No.W03.14.0361/II 's-Gravenhage, 18 december 2014

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 10 oktober 2014, no.2014001947, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de terugkeer van vreemdelingen en vreemdelingenbewaring (Wet terugkeer en vreemdelingenbewaring), met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt tot introductie van één uniform bestuursrechtelijk kader voor vreemdelingenbewaring. Het nieuwe regime sluit aan bij de doelstelling van bewaring – de vreemdeling beschikbaar te houden voor vertrek - en gaat uit van het beginsel van minimale beperkingen in relatie tot dat doel. De verschillende wettelijke kaders die nu bestaan voor vreemdelingen in territoriale bewaring en vreemdelingen in grensbewaring komen daarmee te vervallen. Het wetsvoorstel bevat voorts een aanpassing van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw) voor wat betreft de bepalingen die zien op de staandehouding, zekerheidsstelling, vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming. Met de aanpassingen wordt beoogd alternatieven voor bewaring nadrukkelijker te verankeren en het ultimum remedium karakter van de vreemdelingenbewaring te benadrukken.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft het belang van een nieuw (bestuursrechtelijk) kader voor vreemdelingenbewaring en het streven het ultimum remedium karakter van de vreemdelingenbewaring nadrukkelijker te verankeren. Niettemin maakt zij een aantal opmerkingen bij het voorstel. Als eerste lijkt het nieuwe bestuursrechtelijke kader voor vreemdelingenbewaring op sommige punten nog te zijn geënt op de huidige praktijk waarbij de inrichting en het regime een penitentiair karakter hebben. De toelichting motiveert onvoldoende dat de betreffende beperkingen en regimes – zeker in hun totaliteit bezien – noodzakelijk zijn voor handhaving van de orde en veiligheid in de inrichting dan wel voor het doel van de vreemdelingenbewaring. Voorts is gelet op jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie onvoldoende duidelijk waarom het voorstel de mogelijkheid open houdt om een inrichting voor vreemdelingenbewaring te huisvesten in een complex of gebouw dat tevens dienst doet als penitentiaire inrichting. Daarnaast is de Afdeling van oordeel dat het ultimum remedium karakter van de vreemdelingenbewaring beter geformuleerd zou moeten worden. In dat kader refereert zij aan het voorstel tot implementatie van de herziene Procedurerichtlijn en herziene Opvangrichtlijn dat onlangs bij de Tweede Kamer is ingediend. De Afdeling meent dat de daarin opgenomen formulering van het ultimum remedium karakter van de vreemdelingenbewaring beter uitdrukking geeft aan het uitgangspunt ‘nee, tenzij’. Tot slot maakt de Afdeling enkele meer technische opmerkingen. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

1. Minimale beperkingen

De uitvoering van vreemdelingenbewaring in huizen van bewaring waar een strafrechtelijk regime op grond van de Penitentiaire Beginselenwet (Pbw) geldt, heeft de afgelopen jaren geleid tot veel kritiek.[[1]](#footnote-1) Met het wetsvoorstel Terugkeer en vreemdelingenbewaring introduceert de regering een nieuw (bestuursrechtelijk) kader voor de vreemdelingenbewaring. Het nieuwe kader beoogt aan te sluiten bij de doelstelling van vreemdelingenbewaring en beoogt uit te gaan van het beginsel van minimale beperkingen.[[2]](#footnote-2) Artikel 3, derde lid, van het voorstel bepaalt daartoe dat vreemdelingen in bewaring aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan welke voor het doel van de vreemdelingenbewaring of in het belang van de handhaving en orde en veiligheid in de inrichting noodzakelijk zijn. Het doel van vreemdelingenbewaring is, blijkens het voorstel, de vreemdeling beschikbaar te houden voor vertrek.

De Afdeling onderschrijft met de regering het belang van een eigen (bestuursrechtelijk) kader voor vreemdelingenbewaring. Het doel van de vrijheidsbeneming is bij vreemdelingenbewaring immers anders dan bij de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties, waarmee tevens de afweging over de gedurende de vrijheidsbeneming op te leggen beperkingen anders is.[[3]](#footnote-3) Het voorstel is een goede stap naar een eigen kader en regime voor vreemdelingenbewaring. Het wekt echter de indruk op sommige punten nog te zijn geënt op de huidige praktijk waarbij de inrichting en het regime een penitentiair karakter hebben. De vraag is of bij de inrichting van het nieuwe (bestuursrechtelijke) kader het beginsel van minimale beperkingen voldoende recht wordt gedaan, zoals de regering voorstaat. In dit licht vraagt de Afdeling aandacht voor het volgende.

1. *Beperkingen beheersregime*

Het wetsvoorstel introduceert twee hoofdregimes in vreemdelingenbewaring: het verblijfsregime en het beheersregime.[[4]](#footnote-4) Het verblijfsregime kent een verruiming van het dagprogramma, van het recht op bezoek en van de mogelijkheden tot telefoneren ten opzichte van het huidige regime op grond van de Pbw. Het beheersregime is gelijk aan het huidige regime op grond van de Pbw. In het beheersregime heeft de vreemdeling recht op 18 uur aan dagbesteding, één uur bezoek en 10 minuten bellen met de inrichtingstelefoon per week. Het beheersregime is bedoeld voor personen die vanwege hun gedrag of een zekere beheersproblematiek de orde en veiligheid binnen het verblijfsregime te zeer verstoren.

De Afdeling onderkent dat vreemdelingen in bewaring de orde en veiligheid in de inrichting kunnen verstoren en dat de directeur over bevoegdheden dient te beschikken om hier adequaat op te reageren. Eveneens wordt onderkend dat twee typen regimes nodig zijn voor de vreemdelingenbewaring. Het meest strikte regime, het beheersregime, komt echter overeen met het regime zoals dat thans geldt in vreemdelingenbewaring op grond van de Pbw. Daarmee heeft het beheersregime een penitentiair karakter hetgeen niet lijkt te stroken met het voornemen van de regering een eigen bestuursrechtelijk kader voor vreemdelingenbewaring te introduceren met het beginsel van minimale beperkingen als uitgangspunt. De toelichting motiveert onvoldoende waarom het beheersregime zoals dit in het voorstel concreet is uitgewerkt (voor wat betreft het dagprogramma, bezoek en telefonisch verkeer) overeenkomt met het regime op grond van de Pbw.

1. *Beheersregime bij binnenkomst*

Met het oog op het handhaven van de orde en veiligheid geldt op de binnenkomstafdeling het beheersregime.[[5]](#footnote-5) Na maximaal twee weken wordt de vreemdeling overgeplaatst naar een afdeling waar het verblijfsregime geldt, tenzij de directeur van de inrichting besluit dat verblijf in het beheersregime noodzakelijk is met het oog op de orde en veiligheid in de inrichting. De regering verwacht dat 90% tot 95% van de vreemdelingen geschikt is voor het verblijfsregime.

De toelichting maakt onvoldoende duidelijk waarom het noodzakelijk is om alle vreemdelingen bij binnenkomst, ongeacht hun gedrag, in het beheersregime te plaatsen en aan de beperkingen van dat regime te onderwerpen. Uitgaande van het beginsel van minimale beperkingen en gelet op het relatief geringe aantal vreemdelingen (5-10%) dat naar verwachting ongeschikt zal zijn voor het verblijfsregime, is deze keuze niet op voorhand evident. Daartoe merkt de Afdeling tevens op dat, ingeval bij binnenkomst het verblijfsregime van toepassing is en een vreemdeling niet daarbij passend gedrag vertoont, de directeur orde- en disciplinaire maatregelen ter beschikking staan die kunnen worden aangewend. Het voorgaande zou kunnen bewerkstelligen dat het overgrote deel van de vreemdelingen dat geschikt is voor het verblijfsregime niet aan de beperkingen van het beheersregime behoeft te worden onderworpen. Indien nodig kan de directeur van een inrichting voor vreemdelingenbewaring zijn bevoegdheden aanwenden bij vreemdelingen die de orde en veiligheid verstoren.

1. *Blokuren*

Het voorstel voorziet in een verruiming van het dagprogramma in het verblijfsregime. De celdeuren zullen geopend zijn tussen 08.00 uur in de ochtend en 22.00 uur in de avond, waarbij sprake is van twee blokuren tijdens welke de vreemdeling wordt ingesloten op zijn cel. De regering acht de blokuren in de inrichting voor vreemdelingenbewaring nodig in verband met de werk- en rusttijden van het personeel, het overdragen van diensten en voor overlegmomenten. Het voorgaande geldt niet voor de gesloten gezinsvoorziening.[[6]](#footnote-6)

Het gedurende de blokuren insluiten van de vreemdeling om bedrijfsmatige redenen, zoals dat thans ook het geval is in vreemdelingenbewaring en detentie, draagt sterk bij aan een penitentiair karakter van de vreemdelingenbewaring. Bij de gesloten gezinsvoorziening is volgens het voorstel sprake van een werkwijze die rekening houdt met de werk- en rusttijden van het personeel, het overdragen van diensten en voor overlegmomenten zonder de vreemdelingen gedurende de blokuren in te sluiten. De Afdeling onderkent de mogelijke organisatorische en personele consequenties van het toepassen van deze werkwijze op andere regimes binnen de vreemdelingenbewaring. Gelet op het beginsel van minimale beperkingen vergt de insluiting gedurende de blokuren zoals voorgesteld echter een nadere toelichting.

1. *Bezoek*

Vreemdelingen die op een afdeling met het beheers- dan wel verblijfsregime verblijven, hebben recht op één respectievelijk twee uren per week bezoek.[[7]](#footnote-7) Vreemdelingen die in een gesloten gezinsvoorziening verblijven, hebben het recht om ten minste tien uur per week bezoek te ontvangen. Uit de toelichting blijkt dat voorzien is in een ruimhartige regeling van het bezoek in de gezinsvoorziening omdat de regering het voor minderjarigen belangrijk vindt dat zij contact hebben met leeftijdsgenoten of andere personen die belangrijk voor hen zijn.

De Afdeling onderschrijft het belang van minderjarige vreemdelingen die in bewaring zijn geplaatst om ruime mogelijkheden te hebben tot contact met leeftijdsgenoten of andere voor hen belangrijke personen. De Afdeling onderkent de mogelijke organisatorische en personele consequenties van het toepassen van deze werkwijze bij andere regimes binnen de vreemdelingenbewaring. Nu echter beoogd is alle vreemdelingen binnen de bewaring zo veel mogelijk vrijheid te geven, behoeft de vraag waarom zij in het beheers- en verblijfsregime recht hebben op slechts één respectievelijk twee uur per week aan bezoek een nader antwoord. Tevens rijst de vraag hoe, gelet op artikel 3, derde lid van het voorstel, deze beperking van het bezoek bijdraagt aan het doel van de vreemdelingenbewaring of aan de orde en veiligheid in de inrichting.

1. *Conclusie*

De Afdeling onderkent dat een directeur van een inrichting voor vreemdelingenbewaring bevoegdheden nodig heeft om op te treden indien vreemdelingen de orde en veiligheid verstoren. Bij de inrichting van het voorstel dient echter ook in acht te worden genomen dat het, zoals de toelichting betoogt, gaat om een (bestuursrechtelijk) kader gebaseerd op het beginsel van minimale beperkingen.[[8]](#footnote-8) De toelichting motiveert onvoldoende dat de hiervoor onder a tot en met d besproken beperkingen en regimes – zeker in hun totaliteit bezien – noodzakelijk zijn voor handhaving van de orde en veiligheid in de inrichting dan wel voor het doel van de vreemdelingenbewaring. Hiermee is onvoldoende gemotiveerd of aan het door de regering gehanteerde uitgangspunt van minimale beperkingen voldoende recht is gedaan.

De Afdeling adviseert in het licht van het bovenstaande de noodzaak van de voorgestane inrichting van het beheersregime (voor wat betreft het dagprogramma, bezoek en telefonisch verkeer), de voorgenomen toepassing van het beheersregime bij binnenkomst, de voorgenomen insluiting gedurende blokuren en de voorgenomen bezoekurenregeling nader te motiveren, en zo nodig het voorstel aan te passen.

2. Inrichtingen voor vreemdelingenbewaring

1. *Vreemdelingenbewaring in penitentiaire inrichtingen*

Voor vreemdelingenbewaring wordt ingevolge het voorstel gebruik gemaakt van inrichtingen voor vreemdelingenbewaring.[[9]](#footnote-9) Volgens de toelichting is een inrichting voor vreemdelingenbewaring een juridisch begrip dat kan inhouden een gebouw, complex van gebouwen of een ruimte in een gebouw (verdieping, afdeling, vleugel) waar vreemdelingen in vreemdelingenbewaring verblijven en waar het regime van de voorgestelde wet zal gelden. Aanwijzing als inrichting voor vreemdelingenbewaring kan onder omstandigheden samengaan met een aanwijzing van diezelfde vestiging, datzelfde complex of datzelfde gebouw als penitentiaire inrichting in de zin van de Pbw. Voor vreemdelingen geldt dan het regime van het voorstel terwijl voor strafrechtelijk veroordeelden het regime van de Pbw geldt.[[10]](#footnote-10)

Artikel 16, eerste lid, Terugkeerrichtlijn[[11]](#footnote-11) schrijft voor dat voor bewaring in de regel gebruik wordt gemaakt van speciale inrichtingen voor bewaring. Indien een lidstaat vreemdelingen niet kan onderbrengen in gespecialiseerde inrichtingen voor bewaring en gebruik dient te maken van een gevangenis, worden zij gescheiden gehouden van – in de bewoordingen van de richtlijn – “gewone gevangenen”. Dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden mag worden afgeweken van het ten uitvoer leggen van vreemdelingenbewaring in speciale inrichtingen, is recent bevestigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie.[[12]](#footnote-12) De toelichting maakt gelet op de strikte uitleg die het Hof geeft aan artikel 16, eerste lid, Terugkeerrichtlijn, onvoldoende duidelijk waarom het voorstel de mogelijkheid open houdt om een inrichting voor vreemdelingenbewaring te huisvesten in een complex of gebouw dat tevens dienst doet als penitentiaire inrichting.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan.

1. *Bewaring niet-begeleide minderjarigen*

Artikel 96 van het wetsvoorstel wijzigt de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen in die zin dat de term ‘vreemdelingenbewaring’ wordt vervangen door ‘vreemdelingenbewaring als bedoeld in artikel 11, tweede lid, van de Wet terugkeer en vreemdelingenbewaring’[[13]](#footnote-13). Daarmee blijft het in uitzonderlijke gevallen mogelijk om niet-begeleide minderjarigen onder te brengen in een justitiële jeugdinrichting, zoals ook blijkt uit de toelichting.[[14]](#footnote-14) Artikel 11, derde lid, herziene Opvangrichtlijn[[15]](#footnote-15) schrijft de lidstaten echter voor niet-begeleide minderjarigen nooit in een gevangenis in bewaring te houden. Daarmee staat het wetsvoorstel op dit punt op gespannen voet met de herziene Opvangrichtlijn.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

1. *Mogelijkheid tot onderbrengen in extra beveiligde inrichting*

Het voorstel biedt de minister de mogelijkheid om een vreemdeling onder te brengen in een penitentiaire inrichting indien bijzondere opvang of beveiliging noodzakelijk is in verband met de persoonlijkheid, dan wel de lichamelijke of de geestelijke gezondheidstoestand van de vreemdeling.[[16]](#footnote-16) Uit de toelichting blijkt dat het hier gaat om uitzonderlijke gevallen waarin de vreemdeling moet worden overgebracht naar bijvoorbeeld een Justitieel Centrum voor Somatische Zorg, een Penitentiair Psychiatrisch Centrum of een extra beveiligde inrichting.[[17]](#footnote-17)

De Afdeling onderkent dat deze uitzondering noodzakelijk kan zijn waar het gaat om het bieden van psychiatrische of somatische zorg. Gelet echter op de bevoegdheden die de directeur reeds heeft om de vreemdeling in het beheersregime te plaatsen en een orde- of disciplinaire maatregel op te leggen, rijst de vraag in welke uitzonderlijke gevallen plaatsing in een extra beveiligde penitentiaire inrichting met het daarbij horende zeer strenge regime noodzakelijk is. Dit temeer daar dit regime sterk verschilt van het bestuursrechtelijk kader voor vreemdelingenbewaring, waarvan het beginsel van minimale beperkingen het uitgangspunt vormt.

De Afdeling adviseert in de toelichting met het geven van concrete voorbeelden op het bovenstaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

3. Wijzigingen van de Vreemdelingenwet

Uit het voorstel en de toelichting blijkt dat het voorstel nadrukkelijk is gescheiden van het voorstel tot implementatie van de herziene Procedurerichtlijn en herziene Opvangrichtlijn (hierna: het implementatievoorstel).[[18]](#footnote-18) De toelichting vermeldt dat gedurende het wetstraject in afstemming tussen beide wetsvoorstellen wordt voorzien, onder meer door middel van samenloopbepalingen.[[19]](#footnote-19)

De Afdeling merkt op dat de beide voorstellen voor een deel betrekking hebben op dezelfde artikelen van de Vw (artikelen 59-59c), terwijl de betreffende wijzigingen in hun onderlinge samenhang bezien niet verenigbaar zijn. Daarnaast hebben onderdelen van het voorstel een andere formulering dan gelijksoortige onderdelen van het implementatievoorstel.

De Afdeling merkt in dit verband het volgende op.

1. *Ultimum remedium karakter*

Met betrekking tot het voorgestelde artikel 59, eerste lid, Vw stelt de toelichting dat een “nee, tenzij”-clausule wordt toegevoegd aan het afwegingskader voor inbewaringstelling. Een belangrijk streven van het wetsvoorstel is het ultimum remedium karakter van de vreemdelingenbewaring in de Nederlandse wet- en regelgeving nog meer te benadrukken. Hierbij wordt beter aangesloten bij de tekst van artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn[[20]](#footnote-20) en worden alternatieven nadrukkelijker in wetgeving verankerd, aldus de toelichting.[[21]](#footnote-21)

Met de regering is de Afdeling van oordeel dat het uitgangspunt ‘nee, tenzij’ aan de beslissing tot vreemdelingenbewaring ten grondslag moet liggen. Dit geldt ingevolge jurisprudentie van het Hof van Justitie ook voor bewaring op grond van de Terugkeerrichtlijn, hoewel de tekst van artikel 15 van die richtlijn dat op het eerste gezicht niet lijkt te impliceren.[[22]](#footnote-22) Door qua formulering bij deze tekst van de Terugkeerrichtlijn aan te sluiten bevat de aanhef van artikel 59, eerste lid, geen “nee, tenzij” maar een “ja, tenzij”-clausule.[[23]](#footnote-23) Hierdoor wordt aan het ultimum remedium karakter in de Vw onvoldoende recht gedaan.

In het implementatievoorstel is het ultimum remedium karakter van de vreemdelingenbewaring als volgt geformuleerd: “Onze Minister stelt een vreemdeling *slechts* in bewaring (…) *voor zover* (…)”.[[24]](#footnote-24) De Afdeling meent dat deze formulering, welke aansluit bij die van de herziene opvangrichtlijn[[25]](#footnote-25), beter uitdrukking geeft aan het uitgangspunt ‘nee, tenzij’.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

1. *Wijze van afstemming*

Nu het implementatievoorstel inmiddels is ingediend bij de Tweede Kamer, zijn de onderhavige andersluidende voorstellen tot wijziging van artikel 59 e.v. Vw meer in het algemeen bezien overbodig. Het implementatievoorstel bevat immers reeds een regeling die voldoet aan de eisen van zowel de gewijzigde Procedure- en Opvangrichtlijnen als de Terugkeerrichtlijn op het gebied van bewaring. Het implementatievoorstel bevat evenwel geen bepalingen met betrekking tot kwetsbare personen, zoals nu wel voorgesteld in artikel 59, zesde lid, Vw. Door wijziging van artikel 59c van het implementatievoorstel kan hierin worden voorzien.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

4. Toepassing van geweld en vrijheidsbeperkende middelen met het oog op terugkeer

In de consultatieversie van het voorstel was een bepaling opgenomen die de vreemdeling verplichtte tot medewerking aan terugkeeractiviteiten binnen de inrichting.[[26]](#footnote-26) Diverse reacties op de consultatieversie hebben ertoe geleid dat deze bepaling geen deel meer uitmaakt van het voorstel. Het artikel gaf de directeur, aldus de toelichting, een rol bij de terugkeer die niet past bij zijn verantwoordelijkheid.[[27]](#footnote-27) Zo zou de directeur bevelen kunnen geven ten aanzien van de medewerking aan terugkeeractiviteiten en zou hij disciplinaire maatregelen kunnen nemen als niet zou worden meegewerkt. In plaats daarvan is in het voorstel een bepaling opgenomen die de directeur de bevoegdheid geeft jegens een vreemdeling geweld en vrijheidsbeperkende middelen toe te passen ter uitvoering van aanzeggingen en vorderingen als bedoeld in de artikel 61[[28]](#footnote-28) en 63[[29]](#footnote-29) van de Vw.[[30]](#footnote-30) De vreemdeling kan aldus door de directeur worden gedwongen op een gesprek met de Dienst Terugkeer en Vertrek (DT&V) binnen de inrichting voor vreemdelingenbewaring te verschijnen en met dwang naar een ambassade of consulaat worden gebracht.

Het voorstel wijzigt echter tevens de Vw zodanig dat buiten twijfel wordt gesteld dat een vreemdeling verplicht is mee te werken aan zijn terugkeer naar het land van herkomst of een ander land waar de toegang geborgd is, indien de vreemdeling niet of niet langer in Nederland mag verblijven. De ambtenaren belast met het toezicht op vreemdelingen kunnen van de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft en die niet binnen de bij de wet gestelde termijn Nederland uit eigen beweging heeft verlaten, medewerking vorderen aan het vertrek uit Nederland. Zo nodig oefenen de bij besluit van de minister aangewezen ambtenaren deze bevoegdheid uit met behulp van de sterke arm.[[31]](#footnote-31) Deze wijziging ziet, aldus de toelichting, ook op de periode tijdens verblijf in de inrichting voor vreemdelingenbewaring en op vreemdelingen die in een vrijheidsbeperkende of gezinslocatie verblijven.[[32]](#footnote-32) Gelet op deze wijziging van de Vreemdelingenwet is niet duidelijk waarom het noodzakelijk is dat ook de directeur van de inrichting voor vreemdelingenbewaring de bevoegdheid heeft geweld te gebruiken of vrijheidsbeperkende middelen aan te wenden ter uitvoering van aanzeggingen en vorderingen als bedoeld in de artikel 61 en 63 van de Vw.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

5. Delegatie

Bij verdeling van de elementen van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau bevat de wet ten minste de hoofdelementen van de regeling. Hoofdelementen zijn in ieder geval de reikwijdte en de structurele elementen van de regeling. Veelal zullen daartoe ook de voornaamste duurzame normen behoren.[[33]](#footnote-33) De Afdeling merkt op dat het voorstel een aantal bepalingen kent waarvan onduidelijk is waarom ten aanzien van het desbetreffende onderwerp delegatie van regelgevende bevoegdheid plaatsvindt aan de regering of aan de minister. Zij vraagt in het bijzonder aandacht voor het volgende.

1. *Criteria voor inbewaringstelling*

Het voorgestelde artikel 59, zesde lid, Vw bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld over de criteria voor inbewaringstelling en de toepassing bij kwetsbare personen. Gelet op het belang van deze criteria voor de wijze van toepassing van vreemdelingenbewaring behoren deze op het niveau van de wet te worden vastgesteld.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

1. *Regime bepalende onderdelen vreemdelingenbewaring*

In een aantal andere gevallen heeft de uitoefening van de gedelegeerde regelgevende bevoegdheid aanmerkelijke invloed op het regime van de vreemdelingenbewaring. Gelet op het feit dat het voorstel nu juist beoogt een nieuw kader voor vreemdelingbewaring te introduceren, is het de Afdeling niet zonder meer duidelijk waarom deze elementen niet op het niveau van de wet worden geregeld. De Afdeling geeft de volgende voorbeelden.

Artikel 11, vijfde lid, bepaalt: De vreemdeling kan met het oog op overbrenging naar een inrichting voor vreemdelingenbewaring tijdelijk worden ondergebracht in een politiecellen complex of in een cel van de Koninklijke marechaussee nadat hij in bewaring is gesteld. De overbrenging geschiedt zo spoedig mogelijk en uiterlijk binnen een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen termijn nadat het besluit tot inbewaringstelling is genomen. De toelichting vermeldt dat op grond van de jurisprudentie een maximum termijn geldt van 120 uren (vijf dagen) na inbewaringstelling, maar dat een langere duur voor uitzonderlijke gevallen niet geheel is uitgesloten. Niet duidelijk is waarom de betreffende regeling niet in de wet wordt opgenomen.

Artikel 22 bepaalt dat de vreemdeling gedurende een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen periode met een minimum van 12 uur per etmaal niet gehouden is in de gesloten verblijfruimte te verblijven. De toelichting vermeldt dat tussen 8.00 en 22.00 uur de vreemdeling niet is gehouden in de gesloten verblijfsruimte te verblijven, met uitzondering van tweemaal een insluitingsuur. Niet duidelijk is waarom deze periode niet in de wet wordt opgenomen.

Artikel 23 bepaalt dat een vreemdeling recht heeft op dagbesteding gedurende een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen minimum aantal uren per week. Dit minimumaantal uren per week zal volgens de toelichting veertig uur zijn. Niet duidelijk is waarom dit aantal uren niet in de wet wordt opgenomen.

Artikel 35 bepaalt: 1. In het beheersregime, bedoeld in artikel 18, zijn de artikelen 21 tot en met 32 van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de vreemdeling in het beheersregime: a. gedurende een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen periode met een minimum van zeven uur per etmaal niet gehouden is in de gesloten verblijfsruimte te verblijven; b. het recht heeft op een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen minimum aantal uren dagbesteding per week dat lager ligt dan in het verblijfsregime. In de toelichting staat dat het aantal uren dagbesteding wordt bepaald op minimaal 18 uren per week. Niet duidelijk is waarom de periode dat een vreemdeling in het beheersregime niet gehouden is in de gesloten verblijfsruimte te verblijven alsmede het minimum aantal uren dagbesteding niet in de wet zijn opgenomen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan, en zo nodig het voorstel aan te passen.

6. Rechterlijke toetsing van beslissing tot vreemdelingenbewaring

De toelichting vermeldt dat in de Nederlandse systematiek onveranderd blijft dat de overheid de maatregel van bewaring oplegt en de rechter toetst of de overheid in redelijkheid op deze wijze gebruik heeft kunnen maken van haar bevoegdheid. Daarbij past, aldus de toelichting, een enigszins terughoudende toets door de rechter bij de beoordeling van het door de bevoegde instantie genomen besluit.[[34]](#footnote-34) Dit is ook in overeenstemming met de huidige formulering van artikel 94, vierde lid, Vw.

De Afdeling merkt echter op dat het Hof van Justitie van de Europese Unie op 5 juni 2014 een arrest heeft gewezen waarin het Hof heeft bepaald op welke wijze besluiten omtrent bewaring en de verlenging daarvan door de rechter moeten worden getoetst.[[35]](#footnote-35) Mede naar aanleiding van dit arrest wijzigt het implementatievoorstel artikel 94 Vw[[36]](#footnote-36) zodanig dat de Vw voortaan blijk zal geven van een indringende toetsing van het besluit tot oplegging of verlenging van een vrijheidsontnemende maatregel.[[37]](#footnote-37)

De Afdeling adviseert, gelet op het bovenstaande, de toelichting aan te passen.

7. Vrijheidsbeperkende maatregelen rechtmatig verblijvende vreemdelingen

Het wetsvoorstel voorziet in artikel 56 Vw (nieuw) in de bevoegdheid om ook aan rechtmatig verblijvende vreemdelingen in bepaalde gevallen vrijheidsbeperkende maatregelen op te leggen. In de toelichting volgt daarom een toets aan artikel 2 van het Vierde Protocol (VP) bij het EVRM en artikel 12 van het IVBPR.[[38]](#footnote-38) Onduidelijk is waarom in de toelichting niet eveneens is getoetst aan artikel 7 van de Opvangrichtlijn[[39]](#footnote-39) en artikel 7 van de herschikking van de Opvangrichtlijn[[40]](#footnote-40), welke ook zien op de bewegingsvrijheid van asielzoekers.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

8. Citeertitel

Het wetsvoorstel zal nadat het tot wet zal zijn verheven en inwerking zal treden worden aangehaald als de Wet terugkeer en vreemdelingenbewaring.[[41]](#footnote-41) Het voorstel handelt echter hoofdzakelijk over vreemdelingenbewaring. Regels over terugkeer zijn vooral opgenomen in de Vw. Daarom meent de Afdeling dat de toekomstige wet beter de Wet vreemdelingenbewaring zou kunnen worden genoemd.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

9. Toezicht op het terugkeerproces

Artikel 10 van het voorstel bepaalt niet alleen dat de minister toezicht houdt op de tenuitvoerlegging van de vreemdelingenbewaring maar tevens dat hij toezicht houdt op het terugkeerproces. De Afdeling onderschrijft een wettelijke regeling van beide vormen van toezicht. Gelet echter op het feit dat het voorstel primair ziet op de wijze van uitvoering van de vreemdelingenbewaring, is de Afdeling van oordeel dat het toezicht op het terugkeerproces niet in dit voorstel zou moeten worden opgenomen.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

10. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W03.14.0361/II

* In artikel 1 in de begripsbepaling van artikel 1 voor hoofdstuk 4 invoegen: paragraaf 2 van.
* In artikel 11, derde lid, staat abusievelijk dat vreemdelingen gescheiden worden gehouden van vreemdelingen in de zin van de Penitentiaire Beginselenwet. Bedoeld is om vreemdelingen gescheiden te houden van gewone gevangenen. Gelieve dit aan te passen.
* Artikel 13, tweede lid, vervangen door: Onze Minister wijst relatieafdelingen aan bedoeld voor families.
* Voor het eerste lid van artikel 25 de aanduiding “1.” plaatsen.
* Artikel 34, tweede lid, opnemen in zelfstandig artikel.
* Artikel 40 onderbrengen in Afdeling 2 van Hoofdstuk 3.
* In artikel 41 “in afwijking van artikel 21” schrappen.
* Artikel 57, tweede lid, specificeren.
* Artikel 67, eerste lid, onderdelen b en c, en d en e, omwisselen.
* Artikel 67, derde lid, hernummeren.
* In artikel 81, tweede lid, onder a., “in de inrichting geldend” schrappen.
* In artikel 83, eerste lid, moet worden aangeduid op wat artikel 81, eerste en tweede lid, van overeenkomstige toepassing is.
* In artikel 98, onderdeel A, (artikel 1, tweede lid), “sub p” schrappen, nu artikel 1 niet een zodanige onderverdeling kent.
* In artikel 98, onderdeel B, het eerste lid schrappen, nu dat al geregeld wordt in artikel 2, sub b.
* In artikel 98, onderdeel D, (artikel 50, derde lid) “De ophouding van het eerste en tweede lid” vervangen door: De ophouding van het tweede lid.
* Artikel 98, onderdeel O, vervangen door: In artikel 93 wordt “een ingevolge hoofdstuk 5 van deze wet genomen maatregel strekkende tot vrijheidsbeperking of vrijheidsontneming” vervangen door “een ingevolge hoofdstuk 5 van deze wet genomen maatregel strekkende tot vrijheidsontneming of beslissing omtrent vrijheidsbeperking”. Dit om te voorkomen dat onbedoeld een tweede rechtsgang wordt geschapen voor de vrijheidsontnemende maatregelen, naast het al bestaande beroep van artikel 94 en 96 Vw.
* In de toelichting staat vermeld dat toepassing van vrijheidsbeperkende maatregelen is onderworpen aan rechterlijk toezicht op grond van artikel 94 Vw. Artikel 94 Vw ziet echter op het instellen van beroep tegen een vrijheidsontnemende maatregel als bedoeld in de artikelen 6, 6a, 58, 59 en 59a en niet op vrijheidsbeperkende maatregelen zoals genoemd in voorgesteld artikel 56 Vw. De toelichting dient op dit punt te worden aangepast.
* Een volledige implementatietabel opnemen van de Terugkeerrichtlijn.
1. Reports to the authorities of the Kingdom of the Netherlands by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT ), onder meer 2011, [www.cpt.coe.int/en/states/nld.htm](http://www.cpt.coe.int/en/states/nld.htm); Report of the Committee against Torture, Forty-ninth session (29 October–23 November 2012), Fiftieth session (6 – 31 May 2013), General Assembly Official Records, Sixty-eighth session, Supplement No. 44 (A/68/44), blz. 159, http://tbinternet.ohc hr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/1\_Global/A\_68\_44\_7094\_E.pdf; Vreemdelingenbewaring: strafregime of maatregel om uit te zetten Over respect voor mensenrechten bij vreemdelingenbewaring, 7 augustus 2012, 2012/105, <http://www.nationaleombudsman-nieuws.nl/vreemdelingen>; The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=4dc935fd2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Toelichting, paragraaf 3.1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Zo wordt tevens onderkend in de toelichting, paragraaf 3.1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Hoofdstuk 4, afdelingen 1 en 3. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artikel 17, eerste lid. [↑](#footnote-ref-5)
6. Toelichting, paragraaf 10. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artikel 29. [↑](#footnote-ref-7)
8. Toelichting, paragraaf 3.1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Artikel 11, eerste lid. [↑](#footnote-ref-9)
10. Artikelsgewijze toelichting bij artikel 11. [↑](#footnote-ref-10)
11. Artikel 16, eerste lid, Terugkeerrichtlijn bepaalt: Voor bewaring wordt in de regel gebruik gemaakt van speciale inrichtingen voor bewaring. Indien een lidstaat de onderdanen van een derde land die in bewaring worden gehouden, niet kan onderbrengen in een gespecialiseerde inrichting voor bewaring en gebruik dient te maken van een gevangenis, worden zij gescheiden gehouden van de gewone gevangenen. [↑](#footnote-ref-11)
12. HvJEU, 17 juli 2014, gevoegde zaken C-473/13 en C-514/13, Bero vs. Regierungspräsidium Kassel en Bouzalmate vs. Kreisverwaltung Kleve; HvJEU, 17 juli 2014, C-474/13. Het Hof overwoog in die zaken dat artikel 16, eerste lid, Terugkeerrichtlijn zo moeten worden uitgelegd dat een lidstaat in de regel gehouden is vreemdelingen met het oog op verwijdering te bewaren in een speciale inrichting voor bewaring, ook wanneer deze lidstaat een federale structuur heeft en er in het betreffende Bondsland dat bevoegd is te beslissen over de bewaring geen speciale inrichting aanwezig is. Dat betekent volgens het Hof niet dat een lidstaat verplicht is om in elk Bondsland speciale inrichtingen voor bewaring te creëren. Wel moet, met name middels overeenkomsten inzake bestuurlijke samenwerking, worden verzekerd dat de bevoegde autoriteiten van een Bondsland die niet over een dergelijke inrichting beschikt, de vreemdeling in bewaring stellen in een speciale inrichting in een ander Bondsland. [↑](#footnote-ref-12)
13. Artikel 11, eerste en tweede lid, van het wetsvoorstel luiden: 1. Voor vreemdelingenbewaring wordt gebruik gemaakt van inrichtingen voor vreemdelingenbewaring. 2. In afwijking van het eerste lid kan Onze Minister volgens de procedure van artikel 15 een vreemdeling onderbrengen in een inrichting die is aangewezen als penitentiaire inrichting in de zin van de Penitentiaire Beginselenwet indien bijzondere opvang of beveiliging noodzakelijk is in verband met de persoonlijkheid, dan wel de lichamelijke of de geestelijke gezondheidstoestand van de vreemdeling. [↑](#footnote-ref-13)
14. Artikelsgewijze toelichting bij artikel 96. [↑](#footnote-ref-14)
15. Artikel 11, derde lid, herziene Opvangrichtlijn, luidt: Niet-begeleide minderjarigen worden alleen in uitzonderlijke omstandigheden in bewaring gehouden. Alles wordt in het werk gesteld om de bewaring van niet-begeleide minderjarigen zo spoedig mogelijk op te heffen. Niet-begeleide minderjarigen worden nooit in een gevangenis in bewaring gehouden. Zij worden zoveel als mogelijk ondergebracht in instellingen met personeel en faciliteiten die zijn afgestemd op de noden van personen van hun leeftijd. Ingeval niet-begeleide minderjarigen toch in bewaring worden gehouden, zorgen de lidstaten ervoor dat zij afgescheiden van volwassenen worden gehuisvest. [↑](#footnote-ref-15)
16. Artikel 11, tweede lid. [↑](#footnote-ref-16)
17. Artikelsgewijze toelichting bij artikel 11. [↑](#footnote-ref-17)
18. Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter implementatie van Richtlijn 2013/32/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (PbEU 2013, L 180) en Richtlijn 2013/33/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (PbEU 2013, L 180), Kamerstukken II 2014/15, 34 088, nr. 2. [↑](#footnote-ref-18)
19. Toelichting, paragraaf 7. [↑](#footnote-ref-19)
20. Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, PbEU L 348 van 24 december 2008. Artikel 15, eerste lid, eerste volzin, bepaalt: 1. Tenzij in een bepaald geval andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, kunnen de lidstaten de onderdaan van een derde land jegens wie een terugkeerprocedure loopt alleen in bewaring houden om zijn terugkeer voor te bereiden en/of om de verwijderingsprocedure uit te voeren, met name indien: a) er risico op onderduiken bestaat, of b) de betrokken onderdaan van een derde land de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert. [↑](#footnote-ref-20)
21. Toelichting, paragraaf 6. [↑](#footnote-ref-21)
22. Zie arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 28 april 2011, zaak C-61/11 PPU (Hassen El Dridi alias Soufi Karim), r.o. 39 en 41. [↑](#footnote-ref-22)
23. De aanhef van het voorgestelde artikel 59, lid 1, luidt: ‘Tenzij in een bepaald geval andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, kan de

 vreemdeling die niet rechtmatig in Nederland verblijft, door Onze Minister met het oog op uitzetting in vreemdelingenbewaring worden gesteld […]’. [↑](#footnote-ref-23)
24. Artikel I, onderdeel T (artikel 59c). [↑](#footnote-ref-24)
25. Artikel 8, tweede lid, herziene Opvangrichtlijn bepaalt: In de gevallen waarin zulks nodig blijkt en op grond van een individuele beoordeling van elk geval, mogen de lidstaten een verzoeker in bewaring houden wanneer andere, minder dwingende maatregelen niet effectief kunnen worden toegepast. [↑](#footnote-ref-25)
26. Artikel 22 van de consultatieversie van het voorstel. [↑](#footnote-ref-26)
27. Toelichting, paragraaf 9.1. [↑](#footnote-ref-27)
28. Artikel 61 Vw bepaalt: 1. De vreemdeling die niet of niet langer rechtmatig verblijf heeft, dient Nederland uit eigen beweging te verlaten binnen de in artikel 62 of artikel 62c bepaalde termijn. 2. Indien de werking van de beschikking, waarbij de aanvraag is afgewezen of de verblijfsvergunning is ingetrokken, is opgeschort, kan van de vreemdeling medewerking worden gevorderd aan de voorbereiding van het vertrek uit Nederland. 3. Het indienen van een klacht als bedoeld in artikel 9:1 van de Algemene wet bestuursrecht schort de verplichting, bedoeld in het eerste lid, niet op. [↑](#footnote-ref-28)
29. Artikel 63 Vw bepaalt: 1. De vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft en die niet binnen de bij deze wet gestelde termijn Nederland uit eigen beweging heeft verlaten, kan worden uitgezet. 2. Onze Minister is bevoegd tot uitzetting. 3. Indien de werking van de beschikking waarbij de aanvraag is afgewezen of de verblijfsvergunning is ingetrokken is opgeschort, kan van de vreemdeling medewerking worden gevorderd aan de voorbereiding van de uitzetting. [↑](#footnote-ref-29)
30. Artikel 43, eerste lid, onder d. [↑](#footnote-ref-30)
31. Artikel 98, onderdeel M. [↑](#footnote-ref-31)
32. Toelichting, paragraaf 9.1. [↑](#footnote-ref-32)
33. Aanwijzing 22 van de Aanwijzingen voor de regelgeving en de toelichting daarbij. [↑](#footnote-ref-33)
34. Artikelsgewijze toelichting bij onderdeel K. [↑](#footnote-ref-34)
35. Arrest van het Hof van Justitie van de EU van 5 juni 2014, zaak C-146/14 PPU, Mahdi, ECLI:EU:C:2014:1320, punt 64. [↑](#footnote-ref-35)
36. Artikel 94, zesde lid, Vw (nieuw). [↑](#footnote-ref-36)
37. Kamerstukken II 2014-15, 34 088, nr. 2, artikel I, onderdeel Z. [↑](#footnote-ref-37)
38. Artikelsgewijze toelichting bij onderdeel H. [↑](#footnote-ref-38)
39. Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten (PB 2003 L 31). [↑](#footnote-ref-39)
40. Richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (PbEU 2013, L 180). [↑](#footnote-ref-40)
41. [↑](#footnote-ref-41)