

# De valse noodzakelijkheid van immigratiedetentie: een agenda voor onderzoek

## 1. Inleiding

In een recent openbaar gemaakt rapport van het Europese Comité inzake de voorkoming van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (CPT) spreekt het CPT zijn verbazing uit over het feit dat de vreemdelingenbewaring in Nederland hetzelfde regime kent als de voorlopige hechtenis in het strafrecht. Het Comité uit zijn bezorgdheid over de gelijkheid tussen twee van elkaar te onderscheiden vormen van vrijheidsbeneming en vraagt de Nederlandse overheid om verduidelijking van de redenen voor een zodanige gelijkheid.<sup>1</sup> Het CPT merkt ook op dat de Nederlandse benadering van immigratiedetentie de afgelopen tien jaar danig is veranderd, een tendens die grotendeels wordt weerspiegeld door de veranderingen in het gevangeniswezen die ook in het rapport beschreven worden. Het is waarschijnlijk geen toeval dat de veranderende, strafrechtelijk-punitief georiënteerde houding ten opzichte van immigratiedetentie samengaat met een drastische stijging van het gebruik ervan tijdens diezelfde periode, zoals vorig jaar gesignaleerd door Miranda Boone en Martin Moerings.<sup>2</sup> De enorme groei van het aantal cellen voor vreemdelingen – bij gelijkblijvend beleid

zal de capaciteitsbehoefte vreemdelingenbewaring in de periode 2006-2012 met 29% stijgen<sup>3</sup> – wordt nauwelijks geproblematiseerd of gerechtvaardigd, aldus bovengenoemde auteurs. De vanzelfsprekendheid waarmee vrijheidsbeneming wordt gepresenteerd als antwoord op zogenoemde inbreuken op de territoriale soevereiniteit werd onlangs nog treffend verwoord door de staatssecretaris van Justitie toen haar werd gevraagd om zich uit te spreken over de groei van de detentiec capaciteit van vreemdelingen en de toenemende duur die vreemdelingen in immigratiedetentie doorbrengen.<sup>4</sup> Hoewel zij de ontwikkeling van ‘het steeds meer en langer opsluiten van vreemdelingen’ bevestigde, ging zij niet in op de vraag of zij dit een zorgelijke ontwikkeling vond. In plaats daarvan antwoordde ze dat uit die ontwikkeling blijkt dat voorgaande kabinetten in toenemende mate gewicht hebben toegekend aan de noodzaak tot bestrijding van illegaal verblijf. Ook haar kabinet zal hierop onverminderd inzetten, aldus de staatssecretaris.<sup>5</sup> Op deze wijze presenteert zij immigratiedetentie als niet meer dan een logisch en noodzakelijk onderdeel van de bestrijding van ‘illegaal’ verblijf, zonder veel aandacht te besteden aan belangrijke constitutionele beginselen die bij de toepassing van

\* Dr. Galina Cornelisse is universitair docent bij het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Utrecht. De auteur bedankt Mr. Eva Hilbrink voor een altijd opmerkelijke blik.

1 *Report to the authorities of the Kingdom of the Netherlands on the visits carried out to the Kingdom in Europe, Aruba and the Netherlands Antilles by the European Commission for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment of Punishment (CPT)* in juni 2007, Straatsburg, 5 februari 2008, CPT/Inf (2008)2.

2 M. Boone en M. Moerings, *De cellenexplosie, Voorlopig gehechten, veroordeelden, vreemdelingen, jeugdigen en tbs, Justitiële verkenningen*, jrg. 33, nr. 4, 1997, p. 9-30.

3 Zie D.E.G. Moolenaar, E.C. Leertouwer, F.P. van Tulder en B. Diephuis, *Capaciteitsbehoefte Justitiële Ketens 2012, Beleidsneutrale ramingen*, WODC Cahier 2007/14, p. 69-70.

4 Vragen van Tweede Kamerleden Van Velzen en De Wit aan de Staatssecretaris en antwoorden, Aanhangsel Handelingen II 2007-2008, nr. 843, p. 1801.

5 *Id.*, p. 1803.

6 Zie ook Aanhangsel Handelingen II 2007-2008, nr. 549, voor eenzelfde benadering van de grensdetentie.

deze maatregel in het geding zijn.<sup>6</sup> In heel Europa laat de praktijk van immigratiedetentie bovengenoemde tendensen van 'verharding' en toename zien, terwijl het tegelijkertijd 'normaliseert' als een manier om te gaan met ongewenste immigratie.<sup>7</sup>

Met deze bijdrage wil ik een aanzet geven tot een discussie over de wijze waarop detentie in toenemende mate wordt gepresenteerd als een vanzelfsprekend en bijkans onschuldig antwoord op niet-toegestaan verblijf van vreemdelingen. De inzet van een zodanige discussie kan uiteraard verschillende vormen aannemen: men kan de menswaardigheid van de vreemdelingenbewaring als beginpunt nemen om de praktijk ter discussie te stellen, of de verenigbaarheid van de praktijk met penitentiaire beginselen onderzoeken om gefundeerde kritiek te leveren.<sup>8</sup> Een andere benadering is het doen van een beroep op (inter)nationale juridische instrumenten om te beargumenteren dat immigratiedetentie volgens het recht nooit een automatisch antwoord mag zijn op illegaal verblijf of illegale binnenkomst.<sup>9</sup> In deze bijdrage zal ik de hedendaagse praktijk van vrijheidsbeneming van vreemdelingen belichten vanuit een breder perspectief van handhaving, vrijheidsbeneming in algemene zin, en het denken over immigratie, om zo meer te weten te komen over dieper gelegen aannames die ten grondslag liggen aan de 'valse noodzakelijkheid'<sup>10</sup> van immigratiedetentie in onze maatschappij. Deze bijdrage is uitdrukkelijk niet meer dan een globale verkenning van mogelijke manieren van onderzoek naar vrijheidsbeneming in het vreemdelingenrecht

die uiteindelijk kunnen dienen als basis voor een kritische beschouwing van deze maatregel in het licht van belangrijke constitutionele waarden uit ons bestel.

## 2. Vreemdelingendetentie en de 'nieuwe penologie'

Vreemdelingen aan wie geen verblijf in Nederland is toegestaan kunnen met het oog op uitzetting in vreemdelingenbewaring worden gesteld. Binnen de vreemdelingenbewaring zijn twee groepen te onderscheiden: aan de grens geweigerde vreemdelingen en vreemdelingen die in Nederland worden aangehouden wegens illegaal verblijf. Zij worden ingesloten op grond van respectievelijk artikel 6 en artikel 59 van de Vreemdelingenwet. De spectaculaire stijging van het gebruik van deze maatregel in de laatste tien jaar is niet te verklaren door een stijging in aantallen asielzoekers of illegale vreemdelingen.<sup>11</sup> Om die stijging toch te kunnen duiden is het nuttig om deze in een bredere context te plaatsen. Voor wat betreft vrijheidsbeneming in algemene zin (dus niet alleen op grond van het immigratierecht), wijzen Boone en Moerings erop dat Nederland als enige Europese land vergelijkbaar is met de Verenigde Staten als het gaat om de groei van het gehele aantal gedetineerden in relatie tot het aantal inwoners.<sup>12</sup> Uit onderzoek van Michael Welch blijkt dat ook in de Verenigde Staten het toenemende gebruik van vrijheidsbeneming in het algemeen gepaard gaat met een stijgend gebruik van immigratiedetentie in het bijzonder.<sup>13</sup>

7 Liza Schuster, A Sledgehammer to Crack a Nut: Deportation, Detention and Dispersal in Europe, *Social Policy and Administration*, vol. 39, no. 6, 2005, p. 606-621, p. 618. Zie voor een uitgebreid overzicht van de situatie in de lidstaten van de Europese Unie: A.M. van Kalmthout, F.B.A.M. Hofstee-van der Meulen & F. Dünkel (eds.), *Foreigners in European Prisons*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

8 Zie respectievelijk M. Kox, De menswaardigheid van de vrijheidsontneming van vreemdelingen in Nederland, *PROCES* 2007, nr. 5, p. 186-193; en M. Boone, Penitentiaire beginselen en de bewaring van vreemdelingen, *PROCES* 2003, nr. 6, p. 301-311. Zie ook R. den Hollander, Uitzetcentra: vreemdelingenbewaring ter fine van verwijdering, *PROCES* 2004, nr. 4, p. 159-166.

9 Zie bijvoorbeeld Commissioner for Human Rights, *The Human Rights of Irregular Migrants in Europe*, Raad van Europa, Straatsburg, 17 december 2007, CommDH/IssuePaper(2007)1; en *States should not impose penalties on arriving asylum-seekers*, Raad van Europa, Straatsburg, 17 maart 2008, <www.commissioner.coe.int>.

10 Het begrip komt van Roberto Unger. Zie R.M. Unger, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press 1987.

11 Boone en Moerings, De cellenexplosie, p. 19.

12 Id., p. 9.

13 M. Welch, The Role of the Immigration and Naturalization Service in the Prison Industrial Complex, *Social Justice*, vol. 27, no. 3, 2000, p. 73-88.

Voor wat betreft de Amerikaanse situatie stelt Welch dat het immigratiebeleid door het groeiende gebruik van detentie verwordt tot een kwestie van louter handhaving en van wat in het Engels ook wel 'policing' wordt genoemd. Vervolgens legt hij een verband tussen deze groei en een verschijnsel dat in de literatuur wel wordt aangeduid als de 'nieuwe penologie'.<sup>14</sup> In de conventionele penologie ligt de nadruk op het straffen en corrigeren van individuen die een norm overtreden. De nieuwe penologie daarentegen richt zich niet zozeer op het individu, maar kiest voor een 'statistische benadering waar het risico van specifieke groepen op normovertredend gedrag wordt ingeschat', en als zodanig verdringen begrippen als 'efficiëntie, management en controle' de 'geïndividualiseerde gerechtigheid' die centraal staat in de conventionele penologie.<sup>15</sup> Het gevolg is een verschuiving van handhaving en dwang gericht op het individu naar handhaving en dwang gericht op groepen.<sup>16</sup> Het verband tussen de nieuwe penologie en hedendaagse verschijnselen, zoals de opreiking van het begrip grenscontrole en een ruimere legitimering van praktijken van preventieve detentie, is ook door andere auteurs gelegd.<sup>17</sup> De criminalisering van illegaal verblijf, de stijging in het gebruik van immigra-

tiedetentie, en de groeiende aantallen van gedetineerden en strengere straffen zouden duiden op een 'globalizing culture of control driven by perceptions of difference and putative threats'.<sup>18</sup> Op deze 'actuariële benadering' wordt ook gewezen door auteurs die stellen dat immigratiedetentie een instrument is om maatschappelijke angsten met betrekking tot veronderstelde risico's en mogelijke gevaren te sussen.<sup>19</sup>

Hoewel vreemdelingenbewaring niet als een strafrechtelijke maar als een bestuurlijke maatregel moet worden aangemerkt en derhalve formeel geen sanctie is op normovertredend gedrag, zijn elementen uit de nieuwe penologie ook zichtbaar in de dagelijkse praktijk van immigratiedetentie in Nederland. Terwijl deze maatregel oorspronkelijk was bedoeld als *ultimum remedium*, en in het verleden in lijn daarmee dan ook betrekkelijk weinig werd toegepast, laat de huidige praktijk en de toetsing daarvan door de rechter zien dat de betekenis van dat beginsel steeds verder wordt uitgehold.<sup>20</sup> Immigratiedetentie is van een specifieke, op het individu gerichte maatregel die in een proportionele verhouding dient te staan tot het doel dat ermee beoogd werd, aan het veranderen in een instrument met punitieve trekken, dat expliciet gericht is op

14 Id., p. 74 en 83, en M. Welch, *Detained: Immigration law the expanding I.N.S. jail complex*, Philadelphia: Temple University Press 2002. Zie over nieuwe penologie algemeen: M. Feeley & J. Simon, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*, *Criminology* Vol. 30, No. 4, 1992, p. 449-474; M. Feeley & J. Simon, *Actuarial Justice. The Emerging New Criminal Law*, in: D. Nelken, *The Futures of Criminology*, London: Sage 1994, p. 173-201; en R. van Swaaningen, Justitie als verzekeringsmaatschappij. 'Actuarial justice' in Nederland, *Justitiële Verkenningen*, jrg. 22, nr. 5, 1997, p. 80-97.

15 Welch, *The Role of the Immigration and Naturalization Service in the Prison Industrial Complex*, p. 74.

16 Id., p. 75.

17 Feely & Simon, *Actuarial Justice*; Teresa A. Miller, *Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology*, *Georgetown Immigration Law Journal* 17, 2003, p. 611-666; T.A. Miller, *Blurring the Boundaries Between Immigration and Crime Control After September 11th*, *Boston College Third World Law Journal*, Vol. 25, no. 1, 2005, p. 81-124; en Van Swaaningen, Justitie als verzekeringsmaatschappij.

18 L. Schuster & M. Welch, *Detention of asylum seekers in the US, UK, France, Germany, and Italy: A critical view of the globalizing culture of control*, *Criminal Justice*, vol. 5, no. 4, 2005, p. 331-355. Zie ook Z. Bauman, *Globalization: The Human Consequences*, New York: Columbia University Press 1998.

19 M.S. Malloch & E. Stanley, *The detention of asylum seekers in the UK, Representing risk, managing the dangerous*, *Punishment and Society*, vol. 53, no. 7, 2005, p. 53-71.

20 Boone, *Penitentiare beginselen en de bewaring van vreemdelingen*; en A.M. van Kalmthout, *Het regiem van de Vreemdelingenbewaring*, *Justitiële Verkenningen*, jrg. 33, nr. 4, 2007, p. 89-102; en VluchtelingenWerk Nederland, *Gesloten OC Procedure voor Asielzoekers*, Onderzoek in Optricht van UNHCR, september 2007.

21 ABRvS, 22 januari 2008, JV 2008/115. Zie ook ABRvS 11 januari 2008, JV 2008/109 en ABRvS 31 oktober 2007, JV 2007/543.

categorieën personen, terwijl de individuele omstandigheden van het geval een steeds minder grote rol spelen, zoals ook blijkt uit de eerder aangehaalde uitspraken van de staatssecretaris van Justitie. Dit geldt zowel voor de beslissing om tot detentie over te gaan als voor de legitimering en toetsing van het gebruik van dit instrument. Zo oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat het feit dat iemand wordt gedetineerd op gronden die vrijwel zonder uitzondering van toepassing zijn op iedere asielzoeker, niet maakt dat die gronden niet zonder nadere motivering kunnen dienen ter onderbouwing van het vermoeden dat de vreemdeling zich in een concreet geval aan zijn uitzetting zal onttrekken.<sup>21</sup> Het onvermijdelijke gevolg van een zodanige argumentatie is dat niet de kenmerken van het specifieke individu, maar die van een groep beslissend zijn voor de toepassing van een zeer dwingende vorm van sociale regulering.

Zoals gezegd is deze benadering niet uniek in Europa<sup>22</sup> en het is dan ook niet verrassend dat deze zijn weerslag vindt in (voorgestelde) Europese regelgeving zoals de terugkeerrichtlijn waarover momenteel wordt onderhandeld tussen de Raad en het Europese Parlement. In het oorspronkelijke voorstel van de Commissie voor de richtlijn werd detentie ter fine van uitzetting gebonden aan eisen van proportionaliteit en noodzakelijkheid, in bewoordingen die een individuele toets van de beslissing om te detineren onontkoom-

baar maakten.<sup>23</sup> In de huidige versie zijn deze eisen aanzienlijk afgezwakt. Ook zou volgens de Raad 'illegaal verblijf' alleen al een aanwijzing kunnen vormen voor een risico op onttrekking aan uitzetting en is in zo'n geval detentie noodzakelijk.<sup>24</sup>

Het op beheersing en 'management' geënte discours dat de hedendaagse praktijk van immigratiedetentie kenmerkt, lijkt zelfs zijn weg gevonden te hebben naar de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens. In de zaak *Saadi* oordeelde het Hof dat de detentie van een asielzoeker enkel en alleen om een snelle en efficiënte beslissing op zijn asielverzoek te faciliteren niet in strijd was met het recht op persoonlijke vrijheid zoals neergelegd in artikel 5 EVRM, ook al was de beslissing om Saadi te detineren volgens officieel beleid primair gebaseerd op zijn nationaliteit.<sup>25</sup> Beslissend voor het oordeel van het Hof in Straatsburg dat er geen schending van artikel 5 had plaatsgevonden, waren de 'difficult administrative problems' waarmee de desbetreffende staat zich geconfronteerd zag als gevolg van een 'escalating flow of huge numbers of asylum seekers'.<sup>26</sup>

### 3. Vrijheidsbenamingen, sociale beheersing en de (territoriale) orde

Benaderingen die immigratiedetentie in de context van de nieuwe penologie plaatsen zijn waardevol omdat zij nopen tot een kritische beschouwing van deze praktijk in het licht

22 Zo wordt in sommige landen detentie mandatoir toegepast als het bepaalde nationaliteiten betreft. Zie Kalmthout, Hofstee-van der Meulen en Dünkel, *Foreigners in European Prisons*; V. Ilareva, *Immigration Detention in International Law and Practice: In search of solutions to the challenges faced in Bulgaria*, <[www.statewatch.org/news/2008/jan/valeria-ilareva-immigration-detention-bulgaria.pdf](http://www.statewatch.org/news/2008/jan/valeria-ilareva-immigration-detention-bulgaria.pdf)>; L. Weber, *Down that Wrong road: Discretion in Decisions to Detain Asylum Seekers Arriving at UK Ports*, *The Howard Journal*, vol. 42, no. 3, 2003, p. 248-262.

23 Artikel 14, Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, Brussels, 1 september 2005, COM(2005) 391 final.

24 Zie Council Doc. 15566/07, 7 december 2007; European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 20 september 2007, final A6-0339/2007; en *Against the outrageous Directive!*, volledige tekst van de toespraak van Yasha Maccanico bij de hoorzitting met NGO's, European Parliament, Straatsburg op 12 december 2007, te raadplegen via: <[www.statewatch.org/news/2007/dec/04eu-ret-dir.htm](http://www.statewatch.org/news/2007/dec/04eu-ret-dir.htm)>.

25 EHRM, *Saadi tegen het Verenigd Koninkrijk*, Uitspraak door de Grote Kamer van 29 januari 2008, Appl. Nr. 13229/03, par. 24. Zie ook mijn annotatie onder deze uitspraak in *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2008/131.

26 Id., par. 80.

27 Zie Welch, *Detained: Immigration law the expanding I.N.S. jail complex*; en M. Dow, *American Gulag: Inside US Immigration Prisons*, Berkeley: University of California Press 2004.

van moderne constitutionele beginselen.<sup>27</sup> Voor zover zij stellen dat vrijheidsbeneming in het vreemdelingenrecht is gebaseerd op een instrumentele orde die zich bijna nog uitsluitend richt op categorieën, nodigen zij meer in het bijzonder uit tot het nadenken over de relatie tussen deze praktijk en de fundamentele rechten van het individu.<sup>28</sup> Een benadering die het 'nieuwe' benadrukt, loopt echter ook een zeker risico dat het doorlopende verbanden over het hoofd ziet. Mijns inziens is vrijheidsbeneming in het huidige immigratierecht op belangrijke punten verbonden met andere dwingende vormen van sociale controle en uitsluiting van groepen in de geschiedenis van de moderne staat. Die verbanden verdienen dan ook verder onderzoek en in deze paragraaf zal ik enkele parallellen die immigratiedetentie vertoont met bepaalde vormen van vrijheidsbeneming uit het verleden kort aanstippen.

Verder is het belangrijk om erop te wijzen dat het denken over de nieuwe penologie voortkomt uit het denken over het strafrecht en strafrechtelijke sancties. Benaderingen die immigratiedetentie overwegend vanuit de nieuwe penologie trachten te verklaren hebben daardoor minder oog voor het specifieke, eigen kader waarbinnen immigratiedetentie plaatsvindt, een kader dat gevormd wordt door de dominante perceptie van de relatie tussen individu, natiestaat, en territorium in een systeem van soevereine staten. Ook al getuigen contemporaine ontwikkelingen van een ongemakkelijke vervaging van de grens tussen immigratiebeleid en het strafrecht, de vrijheidsbeneming in het vreemdelingenrecht is niet te reduceren tot een punitieve maatregel. We hebben gezien dat detentie steeds

meer als een logische en onontkoombare stap wordt gepresenteerd in de regulering van menselijke, grensoverschrijdende beweging en alleen daarom al is het – zo men die voorstelling van zaken ter discussie wil stellen – essentieel om juist *die* relatie te onderzoeken. Deze paragraaf zal daarom ook laten zien dat de specifieke context waarbinnen immigratiedetentie plaatsvindt – een context gekenmerkt door noties van territoriale soevereiniteit en onschendbaarheid van nationale grenzen – maakt dat deze maatregel nog steeds te weinig onderwerp is van democratische en rechtsstatelijke kritiek.

Veel van de tegenwoordige literatuur plaats immigratiedetentie in de context van beheersing en uitsluiting van bevolkingsgroepen. Zo zouden detentiecentra bij uitstek bruikbare instrumenten zijn voor de beheersing van vreemdelingen door de staat omdat deze centra zowel een fysieke als symbolische 'exclusion zone' verschaffen. Op deze wijze dragen zij bij aan het ontstaan van nieuwe grenzen binnen het grondgebied van de staat.<sup>29</sup> In deze benadering resoneren aspecten van eerder onderzoek dat is gedaan naar vrijheidsbeneming in de moderne staat. De naam van Michel Foucault is wellicht de bekendste als het gaat om bestudering van de 'great confinement' in de zeventiende eeuw, die hetzelfde thuis toebedeelde aan de armen, degenen zonder werk, gevangenen, en de kranzinnigen.<sup>30</sup> Vrijheidsbeneming van bedelaars en landlopers werd ingegeven door 'fear of pauperism, with its dangerous, fluid, elusive sociality, impossible to control or utilize'.<sup>31</sup> De dwingende beheersing van groepen die een bedreiging betekenden voor de orde van de opkomende nationale staat ging ove-

28 Met betrekking tot de situatie in veel Angelsaksische systemen is dat nog meer het geval gezien het feit dat veel van de immigratiedetentiecentra daar geprivatiseerd zijn, en aldus 'economische krachten de praktijk van detentie binnendringen', Welch, *The Role of the Immigration and Naturalization Service in the Prison Industrial Complex*, p. 82. De fundamentele vraag hierbij is of individuen wier rechten beperkt zijn, toevertrouwd mogen worden aan mensen die winst maken als gevolg van hun detentie. Zie ook Dow, *American Gulag: Inside US Immigration Prisons*; en B. Molenaar en R. Neufeld, *The Use of privatized Detention Centres in Australia and the UK*, in: A. Coyle, A. Campbell en R. Neufeld (eds.), *Capitalist punishment: prison privatization & human rights*, Atlanta: Clarity Press 2003, p. 127-139.

29 M. Lee, *Women's imprisonment as a mechanism of migration control in Hong Kong*, *British Journal of Criminology*, vol. 47, 2007, p. 847-860.

30 M. Foucault, *Madness and civilisation, A history of insanity in the age of reason*, London: Tavistock Publ. 1967, p. 39, en *Discipline, toezicht en straf: de geboorte van de gevangenis*, Groningen: Historische Uitgeverij 1989. Zie ook R.M. Schwartz, *Policing the poor in eighteenth-century France*, Chapel Hill en London: University of North Carolina Press 1988.

rigens gepaard met een wens tot heropvoeding.<sup>32</sup> Het was een vroeg teken van het feit dat de opkomende staat zich diepgaand zou gaan bemoeien met het leven en de identiteit van zijn burgers, aangezien maatregelen die voorafgingen aan de periode van de 'great confinement' – het verbannen van ongewenste individuen uit bepaalde steden of provincies – niet langer het gewenste resultaat zouden hebben in een *nationale* staat. Ook Pieter Spierenburg heeft belangwekkend onderzoek gedaan naar het verband tussen de opkomst en het gebruik van een instituut als de gevangenis en de vorming en ontwikkeling van de nationale staat.<sup>33</sup>

Verder doet onderzoek naar de huidige praktijk van immigratiedetentie er goed aan om kennis te nemen van hetgeen geschreven is over de kampen voor vluchtelingen en ontheemden die werden opgezet voor, tijdens, en na de Tweede Wereldoorlog in Europa. Volgens Hannah Arendt toonden deze interneringskampen – 'the only place that the world had to offer the stateless' – aan dat de rechten van de mens volledig afhankelijk waren van nationaal burgerschap.<sup>34</sup> Liisa Malkki schrijft dat deze kampen aan het einde van de oorlog waren veranderd in een 'standardized, generalizable technology of power in the management of mass displacement'.<sup>35</sup>

Elementen van geschiedkundig onderzoek naar de hierboven besproken vormen van vrijheidsbeneming zien we terug in contemporaine beschouwingen die stellen dat de huidige asielzoeker en de illegale immigrant staan voor 'the nomadic excess that the

state seeks to capture and normalize through panoptic confinement'.<sup>36</sup> Een genealogische benadering van immigratiedetentie kan ons aldus duidelijk maken dat deze maatregel een plaats heeft in een historisch continuüm van vrijheidsbenamingen van die groepen die door de staat worden gezien als een bedreiging van de bestaande orde. Om echter te begrijpen waarom juist immigratiedetentie in het huidige tijdsgewricht wordt gezien als een noodzakelijk instrument om de contemporaine orde te beschermen, dienen we nog enige aandacht te besteden aan de specifieke context van immigratiecontrole waarbinnen deze maatregel plaatsvindt. Ook die is van belang voor de legitimatie ervan in het politieke en juridische discours.

Het recht van de staat om de toegang en het verblijf van vreemdelingen te reguleren wordt algemeen gezien als inherent aan zijn territoriale soevereiniteit.<sup>37</sup> Het verband tussen immigratie en noties van territoriale soevereiniteit wordt het meest expliciet gelegd door populistische politici die termen als invasie en bedreiging gebruiken om een meer restrictief immigratiebeleid te bepleiten. Maar ook meer geaccepteerde benaderingen, zoals die van beleidsmakers en rechters, laten zien dat het recht van de nationale staat om buitenlanders niet toe te laten of uit te zetten op grond van zijn territoriale soevereiniteit als zodanig niet betwist wordt. Detentie wordt door hen gezien als een 'noodzakelijke toevoeging' aan het recht van uitsluiting dat de staat geniet op grond van zijn *territoriale soevereiniteit* als zodanig.<sup>38</sup> Elders heb ik beargumenteerd dat deze wijze van denken over migratie her-

31 W. Walters, *Deportation, Expulsion and the International Police of Aliens*, *Citizenship Studies*, vol. 6, no. 3, 2002, p. 256-292, p. 286.

32 Z. Bauman, *Social Issues of Law and Order*, *British journal of criminology, delinquency and deviant social behaviour*, vol. 40, no. 2, 2000, p. 205-221.

33 P. Spierenburg, *The prison experience: disciplinary institutions and their inmates in early modern Europe*, New Brunswick: Rutgers University Press 1991.

34 H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, New York: Harcourt 1976, p. 287 en 293.

35 L. Malkki, *Refugees and Exiles: From 'Refugee Studies' to the National Order of Things*, *Annual Review of Anthropology*, vol. 24, 1995, p. 495-523, p. 498.

36 B. Diken & C. Laustsen, *From Refugee Camps to Gated Communities: Biopolitics and the End of the City*, *Citizenship Studies*, vol. 8, no. 1, 2004, p. 83-106, p. 85. Zie ook P. McLoughlin & M. Warin, *Corrosive places, inhuman spaces: Mental health in Australian immigration detention*, *Health and Place*, vol. 14, 2008, p. 254-264.

37 Zie bijvoorbeeld het EHRM in *Amuur tegen Frankrijk*, 25 juni 1996, Reports 1996-III, par. 43; *Chahal tegen het Verenigd Koninkrijk*, 15 november 1996, Reports 1996-V, par. 73; en *Abdulaziz, Cabales en Balkandali tegen het Verenigd Koninkrijk*, 28 mei 1985, A-94, par. 67-68.

38 EHRM, *Saadi tegen het Verenigd Koninkrijk*, par. 64.

leidbaar is tot de notie van de onschendbaarheid van territoriale grenzen in het klassieke internationale recht, een discours dat slechts de rechten en plichten van staten onderling in aanmerking nam, en waarin de belangen van het individu als zodanig geen enkele rol speelden.<sup>39</sup>

Een benadering van het soevereine recht om immigratie te reguleren, dat zo direct geënt is op een juridisch discours dat de onschendbaarheid van territoriale grenzen als fundament neemt, kon alleen ontstaan als gevolg van een perceptie die de relatie tussen het individu en territorium als een statisch gegeven beschouwt en waarin ieder individu behoort tot een zeker, duidelijk begrensde deel van de aarde.<sup>40</sup> Dat duidelijk begrensde deel wordt gevormd door de staat, die volgens diezelfde perceptie dan ook een 'container of society' is.<sup>41</sup> In een dergelijke manier van denken vormt internationale migratie een onmiskenbaar probleem voor zowel de territoriale staat als het internationale systeem gebaseerd op territorialiteit – een probleem dat derhalve voorkomen of opgelost moet worden door het gebruik van dwingende vormen van handhaving en beheersing.<sup>42</sup> Doordat bij de legitimering van het gebruik van die handhavings- en beheersingsinstrumenten direct wordt teruggegrepen op het discours van het klassieke internationale recht, is het onvermijdelijk dat de belangen en de rechten van het individu die worden geraakt door het gebruik van die instrumenten veelal een ondergeschikte rol spelen in die legitimitetsvraag.

#### **4. Immigratiedetentie en de moderne staat: een agenda voor verder onderzoek?**

Hierboven heb ik laten zien dat het paradigma van de nieuwe penologie waardevol is om de stijging in het gebruik van immigra-

tiedetentie en de veranderende – meer punitieve maar tegelijkertijd minder op het individu gerichte – toepassing van deze maatregel gedurende het laatste decennium te duiden. Er zijn echter ook andere invalshoeken nodig om de fundamentele assumpties die ten grondslag liggen aan deze praktijk te begrijpen en zo de valse noodzakelijkheid ervan in het huidige beleid ter discussie te stellen.

In de eerste plaats is dat kennis van de plaats van vrijheidsbeneming in de ontwikkeling van de moderne staat. Het opsluiten van *categorieën* van personen is niet nieuw, en vrijheidsbeneming in de moderne staat is altijd een veel meer omvattende vorm van sociale controle geweest dan een zuiver strafrechtelijke. De wijze waarop in het verleden de noodzaak werd gevoeld van sociale controle en regulering in de vorm van detentie van die groepen die werden gezien als een bedreiging van de bestaande orde, vertoont op sommige punten een belangrijke gelijkenis met de gevoelde noodzaak van immigratiedetentie in het huidige tijdsgewricht. In de tweede plaats faciliteert de dominante perceptie van de relatie tussen het individu, de staat en territoriale soevereiniteit de presentatie van detentie als een vanzelfsprekend en noodzakelijk mechanisme van contemporaine immigratiecontrole om de huidige territoriale orde te beschermen. Het denken over vrijheidsontneming in het vreemdelingenrecht in onze maatschappij zou dan ook deel moeten zijn van een veel bredere agenda van onderzoek naar sociale controle, penologie, uitsluiting en burgerschap, grenzen en territorialiteit, mensenrechten en constitutionalisme. Met het bovenstaande heb ik getracht daar een bijdrage aan te leveren door die verbanden aan te stippen die naar mijn mening in ieder geval verdere verdieping verdienen.

Ik wil deze bijdrage besluiten met enkele kanttekeningen bij hetgeen door Ann Lucas

39 G. Cornelisse, Immigratiedetentie: Rechteloosheid en de moderne staat, *NJB*, vol. 81, no. 16, 2006, p. 890-893; en *European Integration and Immigration by Third Country Nationals: The Obduracy of the National Border*, Working Paper Challenge, september 2007, zie: <[www.libertysecurity.org/article1767.html](http://www.libertysecurity.org/article1767.html)>.

40 Zie B. Hindess, Citizenship in the international management of populations, *American Behavioral Scientist* 43(9), 2000, p. 1486-1497 en B. Hindess, Divide and Rule: The International Character of Modern Citizenship, *European Journal of Social Theory* 1(1), 1998, p. 57-70.

41 J. Agnew & S. Corbridge, *Mastering space. Hegemony, territory and international political economy*, London: Routledge 1995, p. 82-92.

42 Zie F. Düvell, *Illegal immigration: What to do about it*, Working Paper. Working Group Migration-Mobility-Minorities-Membership, Florence, EUI/RSCAS. 2004, at. 9.

is opgemerkt met betrekking tot het gebrek aan publieke verontwaardiging over immigratiedetentie in de Verenigde Staten: 'The lack of public outrage about immigration detention abuses is a product both of public ignorance about the scale and conditions of detention, and also of the assumption that all detainees are undocumented, criminals or terrorists who deserve even worse than what they experience in detention. Inattention to the problems of immigrant detainees is heightened by the general marginalization of poor people of color.'<sup>43</sup>

Voor zover deze opmerkingen ook relevant zijn voor de situatie in Europa, is het essentieel om een groter maatschappelijk

bewustzijn te creëren van een praktijk die, afgezien van de ruchtbaarheid die af en toe aan individuele gevallen wordt gegeven, nog te veel verborgen blijft voor het oog van de gemiddelde burger. En als het waar is dat zowel het maatschappelijke debat als de democratische controle en rechterlijke toetsing van immigratiedetentie beperkt blijft omdat die maatregel alleen gemarginaliseerde groepen treft, is het van belang om ons bewust te zijn van de omstandigheid dat het moderne constitutionalisme met zijn nadruk op individuele, universele rechten juist ook altijd heeft kunnen dienen als een belangrijk wapen in de strijd voor de emancipatie van voorheen gemarginaliseerden.

43 A.M. Lucas, Huddled masses, Immigrants in Detention, *Punishment and Society*, vol. 7, no. 3, 2005, p. 323-329.