

Het recht op vrijheid en asiel aan de buitengrenzen: tegenstrijdige signalen in de Europese rechtspraak

200

E. Brouwer*

In hun jurisprudentie hebben het EHRM en het HvJ EU te maken met de bestaande spanning tussen twee uitgangspunten van het EU-asielbeleid: de soevereiniteit en discretionaire bevoegdheden van lidstaten op het gebied van migratiebeleid enerzijds en de bescherming van fundamentele rechten anderzijds. In deze bijdrage wil ik op basis van recente uitspraken onderzoeken hoe beide gerechtshoven met deze spanning omgaan, hierbij wordt met name gekeken naar recente uitspraken op het gebied van grensdetentie en humanitaire visa. Achterliggende vraag is in hoeverre de Europese rechters bij de definitie van zowel meer specifieke als algemene verplichtingen van lidstaten op het gebied van asiel, ook voldoende oog hebben voor de consistentie en effectiviteit van het Europese beleid in zijn geheel? En welke lessen kunnen hieruit worden getrokken voor de huidige voorstellen van het Migratiepact?

de lidstaten een naar binnen gekeerde houding hebben aangenomen.¹

In juni 2021 maakte de UNHCR bekend dat wereldwijd het aantal ontheemde burgers in 2020 in vergelijking met 2019 met 4% was gestegen. 82,4 miljoen mensen zijn op de vlucht voor oorlogen, geweld, vervolging en mensenrechtenschendingen.² Het overgrote deel, namelijk 86%, van deze vluchtelingen wordt opgevangen in de landen die grenzen aan de crisisgebieden, welke landen ook nog eens behoren tot de lage-inkomensgebieden. Het aantal vluchtelingen dat in de EU verblijft, is vergeleken met deze cijfers laag: eind 2019 leefden 2,6 miljoen vluchtelingen in de EU, ongeveer 6% van de EU-bevolking.³ In de afgelopen jaren, ook als reactie op de komst van 1,3 miljoen asielzoekers in 2015, hebben de EU-lidstaten verschillende restrictieve maatregelen genomen.

Deze maatregelen betreffen zowel strengere migratieregels, als fysieke maatregelen zoals de bouw van hekken en detentiecentra aan de grens. Hierdoor is de toegang van asielzoekers tot de EU bijna onmogelijk en ieder geval steeds gevaarlijker geworden.

Hoewel artikel 80 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bepaalt dat het EU-asiel- en migratiebeleid is gestoeld op de beginselen van solidariteit en billijke verdeling van verantwoordelijkheid, is het met de naleving daarvan slecht gesteld.⁴ Het Dublinsysteem⁵ dat als doel heeft zo snel mogelijk de voor een asielverzoek verantwoordelijke lidstaat te bepalen, resulteert vooral in dure en langdurige procedures tussen lidstaten en rechtszaken bij nationale rechters. Daarbij leiden overnameverzoeken die door een andere lidstaat zijn aanvaard slechts in 25% van de gevallen tot een daadwerkelijke overdracht van de asielzoeker. Bovendien verschil-

I. Inleiding

‘Het vluchtelingenvraagstuk en de opvang van vluchtelingen heeft de afgelopen jaren soms grote spanningen tussen de lidstaten veroorzaakt. De plotselinge massale toevloed van vluchtelingen aan de poorten van de Europese Unie heeft een aantal van de waarden waarop de Unie is gegrondvest, sterk aan het wankelen gebracht en heeft ertoe kunnen leiden dat

* Evelien Brouwer is sinds oktober 2021 universitair docent Publiekrecht en Technologie aan de Universiteit Utrecht, daarvoor werkte ze bij de sectie migratierecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 Zie de eerste zin van de conclusie van advocaat-generaal Richard de la Tour van 12 mei 2021 in de zaak *LW/Bundesrepublik Deutschland* (C-91/20, ECLI:EU:C:2021:384). Deze zaak draait om de vraag of het Unierecht een lidstaat toestaat om, teneinde te waarborgen dat het gezin van een vluchteling in stand wordt gehouden, een wettelijke regeling vast te stellen op grond waarvan de bevoegde nationale autoriteit dezelfde internationale bescherming toekent aan het minderjarige kind van deze vluchteling, zonder dat deze autoriteit de situatie waarin deze minderjarige verkeert individueel onderzoekt en ongeacht of hij in de zin van deze richtlijn behoefte aan internationale bescherming heeft.

2 www.unhcr.org/nl/2021/06/global-trends-2020. Volgens de UNHCR betreft dit het negende jaar van ononderbroken stijging van ontheemden wereldwijd.

3 https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_nl.

4 Zie onder meer het advies van de Adviesraad Internationale Vraagstukken, *Het Europese asielbeleid: twee grote akkoorden om de impasse te doorbreken*, 1 december 2020. Zie ook eerder E.R. Brouwer, ‘Europees asielbeleid: van onderling wantrouwen naar een gedeelde verantwoordelijkheid’, *NtER* 2016, afl. 2, p. 42-51.

5 Zie het artikel van K.M. Zwaan, opgenomen in deze special: ‘Van *pas de deux* naar *triangle dance*? Uitspraken van het HvJ EU, het EHRM en de zienswijzen van VN-comités over de Dublinverordening’, p. 595-602.

len de erkeningspercentages tussen de lidstaten aanzienlijk, waardoor, aldus de Europese Commissie, het EU-asielstelsel wordt ondermijnd.⁶ Zo verschilde het erkeningspercentage ten aanzien van Afghaanse vluchtelingen in 2019, bijvoorbeeld, van 1% in Bulgarije tot 93% in Italië. Bij herhaling leggen verschillende organisaties en journalisten de beschamende staat van het huidige EU-migratiebeleid bloot: de mensonwaardige omstandigheden in vluchtelingenkampen en detentiecentra aan de buitengrenzen, het gebrek aan passende zorg voor gezinnen en alleenstaande minderjarigen in asielcentra en de push-backoperaties onder de verantwoordelijkheid van verschillende lidstaten maar ook van het EU-agentschap Frontex.⁷ Afgezien van het restrictieve migratiebeleid in de meeste lidstaten, speelt daarnaast het probleem dat een aantal lidstaten, waaronder Hongarije en Polen, zich weinig aantrekt van geldende EU-normen op het gebied van asielrecht. Niet alleen weigerden deze staten de EU-afspraken van 2015 inzake de herverdeling van asielzoekers uit te voeren, maar ook worden, zoals we hierna zullen zien, in de grens- en asielprocedures in deze staten, de grondrechten van asielzoekers stelselmatig geschonden.

Tegen deze achtergrond vinden in de Europese Unie onderhandelingen plaats over nieuwe asiel- en migratiewetgeving. De Commissie wil met het in september 2020 gepresenteerde ‘Nieuw Migratie- en Asielpact’ (hierna: Migratiepact), een nieuwe start maken met de herziening van het Gemeenschappelijk Europees Asielsysteem (GEAS) en daarmee het vertrouwen tussen lidstaten versterken door te zorgen voor doeltreffende procedures en een nieuwe balans ‘tussen verantwoordelijkheid en solidariteit’.⁸ Daarbij streeft de Commissie naar een betere naleving van het solidariteitsbeginsel zoals vastgelegd in artikel 80 VWEU. Het Migratiepact is echter een ingewikkeld compromis tussen vrijwillige en verplichte solidariteit plus een keuzemenu van verschillende vormen van solidariteit: ‘flexibele solidariteit’.⁹ Een belangrijk speerpunt van het Migratiepact is de ‘versterking’ van procedures aan de buitengrenzen. De voorstellen daartoe leiden tot meer verplichtingen en minder rechten voor asielzoekers, de inzet van technologie en grootschalige gegevensopslag met alle risico’s van dien voor de bescherming van gegevens en andere fundamentele rechten van migranten. Door meer mogelijkheden te bieden voor detentie in de zogenoemde grens- en screeningsprocedures,

buigt de Commissie mee met het huidige beleid van bepaalde lidstaten wat betreft de beperking van vrijheden van asielzoekers aan de grens.¹⁰

In het Migratiepact bepleit de Commissie meer mogelijkheden voor legale migratie, al blijft dit onderwerp, zo wordt er meteen bij gezegd, ‘het prerogatief van de individuele lidstaten’. Hiermee wordt een essentieel probleem van het huidige asielbeleid in de EU blootgelegd. Dit beleid is gestoeld op enerzijds een discretionaire bevoegdheid wat betreft de toelating aan de grens, en anderzijds de verplichting om het recht op asiel, zoals neergelegd in artikel 18 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest), te beschermen en het non-refoulementbeginsel in acht te nemen. De Terugkeerrichtlijn verplicht lidstaten bijvoorbeeld om de terugkeer van derdelanders zonder geldige verblijfstitel te bevorderen.¹¹ Tegelijkertijd wordt in preambule 8 van deze richtlijn duidelijk gemaakt dat de legitimiteit om illegale derdelanders te verplichten terug te keren, samenhangt met de aanwezigheid van ‘billijke en efficiënte asielstelsels’ waarbij het beginsel van non-refoulement volledig wordt gerespecteerd.

In hun jurisprudentie hebben het EHRM en het HvJ EU te maken met de bestaande spanning tussen deze twee uitgangspunten van het EU-asielbeleid: namelijk de erkenning van de soevereiniteit en discretionaire bevoegdheid van lidstaten op het gebied van migratiebeleid enerzijds en de bescherming van fundamentele rechten anderzijds. In deze bijdrage wil ik op basis van recente uitspraken onderzoeken hoe beide gerechtshoven met deze spanning omgaan. In het eerste deel bespreek ik jurisprudentie inzake grensdetentie op basis van het grondrecht van vrijheid, beschermd in artikel 5 EVRM en artikel 6 Handvest. Wanneer is volgens deze uitspraken sprake van vrijheidsontneming¹² en wanneer is sprake van schending van het recht op vrijheid? En in hoeverre vormt ‘migratiedruk’ of de komst van grote aantallen migranten aan de grens, een legitieme grond om de rechten, en dan in het bijzonder de bewegingsvrijheid, van asielzoekers te beperken? Het tweede deel gaat in op de spanning tussen enerzijds de verantwoordelijkheid van lidstaten om veilige toegangswegen voor vluchtelingen te creëren en het non-refoulementbeginsel na te leven en anderzijds de discretionaire bevoegdheid inzake de afgifte van visa kort verblijf. Hiervoor bespreek ik twee uitspraken van het HvJ EU en het EHRM inzake

6 https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_nl.

7 Rapport van de speciale rapporteur inzake mensenrechten van migranten, Felipe Gonz ales Morales, *Report on means to address the human rights impact of push backs of migrants on land and at sea*. Gepresenteerd op 23 juni 2021: www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27200&LangID=E.

8 COM(2020) 609 final, 23 september 2020. Zie voor alle wetsvoorstellen: https://ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020_nl.

9 Zie ook H. Battjes, E. Brouwer & M. den Heijer, ‘Het nieuwe migratie- en asielpact: flexibele solidariteit, verplichte grensprocedures en nog meer dataverzameling’, *NtER* 2020, afl. 7/8, p. 181-188 en Hemme Battjes e.a. ‘Kroniek Migratierecht’ in het *Nederlands Juristenblad* (35) 2021, p. 2940-2950.

10 M. Wijnkoop, ‘Begrensd mogelijkheden; het EU Pact Migratie en Asiel en het voorstel over grensprocedures nader bezien’, *JNVR* 2021, afl. 1, p. 37-49; G. Cornelisse, ‘The Pact and Detention: An Empty Promise of “certainty, clarity and decent conditions”’, eumigrationlawblog.eu 6 januari 2021, <https://eumigrationlawblog.eu/the-pact-and-detention-an-empty-promise-of-certainty-clarity-and-decent-conditions/> en M.J. Dickson e.a., ‘Nieuw pact of opnieuw verpakt?’, *A&MR* 2021, afl. 1, p. 35-44, m.n. p. 39.

11 Zie artikelen 6, 7 en 8 Richtlijn 2008/115/EG.

12 Bij de bespreking van de jurisprudentie van het EHRM gebruik ik ‘vrijheidsontneming’ op basis van de Nederlandse vertaling van artikel 5 lid 1 EVRM. Waar ik Unierecht bespreek, gebruik ik ‘vrijheidsbeneming’ in overeenstemming met het begrip dat het HvJ EU, in de Nederlandse vertaling van zijn uitspraken, hanteert.

de vraag in hoeverre de weigering van humanitaire visa door asielzoekers bij buitenlandse ambassades een schending van respectievelijk artikel 4 Handvest en artikel 3 EVRM betekent.

Algemener gesteld is de achterliggende vraag van deze bijdrage: in hoeverre hebben de Europese rechters bij de definitie van zowel meer specifieke als algemene verplichtingen van lidstaten op het gebied van asiel, ook voldoende oog voor de consistentie en effectiviteit van het Europese beleid in zijn geheel? En welke lessen kunnen hieruit worden getrokken voor de huidige voorstellen van het Migratiepact?

2. Grensdetentie en het recht op vrijheid

2.1. Artikel 5 EVRM en uitspraken van het EHRM

Het recht op vrijheid is beschermd in artikel 5 EVRM, waarbij lid 4 sub f expliciet voorziet in de mogelijkheid van vrijheidsontneming in het kader van het migratierecht. Zo mag aan personen hun vrijheid worden ontnomen om hen te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen of wanneer tegen deze persoon een uitzettingsprocedure hangende is. Deze vrijheidsontneming moet aan een aantal belangrijke voorwaarden voldoen, zoals het vereiste van een expliciete wettelijke basis en de garantie van onafhankelijk rechterlijk toezicht waarbij de rechter ook ‘spoedig’ over de rechtmatigheid van detentie moet kunnen besluiten. Voor de toepassing van artikel 5 EVRM in het kader van grensdetentie, dient aan twee voorwaarden te zijn voldaan: ten eerste dient de betrokkene zich te bevinden binnen de jurisdictie van de staat waar hij of zij wordt gedetineerd. Ten tweede moet sprake zijn van vrijheidsontneming in de zin van dit grondrecht. Veel EU-lidstaten, waaronder Nederland, kennen zogenoemde grensprocedures, waarbij asielzoekers die asiel aanvragen aan de grens worden gedetineerd. Hiermee wordt de fictie in het leven geroepen dat de betrokkene in feite nog niet is toegelaten tot het grondgebied en dat hij of zij nog geen beroep kan doen op bestaande grondrechten. Daarnaast wordt door lidstaten ook de fictie toegepast dat een persoon die zich aan de buitengrens bevindt, niet van zijn of haar vrijheid is beroofd zolang hij of zij de mogelijkheid heeft het land aan de ‘buitenkant’ weer te verlaten.

Al in 1996, in de klassieke uitspraak *Amuur/Frankrijk*, maakte het EHRM duidelijk dat staten niet zonder meer zelf kunnen bepalen wat als vrijheidsontneming moet

worden opgevat en wat niet.¹³ Het arrest betrof Somalische vluchtelingen die via Syrië naar Frankrijk waren gevlucht en niet werden toegelaten op het Franse grondgebied, maar werden gedwongen te verblijven in de transitruimte op de luchthaven. De Franse regering betoogde dat het hierbij niet om vrijheidsbeneming ging, omdat de asielzoekers immers vrij waren de transitruimte, via een vlucht terug naar hun land van herkomst, te verlaten. Volgens de Franse regering was de Franse transitzone ‘closed on the French side’ maar bleef het ‘open to the outside’. Hoewel de klagers in de *Amuur*-zaak niet hadden aangevoerd dat hun leven of fysieke integriteit in Syrië in gevaar was, overwoog het EHRM expliciet dat de mogelijkheid om een land te verlaten slechts theoretisch is wanneer geen enkel ander land bescherming biedt die vergelijkbaar is met de bescherming die de asielzoekers verwachten te vinden in het land van aankomst.¹⁴ Het EHRM stelde schending van artikel 5 lid 1 EVRM vast omdat het vasthouden in de transitruimte equivalent was met vrijheidsbeneming. Het EHRM overwoog dat om te bepalen of iemand zijn vrijheid is ontnomen in de zin van artikel 5 lid 1 EVRM, diens concrete situatie het startpunt moet zijn en hierbij met meerdere factoren rekening moet worden gehouden, zoals het soort maatregel maar ook de duur en de effecten daarvan en de wijze van uitvoering. Volgens het EHRM berust het verschil tussen vrijheidsbeneming of vrijheidsbeperking meer op mate van intensiteit in plaats van ‘nature or substance’ van de maatregel. Met andere woorden, het gaat voor de vraag of sprake is van vrijheidsbeneming om het effect van een maatregel voor de betreffende persoon en niet om hoe deze is gedefinieerd in nationaal beleid of nationale wetgeving.¹⁵

In 2019 deed het EHRM uitspraak in de zaak *Ilias en Ahmed/Hongarije* inzake de klacht van Bengaalse asielzoekers over hun gedwongen verblijf in het detentiecentrum Röske in de transitzone aan de Hongaars-Servische grens.¹⁶ In 2017 had de Kamer van zeven rechters van het EHRM in dezelfde zaak schending van artikel 5 EVRM vastgesteld.¹⁷ De procedure bij de Grote Kamer van het EHRM werd door verschillende organisaties en juristen als een belangrijke kans gezien om eenduidig de onrechtmatigheid van een praktijk vast te stellen, waarbij asielzoekers aan de grens langdurig en zonder adequate voorzieningen van hun vrijheid worden beroofd.¹⁸ De conclusie van het EHRM in 2019 dat sprake was van schending van artikel 3 EVRM noch artikel 5 EVRM was voor velen dan ook een teleurstelling.¹⁹ Net zoals de rechters in de uitspraak van 2017, verwerpt de Grote Kamer de klacht inzake de situatie in het detentiecentrum

13 EHRM 25 juni 1996, 19776/92, ECLI:CE:ECHR:1996:0625JUD001977692 (*Amuur/Frankrijk*).

14 EHRM 25 juni 1996, 19776/92, ECLI:CE:ECHR:1996:0625JUD001977692, par. 48 (*Amuur/Frankrijk*).

15 Zie voor een vergelijkbare lijn: EHRM 27 november 2003, 45355/99, ECLI:CE:ECHR:2003:1127JUD004535599 (*Shamsa/Polen*); EHRM 24 januari 2008, 29787/03 en 29810/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0124JUD002978703 (*Riad en Idiab/België*) (schending artikel 5 lid 1 EVRM en artikel 3 EVRM) en EHRM 12 februari 2009, 2512/04, ECLI:CE:ECHR:2009:0212JUD000251204 (*Nolan en K./Rusland*).

16 EHRM (GK) 21 november 2019, 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715 (*Ilias en Ahmed/Hongarije*).

17 EHRM (Kamer) 14 maart 2017, 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2017:0314JUD004728715, JV 2017/108, m.nt. H. Battjes (*Ilias en Ahmed/Hongarije*).

18 EHRM (Kamer) 14 maart 2017, 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2017:0314JUD004728715, JV 2017/108, m.nt. H. Battjes (*Ilias en Ahmed/Hongarije*).

19 Zie onder meer V. Stoyanova, ‘The Grand Chamber Judgment in *Ilias and Ahmed v Hungary*: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode’, *Strasbourg Observers* 23 december 2019, <https://strasbourgobservers.com/2019/12/23/the-grand-chamber-judgment-in-ili-as-and-ahmed-v-hungary-immigration-detention-and-how-the-ground-beneath-our-feet-continues-to-erode>.

op grond van artikel 3 EVRM. Volgens het EHRM blijkt uit rapporten van onder meer de speciale rapporteur van de Raad van Europa en de eerdere analyse in de Kamerspraak van het EHRM, dat de hygiënische omstandigheden in de transitzone goed waren en dat de asielzoekers voldoende waren voorzien van eten en medische verzorging. Ook hadden de betrokken klagers daar relatief kort verbleven (23 dagen) en was er steeds toegang mogelijk geweest tot andere asielzoekers, ngo's, de UNHCR en een advocaat. Anders dan de rechters in de uitspraak van 2017, verwerpt de Grote Kamer de klacht op grond van artikel 5 EVRM. Onder verwijzing naar het *Amuur*-arrest stelt het EHRM in *Ilias en Ahmed/Hongarije* opnieuw vast dat het enkele feit dat de asielzoekers in staat waren het land waar ze asiel zochten 'vrijwillig' te verlaten, niet uitsluit dat er sprake is van vrijheidsbeneming. Ook herhaalt het EHRM de overweging uit het *Amuur*-arrest dat de mogelijkheid om een land te verlaten slechts theoretisch is, wanneer asielzoekers elders geen bescherming zullen genieten die vergelijkbaar is met de te verwachten bescherming in het land waar ze zich bevinden.²⁰

In *Ilias en Ahmed* verwijst het EHRM naar de 'mass influx' van asielzoekers en migranten aan de grens waarmee de Hongaarse autoriteiten te maken hadden, waardoor het noodzakelijk was om snel maatregelen te nemen in antwoord op wat duidelijk een crisissituatie betrof.²¹ Het feit dat ondanks deze moeilijkheden de asielaanvragen en het recht op beroep van de klagers binnen drie weken en twee dagen werden behandeld, was voor het EHRM een belangrijk aspect bij de beoordeling van de klacht op grond van artikel 5 EVRM.²² Het EHRM wijst daarbij op het verschil tussen de situatie van de asielzoekers in de onderhavige zaak in het Röske-transitcentrum en de situatie op de luchthaven van Parijs in de eerdere *Amuur*-zaak. Waar in de laatste zaak de asielzoekers in theorie noch in de praktijk zonder toestemming en met de nodige diplomatieke garanties een vliegtuig naar hun land van herkomst konden nemen, zouden de asielzoekers in de zaak van *Ilias en Ahmed* de praktische mogelijkheid hebben om naar de grens met Servië te wandelen en daar de grens over te steken. Een land dat, aldus het EHRM, ook gebonden is aan het Geneefse Vluchtelingenverdrag.²³ Alle relevante factoren optellend, concludeert het EHRM dat in de transitruimte aan de Hongaars-Servische grens, geen sprake was van de facto vrijheidsontneming omdat de asielzoekers zonder een 'direct gevaar voor hun leven of gezondheid' naar een derde staat waar ze vandaan kwamen, konden terugkeren.²⁴ Deze laatste overweging roept vooral verbazing op omdat het EHRM

in dezelfde zaak vaststelt dat ten aanzien van de uitzetting naar Servië sprake is van schending van artikel 3 EVRM in de zin van het non-refoulementbeginsel.²⁵ Volgens het EHRM mocht Hongarije niet uitgaan van de algemene veronderstelling dat Servië als veilig derde land kon worden aangemerkt. Nu uit rapporten van de UNHCR bleek dat voor asielzoekers geen effectieve toegang tot de asielprocedure bestond, had Hongarije de onderzoekspllicht op basis van artikel 3 EVRM geschonden. Hoewel het EHRM ten aanzien van de klacht op grond van artikel 5 EVRM in zowel *Amuur* als in deze zaak overweegt dat de mogelijkheid om het land te verlaten niet slechts theoretisch mag zijn, speelt dit aspect bij de uiteindelijke conclusie geen rol. Artikel 5 EVRM is, aldus het EHRM, niet zonder meer van toepassing op een transitruimte aan de landgrenzen ('land border transit zone'), op grond van het feit dat de Hongaarse autoriteiten niet hebben voldaan aan hun afzonderlijke verplichtingen op basis van artikel 3 EVRM.²⁶ Het EVRM kan niet zodanig worden gelezen 'as linking in such a manner the applicability of Article 5 to a separate issue concerning the authorities' compliance with Article 3'.

In maart 2021 buigt de Vierde Kamer van het EHRM in *R.R. e.a./Hongarije* zich opnieuw over het vasthouden van asielzoekers door Hongarije in de transitzone Röske en hun klacht op grond van de artikelen 3 en 5 EVRM.²⁷ In deze zaak ging het om een Iraans-Afghaans gezin, met jonge kinderen, dat in Hongarije asiel had aangevraagd en in afwachting van de beoordeling daarvan was vastgezet in de transitzone van Röske. Het EHRM concludeert dat Hongarije artikel 3 EVRM heeft geschonden wegens de slechte omstandigheden in het centrum, zoals de gebrekkige toegang tot voedsel en de slechte voorzieningen voor kinderen. Ook oordeelt het EHRM dat sprake is van schending van de artikelen 5 lid 1 en 5 lid 4 EVRM, onder meer wegens het ontbreken van een voldoende wettelijke basis voor de vrijheidsbeneming. Opmerkelijk is dat in deze uitspraak het argument dat de klagers de transitruimte op elk moment konden verlaten wel wordt genoemd, maar geen grond meer vormt om de klacht op basis van artikel 5 EVRM af te wijzen. Het EHRM herhaalt, onder verwijzing naar *Ilias en Ahmed*, het standpunt dat er geen automatische link tussen schending van artikel 3 EVRM en artikel 5 EVRM bestaat voor wat betreft de beoordeling van grensdetentie. Ook al zouden klagers met een vertrek naar Servië het risico lopen dat hun asielaanvraag in Hongarije niet meer wordt behandeld en ook al bestond de vrees dat ze onvoldoende toegang tot een asielprocedure in Servië zouden hebben, hiermee wordt hun verblijf in het Röske-centrum niet

20 EHRM (GK) 21 november 2019, 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715, par. 227 (*Ilias en Ahmed/Hongarije*).

21 Zie EHRM (GK) 21 november 2019, 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715, par. 228 (*Ilias en Ahmed/Hongarije*): 'In the present case, the Court observes that the Hungarian authorities were working in conditions of a mass influx of asylum-seekers and migrants at the border, which necessitated rapidly putting in place measures to deal with what was clearly a crisis situation.'

22 EHRM (GK) 21 november 2019, 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715, par. 228 (*Ilias en Ahmed/Hongarije*).

23 EHRM (GK) 21 november 2019, 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715, par. 241 (*Ilias en Ahmed/Hongarije*). Dit was een verschil met de *Amuur*-zaak, omdat Syrië niet was gebonden aan het Vluchtelingenverdrag.

24 EHRM (GK) 21 november 2019, 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715, par. 246 (*Ilias en Ahmed/Hongarije*).

25 EHRM (GK) 21 november 2019, 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715, par. 163-165 (*Ilias en Ahmed/Hongarije*).

26 EHRM (GK) 21 november 2019, 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715, par. 246 (*Ilias en Ahmed/Hongarije*).

27 EHRM 2 maart 2021, 36037/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0302JUD003603717 (*R.R. e.a./Hongarije*). Besproken door A. Terlouw in *EHRC Updates* 10 mei 2021.

zonder meer onvrijwillig in het licht van artikel 5 EVRM, aldus het EHRM.²⁸ Niettemin stelt het EHRM in dit arrest schending van artikel 5 EVRM vast vanwege de lange duur van vrijheidsontneming, de aanzienlijke vertraging in de behandeling van de asielaanvragen, het ontbreken van wettelijke bepalingen inzake de maximumduur van detentie en de omstandigheden waarin betrokkenen waren vastgehouden.²⁹ Een belangrijk verschil met de *Ilias en Ahmed*-zaak is dat het in deze zaak ging om een gezin met jonge kinderen, waarbij de moeder ook nog eens zwanger was. Daarnaast werd dit gezin meer dan drie maanden vastgehouden terwijl het in de *Ilias en Ahmed*-zaak om 23 dagen ging. Mogelijk heeft ook de (hierna te bespreken) uitspraak van het HvJ EU van december 2020, waarin schending van het recht op vrijheid werd vastgesteld, voor het EHRM in deze zaak een rol gespeeld.³⁰ Het EHRM benoemt net zoals in het *Ilias en Ahmed*-arrest ook in *R.R. e.a./Hongarije* het ‘mass influx’-argument ter rechtvaardiging van het grensdetentieregime. Het EHRM herhaalde daarbij het eerder uitgesproken standpunt dat een situatie van plotselinge toestroom van migranten op zichzelf staten niet van hun verantwoordelijkheden onder artikel 3 EVRM ontslaat.³¹ Daarnaast stelt het EHRM dat het zich volledig bewust is van de moeilijkheden waarmee staten zijn geconfronteerd bij de ‘massale komst van asielzoekers aan hun grenzen’. In de onderhavige zaak betekent dit volgens het EHRM dat in dergelijke omstandigheden een nationale regeling waarin bijvoorbeeld alleen de naam van de autoriteit is genoemd die de vrijheidsbenaming kan bevelen en waarin de formaliteiten van zo een bevel en de mogelijke gronden en beperkingen en ook de maximumduur van vrijheidsbeperking is vastgelegd, in algemene zin rechtmatig kan zijn, mits geen sprake is van willekeur.³² In het onderhavige geval echter, zo stelde het EHRM vast, bevatte de geldende wetgeving enige referentie naar de mogelijkheid om asielzoekers vast te houden, noch enige indicatie wat betreft de maximumduur.³³

Het ‘mass influx’-argument werd al eerder door het EHRM gebruikt in *J.R. e.a./Griekenland* inzake de toetsing van de leefomstandigheden in het Vial-hotspotcentrum op het eiland Chios.³⁴ In het onderhavige geval was volgens het EHRM sprake van een ‘augmentation exceptionnelle et brutal des flux migratoires’ en ondervond Griekenland logistieke en structurele moeilijkheden door de hoge aantallen van migranten die aankwamen (rond 1500 migranten per dag). Hierdoor ontstond een chaotische

situatie waarbij asielzoekers onvoldoende toegang hadden tot effectieve en snelle asielprocedures, maar ook tot adequate sanitaire voorzieningen. Volgens het EHRM was de periode van deze slechte omstandigheden echter niet langer dan dertig dagen en kon daarom geen schending van artikel 3 EVRM worden vastgesteld.³⁵ Ook de klacht inzake artikel 5 EVRM werd in deze zaak afgewezen omdat klagers een maand en tien dagen nadat ze hun wens om asiel aan te vragen hadden geuit, in vrijheid werden gesteld.³⁶ De klacht op grond van artikel 5 lid 2 EVRM werd overigens wel gegrond verklaard vanwege het ontbreken van tijdige en duidelijke informatie aan de klagers omtrent de juridische en feitelijke gronden van hun vrijheidsontneming.³⁷

Zoals Terlouw ook vaststelt, past het EHRM in de *R.R. e.a./Hongarije*-zaak, maar ook in andere arresten, een casusgerichte en sterk geïndividualiseerde beoordeling toe. Een dergelijke beoordeling past bij de rol van het EHRM maar maakt het in dit geval ook moeilijk om meer algemene richtlijnen voor de praktijk van vrijheidsbenaming aan de Europese buitengrenzen vast te stellen. Daarnaast biedt het EHRM met de erkenning van het ‘mass influx’-argument en de nadruk op het ontbreken van een wettelijke basis voor de vraag of sprake is van schending van artikel 5 EVRM, lidstaten de ruimte voor het vasthouden van asielzoekers in aparte grensdetentiecentra, mits wettelijk voorzien en met inachtneming van de genoemde voorwaarden.

2.2. Grensdetentie in het Unierecht en het HvJ EU

In het Unierecht biedt artikel 6 Handvest een met artikel 5 EVRM vergelijkbare bescherming van het recht op vrijheid. Daarnaast kent het EU-recht specifieke bepalingen inzake de voorwaarden van vrijheidsbeperking en -ontneming van asielzoekers en migranten in de Opvangrichtlijn, de Procedurerichtlijn en de Terugkeerricht-

28 EHRM 2 maart 2021, 36037/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0302JUD003603717, par. 81 (*R.R. e.a./Hongarije*).

29 EHRM 2 maart 2021, 36037/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0302JUD003603717, par. 83 (*R.R. e.a./Hongarije*).

30 Zie ook A. Terlouw in *EHRC Updates* 10 mei 2021. Het EHRM verwijst in par. 28 overigens wel naar het arrest *FMS e.a.* (HvJ EU 14 mei 2020, C-924/19 PPU en C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367), maar gaat hier verder niet inhoudelijk op in.

31 Het EHRM had dit eerder benadrukt in de arresten EHRM 21 januari 2011, 30696/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609, par. 223 (*M.S.S./België en Griekenland*) en EHRM 23 februari 2012, 27765/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509, par. 122 en 176 (*Hirsi Jamaa e.a./Italië*) en daarbij aangegeven dat ook in een situatie waarin zonder opzet betrokkenen aan mensonwaardige omstandigheden worden blootgesteld sprake kan zijn van schending van artikel 3 EVRM, zie ook EHRM 15 december 2016, 16483/12, ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD001648312, par. 184 (*Khlaifia e.a./Italië*) en recenter EHRM 27 oktober 2020, 19656/18, ECLI:CE:ECHR:2020:1027JUD001965618, par. 77 (*M.A./België*).

32 EHRM 2 maart 2021, 36037/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0302JUD003603717, par. 88 (*R.R. e.a./Hongarije*).

33 EHRM 2 maart 2021, 36037/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0302JUD003603717, par. 89 (*R.R. e.a./Hongarije*).

34 EHRM 25 januari 2018, 22696/16, ECLI:CE:ECHR:2018:0125JUD002269616 (*J.R. e.a./Griekenland*), gepubliceerd in *Ars Aequi Rechtspraakbundel 1950-2021* met noot van K.M. Zwaan.

35 EHRM 25 januari 2018, 22696/16, ECLI:CE:ECHR:2018:0125JUD002269616, par. 76-85 (*J.R. e.a./Griekenland*).

36 EHRM 25 januari 2018, 22696/16, ECLI:CE:ECHR:2018:0125JUD002269616, par. 53-54 (*J.R. e.a./Griekenland*).

37 EHRM 25 januari 2018, 22696/16, ECLI:CE:ECHR:2018:0125JUD002269616, par. 61-62 (*J.R. e.a./Griekenland*).

lijn met betrekking tot detentie in het kader van terugkeer.³⁸ Zo verplichten artikel 8 lid 2 Opvangrichtlijn en artikel 15 Terugkeerrichtlijn lidstaten om bij ‘bewaring’ of vrijheidsbeneming een individuele beoordeling te maken en ook te toetsen of niet minder dwingende maatregelen mogelijk zijn.

Wat betreft de vrijheidsbeneming in het kader van de uitzettingsprocedure, ook bij uitgeprocedeerde asielzoekers, heeft het HvJ EU strenge voorwaarden geformuleerd in de uitspraken *Kadzoev* en *Mahdi*.³⁹ Deze voorwaarden betreffen onder meer de plicht om uitdrukkelijk te toetsen of bij de vrijheidsbeneming echt sprake is van een ultimum remedium, met andere woorden, vast te stellen of geen andere en lichtere middelen kunnen worden ingezet om de terugkeer te verzekeren. Met andere woorden, lidstaten mogen niet zonder meer personen opsluiten vanwege het risico dat zij anders elders onderduiken of met onbekende bestemming (‘MOB’) verdwijnen, maar moeten eerst de mogelijkheid van alternatieve middelen, zoals bijvoorbeeld een meldingsplicht, onderzoeken. Daarnaast moeten de autoriteiten, en nationale rechters, expliciet toetsen of de bewaring uitsluitend plaatsvindt met het oog op de voorbereiding of de verwezenlijking van terugkeer: dit houdt in dat daadwerkelijk uitzicht op terugkeer naar het land van herkomst of een derde land moet bestaan.

Op grond van artikel 43 van de huidige Procedurerichtlijn mogen lidstaten in een zogenoemde grensprocedure voorzien waarbij asielzoekers aan de grens of in transitzones een besluit op hun asielverzoek moeten afwachten. Daarnaast bepaalt artikel 43 lid 3 van deze richtlijn dat wanneer vanwege de komst van grote aantallen asielzoekers aan de grens geen besluit kan worden genomen over de ontvankelijkheid of de inhoud van een asielverzoek, de grensprocedure mag worden toegepast ‘indien en zolang’ de betreffende personen ‘op normale wijze worden ondergebracht op plaatsen nabij de grens of de transitzone’. Deze situatie mag maximaal vier weken duren.

Wanneer binnen vier weken nog geen beslissing is genomen over het asielverzoek, dan moet de asielzoeker toegang tot het grondgebied van de EU krijgen en in een open asielzoekerscentrum worden opgevangen (tenzij andere redenen, zoals bedreiging van de openbare orde of de bescherming van de volksgezondheid, aanwezig zijn voor vrijheidsbeneming).

Op 14 mei 2020 deed het HvJ EU uitspraak in *FMS e.a.* inzake twee zaken betreffende de detentie van Afghaanse asielzoekers in de Röszke-transitruimte aan de Hongaarse grens.⁴⁰ De eerste zaak betrof een Afghaans echtpaar die voor zij in februari 2019 in de transitzone van Röszke een asielverzoek indienden, drie jaar daarvoor waren ge-

vlucht uit Afghanistan. De tweede zaak betrof een Iraanse man met een minderjarig kind die in december 2018 in de transitzone om asiel verzochten. In beide zaken waren de asielzoekers Hongarije via Servië binnengekomen. Ook werden in beide zaken de asielverzoeken door de Hongaarse autoriteiten afgewezen omdat de aanvragers uit een land zouden komen waar zij niet werden vervolgd of het risico liepen op ernstige schade of waar voor hen voldoende bescherming was gegarandeerd.

De uitspraak is van belang omdat het HvJ EU lidstaten weinig ruimte geeft om zelf te bepalen wanneer sprake is van vrijheidsbeneming op basis van het Unierecht en wanneer niet. Anders dan het EHRM in de *Ilias en Ahmed*-zaak, gaat het HvJ EU er in deze zaak onomwonden van uit dat sprake is van vrijheidsbeneming. Het Hof verwerpt het argument van de Hongaarse regering dat de asielzoekers de transitzone konden verlaten richting Servië. Het HvJ EU baseert deze vaststelling op basis van de specifieke omstandigheden bij het Röszke-centrum: een zone die door prikkeldraad is omgeven, het feit dat er sprake is van permanente bewaking en dat de asielzoekers zijn ondergebracht in containers. Op grond hiervan stelt het Hof vast dat sprake is van een bewaringsregime. Onder aanhaling van de toepasselijke Unierechtelijke regels, de Opvangrichtlijn en de Terugkeerrichtlijn verwijst het HvJ EU naar de strenge voorwaarden voor bewaring en stelt daarbij dat de detentie in het kader van de grensprocedure ook onder deze voorwaarden valt. Daarbij definieert het HvJ EU ‘bewaring’ als ‘een dwangmaatregel die een persoon zijn bewegingsvrijheid ontnemt door hem te bevelen permanent op een beperkt en afgesloten terrein te verblijven’.⁴¹

Het HvJ EU verwijst in dit arrest uitdrukkelijk naar het feit dat de verzoekers, door het Hongaarse grondgebied te verlaten, alle mogelijkheden dreigden te verliezen om in Hongarije de vluchtelingenstatus te krijgen op basis van het geldende recht.⁴² Volgens de Hongaarse asielwet kunnen nieuwe asielverzoeken immers alleen worden ingediend in een van de twee transitzones, namelijk de Röszke-transitzone en de Tompa-transitzone. Ook volgt uit die wet dat de asielautoriteit de procedure inzake internationale bescherming kan beëindigen indien de verzoeker een van deze twee zones verlaat, zonder dat tegen die beslissing in een bestuurlijke procedure kan worden opgekomen. Zonder in deze bijdrage hier verder uitgebreid op in te gaan, is het goed te vermelden dat een belangrijke vraag in deze procedure het recht op effectieve rechtsbescherming en de rol van de nationale rechter betreft. Dit recht is neergelegd in artikel 15 lid 2 derde alinea Terugkeerrichtlijn en artikel 9 lid 3 Procedurericht-

38 Zie 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 (*PbEU* 2013, L 180/96) (Opvangrichtlijn); Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (*PbEU* 2013, L 180/60) (Procedurerichtlijn); 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) (Terugkeerrichtlijn).

39 Zie HvJ EG 30 november 2009, C-357/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:741, *JV* 2010/30, m.nt. G.N. Cornelisse (*Kadzoev*) en HvJ EU 5 juni 2014, C-146/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:1320, *JV* 2014/230, m.nt. G.N. Cornelisse (*Mahdi*).

40 HvJ EU 14 mei 2020, C-924/19 PPU en C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, *JV* 2020/142, m.nt. G.N. Cornelisse (*FMS, FNZ, SA en SA jr.*).

41 HvJ EU 14 mei 2020, C-924/19 PPU en C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, punt 223, *JV* 2020/142, m.nt. G.N. Cornelisse (*FMS e.a.*).

42 HvJ EU 14 mei 2020, C-924/19 PPU en C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, punt 230, *JV* 2020/142, m.nt. G.N. Cornelisse (*FMS e.a.*).

lijn. Daarnaast wordt het recht op effectieve rechterlijke bescherming als afzonderlijk grondrecht beschermd in artikel 47 Handvest. Omdat in het betreffende Hongaarse recht geen enkele bepaling een dergelijke rechterlijke toetsing mogelijk maakt, diende het HvJ EU zich te buigen over artikel 47 Handvest als zelfstandige grondslag voor het recht op rechtsbescherming.⁴³ Met een verwijzing naar eerdere uitspraken benadrukt het Hof in de *FMS*-uitspraak dat artikel 47 Handvest rechtstreeks inroepbaar is.⁴⁴

Ongeveer een half jaar later, in december 2020, buigt het HvJ EU zich in de zaak *Europese Commissie/Hongarije* opnieuw over de vrijheidsbeneming van asielzoekers aan de grens.⁴⁵ De zaak betreft eveneens het systematisch vasthouden van asielzoekers in de zogenoemde 'transitzones' tussen Hongarije en Servië. Het HvJ EU concludeert dat Hongarije de betreffende juridische verplichtingen, artikel 43 Opvangrichtlijn, artikel 8 lid 3 Procedurerichtlijn, en ook artikel 15 Terugkeerrichtlijn, niet is nagekomen. Ten eerste stelt het HvJ EU net als in het eerdere arrest vast dat verzoeken om internationale bescherming van derdelanders of staatlozen die na aankomst uit Servië op het Hongaarse grondgebied de procedure voor internationale bescherming willen doorlopen alleen in de Röszke-transitzone (Hongarije) en de Tompa-transitzone (Hongarije) kunnen worden gedaan. Daarbij wijst het HvJ EU erop dat, doordat de Hongaarse autoriteiten een vaste en algemene bestuurspraktijk hanteren, het aantal verzoekers dat dagelijks deze transitzones binnen mag, drastisch is beperkt. Ten tweede stelt het HvJ EU vast dat Hongarije met de Röszke- en de Tompa-transitzone een 'stelsel van algemene bewaring van personen die om internationale bescherming verzoeken' heeft ingevoerd zonder de waarborgen van zowel de Procedure- als de Opvangrichtlijn in acht te nemen. Ten derde schendt Hongarije de procedures en waarborgen van de Terugkeerrichtlijn doordat het de verwijdering van alle illegaal op het Hongaarse grondgebied verblijvende derdelanders mogelijk maakt zonder dat een individuele beoordeling plaatsvindt. Ten slotte maakte Hongarije volgens het HvJ EU het recht van asielzoekers om op het Hongaarse grondgebied te blijven, afhankelijk van voorwaarden die in strijd zijn met het Unierecht, door hen in geval van 'crisisituatie ten gevolge van een massale toestroom van migranten' in bewaring te stellen op een manier die in strijd is met de Opvang- en Procedurerichtlijn.⁴⁶

Eind 2020, na de eerstgenoemde uitspraak van het HvJ EU, besloot de Hongaarse regering de Röszke-transitzone te sluiten. De toen aanwezige 280 migranten (waarvan sommigen al bijna twee jaar gedetineerd waren) werden gehuisvest in asielzoekerscentra. Op basis van een nieuwe wet, waarbij voor de noodzakelijkheid ook werd verwezen naar de COVID-19-pandemie, kan geen asielverzoek meer worden ingediend aan de grens, maar dienen derdelanders vooraf bij de Hongaarse ambassade in Belgrado of Kiev een 'statement of intent' in te dienen.⁴⁷ Het is duidelijk dat deze praktijk opnieuw vragen oproept wat betreft de naleving van het asielrecht.⁴⁸ Deze handelwijze zal dan ook aan het HvJ EU moeten worden voorgelegd.

3. Recht op asiel: solidariteit en 'legal pathways', maar geen humanitaire visa?

De hiervoor genoemde arresten laten zien dat beide gerechtshoven oog hebben voor de verantwoordelijkheden van lidstaten voor de uitvoering van grenscontroles en ook de moeilijkheden die ze daarbij kunnen ondervinden bij plotse 'migratiedruk' aan de buitengrenzen. In uitspraken ten aanzien van de zogenoemde relocatie- of herverdelingsbesluiten stelde het HvJ EU dat de 'significante en verhoogde druk waaronder het Griekse en het Italiaanse migratie- en asielstelsel stonden', het absoluut noodzakelijk maakt voor andere lidstaten om solidariteit te tonen jegens deze twee lidstaten.⁴⁹ In deze zaken wierp het Hof het beroep van Hongarije en Slowakije tot nietigverklaring van het Raadsbesluit van 22 september 2015 waarmee een door de Europese Commissie voorgesteld schema werd vastgesteld voor de relocatie of herverdeling van asielzoekers vanuit Griekenland en Italië naar andere lidstaten van de Unie. Hiermee onderstreepte het Hof het niet-vrijblijvende karakter van het solidariteitsbeginsel in artikel 80 VWEU.⁵⁰ In 2020, in de zaak die de Europese Commissie tegen Polen, Tsjechië en Hongarije had aangespannen wegens niet-uitvoering van deze besluiten, veroordeelde het HvJ EU de drie lidstaten wegens niet-naleving van hun verplichtingen op basis van de

43 Zie hierover uitgebreid S. Prechal, 'Het beginsel van effectieve rechtsbescherming in het Europees migratierecht', *A&MR* 2020, afl. 9, p. 436-443.

44 HvJ EU 14 mei 2020, C-924/19 PPU en C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, punt 140, *JV* 2020/142, m.nt. G.N. Cornelisse (*FMS e.a.*), met verwijzing naar de arresten HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, punt 78 (*Egenberger*); HvJ EU 29 juli 2019, C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626, punt 56 (*Torubarov*) en HvJ EU 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, punt 162 (*A.K. e.a. (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Sąd Najwyższy)*).

45 HvJ EU 17 december 2020, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029 (*Commissie/Hongarije*).

46 HvJ EU 17 september 2020, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029, punt 294 (*Commissie/Hongarije*).

47 <https://ecre.org/hungary-new-law-on-the-lodging-of-asylum-applications-at-embassies> en <https://asylumineurope.org/reports/country/hungary/asylum-procedure/general/short-overview-asylum-procedure>.

48 Zie onder meer de zorgen van het UNHCR: www.unhcr.org/news/press/2020/6/5efaf914/access-asylum-further-stake-hungary-unhcr.html.

49 HvJ EU 6 september 2017, C-643/15 en C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, punt 252 (*Slowakije en Hongarije/Raad*). Zie hierover mijn bijdrage 'Rechtsgeldigheid van het relocatiebesluit en de betekenis van het solidariteitsbeginsel in het EU-asielbeleid', *NtER* 2017, afl. 9/10, p. 219-225.

50 Zie uitgebreider over de juridische betekenis van het solidariteitsbeginsel in het asielbeleid: D. Thym & L. Tsourdi, 'Searching for solidarity in the EU asylum and border policies: constitutional and operational dimensions', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (24) 2017, afl. 5, p. 605-621.

herplaatsingsbesluiten.⁵¹ Daarbij verwees het nogmaals expliciet naar de verantwoordelijkheid van lidstaten op grond van artikel 80 VWEU om andere lidstaten zoals Italië en Griekenland te helpen beter het hoofd te bieden aan de ontstane noodsituatie ten gevolge van een plotse toestroom van onderdanen van derde landen op het grondgebied van bepaalde lidstaten. Daarnaast heeft het EHRM in verschillende asielzaken, zoals in het arrest *N.D. en N.T.* uit februari 2020, gewezen op de plicht van staten om te zorgen voor veilige en legale toegangswegen.⁵² De *N.D. en N.T.*-zaak betrof de klacht van een groep asielzoekers wegens schending van het verbod van collectieve uitzetting (artikel 4 Vierde Protocol bij het EVRM) vanwege het gewelddadige optreden van de Spaanse politie aan de Spaans-Marokkaanse grens (in de Spaanse enclave Melilla). Hierbij werden de betrokkenen zonder toegang tot een asielprocedure teruggestuurd naar Marokkaans grondgebied. De klacht werd afgewezen, maar het EHRM stelde voorop dat voor een effectieve bescherming van EVRM-rechten, staten met externe grenzen aan het Schengengebied, zoals Spanje, voldoende effectieve en reële mogelijkheden van legale binnenkomst beschikbaar moeten maken.⁵³ Omdat de klagers onvoldoende aannemelijk hadden gemaakt dat zij sterke of dringende redenen ('cogent reasons') hadden om geen gebruik te maken van aanwezige grensprocedures of de mogelijkheid om visum aan te vragen bij ambassades of consulaten konden zij, aldus het EHRM, ook geen beroep doen op het verbod van collectieve uitzetting.⁵⁴ Met andere woorden, het 'illegale karakter' van hun poging Europa binnen te komen, leek voor het EHRM de directe en groepsgewijze uitzetting aan de grens zonder enige vorm van rechtsbescherming te rechtvaardigen. In latere uitspraken inzake push-backacties aan de buitengrenzen, verwijst het EHRM opnieuw naar het feit dat klagers op illegale wijze het grondgebied van de betreffende staten waren binnengekomen, maar verbindt hier dan niet de conclusie aan dat geen sprake is van schending van het collectief uitzettingsverbod.⁵⁵ Dit lijkt erop te wijzen dat irreguliere binnenkomst niet automatisch betekent dat asielzoekers geen beroep kunnen doen op het collectief uitzettingsverbod.⁵⁶ Niettemin blijft onduidelijk wat het EHRM bedoelt met 'cogent reasons' om niet van bestaande wettelijke toegangswegen gebruik te maken, maar ook welke inspanningen precies van staten mogen worden verwacht op het gebied van legale migratie. Het is interessant dat de Spaanse hoogste rechter (Tribunal Supremo) in uitvoering van de *N.D. en N.T.*-uitspraak

van het EHRM, concludeerde dat asielzoekers die bij een Spaanse ambassade om internationale bescherming hadden verzocht, naar Spanje moesten worden overgebracht.⁵⁷ Hierbij verwees het Spaanse Hof uitdrukkelijk naar de informatie die de Spaanse regering tijdens de *N.D. en N.T.*-procedure aan het EHRM had voorgelegd, namelijk dat het Spaanse recht voorziet in 'legal pathways' wanneer de fysieke integriteit van asielzoekers wordt bedreigd. Deze voorwaarde had door het Spaanse ambassadepersoneel moeten worden beoordeeld.

De uitspraken van het HvJ EU en het EHRM leiden tot de vraag wanneer vluchtelingen een beroep kunnen doen op 'legal pathways' naar Europa. Dit om te voorkomen dat, zoals hiervoor besproken, zij arriveren aan de buitengrenzen en vervolgens worden blootgesteld aan push-backacties of onrechtmatige vrijheidsbeneming in grensdetentiecentra. Hierna bespreek ik twee uitspraken van het HvJ EU en het EHRM waarin vluchtelingen veilige toegangswegen zochten via de ambassades van Europese landen. Beide procedures betroffen de aanvraag voor humanitaire visa van een Syrisch gezin bij de Belgische ambassade in Libanon. Die bij het HvJ EU was ingediend op 22 augustus 2016 door een Syrisch gezin met twee kinderen; die bij het EHRM was ingediend op 12 oktober 2016 door een gezin met drie minderjarige kinderen. In beide zaken was de aanvraag gebaseerd op artikel 25 Visumcode.⁵⁸ Deze bepaling biedt lidstaten de bevoegdheid om visumplichtige derdelanders ook wanneer niet is voldaan aan alle algemene vereisten voor visumafgifte, een territoriaal beperkt visum (TBV) te verstrekken. Dit visum wordt dan bij wijze van uitzondering afgegeven wanneer de betrokken lidstaat dit noodzakelijk acht op 'humanitaire gronden, vanwege het nationaal belang of gelet op internationaalrechtelijke verplichtingen'. Het betreft een visum voor kort verblijf die de persoon enkel toegang geeft tot het grondgebied van de verstreckende lidstaat.

3.1. Visumcode en de zaak *X. en X.*: HvJ EU

In 2017, in de zaak *X. en X.*, concludeerde het HvJ EU dat de Visumcode niet van toepassing is op aanvragen

- 51 HvJ EU 2 april 2020, C-715/17, C-718/17 en C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257 (*Europese Commissie/Republiek Polen e.a.*). Zie ook SEW 2020, afl. 10, p. 178, m.nt. M. Chamon. Deze zaak betrof de Raadsbesluiten 2015/1523 en 2015/1601.
- 52 EHRM 13 februari 2020, 8675/15 en 8697/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515 (*N.D. en N.T./Spanje*).
- 53 EHRM 13 februari 2020, 8675/15 en 8697/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515, par. 209 (*N.D. en N.T./Spanje*).
- 54 EHRM 13 februari 2020, 8675/15 en 8697/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515, par. 212, 222-228 (*N.D. en N.T./Spanje*).
- 55 Zie EHRM 24 maart 2020, 24917/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0324JUD0002491715 (*Asady e.a./Slowakije*); EHRM 25 juni 2020, 9347/14, ECLI:CE:ECHR:2020:0625JUD000934714 (*Moustahi/Frankrijk*); EHRM 23 juli 2020, 40503/17, ECLI:CE:ECHR:2020:0723JUD004050317 (*M.K. e.a./Polen*).
- 56 Zie het commentaar van ECRE, *Across Borders: The Impact of N.D. and N.T. v Spain in Europe*, juni 2021.
- 57 Tribunal Supremo 15 oktober 2020, nr. 1327/2020, zie <https://vlex.es/vid/851378244>. In deze zaak speelde een rol dat aan gezinsleden van de aanvragers al in Spanje subsidiaire bescherming was geboden.
- 58 Verordening (EG) 810/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot vaststelling van een gemeenschappelijke visumcode (Visumcode) (*PbEU* 2009, L 243/1), gewijzigd in 2019 bij Verordening (EU) 2019/1155 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 810/2009 tot vaststelling van een gemeenschappelijke visumcode (Visumcode) (*PbEU* 2019, L 188/25).

voor humanitaire visa vanuit het buitenland.⁵⁹ De preliminaire vragen van de Belgische rechter gingen over de betekenis van ‘internationaalrechtelijke verplichtingen’ in artikel 25 Visumcode en of dit, behalve de bescherming van artikel 3 EVRM en artikel 33 Vluchtelingenverdrag, ook de bescherming van artikel 4 en 18 Handvest behelst.⁶⁰ Daarmee betrof de kern van de door de Belgische rechter voorgelegde vraag of artikel 25 Visumcode een positieve verplichting kan inhouden om een territoriaal beperkt visum te verstrekken wanneer sprake is van een risico op schending van het recht op non-refoulement of het recht op asiel.⁶¹ Zowel de bewoordingen ‘wordt afgegeven’ als ‘internationale verplichtingen’ in artikel 25 Visumcode impliceren immers een verplichting voor de lidstaat in de omschreven situatie.

Volgens advocaat-generaal Mengozzi in zijn conclusie bij deze zaak, zijn de lidstaten bij de weigering van een territoriaal beperkt visum op basis van artikel 25 Visumcode, gebonden aan de bepalingen van het Handvest, waaronder het non-refoulementsbeginnsel in artikel 4 en het recht op asiel in artikel 19.⁶² De advocaat-generaal gaat daarmee uit van de extraterritoriale werking van de Visumcode en daarmee ook van het Handvest.⁶³ Gezien de absolute bescherming van artikel 4 betekent dit, aldus de advocaat-generaal, dat wanneer gelet op de omstandigheden van het geval, ‘ernstige en op feiten berustende gronden bestaan om aan te nemen dat de weigering tot afgifte van dit document rechtstreeks ten gevolge zal hebben dat die onderdaan wordt blootgesteld aan behandelingen die door artikel 4 van het Handvest van de grondrechten zijn verboden’ de lidstaat gehouden is dit visum voor kort verblijf te verstrekken. Daarbij verwijst Mengozzi naar de algemene omstandigheden in zowel Syrië als Libanon en het absolute gebrek aan bescherming en uitzicht op veiligheid en ook naar de specifieke situatie van de verzoekers in deze zaak.⁶⁴ Behorend tot een christelijke minderheid, liep het gezin een bijzonder risico op uitsluiting, intimidatie en ernstige gewelddaden, zowel in Libanon als in andere buurlanden zoals Jordanië. Het HvJ EU kiest in zijn uitspraak een diametraal andere weg dan de advocaat-generaal. Het HvJ EU stelt vast dat blijkens de verwijzingsbeslissing en de overgelegde gegevens, de aanvragers een visumaanvraag hebben ingediend op humanitaire gronden ‘met de bedoeling bij hun aankomst in België in deze lidstaat asiel aan te vragen en bijgevolg een verblijfsvergunning te krijgen waarvoor de

geldigheidsduur niet beperkt is tot 90 dagen’.⁶⁵ Dergelijke visumaanvragen, ook al zijn zij op basis van artikel 25 Visumcode ingediend, vallen, aldus het HvJ EU, niet onder de werkingssfeer van de Visumcode. Hiervoor verwijst het naar de tekst van artikel 1 van de verordening waarin is bepaald dat de Visumcode procedures en voorwaarden vaststelt voor de afgifte van visa voor ‘een voorgenomen verblijf van ten hoogste 90 dagen binnen een periode van 180 dagen’. De Belgische autoriteiten zouden volgens het Luxemburgse Hof dan ook de aanvragen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, namelijk voor verblijf op asielgronden, ten onrechte hebben aangemerkt als aanvragen voor een visum kort verblijf.⁶⁶ Volgens het HvJ EU volgt deze conclusie zowel uit het gebrek aan Uniewetgeving waarin de bepalingen inzake humanitaire visa zijn geharmoniseerd, als uit de systematiek van het EU-asielbeleid. De Uniewetgever heeft tot nu toe geen enkele handeling vastgesteld op grond van artikel 79 lid 2 onder a VWEU, met daarin voorwaarden waaronder lidstaten humanitaire visa voor lang verblijf zouden moeten afgeven.⁶⁷ Volgens het HvJ EU zou het niet de bedoeling zijn geweest van de EU-wetgever om in de Visumcode de regelgeving inzake internationale bescherming te harmoniseren. Het HvJ EU verwijst ook naar de Procedurerichtlijn 2013/32/EU waarin expliciet is bepaald dat deze niet van toepassing is op asielaanvragen die bij vertegenwoordigingen van de lidstaten in derde landen worden ingediend.⁶⁸ Bovendien, aldus het HvJ EU, zou een conclusie op grond waarvan ‘onderdanen van derde landen (...) visumaanvragen kunnen indienen die tot doel hebben internationale bescherming te krijgen in een lidstaat naar keuze’ afbreuk doen ‘aan de algemene opzet van het bij verordening 604/2013 ingevoerde stelsel’ of met andere woorden de Dublinverordening.⁶⁹

Bij deze uitspraak kunnen wat kanttekeningen worden geplaatst. Zo gaat het HvJ EU niet in op de bestaande praktijk in verschillende lidstaten waarbij al aan asielzoekers een humanitair visum is verstrekt. Meerdere Europese staten, zoals Frankrijk, België, Duitsland, Ierland en Zwitserland, hebben humanitaire visa aan Syriërs verstrekt, ook op basis van de Visumcode, om deze personen zo de mogelijkheid te bieden naar het grondgebied van die staat te reizen en daar een verzoek om internatio-

59 HvJ EU 7 maart 2017, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, *JV* 2017/95, m.nt. S.G. Kok (*X. en X.*).

60 Artikel 33 Vluchtelingenverdrag, artikel 3 EVRM en artikel 4 Handvest bevatten het non-refoulementbeginnsel, artikel 18 Handvest beschermt het recht op asiel.

61 HvJ EU 7 maart 2017, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, punt 28, *JV* 2017/95, m.nt. S.G. Kok (*X. en X.*).

62 Concl. A-G P. Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:93, punt 80-84, bij HvJ EU 7 maart 2017, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, *JV* 2017/95, m.nt. S.G. Kok (*X. en X.*).

63 Concl. A-G P. Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:93, punt 89-94, bij HvJ EU 7 maart 2017, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, *JV* 2017/95, m.nt. S.G. Kok (*X. en X.*).

64 Concl. A-G P. Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:93, punt 154, bij HvJ EU 7 maart 2017, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, *JV* 2017/95, m.nt. S.G. Kok (*X. en X.*). Ten tijde van de visumaanvraag van X. en X. verbleven meer dan één miljoen Syriërs in Libanon. Daarbij had Libanon, zelf geen partij bij het Geneefse Vluchtelingenverdrag, de vluchtelingenorganisatie UNHCR geïnformeerd dat nieuwe asielaanvragen van Syriërs niet meer werden geregistreerd, zodat nieuw aangekomen Syriërs geen opvang en toegang tot de asielprocedure werd geboden.

65 HvJ EU 7 maart 2017, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, punt 42-43, *JV* 2017/95, m.nt. S.G. Kok (*X. en X.*).

66 HvJ EU 7 maart 2017, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, punt 50, *JV* 2017/95, m.nt. S.G. Kok (*X. en X.*).

67 HvJ EU 7 maart 2017, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, punt 44, *JV* 2017/95, m.nt. S.G. Kok (*X. en X.*).

68 Artikel 3 lid 1 en 2 Richtlijn 2013/32/EU.

69 HvJ EU 7 maart 2017, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, punt 48-49, *JV* 2017/95, m.nt. S.G. Kok (*X. en X.*).

nale bescherming in te dienen.⁷⁰ Daarnaast kennen landen als Oostenrijk, Nederland, Duitsland, Denemarken, Spanje, Malta en Italië, een beleid inzake de afgifte van visa kort verblijf ter verkrijging van een vergunning voor lang verblijf om humanitaire redenen.

De verwijzing van het HvJ EU naar de Procedurerichtlijn voor de conclusie dat de Visumcode niet van toepassing is, is te begrijpen gezien het feit dat, ook in het internationale recht, een recht op asiel buiten het grondgebied van staten niet wordt erkend. In de onderhavige situatie ging het echter niet om een asielaanvraag in het buitenland, maar om de aanvraag van een humanitair visum. De vraag die door de Belgische rechter was voorgelegd, was alleen of bij dreigende schending van het recht op non-refoulement, een lidstaat verplicht is een dergelijk visum af te geven. Hierbij is van belang dat het HvJ EU in dezelfde zaak bij de beoordeling of een prejudiciële spoedprocedure (PPU) noodzakelijk was, expliciet had vastgesteld dat het hier een situatie van artikel 4 Handvest betrof.⁷¹ Het gezin was niet alleen uit Syrië gevlucht vanwege de levensbedreigende situatie aldaar, maar ook werd hen in Libanon geen passende bescherming geboden. Volgens het HvJ EU werd dan ook niet betwist dat verzoekers in het hoofdgeding ‘daadwerkelijk het risico liepen te worden onderworpen aan onmenselijke of vernederende behandelingen’. Door de Visumcode, en daarmee het Unierecht niet op hun situatie van toepassing te verklaren, werden zij vervolgens van de bescherming van artikel 4 en 18 Handvest uitgesloten. De verwijzing van het HvJ EU naar de Dublinverordening voor de vaststelling dat de Visumcode niet van toepassing is, getuigt daarbij van formalisme. Zoals ook door de advocaat-generaal werd betoogd, is de keuzevrijheid van Syriërs of andere vluchtelingen in dergelijke situaties van onmiddellijke schending van non-refoulement beperkt. Bovendien voorziet de Dublinverordening zelf in de regel dat een lidstaat die een visum heeft verstrekt, verantwoordelijk is voor de behandeling van de asielaanvraag.⁷² Het HvJ EU toont met deze uitspraak ook weinig oog voor de praktische uitwerking van de Dublinverordening. Waar met het Dublinsysteem vooral de grensstaten verantwoordelijk worden gesteld voor de behandeling van asielaanvragen, zou een ruimere toepassing van humanitaire visa juist tot een meer logische en minder bureaucratische verdeling van de verantwoordelijkheid voor vluchtelingen binnen de EU kunnen leiden. Het HvJ EU concludeerde in 2011 zelf dat het ‘Dublinmechanisme’ niet automatisch

mag worden toegepast wanneer in de ‘verantwoordelijke’ grensstaat, sprake is van systematische problemen in de asielopvang en asielprocedures.⁷³

3.2. Artikel 3 EVRM en de zaak *M.N. e.a./België: EHRM*

Na de vorenstaande uitspraak van het HvJ EU, waren alle ogen gericht op het EHRM voor wat betreft de vraag of er op basis van artikel 3 EVRM een verplichting kan bestaan om een humanitair visum te verstrekken. Het arrest *M.N. e.a./België*, uit 2020, betrof de vraag of België wegens de weigering om via zijn ambassade in Libanon aan het Syrische gezin visa te verstrekken, artikel 3 EVRM had geschonden.⁷⁴ In de nationale procedure, die veel aandacht in de politiek en media kreeg, beval de rechter de Belgische autoriteiten een humanitair visum af te geven, echter dit werd door de voormalige Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Theo Francken, geweigerd. Het EHRM kiest in *M.N. e.a./België* voor een beperkte invulling van extraterritoriale rechtsmacht. Volgens het EHRM was in de onderhavige zaak op geen enkel moment sprake van uitoefening van ‘de facto’ controle op klagers door de Belgische autoriteiten. Het gezin had zich vrijwillig bij de ambassade gepresenteerd en was te allen tijde vrij de gebouwen van de ambassade te verlaten.⁷⁵ De uitsluitend ‘administratieve’ controle van de Belgische staat over diens ambassades was volgens het EHRM onvoldoende om jurisdictie te creëren. Ook de visumaanvraag en het besluit van de Belgische autoriteiten daarop is geen buitengewone omstandigheid die eenzijdig de aanvragers onder de extraterritoriale jurisdictie van de Belgische staat brengt.⁷⁶ Het EHRM voegt hieraan toe dat, zou het anders oordelen, er door eenzijdige keuzes van individuen een bijna universele toepassing van het EVRM zou ontstaan met daarbij bijna een ongelimiteerde verplichting voor staten om personen toe te laten die een risico lopen op schending van verdragsrechten. In de uitspraak maakt het EHRM niet duidelijk wat het precieze onderscheid is tussen ‘administratieve’ en ‘effectieve’ controle van de staat. Een belangrijk verschil tussen bijvoorbeeld nationale autoriteiten die ambassades of consulaten in het buitenland instrueren al dan niet een visum te verstrekken en een Ministerie van Defensie die instructies geeft aan militairen in het buitenland, is uiteraard dat ambassades over het algemeen niet beschikken over een ‘sterke arm’ of politiemacht.⁷⁷ Echter, in de Straatsburgse jurispruden-

70 Zie U. Iben Jensen, *Humanitarian visas: option or obligation?*, rapport ten behoeve van het Europees Parlement (Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs), september 2014, p. 43 e.v., [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509986/IPOL_STU\(2014\)509986_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509986/IPOL_STU(2014)509986_EN.pdf) en het overzicht in een brief van Caritas, CCME en andere christelijke organisaties van 15 september 2015 aan het Europese Parlement: <https://eurodiaconia.org/wordpress/wp-content/uploads/2015/09/ChristianOrg-150915-Humanitarian-visa-final.pdf>.

71 HvJ EU 7 maart 2017, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, punt 33, *JV* 2017/95, m.nt. S.G. Kok (X. en X.).

72 Artikel 12 Verordening (EU) 604/2013.

73 HvJ EU 21 december 2011, C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865 (*N.S./SSHD*).

74 EHRM 5 mei 2020, 3599/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0505DEC000359918 (*M.N. e.a./België*). De volgende bespreking is mede gebaseerd op mijn annotatie bij deze uitspraak in *JV* 2020/126.

75 EHRM 5 mei 2020, 3599/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0505DEC000359918, par. 118 (*M.N. e.a./België*).

76 EHRM 5 mei 2020, 3599/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0505DEC000359918, par. 121 (*M.N. e.a./België*).

77 Zoals in EHRM 23 maart 1995, 15318/89, ECLI:CE:ECHR:1995:0323JUD001531889 (*Loizidou/Turkije*) en EHRM 23 februari 2012, 27765/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509, (*Hirsi Jamaa e.a./Italië*) waar het ging om extraterritoriaal optreden van respectievelijk Turkse militairen en de Italiaanse grenswacht.

tie is voor de vaststelling van extraterritoriale jurisdictie fysieke machtsoefening niet altijd de bepalende factor. Zo zijn in het verleden klachten toegewezen van personen tegen hun staat omdat zij onvoldoende consulaire bijstand hadden gekregen in het buitenland.⁷⁸ Daarnaast heeft het EHRM al eerder in migratiezaken waarin een visum werd geweigerd aan onderdanen van derde landen, een schending van de positieve verplichting vastgesteld op grond van artikel 8 EVRM.⁷⁹ In deze zaken ging het wel steeds om zaken waarbij een familielid zich reeds op het grondgebied van de betreffende staat bevond. Dit is een duidelijk verschil met aanvragen van asielzoekers die zich nog buiten het grondgebied bevinden. Toch wringt het dat waar het om de absolute bescherming van het non-refoulementbeginsel gaat, ten aanzien van diegenen die zich tot de ‘administratieve’ macht van een staat in het buitenland wenden, een beperktere invulling van de jurisdictie onder het EVRM wordt toegepast.

Het EHRM herhaalt in *M.N. e.a.* de standaardoverweging inzake de soevereiniteit van staten inzake migratie- en grenscontrole, maar voegt hieraan toe dat deze soevereiniteit niets afdoet aan de inspanningen van de staten om toegang tot asielprocedures via hun ambassades of consulaire vertegenwoordigingen mogelijk te maken (‘does not prejudice the endeavours made by the States Parties to facilitate access to asylum procedures through their embassies and/or consular representations’).⁸⁰ Hoewel het EHRM dus wel degelijk een extraterritoriale verantwoordelijkheid bij de staten legt, maakt het tegelijk duidelijk dat het hierbij gaat om het creëren van mogelijkheden van legale toegangswegen, echter niet om verplichtingen.

Toch kan deze verwijzing naar legale toegangswegen niet los worden gezien van de eerdere overweging van het EHRM in de hiervoor genoemde *N.D. en N.T.*-zaak.

Hierin ging het EHRM uitgebreid in op informatie van de Spaanse regering om te concluderen dat betrokkenen een asielaanvraag bij de Spaanse ambassade hadden kunnen indienen. Het feit dat zij géén gebruik hadden gemaakt van deze mogelijkheid, werd vervolgens meegewogen voor de vraag of sprake was van schending van het verbod van collectieve uitzetting. Afgezien van het feit dat in de zaak *N.D. en N.T.* helemaal niet was aangetoond dat de klagers zich daadwerkelijk tot de ambassade konden wenden, roept deze redenering van het EHRM in het licht van de *M.N. e.a.*-zaak vragen op.⁸¹ Nu immers zowel het HvJ EU als het EHRM hebben geconcludeerd dat staten niet verplicht zijn om humanitaire visa voor asielzoekers te verstrekken, aan welke ‘asielprocedures via ambassades en/of consulaire vertegenwoordigingen’

zou het EHRM dan denken? En hoe ver reikt de bewijslast voor het vaststellen van het bestaan van toegankelijke en legale toegangswegen, maar ook of een asielzoeker daar wel of niet op basis van ‘cogent reasons’ geen gebruik van heeft gemaakt?

4. Conclusies

De bespreking van de hiervoor genoemde uitspraken laat zien dat beide hoven, zowel het EHRM als het HvJ EU, strenge regels toepassen wat betreft de bescherming van het recht op vrijheid aan de buitengrenzen van Europa. Beide rechtsinstanties maken korte metten met de door de lidstaten ingebrachte ficties, dat ofwel geen sprake is van vrijheidsontneming, omdat het betrokkenen altijd vrijstaat het detentiecentrum te verlaten, via het buurland of per vlucht naar het land van herkomst; ofwel dat betrokkenen zich nog niet binnen de jurisdictie van de betreffende staat bevinden doordat het een ‘transitzone’ betreft. Het EHRM respectievelijk het HvJ EU zijn duidelijk hierover: wanneer de opvang of detentie van asielzoekers feitelijk op het grondgebied van een lidstaat plaatsvindt, is het EVRM c.q. het Unierecht van toepassing. Hierdoor dient de vrijheidsontneming te voldoen aan de voorwaarden in artikel 5 EVRM en artikel 6 Handvest en ook aan de specifieke voorwaarden zoals neergelegd in de Procedure-, de Opvang- en de Terugkeer-richtlijn. Het EHRM lijkt in situaties van ‘mass influx’, wanneer een lidstaat wordt geconfronteerd met grote aantallen asielzoekers, de lat lager te leggen wat betreft deze voorwaarden. Echter, ook in die situaties heeft het Straatsburgse Hof uitdrukkelijk vastgesteld dat er een wettelijke basis moet zijn voor de vrijheidsontneming, waarbij ook de maximumduur van de detentie moet worden vastgelegd. Deze criteria zijn van belang bij de behandeling van het Migratiepact, en met name wat betreft het screeningvoorstel, waarin nieuwe vormen van grensbewaring zijn voorgesteld en de EU-wetgever door vage begrippen als ‘ophouden in bepaalde locaties’ opnieuw de voorwaarden die gelden voor vrijheidsontneming lijkt te willen omzeilen.⁸² Met name de uitspraken van het HvJ EU inzake de Hongaarse detentiecentra aan de grens laten zien dat ook in de situatie van massale komst van migranten, lidstaten het EU-asielrecht ter bescherming van asielzoekers moeten toepassen. Wat betreft de verplichtingen van lidstaten jegens vluchtelingen en asielzoekers in het algemeen, bevatten de uitspraken van de Europese rechters soms tegenstrijdige

78 Zie bijvoorbeeld het besluit van de (toenmalige) Commissie van 5 oktober 1984, 10686/83, ECLI:CE:ECHR:1984:1005DEC001068683 (*S./Duitsland*).

79 EHRM 10 juli 2014, 52701/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0710JUD005270109 (*Mugenzi/Frankrijk*) en ook EHRM 20 oktober 2005, 8876/04, ECLI:CE:ECHR:2005:1020DEC000887604 (*Haydarie/Nederland*). In het laatste geval betrof het een aanvraag voor een machtiging tot voorlopig verblijf.

80 EHRM 5 mei 2020, 3599/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0505DEC000359918, par. 124-126 (*M.N. e.a./België*).

81 Of zoals Moritz Baumgärtel in zijn blog zegt: ‘adding insult to injury’, zie M. Baumgärtel, ‘Reaching the dead-end: *M.N. and Others* and the question of humanitarian visas’, *Strasbourg Observers* 7 mei 2020, <https://strasbourgobservers.com/2020/05/07/reaching-the-dead-end-m-n-and-others-and-the-question-of-humanitarian-visas/#more-4663>.

82 Zie onder meer G. Cornelisse & M. Reneman, ‘Border Procedures in the Commission’s New Pact on Migration and Asylum: A Case of Politics Outplaying Rationality?’, *European Law Journal* (26) 2020, afl. 3/4, p. 181-198.

signalen. Zo worden de lidstaten uitdrukkelijk gehouden aan hun verplichtingen op basis van het absolute verbod van refolement in artikel 3 EVRM en artikel 4 Handvest. Ook heeft het EHRM meerdere malen gewezen op de verantwoordelijkheid van staten om zoveel mogelijk 'legal pathways' te creëren. En ook al heeft het EHRM in *N.D. en N.T.* het 'illegale karakter' van de grensoverschrijding door klagers mee laten wegen voor de vraag of sprake was van schending van het verbod op collectieve uitzetting, uit latere uitspraken blijkt dat het dan wel aan de betreffende staat is om aan te tonen dat legale toegangswegen, zoals bescherming via ambassades, daadwerkelijk openstonden. Niettemin is de reikwijdte van deze 'bewijslast' onduidelijk. Zowel het HvJ EU als het EHRM concluderen op basis van een beperkte lezing van het geldende recht dat staten niet verplicht zijn asielzoekers humanitaire visa te verstrekken, zelfs niet wanneer sprake is van een mogelijke schending van het refolementverbod. Met name in *X. en X.* is de beperkte lezing van de Visumcode door het HvJ EU teleurstellend. Daarbij getuigt de uitleg van de samenhang met het algemene EU-asielrecht en met name van het Dublinsysteem van een formalistische, maar ook weinig praktische opvatting.

In dit kader zit er een spanning tussen de uitspraken van de Europese gerechtshoven, waarbij het HvJ EU de toepassing van de Visumcode rigoureuus afwijst voor de verstrekking van humanitaire visa, terwijl het EHRM de staten oproept om in 'legal pathways' te voorzien. Hoewel het dit niet als een uitdrukkelijke verplichting formuleert, is het duidelijk dat het EHRM de legitimiteit van asiel- en grensbeleid verbindt aan de inspanning die staten leveren om in veilige toegangswegen te voorzien. De uitspraken van zowel het HvJ EU en het EHRM laten zien dat hoewel lidstaten ruimte houden voor een restrictief asielbeleid, hierbij fundamentele rechten, zoals het recht op vrijheid en het recht op asiel, gewaarborgd moeten blijven. Voorop staat dat wat betreft een solidaire uitvoering van het asielsysteem en de bescherming van de rechten van asielzoekers en vluchtelingen, de EU-wetgever en de individuele lidstaten aan zet zijn. Het Migratiepact, gezien de nadruk op grenscontroles en restrictieve maatregelen, maar ook de huidige praktijk aan Europa's buitengrenzen, bieden daartoe vooralsnog weinig reden tot hoop.