

Tekst afscheidsrede Prof. Dr. A.M. van Kalmthout, Universiteit van Tilburg, Donderdag 1 juli 2010, 16.15.

Mijnheer de Rector-Magnificus, Geachte Toehoorders,

Het zal u niet verbazen dat ik als sluitstuk van het congres over ‘Mensbeeld, beeldvorming en mensenrechten’ mijn afscheidsrede in het teken wil plaatsen van een onderwerp waar ik mij al vele jaren in diverse hoedanigheden mee verbonden voel en waarnaar ik met mijn staf veel onderzoek naar heb gedaan: de detentie van vreemdelingen die niet over de vereiste papieren beschikken om hier te verblijven.

De meesten van de hier aanwezigen zullen hier weinig mee worden geconfronteerd, ondanks het feit dat er naar betrouwbare schattingen tussen de 100.000-150.000 vreemdelingen zonder verblijfsvergunning in ons land wonen en vaak ook werken. Dit is maar een schijntje vergeleken bij de vele miljoenen vreemdelingen die zich in Europa ophouden zonder over de vereiste documenten te beschikken. In Nederland kennen wij ze onder de naam illegalen, in Frankrijk heten zij “les sans papiers”, in België spreekt men wel van “ongedocumenteerden” en in de documenten van de Raad van Europa wordt bewust de term illegalen vermeden, maar spreekt men van “irregular migrants”. Dit om de associatie van illegaliteit en criminaliteit te vermijden. Het is met name deze associatieve verbinding van het begrip illegaliteit aan criminaliteit die volgens de Europese Mensenrechtencommissaris Thomas Hammarberg de beeldvorming over deze vreemdelingen bepaalt. Hammarberg wijst daarbij met name op de negatieve consequenties die deze beeldvorming heeft op de waarborgen, die illegale vreemdelingen aan de ook voor hen geldende mensenrechten kunnen ontnemen.

Ook in Nederland is de beeldvorming over illegale vreemdelingen overwegend negatief gekleurd. In een recent rapport van de nationale ombudsman over een klacht tegen het College van zorgverzekeraars wordt het zelfs een feit van algemene bekendheid genoemd dat de term “illegalen” in het huidige maatschappelijke klimaat een negatieve bijklank heeft.

In die zin wordt er in overheidspublicaties ook gesproken en zo komt dit beeld ook via de media op ons over. Illustratief in dit verband is de fatale brand in het detentiecentrum op Schiphol in oktober 2005. De media

berichten toen dat er bij die brand elf illegalen waren omgekomen en dat er acht gedetineerden waren ontsnapt, waarnaar met helikopters werd gezocht. Dat moeten dan wel zware, gevaarlijke criminelen zijn, zal de argeloze burger denken. Waarom zouden ze anders zijn opgesloten en waarom zou er anders zo'n klopjacht op worden georganiseerd?

De term illegalen heeft echter met criminaliteit op zich niets van doen. Het is niet meer dan een containerbegrip waaronder alle buitenlanders worden begrepen die zonder verblijfsvergunning in Nederland verblijven. Daaronder bevinden zich afgewezen asielzoekers, toeristen, van wie het visum verlopen is, slachtoffers van mensenhandel en mensensmokkel, arbeidsmigranten zonder werkvergunning en nog vele anderen, die om welke reden dan ook niet over een verblijfsvergunning beschikken.

Anders dan de term illegalen suggereert, is in Nederland, evenals in de meeste Europese landen, het verblijf zonder verblijfsvergunning geen strafbaar feit, maar een administratieve inbreuk op de openbare orde, waartegen dan ook met administratieve maatregelen kan worden opgetreden. Bij administratieve maatregelen denkt men niet direct aan een maatregel, waarbij iemand de vrijheid kan worden ontnomen, zeker niet wanneer de vrijheidsontneming betekent een opsluiting in een penitentiaire inrichting.

Toch biedt de Vreemdelingenwet in artikel 59 deze mogelijkheid. Dat artikel bepaalt dat indien het belang van de openbare orde of nationale veiligheid dat vordert, een vreemdeling, die geen rechtmatig verblijf heeft, met het oog op zijn uitzetting, in bewaring kan worden gesteld en kan worden opgesloten in een huis van bewaring.

Niet verwonderlijk is dan ook dat deze opsluiting in een penitentiaire inrichting het beeld versterkt dat illegalen ook criminelen zijn. Vergeten wordt daarbij dat deze opsluiting geen strafrechtelijk doel heeft, maar er alleen toe strekt om in deze gesloten setting de identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie van de vreemdeling vast te stellen. Dit ter voorbereiding van het al dan niet gedwongen vertrek naar het land van herkomst of een ander derde land.

Mijn belangstelling voor dit thema ontstond toen in 1994 in Tilburg de voormalige kazerne Koning Willem II werd omgebouwd tot penitentiaire inrichting met de status van huis van bewaring. Dit was de eerste maal dat in Nederland een speciaal huis van bewaring werd geopend, dat exclusief was bedoeld voor vreemdelingen, die niet over een verblijfsvergunning

beschikken. Na 1994 zijn hier in rap tempo nog vele nieuwe inrichtingen aan toegevoegd, met thans een totale capaciteit van ruim 3000 plaatsen. Ongeacht of ze uitzetcentrum, detentiecentrum, detentieplatform of detentieboot heten, hebben deze inrichtingen gemeen dat het alle penitentiaire inrichtingen zijn, waarbij, ongeacht de grondslag en doel van de vrijheidsbeneming, een regiem geldt dat is bedoeld en is afgestemd op gedetineerden die verdacht zijn van een strafbaar feit of daarvoor zijn veroordeeld.

Het is met name deze strafechtelijke inkleuring van de vreemdelingenbewaring en de ook in Europees verband gezien opvallend hoge frequentie waarmee de vreemdelingenbewaring wordt toegepast – meer dan 10.000 keer per jaar- dat niet kan worden voorbijgegaan aan de vraag in hoeverre de huidige wetgeving en uitvoeringspraktijk in overeenstemming zijn met internationaal aanvaarde standaarden en mensenrechten. De actualiteit van deze vraag weerspiegelt zich ook in de veelheid aan internationale en nationale studies en rapporten die hierover de afgelopen jaren zijn gepubliceerd.

Ik noem in dit verband de rapporten van Amnesty International, van de Mensenrechten Commissaris Thomas Hammarberg, het Europees Comité ter voorkoming van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling en bestraffing, ook wel bekend onder de naam CPT. Van de Nederlandse rapporten moeten hier in het bijzonder worden genoemd het Rapport van de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming van 2008 en het kortgeleden verschenen onderzoek van Justitia et Pax naar de ervaringen en opvattingen van justitiepastores, die in de detentiecentra voor vreemdelingen werkzaam zijn. Het bijzondere van dit laatste rapport is dat daarin voor het eerst direct bij de uitvoering van de vreemdelingbewaring betrokkenen, de justitiepastores hun zorg over de mensenrechten in deze inrichtingen naar buiten brengen.

In zijn Max van der Stoellezing, gehouden in 2009 op de internationale dag voor de mensenrechten, gaf de nationale ombudsman Alex Brenninkmeijer uiting aan zijn bezorgdheid over de verdwijnende mensenrechten in Nederland. Daarmee doelt hij op de constatering dat mensenrechten niet in het publieke en politieke debat aan de orde komen, ook als zij wel relevant zijn. Verdwijnend ook in de zin dat zij vaak door instrumentele toepassing van nationale wet- en regelgeving overschaduw worden, met als gevolg dat ze ook niet altijd worden meegewogen in uitvoering en rechtspraak. Brenninkmeijer illustreert dit aan de hand van drie actuele voorbeelden: het politieoptreden bij de

rellen in Hoek van Holland, de kinderrechten in de jeugdzorg en het recht op gezondheid in de geestelijke gezondheidszorg.

Vanmiddag wil ik daar de huidige praktijk met betrekking tot de vreemdelingenbewaring als vierde voorbeeld aan toevoegen. Het huidige politieke en maatschappelijke klimaat in Nederland biedt nauwelijks mogelijkheden om, zeker waar het om vreemdelingen gaat, het thema mensenrechten aan de orde te stellen. Wie dat toch doet weet zich verzekerd van, ik citeer nogmaals Brenninkmeijer, “soms felle, en vaak ook bevreemde, reacties”. Niet alleen van geagiteerde burgers, maar soms ook van hooggeplaatste ambtenaren, die zich kennelijk aangesproken voelen als het gevoelige punt van de mensenrechten hun beleidsterrein raakt.

Een voorbeeld uit mijn eigen, rijke ervaring moge dit verduidelijken. In 2007 publiceerde ik op uitnodiging van de redactie van Justitiële Verkenningen, het wetenschappelijk tijdschrift van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie een artikel over het regiem van de vreemdelingenbewaring. In dat artikel maakte ik de balans op van wat er terecht was gekomen van het reeds in 1982 door de toenmalige Staatssecretaris Kosto onderschreven beginsel dat de vreemdelingenbewaring –ik citeer- “moet worden gezien als een ‘afzonderlijke, niet strafrechtelijke modaliteit van vrijheidsbeneming, die als ultimum remedium niet gemist kan worden, maar vermeden moet worden waar dit kan’. In dat artikel concludeerde ik dat van dat uitgangspunt in de praktijk weinig was terug te vinden. Integendeel, in de afgelopen 25 jaar heeft de vreemdelingenbewaring steeds meer het karakter gekregen van een strafrechtelijk dwangmiddel en is daardoor steeds verder verwijderd geraakt van waarvoor zij is bedoeld en mag worden ingezet.

Ik illustreerde dit met enkele praktijkvoorbeelden, waarmee de commissie van toezicht bij de inrichting in Tilburg regelmatig werd geconfronteerd en die naar het oordeel van deze commissie in een rechtstaat als Nederland niet zouden mogen plaatsvinden. De commissie had daarover regelmatig bij justitie aan de bel getrokken, maar daarop nooit een bevredigend antwoord gekregen.

Het was dan ook bepaald geen aangename verrassing toen ik kort na publicatie van dit artikel, waarvan de inhoud ook door de toenmalige directeur van de Tilburgse inrichting werd onderschreven, een niet voor mijn ogen bestemde per email verstuurd brief onder ogen kwam. Daarin werd in niet mis te verstane woorden verontwaardigd gereageerd op het

feit dat het WODC een podium had geboden voor een kritische beschouwing aan een onderzoeker, van wie : ik citeer “ een autoriteit uitgaat die ook het publieke en politieke debat beïnvloedt”. Het schrijven vervolgt vervolgens met een poging de in het artikel genoemde feiten en analyses te weerleggen door deze af te doen met termen als insinuaties en onwaarheden.

Normaal haal je voor een dergelijke schriftuur je schouders op. In dit geval ging het echter om een brief van het Hoofd van de Afdeling Bijzondere voorzieningen. Dit is de afdeling binnen de Dienst Justitiële Inrichtingen van het Ministerie van Justitie, die verantwoordelijk is voor de tenuitvoerlegging van de vreemdelingenbewaring in de verschillende inrichtingen. De brief was verstuurd aan het hoofd van het WODC, met een afschrift aan de topambtenaren van het Ministerie.

Een verzoek mijnerzijds en van de hoofdredacteur van Justitiële Verkenningen aan de brieveschrijver om de koninklijke weg te bewandelen en een openlijke discussie te voeren in Justitiële Verkenningen of ander wetenschappelijk tijdschrift werd door de auteur afgewezen. Als verantwoordelijke voor het uitvoeringsbeleid achtte hij het, zo luidde de reactie, niet zijn taak om enige inhoudelijke discussie over dit onderwerp aan te gaan.

Ik zal u de inhoud van de daarop volgende correspondentie besparen. Maar onder druk van voorgenomen juridische stappen, inclusief de inschakeling van de vaste Kamercommissie van justitie en na interventie van de hoofd van de afdeling integriteit van het ministerie van justitie, bood de toenmalige directeur van DJI zijn excuses aan er werd een brief rondgestuurd met de mededeling dat het gewraakte epistel als niet geschreven moest worden beschouwd. De eerlijkheid gebiedt mij om te zeggen dat de latere contacten met het nieuwe hoofd van de Afdeling Bijzondere Voorzieningen en met de medewerkers van de Dienst Terugkeer-en Vertrek in aanzienlijk constructievere zin zijn verlopen.

De reden waarom ik destijds deze kwestie zo hoog opnam en nu ook ter sprake breng, is dat dit een toevallig incident is, maar als symptomatisch kan worden beschouwd voor de weinig transparante en defensieve houding waarmee het thema van de vreemdelingenbewaring van overheidswege wordt benaderd. Dit thema ligt kennelijk zo gevoelig dat iedere studie, waaraan de huidige Nederlandse situatie wordt getoetst aan nationale, maar vooral internationale mensenrechtstandaarden als bedreigend wordt gezien, Zij geven immers, om uit de brief van het toenmalige hoofd van de Dienst Bijzondere voorzieningen te citeren:

“extra voeding aan een negatieve beeldvorming over het zogenaamde ‘onmenselijke’ beleid van het Ministerie van Justitie”.

Als dat het uitgangspunt is van waaruit op kritische kanttekeningen bij het vreemdelingenbeleid van overheidswege wordt gereageerd, is het te begrijpen dat kritische onderzoeken en de eerder genoemde rapporten en studies van internationale en nationale instanties zo weinig serieus worden genomen.

In haar analyse van het beleid inzake de vreemdelingenbewaring typeert Mieke Kox niet zonder reden de wijze waarop tot op heden de overheid met deze kritiek omgaat als een voorbeeld van wat de criminoloog Stanley Cohen karakteriseert als de Culture of Denial. De kenmerken van deze ontkenningcultuur zijn volgens deze auteur ook in het debat over de vreemdelingenbewaring manifest: een overheid die feiten ontkent, de effecten van haar beleid niet transparant maakt, haar verantwoordelijkheid ontloopt door deze eenzijdig bij de vreemdeling te leggen, de critici veroordeelt en zich beroept op een hogere macht om haar beleid te rechtvaardigen.

De hogere macht is in dit geval de Nederlandse wet. Als reactie op kritische rapporten en onderzoeken wordt dan ook standaard als argument aangevoerd dat de vreemdelingen humaan en met respect worden behandeld, dat huidige uitvoeringspraktijk in overeenstemming is met de nationale wet- en regelgeving en ook de goedkeuring kan wegdragen van de Inspectie voor de Sanctietoepassing. Of dit laatste argument thans nog opgaat mag, in het licht van de recent verschenen eerste doorlichtingsrapporten van drie detentiecentra door deze Inspectie overigens worden betwijfeld.

Toetsing aan mensenrechten vereist bovendien meer dan toetsing aan de nationale wetgeving alleen. Als onderdeel van de Europese Unie en lidstaat van de Raad van Europa kan Nederland zich niet onttrekken aan de naleving van de mensenrechten die binnen die internationale kaders zijn ontwikkeld. Daarbij gaat het niet alleen om de naleving van bindende verdragsbepalingen of uitspraken van Europese rechterlijke instanties. Zowel binnen de Raad van Europa als binnen de Europese Unie valt een toenemende aandacht en bezorgdheid waar te nemen over het gemak waarmee en de wijze waarop asielzoekers en vreemdelingen zonder verblijfsvergunning in Europa worden gemarginaliseerd en behandeld als waren zij misdadigers. Dit heeft zijn weerslag gekregen in een groeiend aantal, weliswaar niet alle formeel bindende, maar moreel wel dwingende aanbevelingen, resoluties en verordeningen.

Dat de druk om deze internationale standaarden in wetgeving- en uitvoering te incorporeren zal toenemen, lijdt geen twijfel. Daarop wijst onder meer de in januari van dit jaar door de Parlementaire Assemblée van de Raad van Europa aangenomen resolutie 1707 en de aanbeveling 1900 met betrekking tot de detentie van asielzoekers en irreguliere migranten in Europa. Onder verwijzing naar de belangrijkste internationale brondocumenten, bevestigt de resolutie wat de minimumstandaarden en waarborgen zijn die de lidstaten bij de administratieve detentie van asielzoekers en vreemdelingen zonder verblijfsvergunning in acht behoren te nemen. Ter handhaving daarvan roept de resolutie het Comité van Ministers op een apart consulterend orgaan in te stellen, dat onder meer dient na te gaan hoe de door de Raad van Europa vastgestelde minimumstandaarden door de lidstaten worden nageleefd. Een aantal van deze minimumnormen, zijn inmiddels ook overgenomen door de Terugkeer Richtlijn van De Europese Unie. Gezien het bindende karakter van deze richtlijn zal het dan niet meer mogelijk zijn om deze internationale standaarden af te doen als ‘soft law’, een argument dat door rechtbanken regelmatig wordt gebruikt om een beroep op bijvoorbeeld de standaarden van de CPT en de Raad van Europa af te wijzen.

Vooropgesteld moet worden dat niet in het geding is dat ieder land het recht bezit ongeoorloofde binnenkomst en onrechtmatig verblijf tegen te gaan, zelfs, indien nodig, met toepassing van vrijheidsbenemende maatregelen. Vanuit het besef dat vrijheidsbeneming een zware inbreuk is op iemands persoonlijke integriteit, met niet zelden ernstige psychische gevolgen, betekent dit wel dat op de overheid en samenleving de plicht rust om zich voortdurend af te vragen of toepassing van dit middel wel noodzakelijk is en of niet met een minder ingrijpend middel kan worden volstaan.

Dit ultimum remedium of last resort principe is in veel internationale verdragen en resoluties, zoals eerder genoemde resolutie 1707 van de Raad van Europa, neergelegd. Ook de terugkeerrichtlijn van de Europese Unie, die vóór het eind van dit jaar ook in Nederland moet zijn geïmplementeerd, schrijft in artikel 15 dwingend voor dat de lidstaten een illegale vreemdeling met het oog op diens uitzetting, alleen zijn vrijheid kunnen ontnemen, indien dit niet met minder bezwarende middelen kan worden gerealiseerd. Daarbij gaat het in het bijzonder om vreemdelingen bij wie een risico bestaat dat zij zich aan het terugkeer proces zullen onttrekken of de voorbereiding daartoe verhinderen of frustreren. Deze formulering geeft duidelijk aan dat de prioriteit in het uitzettingsproces

moet liggen op de inzet van andere, minder ingrijpende middelen dan de vrijheidsbeneming. Dit blijkt ook uit artikel 7 van deze Richtlijn, dat bepaalt dat het primaat in de terugkeerprocedure moet liggen bij een vrijwillige terugkeer en dat de vreemdeling derhalve een termijn van zeven tot dertig dagen moet worden gegund om een dergelijk vrijwillig vertrek te kunnen realiseren. Daarvan kan alleen worden afgezien bij vluchtgevaar, manifest frauduleuse handelingen of als de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde of nationale veiligheid. Gedurende deze termijn kunnen bepaalde voorwaarden aan de vreemdeling worden gesteld, zoals een meldplicht, financiële garantstelling, locatiegebod, die het risico dat de vreemdeling weer uit het zicht verdwijnt moeten elimineren.

De huidige Nederlandse wetgeving is niet op dit ultimum remedium principe gebaseerd, maar gaat er in artikel 59 Vreemdelingenwet vanuit dat een vreemdeling in bewaring kan worden gesteld indien het belang van de openbare orde dit vordert. Volgens de vreemdelingencirculaire, waarin deze bepaling nader wordt uitgewerkt, is het enkele vermoeden dat iemand zich aan die uitzettingsprocedure kan onttrekken voldoende om tot inbewaringstelling over te gaan. Dit vermoeden wordt al geacht aanwezig te zijn als zich een of meer van de omstandigheden voordoen, die expliciet in de vreemdelingencirculaire worden genoemd. Als relevante omstandigheden in deze worden daarbij genoemd het feit dat de vreemdeling niet beschikt over geldige papieren, als illegaal in Nederland heeft verbleven, zich bediend heeft van aliassen, niet beschikt over een vaste woon-of verblijfplaats of over voldoende middelen van bestaan of in zijn onderhoud heeft voorzien door zwart te werken.

Het zijn alle omstandigheden die op zich het opstarten van een proces, dat uiteindelijk moet leiden tot een al dan niet gedwongen vertrek uit Nederland, kunnen legitimeren. Een redelijk vermoeden dat de vreemdeling zich aan de verplichte terugkeer zal onttrekken kan daaruit echter niet worden afgeleid. Nog minder vormen deze omstandigheden voldoende grond om te concluderen dat het terugkeerproces niet minder ingrijpende middelen dan vrijheidsbeneming zou kunnen worden gerealiseerd. Toch is het beroep op een of meerdere omstandigheden voldoende voor de Staat om tot bewaring over te gaan. Uit de casuïstische jurisprudentie, die in de schriftelijke versie van deze rede verder zal worden besproken, valt af te leiden dat de Staat bij deze beslissing een zeer grote beleidsruimte toekomt, met slechts een zeer beperkte marginale toetsingsmogelijkheid voor de rechter. In praktijk betekent dat de vreemdelingenbewaring vrijwel standaard wordt toegepast en het gebruik van alternatieven, zoals de meldplicht, op een hand is te tellen. Of na de



implementatie van de terugkeerrichtlijn met deze marginale toetsingsmogelijkheid kan worden volstaan valt echter te betwijfelen. Ook is het de vraag of op basis van deze richtlijn een inbewaringstelling om redenen van openbare orde of nationale veiligheid nog wel mogelijk is. Gelet op de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie in Luxemburg in de zaak Kadzoev van november 2009 moet deze vraag ontkennend worden beantwoord en zal de Nederlandse wetgever ook om deze reden haar beleid moeten wijzigen.

Een andere vraag is of uit het dwingende karakter van het ultimum-remedium principe en het ingrijpende karakter van een vrijheidsbeneming, niet een positieve verplichting voor de overheid kan worden afgeleid om te voorzien in een infrastructuur, waarin deze alternatieven beschikbaar zijn of dat de overheid deze op zijn minst niet zou moeten faciliteren. De in veel landen al bestaande en bij de voorlopige hechtenis beproefde alternatieven, die naar de letter van de vreemdelingencirculaire ook in Nederland mogelijk zijn, blijven immers een dode letter als de daarvoor vereiste infrastructuur ontbreekt. Deze kan alleen tot stand komen als de overheid daarin het voortouw neemt en de mogelijkheden tot toepassing van deze alternatieven ook faciliteert. Daarbij gaat het om alternatieven als plaatsing in een open inrichting, elektronisch toezicht, гаранstelling door de vreemdeling of een derde, meldplicht, of onder toezichtstelling van kerkelijke of andere betrouwbaar geachte instellingen of personen,

Bij wijze van voorbeeld zou daarbij gekeken kunnen worden naar Engeland waar de Immigration Service, naar het voorbeeld van de voorlopige hechtenis, een omvattend systeem van dergelijke alternatieven voor de vreemdelingenbewaring heeft opgezet. Toepassing van de vreemdelingenbewaring is in Engeland dan ook niet toegestaan, als niet eerst alle redelijke alternatieven zijn onderzocht.

Als argument voor de vrijwel standaardmatige toepassing van de vreemdelingenbewaring wordt altijd het argument van het vluchtgevaar genoemd. Onderzoek naar buitenlandse ervaringen laat echter zien dat deze veronderstelling niet met feiten kan worden gestaafd. In België wordt maar 10% van de aangehouden illegale vreemdelingen in een gesloten inrichting opgesloten. Desondanks is het percentage vreemdelingen dat uiteindelijk vrijwillig vertrekt of gedwongen wordt uitgezet minstens zo gunstig als in Nederland. De Memorie van Toelichting bij resolutie 1707 van de Raad van Europa vermeldt ook andere onderzoeken, waaruit blijkt dat niet-vrijheidsbenemende alternatieven slechts in zeer beperkte mate leiden tot overtreding van de

opgelegde voorwaarden en in niet meer dan 5% tot onttrekking aan de procedure. Daar staat bovendien tegenover dat het percentage vreemdelingen dat vervolgens het land verlaat aanzienlijk hoger is dan bij toepassing van vrijheidsbeneming het geval is. Dit mag geen verrassing heten, want, zoals wij ook in ons onderzoek naar factoren die de terugkeer kunnen bevorderen of belemmeren hebben kunnen constateren, resulteert opsluiting in een gevangenis bij vreemdelingen eerder in verzet dan in de voor terugkeer vereiste medewerking.

Voor zover deze argumenten al niet mogen overtuigen moet ook nog worden gewezen op het kostenaspect. Enkele jaren geleden constateerden wij in ons onderzoek dat een geslaagde uitzetting, alleen al aan detentiekosten meer dan 35.000 Euro bedraagt. Dat alleen al zou voldoende moeten zijn om te investeren in veel goedkopere en waarschijnlijk ook doelmatiger alternatieven. Opmerkelijk in dat verband is dat in het rapport brede heroverwegingen als bezuinigingsmogelijkheid wordt voorgesteld om de bewaring te beperken tot criminele en overlastgevende vreemdelingen en de overigen in het geheel niet in bewaring te stellen. Zo zwaar weegt het openbaar belang kennelijk niet, als het financiële belang in het geding is. Laat staan dat ik ook zou moeten opgaan als het gaat om het belang van mensenrechten?

Het voorgaande neemt niet weg dat er altijd situaties blijven bestaan dat de vrijheidsbeneming als ultimum remedium onvermijdelijk is. De vraag is dan vervolgens waar en op welke wijze deze ten uitvoer wordt gelegd. Als norm geldt daarbij een tweede belangrijk beginsel, het beginsel van minimale beperkingen. Dit beginsel is in tal van internationale verdragen, waarbij ook Nederland partij is, gecodificeerd en is ook neergelegd in artikel 15, lid 4 van onze Grondwet. Het vormt ook een belangrijke toetssteen bij de vraag of de wijze waarop de vreemdelingenbewaring ten uitvoer wordt gelegd, in overeenstemming is met het in artikel 3 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens neergelegde absolute verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling. In het kort komt dit beginsel er op neer dat iemand, aan wie de vrijheid is ontnomen, niet verder in de uitoefening van zijn grondrechten mag worden beperkt dan met het oog op de grondslag en het doel van de vrijheidsontneming te rechtvaardigen is.

Op grond van dit beginsel kunnen bijvoorbeeld beperkingen die in het belang van het strafvorderlijk onderzoek aan verdachten in voorlopige hechtenis worden opgelegd niet worden toegepast op veroordeelden, verschillen de regies in TBS inrichtingen en gesloten psychiatrische

inrichtingen van die van de gevangenen en mogen minderjarigen die krachtens een civielrechtelijke machtiging onder toezicht zijn geplaatst niet tezamen met criminele jongeren in een jeugdgevangenis worden ondergebracht.

Ook artikel 5, lid 4 van het Vreemdelingenbesluit stelt als voorwaarde bij de vreemdelingenbewaring dat deze de vreemdeling niet verder in zijn grondrechten mag beperken dan door het doel van de maatregel en de handhaving van de orde en veiligheid op de plaats van tenuitvoerlegging wordt gevorderd. Nu het doel van deze bewaring uitsluitend is gericht op de uitzetting en de zekerstelling dat betrokkene voor het uitzettingsproces beschikbaar is, zou dit ook tot uitdrukking moeten komen in de plaats waar en condities waaronder de vreemdelingenbewaring ten uitvoer wordt gelegd. Dat is de norm, die in het beginsel van minimale beperkingen ligt opgesloten.

Vertaald naar de concrete praktijk betekent dit, aldus onder meer de standaarden van het CPT en de Raad van Europa, dat vreemdelingen in vreemdelingenbewaring niet als criminelen mogen worden behandeld en dat de tenuitvoerlegging daarvan zo min mogelijk plaats dient te vinden in een sfeer die aan een gevangenis doet denken. Het is aldus het CPT fundamenteel onjuist om deze administratieve maatregel te doen ondergaan in een penitentiaire inrichting. Dit is immers, aldus het CPT, per definitie niet een geschikte plaats is om iemand, die geen verdachte is of die niet is veroordeeld op te sluiten. Indien vrijheidsbeneming onvermijdelijk is dan dient deze plaats te vinden in speciaal daartoe bestemde inrichtingen, met materiële voorzieningen en een regiem dat is toegesneden op de specifieke redenen waarom de vreemdeling is opgesloten. Concreet betekent dit, aldus het CPT een regiem met zo min mogelijk beperkingen in bewegingsvrijheid en privacy en met ruime mogelijkheden voor recreatie, sport, educatie en contacten met de buitenwereld.

In het buitenland zijn tal van vreemdelingencentra te vinden die aan deze criteria voldoen. In België en Engeland bijvoorbeeld genieten vreemdelingen binnen de vreemdelingencentra zo groot mogelijke bewegingsvrijheid, hebben zij recht op minstens 1 maal daags bezoek, is er toegang tot het internet en onbeperkte mogelijkheid om te telefoneren. Daarnaast kunnen de vreemdelingen deelnemen aan een rijk geschakeerd aanbod aan recreatieve, educatieve en sportactiviteiten, en worden taalcursussen en interculturele en communicatiecursussen georganiseerd. Deze hebben niet alleen tot doel om het leven in deze deels open deels gesloten inrichtingen dragelijker te maken maar ook om de vreemdeling

beter voor te bereiden op zijn uiteindelijke terugkeer. Ook de dwangmiddelen die tijdens detentie bij wangedrag kunnen worden toegepast, zijn beperkter in aantal en duur, dan die in gevangenissen kunnen worden toegepast. In Engeland heeft men een strafrechtelijke inkleuring van de detentie nog verder gereduceerd door het beheer van vier van de zeven inrichtingen over te laten aan geprivatiseerde ondernemingen. Dat is niet alleen goedkoper, maar heeft ook een positieve uitwerking op het klimaat binnen de inrichting.

Interessant in dit verband is dat in het Rapport brede herwaardering wordt voorgesteld om naar Engels voorbeeld een kwart van het gevangenissen ook in Nederland te privatiseren. Dit zou een uitgelezen mogelijkheid bieden, om de vreemdelingenbewaring uit de strafrechtelijke sfeer te trekken. Voorwaarde daarbij is dan wel dat ook het regiem niet langer op de Penitentiaire Beginselenwet is gefundeerd.

Wanneer men de huidige situatie van de vreemdelingenbewaring in Nederland toetst aan de hiervoor vermelde criteria dan moet men constateren dat slechts aan één van die criteria is voldaan: nl. dat de vreemdelingenbewaring ten uitvoer wordt gelegd in daartoe speciaal opgezette inrichtingen. De betekenis daarvan wordt echter tenietgedaan, nu deze inrichtingen alleen in naam van de gewone penitentiaire inrichtingen verschillen. Ondanks de herhaalde toezeggingen die hierover door achtereenvolgende bewindslieden zijn gedaan, heeft de wetgever tot op heden geen inspanningen verricht om dit onderscheid ook tot uitdrukking te brengen door voor deze inrichtingen aparte regiemregels op te stellen. Plaatsing in een huis van bewaring betekent daarom automatisch ook de toepassing van hetzelfde sobere detentieregiem dat bedoeld is voor strafrechtelijk gedetineerden. Als, zoals de laatste jaren het geval is geweest, het gevangenisregiem versobert, betekent dit automatisch dat deze versobering ook wordt doorgevoerd in de detentiecentra voor vreemdelingen. In feite zijn de vreemdelingen nog slechter af dan strafrechtelijk gedetineerden, doordat bepaalde voorzieningen, zoals detentiefasering, arbeid, educatie en resocialisatieprogramma's niet voor de vreemdelingen beschikbaar zijn. Veelbelovende initiatieven met terugkeerprogramma, bedoeld om vreemdelingen met meer perspectief naar hun land te laten terugkeren en het dagelijks leven in detentie dragelijker te maken, zijn enkele jaren geleden, tengevolge van de aanscherping van het vreemdelingenbeleid en de bezuinigingen op het gevangeniswezen, stopgezet. Om die reden brengen zij het grootste deel van de dag in ledigheid door binnen de muren van hun cel of in de daaraan grenzende corridor.

Zo zijn er tal van andere voorbeelden te noemen van beperkingen die de vreemdelingen moeten ondergaan, louter en alleen omdat deze ook voor strafrechtelijk gedetineerden gelden. In de schriftelijke versie van deze rede zal ik daar uitvoeriger op ingaan. Hier beperk ik mij tot een verwijzing naar de Penitentiaire Beginselenwet dat het recht van de vreemdeling om aanspraak te maken op voorzieningen, waardoor hij buiten de cel kan verblijven beperkt tot minimaal 19 en maximaal 63 uur per week. Uit een recent onderzoek, verricht in opdracht van de Vereniging voor advocaten en juristen in Nederland, bleek dat het gemiddeld aantal uren dat een vreemdeling per week buiten zijn cel verblijft, rond de 45 uur bedraagt. Deze zijn bestemd voor 1 uur luchten per dag, 1 of 2 uur per week bezoek, 2x drie kwartier sporten per week, 1 maal per week bezoek aan de bibliotheek. De resterende uren zijn bestemd voor wat in de huisregels recreatie wordt genoemd, wat in de praktijk betekent rondhangen op de afdeling of op de luchtplaats. Van een zinvolle dagbesteding is geen sprake, hetgeen tot veel spanningen leidt. Als antwoord daarop staan dan geen andere middelen ter beschikking dan het opleggen van disciplinaire straffen, meestal bestaande uit de plaatsing in een isolatiecel voor maximaal 14 dagen.

De nog steeds onbeantwoorde vraag, die in veel studies wordt opgeworpen is, in hoeverre dit sobere regiem, kan worden gelegitimeerd met de reden waarom zij zijn opgesloten. Die vraag is nog klemmender als hen, in tegenstelling tot strafrechtelijk gedetineerden, incidenteel verlof wordt geweigerd om bij de bevalling van hun partner aanwezig te mogen zijn of om afscheid te nemen van een vader of moeder die op sterven ligt. Ook kan men zich afvragen waarom een bezoek aan bijvoorbeeld een ziekenhuis of ambassade vrijwel standaard gepaard gaat met toepassing van hand- of koppelboeien. Of waarom een vreemdeling, wanneer hij zijn verzet tegen het regiem uit door in hongerstaking te gaan, hij niet zoals voorgeschreven in een observatiecel, maar in een strafcel wordt geplaatst. Dit is een cel zonder meubilair, waar hij gekleed in een zogeheten scheurpyama, pas gedurende de avond en de nacht over een matras kan beschikken. Ook valt moeilijk uit te leggen waarom de vreemdelingen geen boeken van buiten zo mogen ontvangen. Het toch al schaarse bezoekrecht wordt nog verder ingeperkt, wanneer de politie bezoekers van vreemdelingen vordert, onder dreiging van een strafrechtelijke vervolging als zij niet meewerken, haar te informeren wat hen over de vreemdeling bekend is. Dit heeft alles weinig van doen met de reden van hun opsluiting, die immers uitsluitend bedoeld is voor het identificatieproces en de voorbereiding van hun al dan niet gedwongen vertrek. Het zijn alle voorbeelden die, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, niet te verenigen zijn met wat het beginsel van minimale

beperkingen beoogt. Dit beginsel rechtvaardigt ook niet de aan het sobere regiem ten grondslag liggende beleidsoverweging dat hoe minimaler en onaangener de detentieomstandigheden zijn, des te eerder de vreemdeling aan zijn uitzetting zal meewerken. Nog afgezien van de legitimiteit om detentieomstandigheden in te zetten als pressie- en afschrikkingsmiddel, zijn er geen gegevens die er op wijzen dat het huidige detentieregime een positief effect heeft op het uitzettingsbeleid. In gemiddeld 50 % kan de vreemdeling niet worden uitgezet en moet hij weer worden vrijgelaten. Onderzoek bevestigt dat dit vooral een belangrijk deel is terug te voeren op juist deze detentieomstandigheden, die door veel vreemdelingen als vernederend worden ervaren en hen sterkt in het verzet niet aan de uitzetting mee te werken.

Dames en Heren,

Veel wat ik hier heb gezegd is niet nieuw. In mijn eigen onderzoeken en in eerder genoemde rapporten is er bij herhaling op gewezen dat in het licht van het ultimatum beginsel en het beginsel van minimale beperkingen het Nederlandse beleid met betrekking tot de vreemdelingenbewaring aan een fundamentele hervorming toe is. Ondanks tal van toezeggingen die in de loop der jaren door achtereenvolgende bewindslieden zijn gedaan, is deze hervorming tot op heden uitgebleven.

De rode draad in deze rapporten is de behoefte aan meer humaniteit in de vreemdelingenbewaring. Zo heet ook het recente onderzoek onder de justitiepastores. Deze beklemtoning van het humanitaire aspect werkt echter averechts als daar onder zou worden verstaan de wijze waarop het uitvoerende gevangenispersoneel met de gedetineerden omgaat. Zo lijkt dit althans te worden verstaan door het Ministerie van Justitie. Het standaardantwoord op Kamervragen en kritische rapporten over de vreemdelingenbewaring is dan ook dat van onmenselijke behandeling geen sprake is en dat de vreemdelingen, op gelijke wijze als strafrechtelijk gedetineerden, humaan en met respect worden behandeld. Een dergelijk antwoord miskent dat het niet de professionaliteit en integriteit van het penitentiair personeel is, dat ter discussie staat maar het regime als zodanig. Daarbij wil een pleidooi voor meer humaniteit niet zeggen dat het huidige systeem van vreemdelingenbewaring als inhumain kan worden gekwalificeerd. Althans niet, als daarmee bedoeld wordt op de strikte interpretatie die het Straatsburgse Hof aan de term inhuman treatment in artikel 3 van het Europees Verdrag geeft. Volgens vaste jurisprudentie van het hof veronderstelt deze kwalificatie immers een weloverwogen, opzettelijke handeling van de kant van de overheid, welke resulteert in een geestelijk of psychisch leed van zodanige ernst

dat zij in de gegeven omstandigheid niet gerechtvaardigd kan worden. Die kwalificatie is in zijn algemeenheid niet op het Nederlandse gevangeniswezen niet van toepassing, ook niet bij de vreemdelingenbewaring. Maar het begrip humaniteit kan ook in een ruimere context worden gezien en dan omvat het ook het eveneens in artikel 3 van het Europees Mensenrechtenverdrag neergelegde verbod op een vernederende behandeling. Sedert het arrest Kudla tegen Polen van 2000 geldt daarbij niet meer de voorwaarde dat de vernederende behandeling met opzet is geschied. Voldoende is dat de behandeling een zodanige grens heeft overschreden, dat zij bij de gedetineerde een gevoel van vrees, angst, minderwaardigheid en vernedering heeft veroorzaakt. Een jaar later ging het Hof in het arrest Dougaz tegen Griekenland nog een stap verder door bij de vraag of er sprake is van degrading treatment in de zin van artikel 3 EVRM ook de materiële omstandigheden en het detentieregime te betrekken. In verschillende latere uitspraken heeft het Hof deze lijn verder doorgezet. Een belangrijke trend in deze uitspraken is dat sedert het arrest Mayzit tegen Rusland van 2005 het Hof steeds meer de standaarden van het CPT als toetssteen gebruikt bij de vraag of er van een vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM sprake is.

Dames en Heren, ik kom tot een afsluiting.

Afgezet tegen deze ontwikkeling en de detentiebeleving van vreemdelingen, zoals deze uit eerdere onderzoeken naar voren kwam, acht ik het dan ook niet gewaagd om met de standaarden van het CPT en van de Raad van Europa als maatstaf het huidige regime van de vreemdelingbewaring als vernederend in de zin van artikel 3 van het Europees aan te merken. De daarvoor vereiste drempel dat deze vernedering ook zekere mate van ernst moeten hebben, acht ik zeker aanwezig in de hiervoor genoemde voorbeelden uit de praktijk. Voor een rechtsstaat als Nederland zou een toetsing aan deze standaarden en de standaarden die uit de Terugkeerrichtlijn kunnen worden afgeleid, voldoende reden moeten zijn om deze standaarden in wetgeving en uitvoeringspraktijk te incorporeren, alvorens daartoe door het Europese Hof of het Hof te Luxemburg gedwongen te worden.

Vooralsnog lijkt het politieke en maatschappelijke klimaat niet erg open te staan voor een dergelijke fundamentele koerswijziging. Gezien het voorstel van het rapport brede heroverwegingen om in het kader van de bezuinigingsoperatie de detentieomstandigheden nog verder te versoberen valt eerder het tegenovergestelde te verwachten. Bepaald niet

optimistisch stemt ook de laatste tijd opkomende roep van sommige politieke partijen om als de verdragen, waarin de mensenrechten van vreemdelingen zijn vastgelegd, ons te zeer gaan knellen, deze dan maar op te zeggen of via opting-outs deels buiten werking te stellen. Afgezien van het realiteitsgehalte daarvan, geeft het feit dat er zo over mensenrechten en vreemdelingen in een rechtstaat als Nederland wordt gesproken, weinig reden voor veel optimisme.

Vooralsnog is er dus alle reden om ook na mijn emeritaat de rol van lastige luis in de pels te blijven vervullen. Niet meer als hoogleraar Vrijheidsbeperking en vrijheidsontneming, maar wel als lid van de Raad voor de Strafrechttoepassing, als Nederlands lid van het CPT en nog als hoorleraar verbonden aan het centrum voor justitiepastoraat van de theologische faculteit hoop ik mij nog vele jaren te kunnen inzetten voor de vreemdelingen, voor wie mensenrechten even zwaar wegen als voor ons, of ze nu illegaal zijn of niet.

Anton van Kalmthout