, 3 en 6-8; *Parl. St.* Senaat 2012-13, 5-2242/1.

¹³ *Parl. St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2233/1, 3 en 6-8.

¹⁴ C. BERCKX, Commentaar bij art. 144 Gw., *OAPR* 2015, afl. 39, 85, 102 en 109.



“De omstandigheid dat dit wetsvoorstel (inzake de Raad van State, sic) wordt ingediend gelijktijdig met het voorstel tot herziening van het grondwetsartikel waarvan het de toepassing wil verzekeren, betekent uiteraard niet dat de wetgever geen andere modaliteiten mag vastleggen.”¹⁵

Desalniettemin menen we te kunnen concluderen dat indien deze piste bewandeld zou worden, zij naar alle waarschijnlijkheid aan een kritische blik van de afdeling wetgeving van de Raad van State onderworpen zal worden.

4. Besluit

De mercuriale van procureur-generaal bij het Hof van Cassatie André Henkes pleit voor de overheveling van het toezicht op de administratieve vrijheidsberoving van vreemdelingen van de raadkamer van de correctionele rechtbank naar de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. De OVB merkt op dat dergelijke overheveling aanpassingen zou vergen aan de werking en organisatie van dit administratief rechtscollege, maar staat overwegend positief tegenover het idee *an sich*. Een grondwetswijziging lijkt een op het eerste zicht noodzakelijke vereiste, maar er kan zeker geargumenteed worden dat het huidige artikel 144, tweede lid van de Grondwet de juridische deur reeds op een kier laat en mogelijks verder onderzoek verdient.

Dr. Nico Moons,
Jurist studiedienst OVB

Mr. Alex Tallon,
Bestuurder OVB

Mr. Edward Janssens
Voorzitter OVB

Met bijzondere dank aan:

Mr. Luc Denys, lid commissie vreemdelingenrecht

Mr. Carmenta Decordier, lid commissie vreemdelingenrecht

¹⁵ Parl. St. Senaat 2012-13, 5-2242/1, 2.

