

Aan de demissionair minister voor Rechtsbescherming
F.M. Weerwind
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Postbus 16001
3500 DA Utrecht

Bezoekadres:
Kleinesingel 1-3
3572 CG Utrecht

030 888 38 88
info@mensenrechten.nl
www.mensenrechten.nl

Onderwerp
Wetgevingsadvies College voor de
Rechten van de Mens (op verzoek)
inzake de nota van wijziging bij de
novelle bij de Wet Terugkeer en
Vreemdelingenbewaring

Uw brief van
3 juli 2023
Uw kenmerk
[REDACTED]

Datum
11 september 2023
Ons kenmerk
[REDACTED]

Geachte minister Weerwind,

Bij brief van 3 juli 2023 heeft u het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) verzocht te adviseren over de nota van wijziging bij de novelle bij het wetsvoorstel Wet Terugkeer en Vreemdelingenbewaring (hierna: de nota van wijziging). Met dit advies komt het College graag aan dat verzoek tegemoet. Het College doet samengevat de volgende aanbevelingen:

- Artikel 0Cf en 0Ck: Het inperken van bewegingsvrijheid en dagbesteding is ook in uitzonderlijke omstandigheden een ernstige inperking van grondrechten. Dit vereist duidelijke criteria waaronder de maatregel kan worden ingesteld en ook weer opgeheven. Het College adviseert deze criteria - en meer voorbeelden waaronder de maatregel wel of juist niet van toepassing kan zijn - op te nemen in de Memorie van Toelichting. Bovendien adviseert het College de periode van drie maanden drastisch te verkorten. Voor het niet maximeren van het aantal verlengingen ontbreekt overtuigende argumentatie.
- Artikel 0U: Breng de vreemdelingenwet in overeenstemming met het EU-recht door een integrale beoordeling van de rechtmatigheid van inbewaringstellingen door de bestuursrechter mogelijk te maken, waarbij ook de feitelijke toepassing van het regime getoetst kan worden.

De bovengenoemde uitzonderingsbevoegdheid in uitzonderlijke omstandigheden, de in de novelle voorgestelde lockdown bevoegdheid, en de toegenomen inzet van vrijheidsbeperkende en afzonderingsmaatregelen in de praktijk onderstrepen de noodzaak van een dergelijke toetsing.

- Artikel ODg: Neem nadrukkelijk in de wettekst op dat afzondering niet als strafmaatregel wordt ingezet en in de Memorie van Toelichting dat voorafgaand aan de inzet van cameratoezicht *altijd* de proportionaliteit en subsidiariteit getoetst moet worden.
- Artikel ODb: Perk het minimumaantal uren in de buitenlucht voor vreemdelingen in het verblijfsregime niet in van twee naar één uur per etmaal.

Artikel OCf en OCk:

Met deze toevoeging wordt het mogelijk bij ministeriële regeling het wettelijk vastgelegde aantal uren bewegingsvrijheid en dagbesteding van vreemdelingen in zowel het verblijfs- als het beheersregime in te perken wanneer zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen.¹ Deze uitzondering kan drie maanden duren en daarna telkens met drie maanden worden verlengd. In het verblijfsregime moeten vreemdelingen zich wettelijk gezien minimaal twaalf uur per dag vrij kunnen bewegen, waarvan twee uur in de buitenlucht. In het beheersregime is dat zes uur, waarvan één uur in de buitenlucht. In het verblijfsregime bestaat er een recht op tien uur per week aan (sport)activiteiten. In het beheersregime is dat zeven en een half uur.

Het College constateert dat het wettelijk vastgelegde recht op bewegingsvrijheid en (sport)activiteiten een minimum betreft. De dwang waaraan vreemdelingen worden onderworpen in de bewaring dient beperkt te blijven tot hetgeen strikt noodzakelijk en proportioneel is om een doeltreffende terugkeerprocedure te waarborgen en er dient zoveel mogelijk voorkomen te worden dat de bewaring gelijkstaat aan detentie in een gevangenisomgeving.² De omstandigheden in bewaring moeten de bestuursrechtelijke aard van de vrijheidsbeneming reflecteren.³ Wanneer niet voldaan kan worden aan het wettelijk vastgelegde minimale recht op bewegingsvrijheid en (sport)activiteiten is dit al snel in tegenspraak met het bestuursrechtelijke karakter van de vreemdelingenbewaring en de (overige)

¹ Regels met betrekking tot de terugkeer van vreemdelingen en vreemdelingenbewaring (Wet terugkeer en vreemdelingenbewaring), gewijzigd voorstel van wet, 19 juni 2018, artikel 23 en artikel 36.

² HvJEU 10 maart 2022, *Landkreis Gifhorn*, C-519/20, ECLI:EU:C:2022:178, para. 54.

³ Zie paragraaf 69 in rapport van het bezoek aan Nederland door het CPT in 2022, <https://rm.coe.int/1680abb4b5>

voorwaarden voor vreemdelingenbewaring.⁴ Deze voorwaarden zijn ook in uitzonderlijke omstandigheden zoals een pandemie onverkort van toepassing. Het College ziet dit onvoldoende terug in de formulering van de voorgestelde uitzonderingsbevoegdheid en de Memorie van Toelichting. Het College adviseert om in de Memorie van Toelichting te verduidelijken op welke wijze deze bevoegdheid ingezet kan worden op een manier die proportioneel blijft aan het enkele doel van terugkeer, en hoe voorkomen wordt dat bij gebruikmaking van deze bevoegdheid de vreemdelingenbewaring te veel op strafrechtelijke detentie gaat lijken.

Een dergelijke inperking van grondrechten moet daarnaast gepaard gaan met duidelijke criteria waaronder de maatregel kan worden ingesteld en ook weer opgeheven. Het criterium waaronder de maatregel kan worden ingesteld is in de Memorie van Toelichting omschreven als ‘uitzonderlijke omstandigheden, zoals een pandemie’. Hoewel het begrijpelijk is dat het voorbeeld van een pandemie wordt gebruikt na de COVID-19 periode, biedt dit specifieke voorbeeld onvoldoende aanknopingspunten om te bepalen of en wanneer sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. Om willekeur en misbruik van deze bepaling te voorkomen, moet worden geconcretiseerd welke omstandigheden nog meer als uitzonderlijk worden gezien, en welke niet. Daarvoor moeten duidelijke criteria worden geformuleerd op basis waarvan de maatregel kan worden toegepast, en ook waaronder de maatregel weer wordt opgeheven. Het beginsel van rechtszekerheid en het daarmee samenhangende vereiste van voorzienbaarheid zoals geformuleerd in de jurisprudentie van het EHRM verplichten daartoe⁵ Een concreet voorbeeld is benoemen dat personeelstekort niet wordt verstaan als grond voor deze maatregel.⁶ Het College adviseert de Memorie van Toelichting op dit punt uit te breiden met criteria en voorbeelden.

⁴ Zie naar analogie: HvJ EU in paragraaf 97 van arrest *Landkreis Gifhorn* : “Gelet op het feit dat aan deze bepaling een uitlegging moet worden gegeven die zowel restrictief als verenigbaar met de werkingssfeer van artikel 18 van richtlijn 2008/115 is, kan de inbewaringstelling in een gevangenis in een situatie als bedoeld in punt 95 hierboven, allereerst slechts voor een korte periode, van niet meer dan enkele dagen, worden gelast, en enkel om de betrokken lidstaat in staat te stellen dringend de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de bewaring van de betrokkene zo snel mogelijk wordt voortgezet in een speciale inrichting voor bewaring. Voorts is een dergelijke bewaring volgens artikel 16, lid 1, tweede volzin, van deze richtlijn niet langer gerechtvaardigd wanneer de overbelasting van de speciale inrichtingen voor bewaring van de betrokken lidstaat langer dan enkele dagen aanhoudt of stelselmatig en met korte tussenpozen terugkeert.”

⁵ EHRM 19 mei 2016, nr. 37289/12 (J.N. t. het Verenigd Koninkrijk), § 77.

⁶ Zie het rapport over het bezoek aan Nederland door het CPT in 2022, <https://rm.coe.int/1680abb4b5>; ‘By contrast, at Rotterdam DC, most persons had to remain in their cells for a large part of the day (18 hours). Staffing resources should be significantly increased to enable an open-door regime (..) .’ (p. 6).

Daarnaast adviseert het College om gezien het ingrijpende karakter van deze maatregel de periode van drie maanden drastisch te verkorten. Ook de driemaandelijke periodieke herbeoordeling van noodzakelijkheid en proportionaliteit dient sterk ingekort te worden.

De verregaande inbreuk die deze maatregel maakt op de mensenrechten van betrokkenen vereist tevens dat strenge en duidelijke regels gesteld worden omtrent de mogelijke duur van de maatregel. Daarbij moet als uitgangspunt gelden dat het gaat om een tijdelijke maatregel. Vanuit mensenrechtelijk perspectief bezien is de mogelijkheid om de periode steeds met drie maanden te verlengen, zonder een maximale termijn op te nemen, daarom problematisch. Het College adviseert dan ook in de wettekst op te nemen dat de maatregel tussentijds moet worden opgeheven zodra de noodzaak voor de maatregel door veranderde omstandigheden niet meer aanwezig is.

Artikel 0U:

Dit artikel wijzigt artikel 96 Vreemdelingenwet 2000 (Vw). De wijziging beoogt te bewerkstelligen dat een rechter ten minste iedere 90 dagen de rechtmatigheid van een voortdurende bewaring beoordeelt. Hiermee wordt de Nederlandse wetgeving en praktijk - op dit punt - in overeenstemming gebracht met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).⁷

Het College adviseert deze wijziging aan te vullen met een wettelijke basis voor een integrale beoordeling door de rechter van de rechtmatigheid van inbewaringstellingen, waarbij ook de feitelijke toepassing van het regime getoetst kan worden. Daarmee wordt de rechterlijke toets van een vrijheidsontnemende maatregel als bedoeld in de artikelen 6, 58 en 59 Vw ook in overeenstemming gebracht met het arrest *Landkreis Gifhorn* van het HvJ EU.⁸ In dit arrest maakt het HvJ EU duidelijk dat de rechter beslist over de geschiktheid van een plaats en omstandigheden van vreemdelingenbewaring, 'rekening houdend met alle relevante aspecten en na een algehele beoordeling daarvan'.⁹ Logischerwijs valt onder 'alle relevante aspecten' ook de feitelijke toepassing van het regime.¹⁰ Dit is des te belangrijker in het licht van de in deze Nota van Wijziging voorgestelde uitzonderingsbevoegdheid in 'uitzonderlijke omstandigheden', de in de

⁷ HvJ EU 8 november 2022, *C, B en X*, C-704/20 en C-39/21, ECLI:EU:C:2022:858.

⁸ HvJEU 10 maart 2022, *Landkreis Gifhorn*, C-519/20, ECLI:EU:C:2022:178.

⁹ Ibid., para. 48.

¹⁰ Zie ook de bewoording van het HvJ EU in para. 65 ('alle feitelijke en juridische omstandigheden die van belang zijn') die naar analogie toegepast kan worden.

Novelle voorgestelde lockdownbevoegdheid en de toegenomen inzet van vrijheidsbeperkende en afzonderingsmaatregelen.¹¹ Op dit moment kunnen bewaringsrechters op basis van Nederlandse regelgeving een dergelijke toets niet verrichten. Volgens de Afdelingsbestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) volgt uit artikel 94 Vw dat de bewaringsrechter enkel kan oordelen over ‘de plaats of ruimte voor de uitvoering van de maatregel, gezien in het licht van het daar geldende regime’.¹² Daarbij gaat het om de vraag of de zogenoemde inrichtingscategorie correct is aangewezen. Personen in vreemdelingenbewaring kunnen alleen worden opgenomen in de inrichtingscategorie ‘huis van bewaring’. In 2010 concludeerde de ABRvS bijvoorbeeld dat ze niet kon oordelen over de vraag of de medische zorg die werd geboden op de detentieboot te Zaandam adequaat was, omdat dit de *verblijfsomstandigheden* op de detentieboot betrof en de daar gegeven ‘toepassing aan het voor de desbetreffende inrichtingscategorie vastgestelde regime’.¹³ Ook over het gebruik van disciplinaire straffen in Detentiecentrum Rotterdam en (eenzame) opsluiting als gevolg van Covid-19 maatregelen kon de ABRvS in 2020 om deze reden niet oordelen.¹⁴ De feitelijke toepassing van het regime kan alleen ter toetsing aan de beklagcommissie van de Commissie van Toezicht en in beroep aan de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming worden voorgelegd. Deze instanties kunnen dwangmaatregelen wel beperken, maar kunnen de inbewaringstelling niet beëindigen.¹⁵ Volgens het HvJ EU, echter, mogen op grond van de Terugkeerrichtlijn genomen bewaringsmaatregelen geen inbreuk maken op het recht op vrijheid zoals gewaarborgd door artikel 6 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Tegen met name deze achtergrond oordeelt het Hof dat de nationale bewaringsrechter moet bepalen of de plaats en omstandigheden van vreemdelingenbewaring onder artikel 15 van richtlijn 2008/115 geschikt zijn, “rekening houdend met *alle relevante aspecten* bij een *algehele beoordeling* daarvan” [nadruk toegevoegd].¹⁶ Daarbij dient de rechter bijzondere aandacht te besteden aan de inrichting van de ruimten waarin de personen in bewaring verblijven, aan de regels die hun bewaringsomstandigheden bepalen en de specifieke kwalificaties en taken van het personeel.¹⁷

¹¹ Zie paragraaf 91 van het rapport over het bezoek aan Nederland door het CPT in 2022, <https://rm.coe.int/1680abb4b5>; WODC (2021), *De beheerslast van vreemdelingen in bewaring in detentiecentrum Rotterdam: Beschrijving en duiding van de periode 2015-2019*.

¹² ABRvS 10 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO8075, r.o. 2.1.2.

¹³ *ibid.*

¹⁴ ABRvS, 25 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2795, r.o. 7.

¹⁵ Rb Den Haag 28 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10658 r.o.17.

¹⁶ HvJEU 10 maart 2022, *Landkreis Gifhorn*, C-519/20, ECLI:EU:C:2022:178, para 48.

¹⁷ *Ibid.*, para. 54.

De rechter dient in het licht van deze, en alle andere relevante omstandigheden, te beoordelen of de dwang waaraan de personen in bewaring worden onderworpen strikt noodzakelijk is in het licht van het doel van de vreemdelingenbewaring en zoveel mogelijk voorkomt dat de bewaring gelijkstaat aan detentie in een gevangenisomgeving.¹⁸

Artikel 0Dg:

In de toevoeging aan artikel 62a wordt genoemd dat een directeur kan bepalen dat een vreemdeling in een strafcel onder cameratoezicht kan worden geplaatst wanneer dit nodig is voor de bescherming van de gezondheid van de vreemdeling. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat deze clausule is opgenomen om ervoor te zorgen dat de mogelijkheid van cameratoezicht niet alleen in een afzonderingsruimte of andere verblijfsruimte mogelijk is, maar ook in een strafcel.

Het College adviseert met klem in de wettekst op te nemen dat afzondering niet wordt toegepast als strafmaatregel. Het Europees Comité voor de Preventie van Foltering en Onmenselijke Behandeling of Bestrafing (CPT) van de Raad van Europa dringt er na bezoek aan Nederland in 2022 op aan dat de Nederlandse overheid het juridische kader wijzigt zodat afzondering niet langer wordt ingezet als straf maar alleen – en terughoudend – als ordemaatregel¹⁹.

Ook adviseert het College in de Memorie van Toelichting op te nemen dat voorafgaand aan de inzet van cameratoezicht *altijd* de proportionaliteit en subsidiariteit getoetst moet worden. Vanuit mensenrechtelijk perspectief is een dusdanig vergaande beperking van het recht op privacy met het oog op bescherming van de gezondheid van de betrokkene slechts toegestaan voor zover dat strikt noodzakelijk en proportioneel is. Daarvoor is onder meer vereist dat sprake is van een ‘dringende behoefte’, hetgeen een hoge mate van urgentie impliceert, en dat er geen minder ingrijpende alternatieven voorhanden zijn om de gezondheid van de vreemdeling te beschermen.

Artikel 0Db:

Dit artikel bepaalt dat vreemdelingen die in afzondering zijn geplaatst het recht hebben op één uur in de buitenlucht per dag. Dit was al het geval voor vreemdelingen in het beheersregime, maar voor vreemdelingen in het verblijfsregime was twee uur bepaald. De reden voor deze aanpassing is dat het voor de inrichting lastig uitvoerbaar is twee verschillende regimes naast elkaar te hanteren, omdat er ongelijkheid tussen vreemdelingen ontstaat. Deze aanpassing zorgt er echter voor dat de rechten van vreemdelingen in het verblijfsregime verder worden ingeperkt.

Het College adviseert twee uur recht op verblijf in de buitenlucht toe te kennen aan vreemdelingen in afzondering ongeacht het regime.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Zie paragraaf 93 in rapport van het bezoek aan Nederland door het anti-foltercomité in 2022, <https://rm.coe.int/1680abb4b5>

Op die manier hoeft de inrichting niet twee verschillende regimes te hanteren, worden vreemdelingen dus gelijk behandeld en zorgt de wijziging niet voor een verslechtering van de situatie van vreemdelingen in afzondering binnen het verblijfsregime.

Voor nadere vragen of een toelichting bij dit advies kunt u contact opnemen met

[REDACTED], beleidsadviseur, via

Met vriendelijke groet,

Interim voorzitter