

# Het regiem van de vreemdelingenbewaring

## De balans na 25 jaar

*A.M. van Kalmthout\**

Uitgangspunt van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw) is dat een ieder aan wie het niet of niet langer is toegestaan om in Nederland te verblijven, het land daadwerkelijk dient te verlaten. Doet deze dat niet, dan kan hem zijn vrijheid worden ontnomen. Het maakt daarbij verschil of het gaat om een vreemdeling aan wie de toegang is geweigerd of om een vreemdeling die wel is toegelaten of zich toegang heeft verschaft maar niet of niet meer over een verblijfsvergunning beschikt. Een aan de grens geweigerde vreemdeling die niet terstond kan vertrekken, kan op grond van artikel 6 Vw worden gedetineerd in een plaats of ruimte waar het reglement grenslogies van toepassing is.<sup>1</sup> Deze vrijheidsbeneming, ook wel grensdetentie genoemd, is primair bedoeld als grensbewakingsmaatregel en moet voorkomen dat de vreemdeling alsnog (feitelijk) toegang verkrijgt. Daarnaast wordt de vrijheidsbeneming ook als pressiemiddel gebruikt om de vreemdeling te bewegen aan zijn terugkeer mee te werken.

Aan vreemdelingen die zich wel toegang hebben verschaft maar die niet of niet meer over een verblijfsvergunning beschikken, kan de vrijheidsbenemende maatregel van art. 59 Vw worden opgelegd. Dit artikel bepaalt dat vreemdelingen die geen rechtmatig verblijf hebben in bewaring kunnen worden gesteld indien het belang van de openbare orde of nationale veiligheid deze vrijheidsbeneming vordert met het oog op uitzetting. Onder bepaalde, in artikel 59 Vw genoemde voorwaarden kan deze maatregel ook worden toegepast op vreemdelingen, die wel rechtmatig in Nederland verblijven, maar

\* Prof. dr. Anton van Kalmthout is als hoogleraar strafrecht en vreemdelingenrecht verbonden aan de Universiteit van Tilburg.

1 Reglement regime grenslogies van 14 januari 1993, Stb. 1993, 45 zoals gewijzigd bij Besluit van 7 september 2000, Stb. 2000, 364.

nog in afwachting zijn van specifiek in de wet genoemde beslissingen, welke mogelijk kunnen resulteren in een uitzetting.

Hoewel ook de voormalige vreemdelingenwetgeving de mogelijkheid bood om vreemdelingen hun vrijheid te ontnemen wegens het ontbreken van een verblijfsvergunning, werd daarvan tot 25 jaar geleden slechts betrekkelijk weinig gebruikgemaakt. Tot aan de ingebruikname van het Verblijfscentrum Schiphol-Oost in 1982 bestonden er geen aparte inrichtingen voor vreemdelingendetentie maar werden vreemdelingen zonder verblijfsrecht voor korte tijd opgesloten in een van de voor dat doel bestemde politiecellen. In 1980 waren daarvoor 45 politiecellen vrijgemaakt. Slechts bij wijze van uitzondering werd de vreemdelingendetentie in een gewoon huis van bewaring voortgezet. Jaarlijks werden tot 1982 niet meer dan ongeveer vijfhonderd vreemdelingen aan deze administratieve detentie onderworpen, met een gemiddelde verblijfsduur van ongeveer één maand.<sup>2</sup>

Vanaf 1982 is dit beeld sterk veranderd. Na de ingebruikname van het Verblijfscentrum Schiphol-Oost zijn steeds meer inrichtingen gebouwd, uitsluitend bestemd voor de grensdetentie of de vreemdelingenbewaring, met als gevolg dat ook de detentiecapaciteit en het aantal opsluitingen van vreemdelingen op grond van de Vreemdelingenwet aanzienlijk is toegenomen. In 1989 bedroeg de hiervoor in de huizen van bewaring bestemde penitentiaire capaciteit tweehonderd plaatsen. In 1994 was dit als gevolg van het aangescherpte vreemdelingenbeleid opgelopen tot 961 plaatsen. Na de openstelling van de twee speciale huizen van bewaring voor vreemdelingen in Tilburg (1994) en Ter Apel (1998) nam de capaciteit toe tot 1109 plaatsen in 2002 en 1600 plaatsen in 2003.<sup>3</sup> In 2004/2005 werd de capaciteit met twee detentieboten in Rotterdam en de uitzetcentra op Zestienhoven en Schiphol nog verder verhoogd tot 2123 plaatsen.<sup>4</sup> In 2007 zullen drie nieuwe detentieboten met in totaal 1072 plaatsen in gebruik worden genomen, waardoor de totale detentiecapaciteit voor vreemdelingenbewaring ongeveer 3100 zal bedragen.<sup>5</sup> Bij een te verwachten instroom van 15.000-

2 Zie: Nota Vreemdelingenbewaring van de Staatssecretaris van Justitie, TK 2001-2002, 26.338, nr.6 en Van Kalmthout en De Win, 1997, p. 385.

3 TK 2001-2002, 28.000, hfst. VI, p. 94 en 121.

4 DJI, Delinquentenzorg en Jeugdinrichtingen, Jaarbericht 2004.

5 Ministerie van Justitie, Dienst Justitiële Inrichtingen, Capaciteit en bestemmingen.

20.000 vreemdelingen resulteert dit in een gemiddelde verblijfsduur van 56-75 dagen. Dit betekent dat afgezien van de instroom in de politiebureaus, waar illegale vreemdelingen op grond van artikel 15a van de Penitentiaire Beginselenwet (Pbw) maximaal tien dagen mogen worden opgesloten<sup>6</sup>, in 2007 ongeveer 13%-15% van de totale penitentiaire capaciteit (Gevangeniswezen en Directie Bijzondere Voorzieningen) is bestemd voor de detentie van illegale vreemdelingen. Het aandeel van deze categorie gedetineerden op de totale instroom in penitentiaire inrichtingen ligt nog aanzienlijk hoger en bedraagt ongeveer 25%.<sup>7</sup>

## Vreemdelingenbewaring in relatie tot de strafrechtelijke detentie

### *Het wettelijk kader*

Formeel is de vreemdelingenbewaring evenals de grensdetentie een administratieve maatregel, die slechts dan zou mogen worden toegepast als met minder ingrijpende middelen niet hetzelfde doel kan worden bereikt (ultima ratio of ultimum remedium beginsel) en die, als ze wordt toegepast, de vreemdeling niet verder in zijn rechten en vrijheden zou mogen beperken dan door het doel van de maatregel – de beoogde uitzetting – gerechtvaardigd is (beginsel van minimale beperkingen). Zo staat het in de Grondwet (art. 15, lid 4), het Vreemdelingenbesluit 2000 (art. 5.4), de Vreemdelingencirculaire (A6/1) en in verklaringen en resoluties van de Raad van Europa<sup>8</sup> en in de ontwerp-richtlijn van de Europese Unie.<sup>9</sup> Dit uitgangspunt werd in 1992 ook vertolkt door staatssecretaris Kosto toen hij stelde dat de vreemdelingenbewaring moet worden gezien als ‘een afzonderlijke, niet strafrechtelijke modaliteit van vrijheidsbeneming, die

6 Anders de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, die een langere termijn dan de Pbw voorschrijft toelaatbaar acht. Voor een kritische beschouwing hierover zie: A.-M. Van Kalmthout, 2003.

7 Zie: [www.dji.nl](http://www.dji.nl), Capaciteit en bezetting PI.

8 Council of Europe, Twenty Guidelines of the Committee of Ministers on Forced Return, september 2005, art. 6; Idem, Human Rights of irregular migrants, Straatsburg 4 mei 2006, art. 12.4.

9 Proposal for a directive of the European Parliament and the Council on common standards and procedures in Member-States for returning illegally staying third-country nationals, (COM2005/0391/final), Brussel 1.9.2005, art. 14.

als ultimum remedium niet gemist kan worden, maar vermeden moet worden waar dat kan' (Kosto, 1992, p. 17 en 19). Na Kosto hebben achtereenvolgende bewindslieden, belast met de portefeuille Vreemdelingenzaken, in hun nota's over vreemdelingenbewing<sup>10</sup> vergelijkbare visies verkondigd, zonder dat daaraan in het beleid en toepassingspraktijk uitvoering werd gegeven.

Tot op de dag van vandaag wordt, anders dan in genoemde nota's over de vreemdelingenbewing is neergelegd en in de Vreemdelingen-circulaire wordt voorgeschreven, de vreemdelingenbewing vrijwel steeds toegepast zonder dat wordt nagegaan of met een in deze circulaire genoemd lichter middel kan worden volstaan, zoals een meldingsplicht of de tijdelijke huisvesting van een vreemdeling op een betrouwbaar adres.<sup>11</sup> Ook andere mogelijkheden, zoals toepassing van elektronisch toezicht, borgtocht en intensief toezicht, onder meer bepleit in de *Twenty guidelines on forced return* van de Raad van Europa, worden in de praktijk zelden of nooit gebruikt.<sup>12</sup> Het uitgangspunt van de vreemdelingenbewing als ultimum remedium is bovendien sterk uitgehold doordat de rechtmatigheid van het aan de inbewaringstelling voorafgaande voortraject op grond van vaste jurisprudentie van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State niet (meer) door de vreemdelingenrechter mag worden beoordeeld.<sup>13</sup> Ook de rechtmatigheidstoetsing van de inbewaringstelling zelf biedt de vreemdeling maar een beperkte bescherming tegen een oneigenlijk gebruik of zelfs misbruik van de bevoegdheid tot inbewaringstelling door de met het toezicht op vreemdelingen belaste instanties (politie en marechaussee). Anders dan bij de vrijheidsbeneming in het kader van het Wetboek van Strafvordering of de Wet Bopz, waar het habeas corpus beginsel een rechterlijke toetsing van de vrijheidsbeneming op korte termijn voorschrijft, is dit bij de vreemdelingenbewing niet het geval. Bij de invoering van de Vw 2000 werd de termijn van de rechterlijke toetsing teruggebracht van zes weken naar tien dagen vanaf het moment van de inbewaringstelling. Aldus werd beoogd de vreemde-

10 Zie onder meer TK 1984-1985, 18 737, nr. 3 (Korte-van Hemel); TK 1997-1998, 25 172, nr. 9 (Schmitz); TK 1998-1999, 26 338, nr. 1 (Cohen) en nr. 6 (Kalsbeek).

11 Vc 2000, A6/5.3.3.3.

12 Council of Europe, *Twenty Guidelines of the Committee of Ministers on Forced Return*, september 2005, art. 6.1.

13 ABRvS 26 juli 2001, JV 2001/234 m.nt. PJAMB.

ling meer rechtswaarborgen te bieden tegen de bestaande praktijk waarbij veel inbewaringstellingen hetzij kort voor de zitting werden opgeheven dan wel door de rechter onrechtmatig werden verklaard, met als gevolg dat een vreemdeling onnodig lang van zijn vrijheid was beroofd. Deze belangrijke verbetering van de rechtspositie van de in bewaring gestelde vreemdeling heeft echter niet lang stand gehouden. Vanwege de veronderstelde belasting van de vreemdelingenkamers, die ook met grote achterstanden in asielzaken werden geconfronteerd, werd de termijn van de voorgeschreven rechterlijke toetsing na enkele jaren weer gesteld op zes weken<sup>14</sup> en werd ook de periodieke maandelijkse vervolgttoetsing afgeschaft.<sup>15</sup>

In veel gevallen zou de vreemdelingenbewaring zelfs in het geheel niet mogen plaatsvinden, omdat de wet uitdrukkelijk voorschrijft dat daarvoor aan twee voorwaarden moet zijn voldaan: er moet sprake zijn van een concreet zicht op uitzetting en daarnaast moet de openbare orde of nationale veiligheid in het geding zijn. Vaak is er nauwelijks sprake van een reëel zicht op uitzetting en wordt de rechtbank maandenlang aan het lijntje gehouden met de mededeling dat er spoedig toestemming van het land van herkomst te verwachten is en dat de vreemdeling kan terugkeren. De werkelijkheid laat evenwel zien dat van de personen die langer dan drie maanden in bewaring zijn gehouden, uiteindelijk minder dan 20% daadwerkelijk wordt uitgezet. Na zes maanden is de kans op uitzetting vrijwel nihil, met als gevolg dat de Vreemdelingendienst of Vreemdelingenkamer uiteindelijk geen andere optie heeft dan de bewaring op te heffen. Op grond van artikel 5 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is immers de detentie van illegale vreemdelingen niet rechtmatig als er binnen afzienbare tijd geen redelijk zicht op uitzetting bestaat. Desondanks is Nederland een van de weinige Europese landen waar de maximale duur van vreemdelingenbewaring niet wettelijk is vastgelegd, met als gevolg dat een vreemdelingenbewaring van 16-20 maanden al lang geen zeldzaamheid meer is.<sup>16</sup> Op zich zou het criterium dat vreemdelingenbewaring alleen geoorloofd is als dit noodzakelijk is in het belang van de openbare orde en nationale veiligheid, voldoende waarborg moeten bieden

14 Art. 94 Vw 2000.

15 Wet van 24 juni 2004, Stb. 2004, 298.

16 Voor een vergelijkend overzicht van de detentie van 'irregular migrants' in de lidstaten van de Europese Unie zie: Van Kalmthout, Hofstee-van der Meulen e.a., 2007.

voor al te lichtvaardige vrijheidsbenamingen. In het strafrecht is een voorlopige hechtenis alleen mogelijk als er sprake is van een ernstig misdrijf waarop meer dan vier jaar gevangenisstraf staat. Een dergelijke drempel kent de vreemdelingenbewaring niet. Het feit dat de vreemdeling niet uit eigen beweging Nederland heeft verlaten, is al voldoende grond om daarin een bedreiging van de openbare orde te zien en daarop de vrijheidsbenaming te funderen. In de praktijk wordt het openbareordecriterium dan ook nauwelijks meer getoetst, wat de betekenis van het ultimum remedium beginsel nog verder heeft verzwakt.

Ook van het in artikel 5.4 Vb 2000 en in diverse beleidsnotities verwoorde beginsel van minimale beperkingen is in de praktijk weinig terug te vinden. Een correcte toepassing van dit uitgangspunt zou immers moeten betekenen dat het voor de vreemdelingendetentie toepasselijke regiem is gerelateerd aan het doel van deze vrijheidsbenaming en is afgestemd op de specifieke doelgroep. In het reglement grenslogies, dat bedoeld is voor de grensdetentie, zijn nog elementen van dit beginsel terug te vinden. In inrichtingen waar dit reglement van toepassing is (Grenshospitium, uitzetcentrum Zestienhoven, gedeelte van Detentiecentrum Zeist) worden de vreemdelingen overdag niet opgesloten, kunnen geen disciplinaire straffen worden opgelegd en hebben de vreemdelingen recht op: een ruime telefoon- en bezoekerregeling, een ruime mate van bewegingsvrijheid, ongecensureerd briefverkeer, zakgeld en een invoerregeling die aanzienlijk ruimer is dan die van toepassing is op de penitentiaire inrichtingen, waar de Pbw het regiem bepaalt. In het merendeel van de inrichtingen waar de vreemdelingenbewaring ten uitvoer wordt gelegd (regulier huis van bewaring, uitzetcentrum, detentieboot) geldt geen regiem gebaseerd op een aparte (wettelijke) regeling, zoals bij de grensdetentie, maar is de Pbw onverkort van toepassing en is het uitgangspunt van minimale beperkingen verlaten. Ondanks de erkenning van voormalige bewindslieden dat het bijzondere karakter van de vreemdelingenbewaring tot uitdrukking moet komen in de wijze waarop deze ten uitvoer wordt gelegd en dat een op de populatie toegesneden regiem noodzakelijk is, zijn de daaraan verbonden toezeggingen zoals: invoering van een regiendifferentiatie, verruiming van het regiem, invoering van het regiem van algemene gemeenschap, toekenning van zo veel mogelijk interne bewegingsvrijheid, aanbieden terugkeerprogramma's en zinvolle dagprogramma's (scholing, activi-

teiten, extra bibliotheekbezoek), inschakeling van de reclassering bij terugkeerprogramma's) nooit nagekomen of met de algehele versoeringsmaatregelen van het gevangeniswezen de afgelopen jaren weer teruggedraaid.<sup>17</sup> In het bijzonder geldt dat voor de speciale re-integratiestimulerende programma's die in de twee grootste inrichtingen voor vreemdelingenbewaring in Tilburg en Ter Apel werden aangeboden. Deze programma's (bouwvaardigheden, kantoorautomatisering, autoreparatie, educatie) en de wijze waarop ook in andere opzichten een soepeler regiem werd gehanteerd dan het regiem van beperkte gemeenschap, vormden het belangrijkste argument in de Nota Vreemdelingenbewaring van oktober 2001 om de Pbw als grondslag voor het regiem van de vreemdelingenbewaring te behouden.

Met het stopzetten van deze beproefde terugkeerprogramma's, de gelijkenschakeling van het bewaringsregiem aan het sobere regiem van de beperkte gemeenschap voor strafrechtelijk gedetineerden en de daaruit voortvloeiende versmalling van het dagprogramma in de huizen van bewaring tot minimaal achttien uur per week en het niet langer honoreren van reclasseringsactiviteiten in het terugkeerproces, heeft het argument dat de Pbw voldoende grondslag biedt voor een regiëmdifferentiatie die recht doet aan aard en doel van de vreemdelingenbewaring zijn betekenis verloren. Het regiem van de vreemdelingenbewaring is daarmee weer gereduceerd tot wat het niet zou mogen zijn: een kloon van het strafrechtelijk-punitief georiënteerde regiem voor voorlopig gehechte of afgestrafte criminelen. Met de toepassing van het sobere regiem van de beperkte gemeenschap op de vreemdelingenbewaring is ook het resocialisatiebeginsel, zoals verwoord in artikel 2, lid 4 Pbw, artikel 10, lid 3 Bupo-verdrag, artikel 6 European Prison Rules definitief tot een dode letter geworden.<sup>18</sup> Weliswaar overwoog de Hoge Raad in 1987 dat deze resocialisatieopdracht ook betrekking heeft op gedetineerden die terugkeren naar een andere samenleving dan de Nederlandse<sup>19</sup>, maar voor de praktijk van de vreemdelingenbewaring heeft deze uitspraak geen gevolg gehad. Anders dan wat de Reclassering in de

<sup>17</sup> Genoemde voornemens zijn onder meer te lezen in de in noot 10 genoemde nota's inzake de vreemdelingenbewaring en in de verslagen van de parlementaire debatten daarover.

<sup>18</sup> Zie hieromtrent ook Boone, 2003.

<sup>19</sup> HR 16 januari 1987, NJ 1987, 405.

resocialisatieopdracht leest<sup>20</sup>, is het officiële overheidsstandpunt tot op heden dat de Reclassering illegalen geen aanbod doet voor begeleiding en/of toezicht ten behoeve van re-integratie.<sup>21</sup>

### *Kenmerken van het regiem van de vreemdelingenbewaring*

Illegaal verblijf is geen strafbaar feit en het opsluiten van vreemdelingen heeft dan ook geen strafrechtelijk doel maar is niet meer dan een administratieve maatregel die uitsluitend is bedoeld om te voorkomen dat vreemdelingen zich aan de beoogde uitzetting onttrekken. Om die reden is in documenten van de VN, de Raad van Europa en de Committee for the Prevention of Torture (CPT) bij herhaling gesteld dat vreemdelingen die illegaal in een land verblijven 'should not be treated as criminals'.<sup>22</sup> Als het omwille van een uitzettingsprocedure noodzakelijk wordt geacht deze vreemdelingen hun vrijheid te ontnemen, dient dat te gebeuren op zodanige wijze dat een 'carceral environment' zoveel mogelijk wordt vermeden. Immers, aldus de CPT: 'a prison is by definition not a suitable place in which to detain someone who is neither convicted nor suspected of a criminal offence'. Mocht opsluiting onvermijdelijk zijn dan moet deze aldus de CPT en de *Twenty guidelines on forced return* van het Comité van Ministers van de Raad van Europa plaatsvinden 'in centres specifically designed for that purpose, offering material conditions and a regime appropriate to their legal situation and staffed by suitably qualified personnel'.<sup>23</sup>

Aan deze criteria voldoen de Nederlandse wetgeving en uitvoeringspraktijk van de vreemdelingenbewaring al jaren niet meer. Anders dan de grensdetentie kent de vreemdelingenbewaring door een lacune in de Vreemdelingenwet en het Vreemdelingenbesluit geen op de specifieke aard en doelstelling van de vreemdelingenbewaring of op deze bijzondere doelgroep afgestemde wettelijke regelgeving. Het Vreemdelingenbesluit 2000 bepaalt slechts de plaats waar de tenuitvoerlegging kan plaatsvinden (politiebureau,

20 Stichting Reclassering Nederland, Memo illegalen van 12 juni 2002, p. 2.

21 TK, 2002-2003, 19.637, nr. 704, p. 8.

22 Aldus de VU Special Rapporteur on the rights of non-citizens David Weisbrodt in: *The rights of non-citizens*, Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/23 van 26 mei 2003.

23 CPT, *7th General Report*, Strasbourg 1997, par. 29 en *Twenty Guidelines of the Committee of Ministers on Forced Return*, Straatsburg september 2005, art. 10.1.



cel van de KMar, huis van bewaring, plaats waar het regiem grenslogies van toepassing is), maar bevat geen andere aanwijzingen omtrent het toepasselijke regiem dan dat de vreemdeling niet verder mag worden beperkt in de uitoefening van grondrechten dan wordt gevorderd door het doel van de bewaring en de handhaving van de orde en veiligheid op de plaats van tenuitvoerlegging (art. 5.4, lid 2 Vb 2000). Als gevolg hiervan bepaalt de plaats van de tenuitvoerlegging welk regiem van toepassing is. Afgezien van de politiecellen is dit vrijwel altijd een tot het domein van de Dienst Bijzondere Voorzeningen van DJI behorende penitentiaire inrichting (detentieboot, uitzetcentrum, regulier huis van bewaring). Voor deze inrichtingen is de Pbw onverkort van toepassing. Voor vreemdelingenbewaring geldt daarbij het standaard sobere regiem van de beperkte gemeenschap. Dit houdt in dat de gedetineerden minimaal 18 en maximaal 63 uur per week aan activiteiten en bezoek worden geboden (art. 3 Penitentiaire Maatregel). De afgelopen jaren is de regelgeving voor strafrechtelijk gedetineerden aanzienlijk aangescherpt: het dagprogramma is sterk gereduceerd, het avondprogramma afgeschaft en de mogelijkheden tot recreatie, arbeid, sport, educatie en bewegingsvrijheid zijn tot een minimum teruggebracht. Omdat de wet geen onderscheid maakt tussen strafrechtelijke en administratiefrechtelijke detentie betekent dit dat ook de vreemdelingen aan dit sobere regiem zijn onderworpen. In de meeste inrichtingen voor vreemdelingenbewaring ligt de omvang van het activiteitenprogramma niet boven het minimum en zit men de overige 20-21 uur per dag alleen of met meerderen op een cel opgesloten. De gelijkschakeling van het regiem van de vreemdelingenbewaring met dat van de strafrechtelijke detentie betekent ook dat de vreemdelingen onderworpen zijn aan dezelfde beperkingen, dwangmiddelen en disciplinaire straffen als strafrechtelijk gedetineerden. Ook hier dringt zich de vraag op in welke relatie dit staat met het doel van de bewaring en de handhaving van de orde en rust in de inrichting en waarom hier niet zoveel mogelijk aansluiting is gezocht met het regiem van de algehele gemeenschap of beter nog met het regiem van de grensdetentie dat deze inbreuken op de persoonlijke vrijheid, bewegingsvrijheid en lichamelijke integriteit niet of in beperkter mate kent. In extremis geldt dat voor de vreemdelingenbewaring die op een van de detentieboten ten uitvoer wordt gelegd en waarvan de voorzieningenrechter in eerste aanleg en in hoger beroep inmiddels heeft uitgesproken dat de verblijfsomstandig-

heden aldaar zodanig zijn dat een vreemdeling daar niet langer dan ten hoogste zes maanden mag worden opgesloten.<sup>24</sup> Gelet op de weliswaar formeel (nog) niet bindende, maar moreel wel dwingende normen van de Raad van Europa, de UNHCR, de CPT en de Europese Unie is ook in de overige penitentiaire inrichtingen sprake van een regiem dat de toets aan deze normen niet kan doorstaan.

Hoewel het regiem voor strafrechtelijk gedetineerden en vreemdelingen in vreemdelingenbewaring in theorie niet verschilt, is de toepassing in de praktijk op belangrijke onderdelen voor de vreemdelingen aanzienlijk zwaarder. Zo kunnen zij bijvoorbeeld geen of in mindere mate aanspraak maken op voorzieningen zoals arbeid en reclasseringshulp. Veel vreemdelingen ontberen een adequate rechtshulp tijdens hun detentie<sup>25</sup> en de medische zorg schiet dikwijls te kort, onder meer doordat deze vaak afhankelijk is van de verblijfsduur, die bij vreemdelingen per definitie niet voorspelbaar is. Ook de beperkte bezoek- en telefoonregelingen zijn onvoldoende afgestemd op de specifieke situatie van de vreemdelingen.

Een ander probleem waar vreemdelingen in tegenstelling tot strafrechtelijk gedetineerden mee worden geconfronteerd is dat zij geen recht hebben op verlof (zelfs niet om aanwezig te zijn bij de bevaling van hun partner of om afscheid te nemen van een stervende ouder<sup>26</sup>), terwijl incidenteel verlof van of aan een partner die ook in vreemdelingenbewaring zit, voorzover dit al wordt toegestaan, niet eerder mogelijk is dan na drie maanden.

Vreemdelingen die ook nog een gevangenisstraf hebben openstaan worden niet zelden geconfronteerd met de situatie dat de vreemdelingenbewaring wordt opgeheven teneinde onder een andere titel de vrijheidsstraf te executeren (veelal in dezelfde inrichting en dezelfde cel) om na de beëindiging daarvan weer in dezelfde inrichting en cel in vreemdelingenbewaring te worden gesteld. Anders dan bij voorlopig gehechten, van wie de voorlopige hechtenis op de vrijheidsstraf in mindering wordt gebracht, vindt deze reductie niet plaats als het de vreemdelingenbewaring betreft, ondanks het feit dat in materiële zin tussen dit strafvorderlijke en administratief-rechtelijke dwangmiddel geen verschil in uitvoering bestaat.

24 Gerechtshof 's-Gravenhage, 26 april 2007, 07/03 KG en 07/46 KG.

25 Zie omtrent de rechtshulp aan vreemdelingen in vreemdelingenbewaring: Jacobs, Bruinsma e.a., 2006.

26 Deze voorbeelden zijn ontleend aan de praktijk.

Indirect wordt de rechtspositie van de vreemdeling ook ondermijnd, doordat het voorkomt dat bezoekers van de vreemdelingen achteraf worden geconfronteerd met een vordering van de vreemdelingenpolitie om op straffe van een vervolging wegens overtreding van artikel 184 Sr (passieve wederspanning) de politie te informeren over identiteit, nationaliteit en andere relevante gegevens betreffende de bezochte vreemdeling. Ook verzoeken aan de directie van de inrichting om het kluisje waar de bezoeker zijn mobiele telefoon heeft opgeborgen, buiten medeweten van de bezoeker te openen om aldus ongemerkt de daarin opgeslagen data te kunnen aftappen, zijn niet onbekend. Ten aanzien van strafrechtelijk gedetineerden zijn deze bevoegdheden slechts onder bepaalde, uitdrukkelijk bij wet geregelde omstandigheden toegestaan. Ten aanzien van de in bewaring gestelde vreemdeling en zijn bezoekers bestaat voor deze praktijken echter geen wettelijke grondslag, hetgeen de politie, met een onterecht beroep op artikel 5.20 Awb er niet van weerhoudt om van de directie en/of bezoeker medewerking te vorderen.

### *Minderjarige vreemdelingen*

Uitgangspunt van een reeks van internationale verdragen en resoluties met betrekking tot de detentie van minderjarigen is dat aan jeugdigen onder de achttien jaar slechts als ultimum remedium de vrijheid ontnomen kan worden. Ingeval de vrijheidsontneming echter onvermijdelijk is, dient deze zo kort mogelijk te zijn en moet zij ten uitvoer worden gelegd op een wijze die tegemoetkomt aan de specifieke situatie en behoeften van de jeugdigen.<sup>27</sup> Dit betekent onder meer, aldus de CPT, dat jeugdigen moeten worden ondergebracht in detentiecentra die speciaal voor deze leeftijdsgroep zijn opgezet, met speciale regimens en met begeleiding door daartoe opgeleid personeel. In deze centra moeten volledige programma's worden aangeboden, gericht op vorming en educatie, lichamelijke oefening en recreatie.<sup>28</sup>

27 Zoals het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, De Resolutie van het Europees Parlement over de detentievoorwaarden in de Europese Unie (Publicatieblad van de Europese gemeenschappen van 9 april 1999), het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, De UNHCR Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylumseekers, the Beijing Rules en de Riyadh Guidelines.

28 CPT, Substantive Sections of the CPT's General Reports, Strasbourg 2001, p. 34-35.

De praktijk in Nederland is evenwel anders. Zo wordt in de Vreemdelingencirculaire (A6/1.5) het ultimatum remedium uitsluitend van toepassing verklaard op minderjarigen jonger dan zestien jaar en worden minderjarigen van 16-18 jaar nog steeds geplaatst in een penitentiaire inrichting voor volwassenen (Tilburg) onder een regime dat niet, zoals voorgeschreven, is gebaseerd op de Beginselenwet Justitiële Jeugd Inrichtingen, maar op de Pbw. Dit is niet alleen in strijd met deze wet maar verdraagt zich ook niet met artikel 37 sub c van het Internationaal Verdrag voor de rechten van het Kind (IVRK). Het dagprogramma en overige verblijfsomstandigheden voor deze jeugdigen zijn vrijwel identiek aan die voor de meerderjarige vreemdelingen en voldoen niet aan de eisen die aan de tenuitvoerlegging van de vreemdelingenbewaring voor jeugdigen moeten worden gesteld, met name niet waar het gaat om aspecten als educatie, ontwikkelingsmogelijkheden, opvoeding en de voorbereiding op de terugkeer in de maatschappij. In diverse rechterlijke uitspraken<sup>29</sup> en rapporten van de Inspectie Jeugdzorg<sup>30</sup> en de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ)<sup>31</sup> is deze gang van zaken bekritiseerd en onrechtmatig geacht. Tot wijziging in het beleid heeft dit echter niet geleid. Mogelijk speelt daarbij ook een rol dat bij veel van deze minderjarigen niet is voorzien in het in artikel 1:245 BW voorgeschreven wettelijk gezag, zodat zij ook de bescherming ontberen die een voogd of andere gezagsdrager zou kunnen bieden.<sup>32</sup>

### **Heeft de vreemdelingenbewaring zijn beste tijd niet gehad?**

In 1992 publiceerden twee onderzoekers van het WODC in *Justitiële verkenningen* een kritische analyse van de ontwikkeling en toepassingspraktijk van de vreemdelingenbewaring over de periode 1982-1992 (Aalberts en Dijkhoff). Hun analyse betrof met name de

29 ABRvS 24 februari 2003/JV 2003, 161; Rb 's-Gravenhage, zp. Zutphen 22 mei 2003, AWB 03/28168.

30 Rapport van de Inspectie Jeugdzorg, *Bescherming in bewaring*, Utrecht mei 2006.

31 RSJ, *Advies De nieuwe Inrichting, betekenis voor de justitiële jeugdinrichtingen*, 27 januari 2006.

32 Zie omtrent de rechtspositie van minderjarige vreemdelingen in relatie tot de vreemdelingenbewaring: Jacobs en Knapen, juni 2007.

aspecten: rechtmatigheid, rechtvaardigheid en doelmatigheid. Op grond van hun bevindingen besluiten zij hun studie met de retorisch bedoelde vraag: 'heeft de vreemdelingenbewaring zijn beste tijd niet gehad?'

Thans, vijftien jaar later, is er alle reden deze vraag opnieuw te stellen. In kwantitatief opzicht lijkt de vreemdelingenbewaring met de nog steeds voortgaande capaciteitsuitbreiding een rooskleuriger toekomst te wachten dan de auteurs in 1992 hebben voorzien. In kwalitatief opzicht moet echter nog sterker dan in 1992 getwijfeld worden aan het rechtmatigheids- en rechtvaardigheidsgehalte van deze steeds meer strafrechtelijk-punitief vormgegeven administratiefrechtelijke maatregel. Doelmatig is deze maatregel met een uitzettingspercentage van minder dan 40%, een steeds verder oplopende gemiddelde verblijfsduur en een kostprijs van meer dan 35.000 euro alleen al aan detentiekosten per geslaagde uitzetting, evenmin te noemen (zie Van Kalmthout, 2004). Dit alleen al zou voldoende reden moeten zijn om zich de vraag te stellen of er geen andere, humanere en effectievere instrumenten te bedenken zijn dan het op afschrikking, ontmoediging en criminalisering gebaseerde instrument van de vreemdelingenbewaring. Voorzover deze niet gemist kan worden, is er alle reden om deze meer in overeenstemming te brengen met aard en doel van deze maatregel. Voorstellen daartoe en tot omzetting van het uitzetbeleid in een terugkeerbeleid zijn zowel op internationaal als nationaal niveau in ruime mate gedaan. Hoopvol vooruitzicht is dat veel van deze voorstellen door de huidige staatssecretaris als lid van de Tweede Kamer zijn onderschreven. Daarnaast valt er ook op internationaal niveau een toenemende aandacht en bezorgdheid te constateren met betrekking tot het gemak waarmee en de wijze waarop illegale vreemdelingen in Europa worden gemarginaliseerd en behandeld als misdadigers. Tot op heden heeft dat slechts geleid tot niet bindende, maar moreel wel dwingende aanbevelingen, resoluties en ontwerpverordeningen. Gezien ook de marginale bescherming die illegale vreemdelingen op basis van de nationale wetgevingen in Europa ondervinden<sup>33</sup>, valt te verwachten dat een aantal van deze

33 Zie hieromtrent de zojuist verschenen rechtsvergelijkende studie over de positie van buitenlanders, waaronder speciaal ook illegale vreemdelingen, in Europese gevangnissen van: Van Kalmthout, Hofstee-van der Meulen e.a., 2007.

internationale normen binnen afzienbare tijd een bindend karakter zullen krijgen. Voor een rechtstaat als Nederland, altijd vooroplopend in het debat over mensenrechten, zou echter mogen worden verwacht dat die normen en beginselen ook nu al in het beleid en wetgeving worden geïncorporeerd in plaats van te wachten tot men daartoe door internationale instanties gedwongen wordt.

## Literatuur

**Aalberts, M.M.J., N. Dijkhoff**

*Illegale vreemdelingen, vreemdelingenbewaring en uitzetting*  
Justitiële verkenningen, 18e jrg.,  
nr. 9, 1992, p. 8-29

**Boone, M.**

*Penitentiaire beginselen en de  
bewaring van vreemdelingen*  
Proces, nr. 6, 2003, p. 309-311

**Jacobs, P., M. Knapen**

*Zestien- en zeventienjarigen in  
vreemdelingenbewaring: tussen  
wal en schip?*

Tijdschrift voor familie- en  
jeugdrecht, juni 2007

**Jacobs, M.J.G., M.Y. Bruinsma  
e.a.**

*De kwaliteit van de rechtsbij-  
stand voor vreemdelingen in  
vreemdelingenbewaring in  
Nederland*

Tilburg, IVA beleidsonderzoek  
en advies, 2006

**Kalmthout, A.M. van e.a.**

*Terugkeermogelijkheden van  
vreemdelingen in vreemdelingen-  
bewaring (deel 1)*

Nijmegen, 2004, p. 1-30

**Kalmthout, A.M. van, F. Hof-  
stee-van der Meulen e.a.**

*Foreigners in European prisons*  
Nijmegen, 2007

**Kalmthout, A.M. van**

*De politiecel als bewaarplaats  
voor illegalen*

Proces, nr. 6, 2003, p. 294-300

**Kalmthout, A.M. van, J. de Win**

*Vreemdelingenbewaring; maat-  
regel of illegale(n) straf?*

Recht en kritiek, 23e jrg., nr. 4,  
1997

**Kosto, A.**

*De vreemdelingenbewaring in  
het vreemdelingenbeleid*

NFR, Passanten in niemands-  
land, 1992