

COLLEGE VOOR

**DE RECHTEN
VAN DE MENS**

ADVIES

**Aan de staatssecretaris van Veiligheid & Justitie over het
wetsvoorstel Terugkeer en Vreemdelingenbewaring**

Februari 2014

1 Inleiding

De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (hierna: de staatssecretaris) heeft het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) bij brief van 20 december 2013 gevraagd te adviseren over het wetsvoorstel Terugkeer en Vreemdelingenbewaring.

De staatssecretaris beoogt met dit wetsvoorstel een nieuw bestuursrechtelijk regime en kader voor vreemdelingenbewaring in te voeren.¹ Blijkens de Memorie van Toelichting (MvT) is het ultimatum remedium beginsel het uitgangspunt.² Dat houdt in dat de vrijheidsontneming van vreemdelingen alleen dan wordt ingezet als minder ingrijpende middelen niet kunnen worden toegepast. Dit is een goed uitgangspunt waarop tal van organisaties³ verschillende malen hebben aangedrongen. Ook beoogt het wetsvoorstel meer aandacht te besteden aan de positie van kwetsbare groepen bij het opleggen van bewaring en in het regime.

Uitgangspunt bij dit advies is dat staten onder voorwaarden de bevoegdheid hebben om de vrijheid van vreemdelingen in de context van migratie in te perken. Dat geldt zowel in verband met de bevoegdheid om te voorkomen dat vreemdelingen zonder toestemming het grondgebied betreden (artikel 6 Vreemdelingenwet) als om de uitzetting van vreemdelingen te bewerkstelligen (artikel 59 Vreemdelingenwet).

Vreemdelingenbewaring en grensdetentie zijn vrijheidsontnemende maatregelen. Toepassing ervan is gebonden aan mensenrechtelijke normen. Dat geldt ook voor de omstandigheden in detentie.

In artikel 5 van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (EVRM) en artikel 6 van het EU Grondrechtenhandvest is geregeld dat een ieder recht heeft op persoonlijke vrijheid en veiligheid, hetgeen inhoudt dat niemand zijn vrijheid wederrechtelijk of willekeurig mag worden ontnomen. In artikel 9 van het Internationaal Verdrag inzake de Burgerlijke en Politieke rechten (IVBPR) is een soortgelijke bepaling opgenomen. Artikel 5, eerste lid EVRM legt daartoe onder de subleden a tot en met f een aantal voorwaarden neer. Voor het detineren van vreemdelingen is met name sub f van belang. Daarin is opgenomen dat overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure iemands vrijheid slechts mag worden ontnomen in het geval van rechtmatige arrestatie of detentie van een

¹ Zie ook, brief van de staatssecretaris aan de Voorzitter van de Tweede kamer van 13 september 2013, TK 2012-2013, 19 637, nr. 1721.

² MvT, p. 2

³ Onder meer: het Europees Comité voor de Preventie van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing (CPT), het VN Comité tegen Foltering (CAT), de Nationale Ombudsman, de Adviescommissie Vreemdelingenzaken (ACVZ), de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ), UNHCR, Amnesty International en Justitia et Pax. Wereldwijd heeft vreemdelingenbewaring al geruime tijd aandacht binnen de Verenigde Naties, hetgeen heeft geleid tot uitbreiding van het mandaat van de Working Group on Arbitrary Detention door de toenmalige VN Mensenrechtencommissie in 1997, A/HRC/10/21, par 80 (a). Ook de Speciale Rapporteur voor mensenrechten van migranten heeft hierover geadviseerd, evenals over mogelijke alternatieven voor detentie: Mr. Jorge Buscamente, report to the 11th Session of the Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/11/1, van 14 mei 2009, par 24, 27 en 43.

persoon teneinde hem te beletten op rechtmatige wijze het land binnen te komen, of van een persoon waartegen een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is.

Verder zijn ten aanzien van asielzoekers en vluchtelingen bepalingen uit het Internationaal Verdrag inzake de status van Vluchtelingen (het Vluchtelingenverdrag) van belang. Asielzoekers en vluchtelingen mogen niet worden bestraft vanwege hun illegale inreis - omdat zij bijvoorbeeld niet beschikken over de (juiste) reis- en/of identiteitspapieren - indien zij zich onverwijld melden bij de autoriteiten van het land van aankomst en zij hiervoor een goede reden hebben. In artikel 31, tweede lid van het Vluchtelingenverdrag is neergelegd dat de bewegingsvrijheid van asielzoekers en vluchtelingen niet verder mag worden ingeperkt dan noodzakelijk. Uitgangspunt is dat detentie van asielzoekers en vluchtelingen zoveel mogelijk vermeden moet worden en eerder uitzondering dan regel mag zijn.⁴

De omstandigheden in detentie mogen uiteraard niet leiden tot een situatie die te kwalificeren is als een onmenselijke, vernederende behandeling en/of bestraffing (artikel 3 EVRM). Daarnaast is artikel 8 EVRM van toepassing, het recht op eerbiediging van het familie- en privéleven, dat ook het recht op lichamelijk een geestelijke integriteit impliceert.

Tot slot schrijft artikel 37 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) voor dat geen enkel kind op onwettige of willekeurige wijze van zijn vrijheid mag worden beroofd. De aanhouding, inhechtenisneming of gevangenneming van een kind mag slechts overeenkomstig de wet plaatsvinden en mag alleen worden gehanteerd als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur. Daarnaast dient een kind uiteraard behandeld te worden met menselijkheid, zodanig dat rekening wordt gehouden met zijn behoeften en zijn leeftijd. Daarnaast dient het kind onverwijld te beschikken over juridische en andere passende bijstand en kan hij de detentie aanvechten bij de rechter die onverwijld hierover dient te beslissen.

Dit advies bouwt voort op de eerdere inbreng van het College aan de *Committee against Torture* (CAT) en de aanbevelingen van het College uit de Jaarrapportage Mensenrechten 2012 aan de Nederlandse regering ten aanzien van vreemdelingendetentie.⁵

⁴ Zie onder meer UNHCR guideline on detention, guideline no. 3, <http://www.unhcr.org/505b10ee9.html>.

⁵ Jaarrapportage mensenrechten in Nederland 2012, p. 53: Het College voor de Rechten van de Mens is van oordeel dat vreemdelingenbewaring slechts mag plaatsvinden als uiterste middel en indien er daadwerkelijk uitzicht is op uitzetting van de betreffende vreemdeling. Daarnaast moet in elk individueel geval afgewogen worden of niet een minder ingrijpend middel aanwezig is om te garanderen dat de vreemdeling zich beschikbaar houdt voor uitzetting. Het College adviseert de regering een specifiek regime te ontwikkelen dat recht doet aan het feit dat het bij vreemdelingenbewaring niet gaat om bestraffing en dat gedetineerden voldoende mogelijkheden tot zinvolle dagbesteding biedt. Als aanzet tot deze ontwikkeling adviseert het College de pilot 'alternatieven voor vreemdelingenbewaring' uit te breiden. Kwetsbare personen moeten in aanmerking komen voor alternatieve, minder ingrijpende maatregelen dan detentie. Kinderen horen niet in vreemdelingendetentie te worden geplaatst. Het College dringt erop aan de medische zorg, inclusief psychiatrische zorg, te verbeteren in overeenstemming met de bevindingen van onder meer de Inspectie voor de Gezondheidszorg en het CPT."

Het College signaleert een drietal punten die in het wetgevingstraject verdere aandacht behoeven:

1. Op basis van het wetsvoorstel en de MvT bestaat nog onvoldoende duidelijkheid hoe het ultimum remedium-beginsel als uitgangspunt verwezenlijkt wordt bij de beslissing om vreemdelingenbewaring of grensdetentie op te leggen;
2. Het voorgestelde detentieregime en de regimedifferentiatie binnen vreemdelingenbewaring en grensdetentie verhouden zich moeizaam met het beginsel van minimale beperkingen;
3. Het regime in grensdetentie betekent een verslechtering ten opzichte van het huidige regime op basis van het Reglement grenslogies.

Hieronder volgt een toelichting op deze drie aandachtspunten en enkele andere kwesties. Daarbij verdient vermelding dat het College een aanvullend advies zal uitbrengen over grensdetentie van asielzoekers en vluchtelingen.

2 Voorwaarden voor vreemdelingenbewaring en grensdetentie

Op basis van artikel 5 EVRM gelden de volgende voorwaarden die bij de beslissing om een vreemdeling al dan niet in detentie te nemen dienen te worden gewaarborgd:

- Detentie moet in overeenstemming zijn met de nationale rechtsregels;
- De maatregel moet ten doel hebben de vreemdeling de toegang tot het grondgebied te ontfemen, hem uit te wijzen, dan wel hem uit te leveren;
- De detentie mag niet willekeurig zijn en moet te goeder trouw worden uitgevoerd;
- De maatregel moet nauw verbonden zijn met het doel;
- De plaats waar en de omstandigheden waaronder de maatregel wordt uitgevoerd moet passend zijn met inachtneming van het feit dat het te onderscheiden is van strafrechtelijke detentie;
- De maatregel mag niet langer duren dan strikt noodzakelijk is voor het beoogde doel.

Op grond van artikel 9 IVBPR mag niemand onderworpen worden aan wederrechtelijke of willekeurige detentie. Deze bepaling is van toepassing op alle vormen van detentie en dus ook op grensdetentie.⁶ Het uitgangspunt dat detentie niet willekeurig of “arbitrary” mag zijn, betekent concreet dat sprake moet zijn van een belangenafweging in het individuele geval. Er dient daarom getoetst te worden of detentie redelijk, noodzakelijk en proportioneel is, waarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen.⁷ Verder is een beleid dat uitgaat van standaard detentie of wanneer detentie eerder regel dan uitzondering is (presumptions that lead in favour of detention) aangemerkt als “unlawful”.

2.1 Vreemdelingenbewaring met het oog op uitzetting

Volgens vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is vreemdelingenbewaring, met inachtneming van de bovengenoemde voorwaarden, slechts toegestaan wanneer er daadwerkelijk zicht is op uitzetting van de desbetreffende vreemdeling. Op grond van artikel 5, eerste lid, onderdeel f EVRM is vrijheidsontneming slechts gerechtvaardigd zolang de uitzettingsprocedure in gang is. Wanneer de uitzettingsprocedure niet voortvarend verloopt, is vrijheidsontneming niet (langer) toegestaan.⁸

Naast zicht op uitzetting, dient in het licht van de boven genoemde voorwaarden, ook te zijn afgewogen of in het individuele geval een minder dwingend middel toepasbaar is. Deze verplichting vloeit eveneens voort uit artikel 15 van de Europese Terugkeerrichtlijn.⁹

⁶ HRC General Comment no. 8 (1982) on article 9, UN doc HRI/GEN/1/Rev 7, par 1.

⁷ Zie A. v. Australia en C. v. Australia, HRC Comm no. 900/200, 13 nov 2002, para 9.2.

⁸ Zie A. and Others v. United Kingdom, 3455/05, par. 171.

⁹ Richtlijn 2008/115/EG 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, PB EUL 348/98.

2.2 Grensdetentie van asielzoekers en vluchtelingen

Op grensdetentie is, naast artikel 5 EVRM en artikel 9 IVBPR, de Europese Opvangrichtlijn van toepassing. In de huidige Opvangrichtlijn is geen specifieke toets opgenomen op basis waarvan lidstaten verplicht zijn de noodzakelijkheid van detentie (noodzakelijkheidstoets) bij hun beslissing te betrekken alvorens tot detentie over te gaan.¹⁰ In de evaluatie van de huidige Opvangrichtlijn heeft de Europese Commissie echter gesteld dat: *'[g]iven that according to the Directive detention is an exception to the general rule of free movement, which might be used only when 'it proves necessary', automatic detention without any evaluation of the situation of the person in question is contrary to the Directive'*.¹¹

Op 20 juli 2015 moeten de bepalingen uit de herziene Opvangrichtlijn zijn geïmplementeerd in het nationale recht.¹² Ten aanzien van grensdetentie is overeengekomen (voortbordurend op bovengenoemde evaluatie van de Europese Commissie) dat personen niet in detentie mogen worden geplaatst om de enkele reden dat ze asiel aanvragen. Hier mag een lidstaat alleen van afwijken wanneer detentie noodzakelijk blijkt. Aan het detineren moet een individuele beoordeling vooraf gaan of in dat geval een minder dwingende maatregel niet effectief kan worden toegepast.¹³ Daarmee wordt een noodzakelijkheidstoets voor grensdetentie geïntroduceerd in het nationale recht naast de nu al bestaande verplichtingen uit artikel 9 IVBPR. Er moeten dan ook feitelijk alternatieven voor handen zijn en per individueel geval zal moeten worden afgewogen of niet kan worden volstaan met een lichter middel dan grensdetentie.

Overigens kent artikel 5, eerste lid onderdeel f van het EVRM, waarin de rechtmatigheid van vreemdelingenbewaring en grensdetentie van vreemdelingen is genormeerd, niet een dergelijke noodzakelijkheidstoets.¹⁴ Dat neemt echter niet weg dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) bij de beoordeling van de rechtmatigheid van grensdetentie wel de noodzakelijkheid van de detentie zal betrekken als zo'n noodzakelijkheidsvereiste in de nationale wetgeving van Nederland zal zijn neergelegd.¹⁵ Gelet op de in het geding zijnde belangen van asielzoekers en vluchtelingen mag van Nederland verwacht worden dat zij zich - mede in het licht van de boven genoemde vluchtelingenrechtelijke bepalingen en overeenkomstig artikel 9 IVBPR - bij wet aan een dergelijke toets committeert.

¹⁰ Artikel 7 Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in lidstaten, vindplaats Publicatieblad PB EUL 31/18.

¹¹ Commission evaluation of the RCD, supra n. 1, § 3.4.1, p. 7, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0745:FIN:EN:PDF>.

¹² Richtlijn 2013/33/EU van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (herschikking), PBEU L 180/96 (hierna herziene opvangrichtlijn).

¹³ Zie art 8 herziene opvangrichtlijn.

¹⁴ Saadi vs het VK, EHRM 29 januari 2008, 13229/03, ov 72.

¹⁵ Zie Sadaykov vs Bulgarije, EHRM 22 mei 2008, 75157/01, ov 25 en 26 en Rusuvs Oostenrijk, EHRM 2 oktober 2008, 34082/02, ov 57-58.

2.3 Ultimum remedium beginsel in het wetsvoorstel

De MvT bij het wetsvoorstel¹⁶ vermeldt dat invulling wordt gegeven aan bovengenoemde verplichtingen door een “nee-tenzij”-clausule toe te voegen aan het afwegingskader op basis waarvan al dan niet wordt overgegaan tot vreemdelingenbewaring. Daarmee wordt kennelijk bedoeld dat in de wettekst tot uiting zou moeten komen dat een vreemdeling **niet** in bewaring zal worden genomen, **tenzij** dit noodzakelijk is en een minder ingrijpend middel niet volstaat. Dit is in overeenstemming met het ultimum remedium beginsel. Een daarmee overeenstemmende wijziging in de bewoordingen van artikel 6 Vreemdelingenwet (Vw) ontbreekt echter. Het ziet er dus naar uit dat het afwegingskader ten aanzien van grensdetentie blijft zoals het was, hetgeen betekent dat iedere asielzoeker of vluchteling die via een lucht- of zeehaven inreist, maar niet over de juiste documenten beschikt of over voldoende middelen van bestaan, in grensdetentie wordt geplaatst.

Gezien de verplichtingen uit artikel 9 IVPR, de eerder genoemde vluchtelingenrechtelijke bepalingen en de toekomstige implementatie van artikel 8 van de herziene Opvangrichtlijn, waarin de noodzakelijkheidseis voor grensdetentie staat vermeld en tevens de verplichting tot het overwegen van minder dwingende alternatieven voor grensdetentie, ligt het naar oordeel van het College in de rede om nu ook ten aanzien van grensdetentie op basis van artikel 6 Vw dezelfde “nee-tenzij”-clausule toe te voegen aan het afwegingskader.

Over de wijze waarop tekstueel vorm wordt gegeven aan het “nee-tenzij” principe, nog het volgende.

In artikel 80, onderdeel J, van het wetsvoorstel staat dat het nieuwe artikel 59 lid 1 Vw zal luiden: “Tenzij in een bepaald geval andere maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, kan de vreemdeling (...) in vreemdelingenbewaring worden geplaatst”. Deze voorgestelde formulering leest meer als een “ ja.. indien” clausule dan als de bedoelde “nee... tenzij” clausule. Het miskent daarmee naar oordeel van het College de inspanningsverplichting om te onderzoeken of in een individueel geval een minder zwaar middel mogelijk is en dat vreemdelingen derhalve **niet** in bewaring zullen worden gesteld tenzij na onderzoek blijkt dat een minder ingrijpend alternatief niet toepasbaar is.

Om in de toekomst deze afweging zorgvuldig te kunnen maken, is het feitelijk aanwezig zijn van alternatieven voor vreemdelingenbewaring en grensdetentie van groot belang.

Het College adviseert de staatssecretaris om zowel in artikel 6 Vw als in artikel 59 Vw in de formulering het ultimum remedium karakter van de detentie steviger te verankeren en daarnaast voortvarend daadwerkelijke alternatieven voor detentie te ontwikkelen.

Persoonlijke omstandigheden in het wetsvoorstel

Bij de afweging of een minder ingrijpend middel dan detentie toepasbaar is, dienen de persoonlijke omstandigheden van de vreemdeling een rol te spelen, vooral bij vreemdelingen die in kwetsbare omstandigheden verkeren.

¹⁶ MvT, p. 12.

In Guideline 9¹⁷ identificeert de UNHCR een aantal kwetsbare groepen met wiens omstandigheden en behoeften speciaal rekening moet worden gehouden bij de beslissing tot plaatsing in detentie als ook wanneer zij eenmaal in detentie zijn geplaatst. Dit zijn slachtoffers van trauma en marteling (9.1), (on)begeleide kinderen (9.2), vrouwen (9.3), (potentiële) slachtoffers van mensenhandel (9.4), asielzoekers met beperkingen (9.5), ouderen (9.6) en LHBT asielzoekers (9.7). In het wetsvoorstel en de MvT wordt er op verschillende plaatsen aan het individuele belang van kwetsbare groepen gerefereerd. Zo wordt in artikel 1, onderdeel g van het wetsvoorstel de definitie van kwetsbare groepen opgenomen, welke overeenkomt met de definitie van kwetsbare groepen uit de Terugkeerrichtlijn.¹⁸

Voor kinderen gelden extra waarborgen op basis van de verplichtingen uit het Internationaal verdrag inzake de rechten van het Kind (IVRK). Daarin staat dat bij iedere beslissing die een kind aangaat, een afweging moet worden gemaakt of de beslissing in het belang van het kind is (artikel 3) en dat elk kind het recht heeft zich te ontwikkelen (artikel 6). In artikel 37 is neergelegd dat de vrijheid van het kind slechts mag worden ontnomen als dit strikt noodzakelijk is en voor een zo kort mogelijke periode.. Op basis van een studie van de Fundamental Rights Agency (FRA) blijkt dat een derde van de Europese lidstaten detentie van minderjarigen niet toestaat.¹⁹ Het Kinderrechtencomité heeft verklaard dat “*detention cannot be justified just because the child is unaccompanied or separated, or on the basis of his or her migration or residence status.*”²⁰ Ook de VN Working Group on Detention heeft zich in soortgelijke zin uitgelaten: “*Given the availability of alternatives to detention, it is difficult to conceive of a situation in which detention of unaccompanied minors would comply with the requirements of article 37.*”²¹ Deze uitgangspunten ziet men ook terug in de rechtspraak van het EHRM, zoals uit onderstaande voorbeelden blijkt.

In de zaak *Kanagaratnam and others v. Belgium* bijvoorbeeld, verbleef een alleenstaande moeder met haar drie kinderen in een detentiefaciliteit die volgens het EHRM ongeschikt was voor kinderen.²² Daarnaast wisten de Belgische autoriteiten dat de kinderen getraumatiseerd waren voordat zij in België aankwamen. Deze omstandigheden maakten dat de detentie onrechtmatig was. In de zaak *Rahimi v. Greece* heeft het EHRM geoordeeld dat het automatisch detineren van een minderjarige jongen in strijd was met artikel 5, lid 1 EVRM omdat er geen rekening was gehouden met de specifieke omstandigheden en belangen van een minderjarig kind.²³

¹⁷ Guideline 9 on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012, <http://www.unhcr.org/505b10ee9.html>.

¹⁸ Artikel 3, lid 9 Terugkeerrichtlijn van 16 december 2008, PB EU L 348/98: minderjarigen, niet-begeleide minderjarigen, personen met een handicap, bejaarden, zwangere vrouwen, alleenstaande ouders met minderjarige kinderen en personen die gefolterd of verkracht zijn of andere ernstige vormen van psychisch, fysiek of seksueel geweld hebben ondergaan.

¹⁹ EU-FRA, Detention of Third Country nationals in return Procedures, p. 82-96.

²⁰ CRC Committee, General Comment No. 6 (2005), The treatment of Unaccompanied and Separated children Outside their Country of Origin, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 september 2005, par. 61.

²¹ WGAD, Report on Working Group on Arbitrary Detention, UN Doc. A/HRC/13/30, 15 januari 2010, par. 60.

²² EHRM, 13 december 2011, (*Kanagaratnam and others v. Belgium*) 15297/09, p. 69.

²³ EHRM, 5 april 2011 (*Rahimi v. Greece*), 8687/08, p. 108.

In aansluiting hierop is in artikel 17 van de Terugkeerrichtlijn opgenomen dat detentie slechts als laatste middel mag worden toegepast ten aanzien van minderjarigen en gezinnen en indien noodzakelijk, voor een zo kort mogelijke periode. Hier ligt de lat dus hoog. Daarbij neemt het College tevens in aanmerking dat de voorzieningen voor minderjarigen in detentie, zowel indien zij verblijven bij hun ouders en/of verzorgers, als wanneer zij als alleenstaande minderjarige zouden moeten verblijven in een Justitiële Jeugdinstelling, reden geeft tot grote zorg.

In het licht van deze genoemde verplichtingen heeft het College in de Jaarrapportage Mensenrechten in Nederland 2012 de aanbeveling opgenomen om kwetsbare personen in aanmerking te laten komen voor alternatieve, minder ingrijpende maatregelen dan detentie en dat kinderen niet in detentie horen te worden geplaatst.

De staatssecretaris heeft in de MvT aangegeven dat de criteria voor inbewaringneming, de contra-indicaties en de positie van de kwetsbare groepen nog worden uitgewerkt in het Vreemdelingenbesluit (Vb).²⁴ Daarover bestaat nu dus nog geen duidelijkheid.

Rechtsbescherming

Ten overvloede signaleert het College dat ook na invoering van de wetswijziging de rechtmatigheid van detentie zal worden voorgelegd aan de rechter en periodiek getoetst zal moeten worden of de bewaring nog steeds voldoet aan de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit.

²⁴ MvT, p. 39.

3 Wijzigingen in het regime

3.1 Uitgangspunten

Vreemdelingenbewaring en grensdetentie zijn administratiefrechtelijke maatregelen. Het onderbrengen van vreemdelingen in een regime en omgeving die strafrechtelijk is georiënteerd, is niet in overeenstemming met het uitgangspunt dat vreemdelingen die in bewaring worden genomen, geen strafrechtelijk vergrijp hebben gepleegd. In Europees verband wordt tenuitvoerlegging van vreemdelingenbewaring onder een strafrechtelijk georiënteerd regime verboden of in ieder geval onwenselijk geacht.²⁵ Daarnaast mogen deze maatregelen, wanneer zij worden toegepast, de vreemdeling niet verder in zijn rechten en vrijheden beperken dan door het doel van de maatregel gerechtvaardigd wordt.

3.2 Regime

Reeds eerder heeft het College aanbevolen om een specifiek regime te ontwikkelen voor vreemdelingenbewaring waarin uiting wordt gegeven aan het uitgangspunt dat vreemdelingen niet vastzitten onder een detentieregime dat gelijk is aan het regime voor personen die op een strafrechtelijke titel gedetineerd zijn.²⁶ In bewaring gestelde vreemdelingen moeten ook voldoende mogelijkheden tot dagbesteding hebben en de medische en psychiatrische zorg voor gedetineerde vreemdelingen moet worden verbeterd.

In het wetsvoorstel worden de artikelen die toezien op vreemdelingenbewaring uit de strafrechtelijk georiënteerde Penitentiaire Beginselenwet verwijderd. Dit is een stap in de goede richting. Echter, dat betekent nog niet per definitie dat het regime in de praktijk tot meer vrijheden en minder beperkingen leidt. In het wetsvoorstel wordt een regimedifferentiatie geïntroduceerd. Doel hiervan is de vrijheid van vreemdelingen slechts te beperken voor zover dat voor het doel van de bewaring en de handhaving van de beheersbaarheid en veiligheid van de inrichtingen noodzakelijk is.²⁷ Het nieuwe regime zal bestaan uit een verblijfsregime en een beheersregime. Beide regimes verschillen in de mate waarin de vrijheid van vreemdelingen wordt beperkt. De vrijheidsbeperkingen in het verblijfsregime zijn kleiner dan in het beheersregime. Bij binnenkomst zal een vreemdeling allereerst worden geplaatst op de binnenkomstafdeling waar het striktere beheersregime geldt. De directeur van de inrichting moet binnen twee weken beslissen in welk regime de vreemdeling (daarna) zal worden geplaatst.²⁸

Het plaatsen van vreemdelingen in het (meer vrijheidsbeperkende) beheersregime bij binnenkomst, strookt niet met het doel van het wetsvoorstel om de vrijheid van vreemdelingen zo min mogelijk in te perken. Dit uitgangspunt in het wetsvoorstel is vooral problematisch voor de asielzoeker of vluchteling die aan de buitengrens asiel aanvraagt en vervolgens bij binnenkomst in grensdetentie wordt geplaatst waar het striktere

²⁵ Standards CPT; Twenty Guidelines on Forced Return, guideline 10; onder meer: artikelen 3, 5 en 8 EVRM en artikel 15 Terugkeerrichtlijn.

²⁶ Zie voetnoot 4.

²⁷ MvT, p. 5.

²⁸ Artikel 17 en 18 van het wetsvoorstel.

beheersregime van toepassing is. Deze asielzoeker of vluchteling zal naar verwachting gedurende de eerste fase van zijn asielprocedure in grensdetentie onder het beperkende beheersregime vallen, daar de gemiddelde duur van grensdetentie twee weken bedraagt. In het kader van het beginsel van minimale beperkingen, behoort iedere vreemdeling bij binnenkomst in eerste instantie te worden geplaatst in het minst vrijheidsbeperkende verblijfsregime.

Indien het gedrag van de vreemdeling in het verblijfsregime daartoe aanleiding geeft, kan worden beoordeeld of plaatsing in het beheersregime aan de orde is, dan wel in bijzondere gevallen een maatregel uit hoofdstuk 5 of 6 is geboden. Hierbij moet gewaakt worden dat overplaatsing van het verblijfsregime naar het beheersregime niet gebruikt wordt als strafmaatregel. De kortdurende specifieke toepassing van een orde-, veiligheids- of strafmaatregel binnen het verblijfsregime kan onder omstandigheden gepaster zijn dan blijvende, langdurige plaatsing in het beheersregime.

Onder welke omstandigheden verplaatsing naar het beheersregime gerechtvaardigd is, kan nog niet worden beoordeeld. Nadere criteria voor plaatsing in het beheersregime moeten immers nog worden uitgewerkt in lagere regelgeving.²⁹ Het College kijkt daarnaar uit.

Het College adviseert vreemdelingen bij binnenkomst te plaatsen in het minder vrijheidsbeperkende verblijfsregime. Tevens adviseert het College in eerste instantie kortdurende veiligheids- of strafmaatregelen binnen het verblijfsregime toe te passen als daartoe aanleiding bestaat, alvorens tot overplaatsing naar een beperkter beheersregime over te gaan.

3.3 Visitatie

In het wetsvoorstel is opgenomen dat het onderzoek aan het lichaam (visitatie) voor zover mogelijk zal geschieden door gebruikmaking van een bodyscan, in plaats van de nu gebruikelijke handmatige visitatie. Dit is winst omdat het algemeen bekend is dat vreemdelingen handmatige visitatie als zeer belastend en vernederend ervaren.

De ratio voor het toepassen van een onderzoek aan het lichaam is gelegen in het onderscheppen van voorwerpen die een gevaar op kunnen leveren voor de orde en veiligheid binnen de inrichting. Artikel 8 EVRM waarborgt het recht op eerbiediging van het privéleven, meer specifiek de lichamelijke en geestelijke integriteit. Om te bezien of een inmenging in deze rechten binnen de grenzen van rechtmatigheid geschiedt, kijkt het EHRM naar de aanwezigheid van een wettelijke grondslag, of de vastgestelde begrenzing van de rechten plaatsvindt in het kader van één van de in het tweede lid van het artikel opgesomde rechtsbelangen, en de noodzaak ervan in een democratische samenleving. Verder is nog van belang de wijze waarop de visitatie wordt uitgevoerd en ook of het in verhouding staat tot het doel waartoe wordt gevisiteerd (artikel 3 EVRM)³⁰.

²⁹ MvT, p. 9.

³⁰ EHRM 22 februari 2007, 2293/03 (Wieser vs. Austria). En EHRM 12 juni 2007, 70204/01 (Frerot vs. France).

Dit brengt het College ertoe te adviseren dat, nu een alternatief middel voor handen is (namelijk de bodyscan), handmatige visitatie alleen dan mag worden toegepast als de bodyscan niet kan worden gebruikt, en er op basis van concrete aanwijzingen in een individueel geval sprake is van een zodanig veiligheidsrisico dat handmatig visiteren het enige mogelijke middel is en geen uitstel duldt tot een scan beschikbaar is. Hierbij merkt het College op dat in de belangenafweging om een vreemdeling al dan niet handmatig te visiteren, de persoonlijke omstandigheden van een vreemdeling moeten worden meegewogen. Dit geldt met name in het geval dat een vreemdeling behoort tot een kwetsbare groep zoals is gedefinieerd in de UNHCR Guidelines. Daarbij geldt tevens dat een vreemdeling niet door een personeelslid van het andere geslacht zou mogen worden gevisiteerd. Kinderen dienen in beginsel niet te worden gevisiteerd. Wanneer op basis van concrete aanwijzingen zijn dat er een ernstig veiligheidsrisico bestaat waardoor het visiteren echter noodzakelijk is en geen uitstel duldt tot een scan beschikbaar is, dient visitatie te geschieden op een wijze die zo min mogelijk belastend is voor het kind. Visitatie zou in zo'n geval bijvoorbeeld niet moeten worden uitgevoerd door personeel in uniform.

Wanneer ouders van kinderen handmatig moeten worden gevisiteerd, moeten de kinderen daar niet bij aanwezig zijn. Voor zowel de ouders als de kinderen is dit belastend.

Het is verheugend dat onderzoek aan het lichaam zoveel mogelijk zal gebeuren via een bodyscan, omdat handmatige visitatie als belastend en vernederend wordt ervaren. Als visitatie onder de genoemde voorwaarden noodzakelijk is, dan dient de vreemdeling niet te worden gevisiteerd door een personeelslid van het andere geslacht. Bij kinderen dienen extra waarborgen in acht genomen te worden in het belang van het kind. Zo dient visitatie niet plaats te vinden door personeel in uniform. Bij visitatie van ouders, dienen kinderen niet aanwezig te zijn.

3.4 Grensdetentie

Het voorgestelde gedifferentieerde regime heeft duidelijke nadelen voor vreemdelingen in grensdetentie waaronder asielzoekers en vluchtelingen die via Schiphol of een zeehaven zijn gereisd. Het nieuwe regime uit het wetsvoorstel betekent namelijk een verslechtering van het detentieregime zoals het thans geldt op basis van het huidige Reglement grenslogies. Het onderzoek aan het lichaam, plaatsing in een strafcel als ook het plaatsen in het beheersregime bij binnenkomst en daarna, zijn nu niet mogelijk op basis van het Reglement grenslogies. De verslechtering heeft ook betrekking op de orde-, veiligheids- en strafmaatregelen die van toepassing zullen zijn.

Het College adviseert de staatssecretaris de wet zo in te richten dat in het regime van grensdetentie zo min mogelijk (vrijheids)beperkingen gelden en in ieder geval geen verslechtering optreedt ten opzichte van het regime zoals het nu geldt op basis van het huidige Reglement grenslogies.

3.5 Procedurele waarborgen en toezicht

In het wetsvoorstelwetsvoorstel worden de bevoegdheden van de directeur verruimd. Tegen beslissingen van de directeur kan worden geklaagd bij de Commissie van Toezicht (CvT). In het kader van de inbreng van het College ten behoeve van de CAT-rapportage³¹, is een kort onderzoek verricht waaruit een aantal knelpunten ten aanzien van de CvT naar voren kwam. De CvT's zijn autonoom en er is nauwelijks uitwisseling van kennis en ervaringen. Dit kan leiden tot ongelijkheid in beslissingen waartegen maar beperkt hoger beroep wordt ingesteld. Dit kan kwalijk zijn waar het gaat over bijvoorbeeld de belangrijke beslissing om een vreemdeling al dan niet in het beheersregime te plaatsen. Ook is er bij het functioneren van de CvT een mogelijk knelpunt ten aanzien van de onafhankelijkheid geconstateerd nu in sommige gevallen bleek dat de directeur van de inrichting aanwezig was bij de vergaderingen van de CvT. Ten slotte is geconstateerd dat er bij een aantal CvT een gebrek is aan kennis over relevante mensenrechten.

Het toezicht van de CvT zal met de ruimere bevoegdheden van de directeur onder het onderhavige wetsvoorstel van toenemend belang zijn. Het College heeft eerder geconcludeerd dat er ten aanzien van het functioneren van de CvT nog een aantal verbeteringen te boeken is en wil dit graag onder de aandacht van de staatssecretaris brengen.

³¹ Zie voetnoot 2, p 13-15)

4 Conclusie

Het College verwelkomt de doelstelling van de staatssecretaris om de toepassing van vreemdelingenbewaring te verminderen en daarbij het ultimatum remedium beginsel in de wet te verankeren. Ook ziet het College het als een stap in de goede richting dat er een specifiek bestuursrechtelijk kader en regime gaat gelden in plaats van het strafrechtelijk georiënteerde regime dat nu van toepassing is op vreemdelingenbewaring. De systematiek in het wetsvoorstel ten aanzien van regimedifferentiatie lijkt niet uit te gaan van het uitgangspunt dat een vreemdeling zoveel mogelijk vrijheden krijgt, aangezien de vreemdeling bij binnenkomst de eerste twee weken te maken krijgt met het meest strikte regime. De uitwerking op een aantal belangrijke onderdelen, zoals de omgang met kwetsbare personen, is nog niet voorhanden, zodat het wetsvoorstel op dit moment nog niet op alle merites kan worden beoordeeld.

Het College betreurt dat de doelstellingen van het wetsvoorstel zich niet uitstrekken tot vreemdelingen in grensdetentie, waaronder asielzoekers en vluchtelingen. Het ultimatum remedium beginsel en een verblijf onder zo min mogelijk beperkingen in detentie indien er geen lichter middel kan worden toegepast, zou op hen ook van toepassing moeten zijn. Niet valt in te zien waarom vreemdelingen die nog een procedure op hun aanvraag hebben lopen minder waarborgen zouden genieten dan vreemdelingen op wier aanvraag negatief is beslist. Binnenkort zal het College over grensdetentie van asielzoekers en vluchtelingen een uitgebreider advies uitbrengen.

Tot slot verwelkomt het College het streven om detentie van kinderen zoveel mogelijk te vermijden. Echter, in het licht van de internationale verplichtingen, ligt het meer voor de hand als uitgangspunt te hanteren dat kinderen niet in detentie worden geplaatst. Het is tenslotte moeilijk voor te stellen dat bij de afweging van belangen een lichter middel of alternatief niet toepasbaar zou zijn. Daarbij weegt mee dat de in het wetsvoorstel beschreven voorzieningen en omstandigheden voor kinderen in detentie aanleiding geven tot bezorgdheid.