

Gespreksnotitie rondetafelgesprek d.d. 10 December 2015

Wetsvoorstel Terugkeer en Vreemdelingenbewaring

Dr. Galina Cornelisse, VU.

1. *Inleiding*

Mijn bijdrage richt zich op de vraag of de eis dat bewaring een uiterste middel dient te zijn (*ultimum remedium*) op adequate wijze in de nieuwe wet wordt vastgelegd. Deze vraag bespreek ik in het licht van de eisen die het Unierecht en het EVRM stellen aan een rechtmatige vreemdelingenbewaring. Mijn conclusie is dat de wet en de uitwerking daarvan in het ontwerp Besluit Terugkeer en Bewaring geen duidelijke waarborgen bieden opdat *in ieder individueel geval wordt bezien of een alternatief voor bewaring kan worden toegepast*. Zoals ik hieronder zal uiteenzetten heeft dat te maken met het feit dat het wetsvoorstel en het ontwerpbesluit geen duidelijk juridisch onderscheid maken tussen (1) maatregelen die mogen worden opgelegd gedurende de termijn voor het vrijwillige vertrek om het risico op onderduiken te beperken, en (2) de alternatieven voor bewaring. Het gevolg is dat alternatieven voor bewaring in de ogen van de regering slechts overwogen hoeven te worden indien de vreemdeling actief meewerkt aan vertrek. Dit is een incorrecte interpretatie van de eis dat bewaring slechts mag worden opgelegd indien minder dwingende middelen niet volstaan.

2. *Het recht op vrijheid in het Unierecht*

Het recht op vrijheid is een fundamenteel recht. Aan een eventuele inbreuk daarop dienen daarom extra eisen gesteld te worden. Een van die eisen, en samen met de voorwaarde van legaliteit de belangrijkste, is dat iedere inbreuk beantwoordt aan het beginsel van evenredigheid. Artikel 52 van het Handvest van de Grondrechten van de EU legt als algemeen beginsel neer dat beperkingen op de in het Handvest gewaarborgde rechten alleen toegestaan zijn met inachtneming het beginsel van evenredigheid, indien zij noodzakelijk zijn, en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden. Ook alle Unierechtelijke instrumenten die de vrijheidsbeneming van vreemdelingen reguleren (Terugkeerrichtlijn, Dublinverordening, Opvangrichtlijn) leggen de eis dat vrijheidsontneming een evenredige en noodzakelijke maatregel moet zijn expliciet neer.

Kort gezegd bestaat de beantwoording van de vraag of een inbreuk op een fundamenteel recht evenredig is uit de volgende drie stappen: (1) is er een legitieme grond voor de inbreuk (2) is die inbreuk noodzakelijk (3) moet er desalniettemin worden afgezien van de inbreuk omdat deze onevenredig bezwarend is voor het individu. De vraag naar de noodzakelijkheid – de tweede stap – kan worden beantwoord door te onderzoeken of met een lichter middel hetzelfde doel kan worden bereikt. Zij dient niet verward te worden met de eerste stap van de toets van de evenredigheid (is er een een grond voor de inbreuk/vrijheidsbeneming) en de derde (zijn er bijzondere, persoonlijke omstandigheden die maken dat de inbreuk/vrijheidsbeneming onevenredig bezwarend zou zijn voor het individu).

3. *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*

Volgens het Europese Hof van de Rechten van de mens betekent de eis dat vrijheidsbeneming een noodzakelijke maatregel dient te zijn dat het bestuur in ieder individueel geval dient te rechtvaardigen dat met een lichter middel niet kan worden volstaan:

“detention of an individual is such a serious measure that – in a context in which the necessity of the detention to achieve the stated aim is required – it will be arbitrary unless it is justified as a last resort where other less severe measures have been considered and found to be insufficient to

safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained" (EHRM 2 oktober 2008, *Rusu t. Oostenrijk*, para 58).

Indien het bestuur geen voorbeelden kan geven van alternatieve, minder ingrijpende, maatregelen die het heeft overwogen voordat zij tot vrijheidsbeneming is overgegaan, of niet motiveert waarom deze onvoldoende zijn, concludeert het EHRM steeds dat artikel 5 EVRM geschonden is (EHRM 4 april 2000, *Witold Litwa t. Polen*, para 79; en EHRM 25 februari 2005, *Enhorn t Zweden*, para 49 en 55. Zie ook EHRM 25 oktober 1996, *Hilda Hafsteinsdóttir t. IJsland*). Het bestuur mag dus niet slechts verwijzen naar de gronden van detentie, en beargumenteren dat de bewaring niet onevenredig bezwarend is met het oog op bijzondere omstandigheden. In ieder individueel geval is het gehouden tot het overwegen van alternatieven, en –zo het deze niet verkiest boven vrijheidsbeneming– om te beargumenteren waarom het van mening is dat deze onvoldoende waarborgen bieden om te uitzetting te verzekeren.

4. *Terugkeerrichtlijn*

De vraag of een lichter middel dient te worden toegepast dan bewaring moet dus binnen een specifieke context worden gesteld: het gaat om de vraag of deze minder dwingende maatregelen onvoldoende zijn om te waarborgen dat het *specifieke doel* dat met vrijheidsbeneming wordt nagestreefd wordt behaald. Dat specifieke doel bestaat in de context van de Terugkeerrichtlijn uit *verwijdering of uitzetting*; niet uit *vrijwillig vertrek* (zie ook HVJEU 28 april 2011, *El Dridi*, JV 211/242, para 39). We hebben hierboven gezien dat een correcte toepassing van de evenredigheidseis betekent dat de vraag naar de noodzaak van de detentie pas gesteld kan worden indien er voldoende gronden voor detentie zijn. In andere woorden: de vraag naar een lichter middel kan alleen maar gesteld worden *indien aannemelijk is dat de vreemdeling niet uit eigen beweging gevolg zal geven aan de op hem rustende vertrekplicht*. Anders bestaat er immers geen grond voor detentie, en verliest de vraag naar een lichter middel zijn juridische betekenis.

Bovenstaande maakt duidelijk dat het belangrijk is om onderscheid te maken tussen verplichtingen die kunnen worden opgelegd gedurende de termijn van het vrijwillig vertrek om het risico op onderduiken te beperken o.g.v. artikel 7 lid 3 Terugkeerrichtlijn, en de lichtere middelen die door het bestuur dienen te worden overwogen voordat het tot vrijheidsontneming van het individu kan overgaan. In de praktijk is dit misschien verwarrend omdat het vaak om dezelfde maatregelen zal gaan, zoals een meldplicht of een financiële zekerheidstelling (zie ook het wetsvoorstel), maar in juridische zin is er een belangrijk verschil. Des te belangrijker is het dat de wetgever het juridische toetsingskader van bewaring en de verhouding tussen bewaring en de toepassing van een lichter middel helder neerlegt in de toepasselijke regelgeving.

5. *Ultimum remedium in de wet (en het ontwerpbesluit)*

Volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel is een van doelstellingen van de wet het vaker inzetten van lichtere terugkeermaatregelen dan vreemdelingenbewaring. Volgens het wetsvoorstel is vreemdelingenbewaring bedoeld om de vreemdeling die zich aan het toezicht wil onttrekken, en bij wie daadwerkelijk zicht bestaat op uitzetting, beschikbaar te houden. Daarbij merkt de regering op dat bij de vreemdeling die in vreemdelingenbewaring is gesteld omdat hij zijn terugkeer belemmerde, maar die alsnog daadwerkelijk actief werkt aan zijn terugkeer, de bewaring kan worden opgeheven, waarbij een minder dwingende maatregel kan worden opgelegd. In zo'n geval gaat het echter niet om *een* alternatief voor bewaring – een alternatief *voor bewaring* kan immers slechts worden opgelegd *indien er een grond bestaat voor bewaring*.

Bij een vreemdeling bij wie het duidelijk is dat hij actief meewerkt aan zijn terugkeer, bijvoorbeeld door het meewerken aan het verkrijgen van een laissez-passer, zal er in veel gevallen geen grond zijn voor bewaring, gezien het feit dat die maatregel zich richt op *uitzetting* en niet op vrijwillig vertrek. De vraag of een *lichter middel dan bewaring* kan worden toegepast verliest in het geval van een vreemdeling die aan vrijwillig vertrek werkt betekenis. Anders verwoord, hoe zou een

hulpofficier in het kader van de afweging geëist door artikel 15 Terugkeerrichtlijn tot het oordeel kunnen komen dat een lichter middel dan bewaring dient te worden toegepast, indien er *geen grond voor bewaring* is?

Het wetsvoorstel beoogt een "nee tenzij" clause neer te leggen voor het afwegingskader voor de vreemdelingenbewaring, en wil op deze wijze de Nederlandse vreemdelingenwet meer in lijn met het Unierecht te maken. Bewaring kan slechts worden opgelegd, indien minder dwingende middelen niet kunnen worden toegepast. Volgens de regering is het ultimatum remedium karakter van de inbewaringstelling gewaarborgd door de uitwerking van de gronden voor bewaring in de Vreemdelingenwet en -besluit, volgens welke de vreemdeling slechts in bewaring mag worden gesteld indien er een risico is op onttrekking of indien de vreemdeling de uitzettingsprocedure ontwijkt. De uitwerking van de gronden in het Vreemdelingenbesluit (5.1b) is echter dermate breed en algemeen dat veel illegale vreemdelingen zonder individuele motivering een termijn voor vrijwillig vertrek geweigerd kunnen worden, en direct in bewaring kunnen worden gesteld.

Volgens de regering komt een vreemdeling slechts in aanmerking voor een alternatief voor vreemdelingenbewaring als hij bereid is actief mee te werken aan vertrek. In lagere regelgeving (het ontwerpbesluit) wordt het ultimatum remedium karakter in haar ogen verder uitgewerkt door een uitgebreide uitwerking van de alternatieven voor bewaring, zoals het in bewaring nemen van documenten, het afspreken van een waarborgsom of de oplegging van vrijheidsbeperkende maatregelen. Deze hebben "*tot doel met de vreemdeling te werken aan terugkeer*" en de vraag of een lichter middel kan worden opgelegd zal steeds afhankelijk zijn van het antwoord op "*de vraag of de vreemdeling in kwestie actief wil werken aan vertrek.*" Deze afweging wordt in een nieuw artikel in het Vb uitgewerkt. Volgens de regering kan een vrijheidsbeperking in ieder geval worden opgelegd als er voldoende gronden voor vreemdelingenbewaring aanwezig zijn. Verder is bijvoorbeeld een daadwerkelijk zicht op uitzetting, anders dan in geval van vreemdelingenbewaring, geen noodzakelijke voorwaarde. Echter, dat geval geldt weer dat de vrijheidsbeperkende maatregel niet kan fungeren een *alternatief voor bewaring* – welke maatregel zich immers richt op uitzetting.

6. Conclusie

De regering betoogt dat er de afgelopen jaren een gestage daling van de vreemdelingenbewaring is te zien, en dat vreemdelingenbewaring dus niet te snel en te automatisch wordt toegepast. Dat is een goede ontwikkeling, maar het is geen reden om er niet heel zorgvuldig voor te zorgen dat waarborgen tegen een willekeurige vrijheidsbeneming in duidelijke en toegankelijke regelgeving worden neergelegd, zoals ook gevergd door artikel 5 EVRM. Op dit punt schieten het wetsvoorstel en het ontwerpbesluit te kort, omdat de keuze tussen bewaring of een alternatief niet duidelijk en ondubbelzinnig wordt gereguleerd. Het lijkt erop dat het bestuur slechts een lichter middel zal overwegen indien de vreemdeling actief meewerkt aan vertrek. Dat is niet in overeenstemming met het beginsel van evenredigheid. Het wetsvoorstel dient in juridische zin een duidelijker onderscheid te maken tussen de maatregelen die kunnen worden genomen gedurende de vrijwillige vertrektermijn om het risico op onderduiken te beperken, en het afwegingskader voor vrijheidsbeneming. Verder dient het wetsvoorstel zo geamendeerd te worden dat uit ieder besluit tot vrijheidsbeneming moet blijken welke lichtere middelen zijn overwogen, en waarom deze in het concrete geval niet volstaan.¹ Overigens geldt ingevolge de Opvangrichtlijn de verplichting tot het overwegen van alternatieven ook bij de vrijheidsbeneming van asielzoekers aan de grens. Ook op dit punt behoeft het wetsvoorstel aanpassing.

¹ Het nieuwe artikel 58a Vw zoals nu voorgesteld door de regering, ziet alleen op de proportionaliteit *strictu*