

Rechtsbescherming bij inbewaringstelling en detentie van asielzoekers

Gebreken op vele fronten

De rechtsbescherming van asielzoekers in detentie kent structurele gebreken, door het gecombineerd gebrekkig functioneren van verschillende actoren. Een deel van de advocaten beschikt over onvoldoende kennis van en ervaring met de wettelijke regeling. Rechters bewaken het ultimatum remedium-karakter van vreemdelingenbewaring onvoldoende. Vreemdelingendiensten toetsen niet structureel en pragmatisch. En de signaalfunctie van VluchtelingenWerk is te beperkt. Het onderzoek van Van der Spek, Flikweert & Terlouw dat ten grondslag ligt aan dit artikel beschrijft de gebreken en verschaft op grond daarvan ook mogelijke oplossingen. Enkele daarvan kunnen binnenkort worden besproken bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Terugkeer en Vreemdelingenbewaring

In deel 1 van het tweeluik over detentie van asielzoekers kwam naar voren dat inbewaringstelling onder artikel 59b Vw voor betrokkenen een gecompliceerd proces is, waarbij nogal wat mis gaat.¹ Een derde van de onderzochte bewaringsmaatregelen bevat fouten, een lichter middel dan bewaring wordt onvoldoende toegepast en door vaagheid in de wettelijke regeling zijn ambtenaren genoodzaakt hun beslissing mede op gevoel te baseren, waardoor ongelijke behandeling op de loer ligt. Gezien de geconstateerde vergissingen en de belangen die op het spel staan – detentie die inclusief vervolgbewaring onder artikel 59 Vw tot zes maanden kan duren – is het belangrijk dat het systeem van rechtsbescherming goed functioneert.

In opdracht van VluchtelingenWerk heeft het Centrum voor Migratierecht van de Radboud Universiteit rechtssociologisch onderzoek verricht naar detentie onder artikel 59b Vw.² Waar het eerdere artikel in dit blad de inbewaringstelling zelf behandelde, gaat dit artikel over de rechtsbescherming bij inbewaringstelling. De centrale vraag 'Hoe functioneert rechtsbescherming bij inbewaringstelling en detentie van asielzoekers op grond van artikel 59b Vw?' is onderzocht door middel van 26 interviews met 27 betrokkenen: medewerkers van de Vreemdelingenpolitie (vijf personen), KMar (drie), IND (drie), DT&V (twee) en het Directoraat-Generaal

Vreemdelingenzaken (een); advocaten (zeven) en een rechter; academici (één) en medewerkers van belangenorganisaties (vier). Ook werd dossieranalyse over 74 bewaringstrajecten uitgevoerd bij de IND.

1. Het gehoor

In artikel 5.2 lid 1 Vb is bepaald dat de vreemdeling dient te worden gehoord alvorens hij op grond van artikel 59b Vw in bewaring wordt gesteld. Op grond van lid 5 moet de vreemdeling tijdig mededeling worden gedaan van het hem toekomende recht zich bij het gehoor te doen bijstaan door zijn raadsman. Uit artikel 50 lid 2 en 3 Vw volgt dat een gehoor op grond van onbekende identiteit of nationaliteit of onrechtmatig verblijf maximaal zes uur mag duren.

Blijkens de bestudeerde dossiers wenste de vreemdeling in 15 van de 74 onderzochte gevallen de aanwezigheid van een advocaat. Van deze 15 gevallen was de advocaat in slechts drie gevallen aanwezig bij het gehoor en bezocht de advocaat de vreemdeling in twee gevallen voorafgaand aan het gehoor. Deze opmerkelijke getallen doen enkele vragen rijzen: Waarom wenst slechts een vijfde van de vreemdelingen een advocaat bij het gehoor? Waarom geven advocaten slechts in een derde van de onderzochte gevallen gehoor aan een verzoek tot ondersteuning? En hoe denken ambtenaren over de rol en het nut van de advocaat bij het gehoor?

¹ W.J. van der Spek, 'Inbewaringstelling van asielzoekers. Over gevoel en niet-oprechte asielaanvragen', *A&MR* 2018-3, p. 104-111.

² Van der Spek, Flikweert & Terlouw, *Detentie van asielzoekers. Een onderzoek naar de toepassing van artikel 59b Vw*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2018.

1.1 Waarom wensen zo weinig vreemdelingen een advocaat?

Advocaten geven diverse verklaringen. Een van hen meent dat vreemdelingen zich graag coöperatief opstellen, in de hoop op een gunstige behandeling. Hij wijst er tevens op dat het sterk per regio verschilt of advocaten aanwezig zijn bij het gehoor. In zijn regio zouden nauwelijks advocaten worden gevraagd, wat hij in verband brengt met de manier waarop de ambtenaar het recht op een advocaat formuleert. Een andere advocaat bevestigt dit:

'Later horen we dan van vreemdelingen dat ambtenaren iets zeggen als: "We kunnen wel vast beginnen toch? Die advocaat komt zo." De Vreemdelingendienst hoort natuurlijk te zeggen: "We gaan nu een gehoor in, dat is een heel belangrijk interview. Alles wordt op papier gezet, het gaat naar de rechtbank, het wordt je nog zes maanden lang tegengeworpen. Naar aanleiding van het gesprek kan ik eventueel andere maatregelen treffen. Ik kan dingen voor je regelen als je kwetsbaar bent, een bijzondere instelling. Je weet niet wat allemaal belangrijk voor je is, je advocaat weet dat wel." Als je het zo zegt weet ik zeker dat maar 1% van de vreemdelingen het laat zitten.'

Diverse ambtenaren vertelden dat de vreemdelingen die onder artikel 59b Vw in bewaring worden gesteld, in veel gevallen al vaker met de overheid in aanraking zijn gekomen. Ze zouden het klappen van de zweep al kennen en niet denken dat de aanwezigheid van een advocaat hen verder brengt, of überhaupt geen vertrouwen hebben in rechtsbijstandsverleners.

1.2 Waarom zijn advocaten slechts in een derde van de gevallen aanwezig?

Een onderzoek van Van Kalmthout en anderen uit 2004 liet eenzelfde patroon zien: slechts in een beperkt deel van de gevallen geeft de advocaat gehoor aan het verzoek van de vreemdeling aanwezig te zijn bij het gehoor.³ Hoe komt dat? Een advocaat zei:

'Je moet er niet bij gaan zitten, want dan gaan ze beter hun best doen en dat moet je niet hebben. Als mensen niet in bewaring horen, komen ze niet in bewaring. Of de bewaring wordt heel snel opgeheven. Als je een huis-tuin-en-keuken illegaal hebt die hier al honderd jaar illegaal verblijft, dan weet je gewoon dat die in bewaring kan worden gesteld. Dan moet je het hebben van fouten.'

Volgens deze advocaat is het dus in het belang van de vreemdeling niet bij een gehoor aanwezig te zijn, aangezien de kans het grootst is een vreemdeling vrij te krijgen, als de ambtenaar fouten maakt. Aanwezigheid bij het gehoor zou de ambtenaar zorgvuldiger doen werken.

Een andere advocaat merkt op dat hij bij het gehoor aanwezig is als het kan, maar dat het weinig zin heeft:

'Het is wel hartstikke leuk om je cliënt eruit te krijgen, maar je bent een dief van je portemonnee. Je zit er een hele ochtend en dan krijg je hem eruit... Hoe slechter je je werk doet, hoe meer je verdient in de vreemdelingenadvocatuur, zou je bijna zeggen. Het systeem werkt soms wel slecht werk in de hand. Eigenlijk zou een advocaat

die iemand piket-vrij krijgt, flink beloond moeten worden. Maar het tegendeel is het geval. Hij is een dief van zijn eigen portemonnee.'

Het voornaamste wat een advocaat volgens sommige advocaten zou kunnen bereiken tijdens een gehoor, is dat de vreemdeling de vragen goed begrijpt. De aanwezigheid van de advocaat bij het gehoor zou weinig zinvol of zelfs contraproductief zijn, en zou financieel onvoldoende interessant zijn.

Er zijn echter ook advocaten die anders denken. Het zou volgens hen vooral nut hebben om van tevoren met de vreemdeling te spreken. Volgens een van beide advocaten zou er nog wel eens een discrepantie zijn tussen wat de cliënt verklaart en wat door de ambtenaar wordt opgeschreven. Hetgeen wordt opgeschreven in het proces-verbaal van gehoor komt in het dossier van de vreemdeling en zou de vreemdeling daarmee nog lang kunnen worden nagedragen, aldus de advocaat. Ook in dit verband zou het nuttig zijn als de advocaat aanwezig is. Een andere advocaat merkt op het heel belangrijk te vinden bij een gehoor aanwezig te zijn, maar noemt ook dat een advocaat 'maar 100 euro' krijgt voor aanwezigheid bij een gehoor en zegt daarom wel te snappen als anderen het gehoor laten zitten 'als je aan 60.000 euro aan vaste kosten zit'.

1.3 Wat vinden ambtenaren van de rol van de advocaat?

De visie van de geïnterviewde ambtenaren op de rol van de advocaat varieerde van neutraal tot ronduit kritisch. De meer neutrale ambtenaren 'hadden niets tegen' de aanwezigheid van de advocaat, maar zagen het nut ook niet echt:

Vraag: 'Er zijn maar weinig advocaten aanwezig bij gehoren.'

Antwoord: 'De meeste collega's vinden het ook niet fijn, hoor. Terwijl ik denk: kan geen kwaad toch?'

Vraag: 'Is het lastig dat je op zo'n advocaat moet wachten?'

Antwoord: 'Nee, maar je zit met je zes uur hè. Je stuurt een mailtje naar de piketcentrale en die stuurt een mailtje naar de advocaat en die heeft tijd om te reageren. En het liefst wil ik meteen beginnen, want ik moet alles nog uitwerken. Dus het liefst bel ik de advocaat rechtstreeks.'

Vraag: 'Heeft het meerwaarde voor de vreemdeling?'

Antwoord: 'Nee... niet echt. Ik denk dat hij net zo goed achteraf met de advocaat kan praten. Maar ik vind het wel gezellig.'

Vier ambtenaren lieten zich ronduit kritisch uit over het gedrag van sommige advocaten. Ieder van hen noemde daarbij voorbeelden als het volgende:

'Ik heb wel eens meegemaakt dat een advocaat langs kwam, dat hij het piketformulier liet afstempelen, en dat hij vervolgens ging. Dan denk ik, moet ik dit nou melden? Ik heb wel eens een discussie gehad met een advocaat. Diens vreemdeling had voor de zoveelste keer asiel aangevraagd. Dus ik naar die vreemdeling. Vreemdeling wist van niks! Dus heb ik het nagevraagd bij de advocaat. En die zei dat hij dacht dat de vreemdeling dat wel zou gaan doen, dus had hij het alvast gedaan! Ik vind, de advocaat heeft ook een verantwoordelijkheid. Het enige wat hij ermee bereikt, is dat het vertrek uit Nederland weer wordt uitgesteld.'

Respondenten benadrukten telkens als ze kritiek uiten overigens ook dat in de vreemdelingenbewaring ook capabele advocaten werkzaam zijn. Op grond van ons onderzoek valt niet te zeggen of eerdergenoemde opmerkingen representatief zijn voor een (substantieel) deel van de bewaringsadvocatuur.

3 A.M. van Kalmthout, A.M.W.K. Graf, L.M.A. Hansen & M. Hadroud, *Terugkeermogelijkheden van vreemdelingen in vreemdelingenbewaring. Een onderzoek naar verhinderende, bemoeilijkende of vergemakkelijkende factoren van terugkeer van vreemdelingen in vreemdelingenbewaring*, WLP: Nijmegen 2004.

2. Functioneren van de advocaat in beroep

In het kader van het onderzoek is met betrokkenen gesproken over het functioneren van de advocaat in beroep. Er is ook onderzocht of en wanneer de advocaat in beroep gaat en er is een steekproef van twintig beroepszaken inhoudelijk met elkaar vergeleken. Enkele zaken vallen hierbij op. Allereerst bleek dat de advocaat in zes van de 54 onderzochte gevallen geen beroep instelde.⁴ In drie gevallen duurde het zeventien tot zesentwintig dagen voor beroep werd ingediend. Als na een maand geen beroep tegen de bewaringsmaatregel is ingediend, dient de staatssecretaris een kennisgeving te doen uitgaan naar de rechtbank, waarna die het beroep in behandeling neemt als ware het ingesteld door de vreemdeling. Veel asielprocedures zijn tegen die tijd echter al afgelopen. Het beroep kan dan nog wel worden behandeld.

Door niet of verlaat in beroep te gaan, onthoudt de advocaat de vreemdeling niet enkel rechterlijke toetsing, maar ook toetsing door de IND. De proces-vertegenwoordiger toetst de bewaringsmaatregel immers enkel indien hij deze in beroep moet verdedigen en andere afdelingen van de IND bekijken de bewaringsmaatregel slechts sporadisch.

Een oud-proces-vertegenwoordiger zei het volgende over de kwaliteit van bewaringsadvocaten in algemene zin:

‘Het is vrij lastige juridische materie. Dat zie je bij de advocatuur. Je hebt bepaalde advocaten die heel goed zijn, die het allemaal uitpluizen. Maar je hebt ook veel eenpittertjes, die niet altijd even goed op de hoogte zijn. En zo’n rechter ziet dat natuurlijk ook, maar hij mag bijna niks. Door suggestieve vragen te stellen, legt

hij de woorden soms bijna in de mond van de advocaat, want hij vindt het soms ook zielig voor de vreemdeling. Sommige rechters zeggen dan “bedoelt u dit”, en dan weet je als advocaat dat je “ja” moet zeggen. Maar er zijn ook advocaten die zelfs dan nog zeggen: “nee, ik bedoelde...” Ik wil niet te stigmatiserend zijn, maar vaak hebben ze wel dezelfde origine als de vreemdeling zelf. Iemand uit India wil een advocaat uit India.’

Verschillende advocaten lieten eenzelfde geluid horen. Een flink deel van de vreemdelingenbewaringsadvocaten zou naar behoren functioneren, enkelen zijn heel goed (en iedereen noemt dan dezelfde paar namen), maar volgens de meeste respondenten die zich erover uitlieten, is er in de vreemdelingenbewaring een bovengemiddeld aantal advocaten dat niet goed functioneert. Sommigen van hen maakten daarbij wel het voorbehoud dat zij wellicht niet in de positie zijn om het verschil in niveau van de advocatuur tussen vakgebieden te vergelijken, aangezien ze minder zicht hebben op die gebieden.

Het uitgevoerde dossieronderzoek was onvoldoende diepgaand om vast te stellen of het niveau van bewaringsadvocaten in den brede daadwerkelijk te kort schiet. Het materiaal dat we hier behandelen is vooral anekdotisch van aard; het zegt primair iets over het imago van de bewaringsadvocaat en niet noodzakelijk iets over hun daadwerkelijk functioneren.

Wel vonden we tijdens dossieranalyse het volgende voorbeeld van een gebrek aan basale kennis van artikel 59b Vw. Uitvoeringsambtenaren gebruiken artikel 59b lid 1 onder c Vw, dat ziet op bewaring van vreemdelingen die tijdens uitzettingsdetentie een asielverzoek doen, in bijna de helft van de gevallen voor vreemdelingen die nog niet in bewaring verkeerden en die dus niet voldoen aan de c-grond. We

4 In totaal werden 74 bewaringstrajecten onderzocht. Hiervan werden er 20 binnen enkele dagen opgeheven na intrekking van het asielverzoek door de vreemdeling. Van deze zaken is instelling van het beroep niet onderzocht.

jaar	aantal toevoegingen	per aantal advocaten	toevoegingen per advocaat	adv. met 10 of meer toevoegingen	adv. met 30 of meer toevoegingen
2000	8.807	506	17	198	73
2001	14.789	582	26	311	161
2002	21.557	604	36	391	251
2003	23.581	614	38	408	288
2004	23.780	686	35	437	280
2005	23.169	700	32	460	267
2007	23.334	757	31	524	287
2008	23.426	763	30	526	287
2009	21.116	762	28	516	252
2010	20.354	746	26	502	235
2011	16.897	704	24	453	199
2012	14.275	714	20	419	140
2013	9.835	672	15	313	60
2014	7.276	576	12	230	45
2015	5.030	490	10	156	24
2016	5.169	440	11	157	38
2017	6.972	424	16	220	66

Tabel 1: Verhouding aantal toevoegingen en aantal advocaten (gegevens van de Raad voor Rechtsbijstand)

onderzochten zes van deze gevallen. Slechts in twee gevallen besteedde de advocaat er aandacht aan op zitting.⁵ Dit geeft blijk van een gebrek aan fundamentele kennis van artikel 59b Vw, aangezien de wetstekst erg helder is.

Betrokkenen noemen twee mogelijk oorzaken voor het vermeende lage kennisniveau van een deel van de vreemdelingenbewaringsadvocaten. Een eerste is het gecompliceerde en veranderlijke karakter van het recht omtrent vreemdelingenbewaring. Een tweede is dat er in verhouding tot het aantal zaken relatief veel advocaten actief zijn in de vreemdelingenbewaring. Dit is mede debet aan het gedaalde aantal bewaringszaken in de laatste jaren. Waar in het jaar met de meeste bewaringszaken, 2006, gemiddeld nog 36 toevoegingen per advocaat werden afgegeven (vreemdelingenbewaring in het algemeen), was dit aantal in de jaren 2014, 2015 en 2016 gedaald tot respectievelijk 12, 10 en 11.⁶ In deze periode is het aantal advocaten aan wie toevoegingen werden afgegeven weliswaar afgenomen met bijna de helft, van 780 tot 440, maar is het aantal totaal toevoegingen gedaald van meer dan 28.000 naar 5.169, krap een vijfde van het eerdere totaal. Door een stijgend aantal bewaringszaken, steeg het aantal toevoegingen per advocaat in 2017 weer tot 16, maar dit is nog steeds veel minder dan in eerdere jaren.

Volgens de meeste respondenten die zich erover uitlieten functioneert in de vreemdelingenbewaring een bovengemiddeld aantal advocaten niet goed.

Dat de ervaring van advocaten terugloopt blijkt daarnaast ook duidelijk uit de laatste twee kolommen van Tabel 1. Waar er tussen 2003 en 2010 meer dan 200 advocaten waren met meer dan 30 toevoegingen per jaar, zijn daar in de laatste jaren veel minder van. Artikel 59b Vw werd in 2015 ingevoerd, en de eerder opgedane ervaring helpt advocaten dus niet bij de nieuwe elementen in deze bepaling.

Een advocaat vertelde:

'Ik doe vrij weinig bewaringszaken. Iedereen doet het er een beetje bij. Je hebt een strafpraktijk en je doet een beetje vreemdelingenrecht erbij. Of je nou wat van asiel weet, wat heel belangrijk is, of überhaupt wel regulier. Je hebt gewoon een leuk bewaringspraktijkje erbij.'

Een andere respondent vertelde:

'Het valt op dat de laatste jaren nogal wat advocaten instromen die bijvoorbeeld een strafpraktijk hebben, maar daar onvoldoende werk uit halen. Het is helemaal niet gezegd dat dat slechte vreemdelingenadvocaten worden, maar het hart ligt in elk geval elders. Komt bij dat bij een afnemend aantal zaken de spoeling wel erg dun gaat worden en het opdoen van ervaring een kwestie van lange adem wordt.'

Een rechter vertelde:

'Er is weinig jurisprudentie, zoveel zaken zijn er niet. Er wordt weinig over geschreven en er zijn veel te veel bewaringsadvocaten, die veel te weinig zaken doen. We hebben er in het verleden voor gepleit dat advocaten op zijn minst tien zaken per jaar moeten doen, maar als je dat nu zou doorvoeren, hou je geen advocaat over. Bij cursussen merk ik dat ze voor sommigen nog jurisprudentie van twee jaar geleden moeten behandelen. Dat is dodelijk. En het gekke is dat Nederland een van de weinige EU-staten is waar je niet ambtshalve [de gronden van de bewaringsmaatregel] mag toetsen.⁷ Elders zeggen ze: dit is *habeas corpus*-recht, dit moet je zelf kunnen beoordelen, kunnen toetsen als rechter. En dan zeg ik: als de advocaat het niet aandraagt, mag ik niets.'

Als gevolg van het kleinere aantal zaken en volgens respondenten ook door de prioriteiten die deze advocaten als gevolg daarvan stellen, doen zij minder ervaring op en verdiepen ze zich minder in de toch al ingewikkelde materie. Dit kan een verklaring bieden voor het vermeende lage kennisniveau van een deel van de vreemdelingenbewaringsadvocaten.

3. Toets door vreemdelingendiensten

Na zijn inbewaringstelling gaat de asielzoeker naar Detentiecentrum Rotterdam of Detentiecentrum Zeist. In de meeste gevallen wordt hij na enkele dagen overgebracht naar Justitieel Complex Schiphol, waar in ieder geval het eerste deel van de asielprocedure plaatsvindt. De maatregel van bewaring kan gedurende deze periode op verschillende momenten en door verschillende overheidsorganen worden getoetst.

3.1 Interne toets politie

Een eerste toets geschiedt door de politie. Bij overdracht van bewaringsdossiers aan organisaties als IND en DT&V controleren AVIM-eenheden⁸ het overdrachtdossier. De kwaliteit van deze controle verschilt volgens een betrokkene. Sommige eenheden bekijken enkel of alle stukken aanwezig zijn, terwijl andere eenheden meer inhoudelijk kijken. Er is dus geen sprake van een volledige toets, zoals ook wel blijkt uit het gegeven dat de IND negen van de 74 onderzochte bewaringsmaatregelen liet opheffen op grond van vormfouten bij inbewaringstelling.

3.2 DT&V

De DT&V wijst de in bewaring gestelde vreemdeling toe aan een regievoerder. Door dossieranalyse vonden we enkele gevallen waarin de regievoerder de IND attent maakte op fouten in de maatregel van bewaring. Deze besloot daarop tot opheffing van de maatregel. De regievoerder van de

5 Overigens zonder effect, aangezien in deze zaken ook andere gronden ten laste waren gelegd die overeind bleven. Dit wil echter niet zeggen dat de niet-effectiviteit de reden was voor de overige advocaten om het verkeerd gebruiken van de c-grond niet te noemen, want advocaten behandelen gronden ook als ze die kansloos achten. Zij gingen namelijk wel in op de veelal overvloedige aangevoerde gronden van onttrekkingsgevaar – wat volgens hen weliswaar kansloos is, maar toch iets wat ze gewoonlijk wel doen.

6 Gegevens van de Raad voor Rechtsbijstand.

7 ABRvS 1 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA6989; In een recente zaak was de vraag aan de orde of Rechtbank Den Haag zittingsplaats Zwolle ambtshalve had getoetst. De Afdeling oordeelde echter dat geen sprake was van ambtshalve toetsing. Zie: Rb Den Haag 26 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4555; ABRvS 29 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3621.

8 AVIM staat voor Afdeling Vreemdelingenpolitie, Identificatie en Mensenhandel.

DT&V kan dus een rol spelen in toetsing van de maatregel van bewaring, maar dit lijkt enkel te gebeuren in uitzonderlijke situaties.

3.3 IND

Binnen de IND zijn er twee afdelingen die de mogelijkheid hebben een maatregel van bewaring te toetsen. Allereerst is dit IND Schiphol. In veel gevallen heeft de ambtenaar van AVIM of KMar voor inbewaringstelling contact met een seniormedewerker van IND Schiphol. Deze is dan op de hoogte van de zaak en kan controleren of de maatregel goed is opgemaakt. Een seniormedewerker van IND Schiphol vertelde dat hij dit 'wel eens' doet, maar dat het 'niet standaard' gebeurt.

Ook de afdeling Juridische Zaken van de IND ontvangt het dossier van de vreemdeling. Indien de advocaat beroep instelt tegen bewaring, toetst de procesvertegenwoordiger of hij de maatregel op zitting 'kan dragen'. Zoals gezegd liet de IND negen van de 74 onderzochte bewaringen opheffen. Uit de volgende citaten blijken verschillende redenen om bewaring te laten opheffen.

Uit deze citaten blijken verschillende redenen om bewaring op te heffen. Zo laat een procesvertegenwoordiger de bewaring opheffen, indien hij meent een bewaringszaak niet te kunnen winnen. Kostenbesparing is hierbij een reden. Eigenwaarde en prestige lijken ook invloed te kunnen hebben op het besluit, evenals instructies om bepaalde vreemdelingen in bewaring te houden. Ook de kwaliteit van de advocaat speelt mee. Een procesvertegenwoordiger is voorzichtiger tegenover een advocaat met een sterke reputatie. Medische omstandigheden, dreigend termijnverloop of evidente onrechtmatigheid van de bewaringsmaatregel kunnen ook een grond zijn voor opheffing van bewaring.

4. Toetsing door de rechter

Ingevolge artikel 8:69 Awb en een uitspraak van de Afdeling van 1 juni 2007 toetst de bestuursrechter de gronden van bewaring niet ambtshalve.⁹ De rechter is dus afhankelijk van wat de advocaat aanvoert.¹⁰ Cornelisse betoogt dat op grond van het nationale en Europese recht wel ambtshalve getoetst

Een oud-procesvertegenwoordiger: 'Als ik met een kansloze zaak op zitting ging, liet ik die bewaring opheffen, ik had geen zin voor schut te staan op zitting.'

Een oud-procesvertegenwoordiger vertelde:

'Als ik met een kansloze zaak op zitting ging, liet ik die bewaring opheffen, ik had geen zin voor schut te staan op zitting. Maar je hebt heel veel van die geschilpuntjes, die je met een goed pleidooi nog wel kan uitleggen. Als ik op de zittingslijst keek, zocht ik op wie de advocaten waren. En als ik dan [naam advocaat] zag, dan wist ik, dit moet ik goed voorbereiden. En dan zag ik een wat onbekendere naam, op een gegeven moment weet je dan wel, nou ja... En het was ook wel algemeen bekend wie dat waren. "O zij? Dat win je met twee vingers in je neus!" Als jurist is het ook wel weer spannend de randjes te verkennen. Tegelijkertijd mag het niet evident onrechtmatig zijn. Maar als het allemaal kant en klare zaken zijn, daar word je als jurist niet superblij van. Af en toe zocht je ook wel de randen op. Soms ook uit opdracht van de leiding, van "deze zaak moet doorgezet worden". Met name die nationale veiligheidszaken. Daar spelen veel andere belangen mee. Die probeer je eigenlijk wel zo lang mogelijk vast te houden. Bij twijfel ga je die niet zomaar opheffen.'

In een dossierstuk vonden we de volgende analyses van een procesvertegenwoordiger:

'Ik heb de aan [vreemdeling] opgelegde maatregel van bewaring laten opheffen, omdat daarin geen concrete belangenafweging is opgenomen m.b.t. de minderjarigheid van [de vreemdeling].'

'Er komt een formeel FMMU-advies aan waarin de FMMU een negatief hooradvies geeft. Dat zou betekenen dat de bewaring van [vreemdeling] geen stand meer kan houden, we gaan immers over de beslistermijn van zes weken heen.'

'Ik heb geconstateerd dat de maatregel 59b rechtens niet juist is opgelegd. Er worden cumulatieve voorwaarden gesteld in 59b lid 1 onder c. Er moet dan sprake zijn van een vreemdeling die 1) in bewaring werd gehouden, 2) reeds de mogelijkheid had en 3) op redelijke gronden. Welnu: eiser werd niet in bewaring gehouden!!!! Hij ging rechtstreeks onder 59b IBS. De a en b grond van het eerste lid zijn niet tegengeworpen. Ik geef het dringende advies om de bewaring (ook uit een kostenogpunt) op te heffen.'

zou moeten worden.¹¹ De rechter heeft echter wel de bevoegdheid het besluit volledig te toetsen in die zin dat de rechter een eigen oordeel moet kunnen geven over de noodzaak van de bewaringsmaatregel. Dit blijkt uit de uitspraak van de Afdeling 23 januari 2015, waarin staat dat de rechter 'zijn beslissing in de plaats van die van de administratieve autoriteit moet kunnen stellen en moet kunnen beslissen over de mogelijkheid om een lichter middel te gelasten'.¹²

Wat betreft de inhoud van de rechterlijke toets van de bewaringsmaatregel, is er een discrepantie tussen de vereisten die volgen uit het Unierecht en de wijze waarop de nationale rechter toetst. Uit Unierecht en nationaal recht volgt dat vreemdelingenbewaring noodzakelijk moet zijn (een minder vergaande maatregel is niet mogelijk) en dat rekening moet worden gehouden met persoonlijke omstandigheden.¹³ Het is opmerkelijk dat rechters in de praktijk streng toetsen aan het tweede vereiste, maar enkel in uitzonderlijke situaties aan het eerste. De terminologie is ook verwarrend, aangezien persoonlijke omstandigheden worden onderzocht onder de noemer 'lichter middel'. Met dit onderzoek wordt dus nog niet onderzocht of de bewaring noodzakelijk is, dus of een minder vergaande maatregel mogelijk is. Ook al betekenen ze tekstueel hetzelfde, dient de 'minder vergaande maatregel' dus te worden onderscheiden van het 'lichter middel'.

De Afdeling toetst bij het tweede vereiste of voldoende is onderzocht en gemotiveerd dat geen sprake is van persoonlijke omstandigheden die in de weg staan aan bewaring.¹⁴ De

9 ABRvS 1 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA6989.

10 In een recente zaak was de vraag aan de orde of Rechtbank Den Haag zittingsplaats Zwolle ambtshalve had getoetst. De Afdeling oordeelde echter dat geen sprake was van ambtshalve toetsing. Zie: Rb Den Haag 26 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4555; ABRvS 29 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3621.

11 G.N. Cornelisse, 'Van de Magna Carta tot Mahdi. Reikwijdte en intensiteit van de rechterlijke toetsing van vreemdelingendetentie', *A&MR* 2015-5/6, p. 201.

12 ABRvS 23 januari 2015, 201408655/1/V3, ECLI:NL:RVS:2015:232.

13 Zie ook Cornelisse 2015, p. 201.

14 ABRvS 24 september 2015: ECLI:NL:RVS:2015:3083.

strengere toets van de motivering volgt uit de uitspraak *Mahdi*.¹⁵ Als gevolg van deze uitspraak zijn in de afgelopen jaren volgens betrokkenen veel bewaringsopgeheven. In onze steekproef van 74 bewaringstrajecten vonden wij hiervan overigens geen voorbeelden.¹⁶ Betrokkenen beschrijven de verzwaarde motiveringsplicht als een belangrijke vooruitgang, maar menen ook dat deze wat doorschiet. Ambtenaren zouden zelfs al moeten motiveren waarom ‘zweetvoeten’ of een ‘bloedneus’ niet aan bewaring in de weg staat en dit zou te ver gaan.

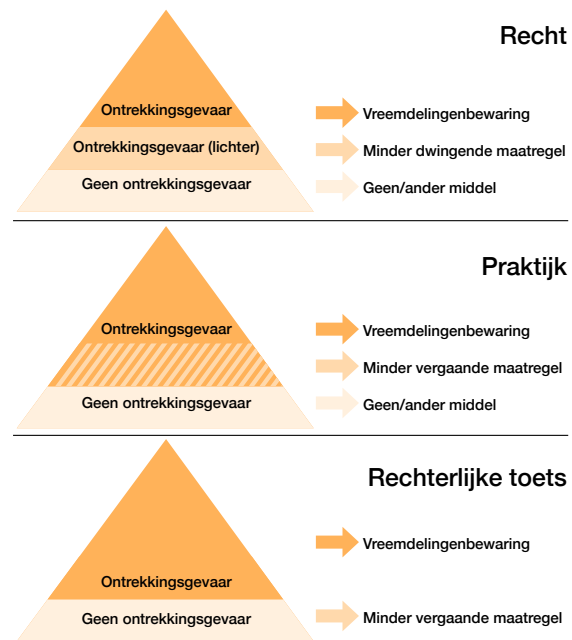
Het eerste vereiste, de noodzakelijkheid van de bewaring, volgt uit artikel 59c Vw: ‘Onze Minister stelt een vreemdeling slechts in bewaring op grond van artikel 59, 59a of 59b, voor zover geen minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast’. Ook volgt het noodzakelijkheidsvereiste uit de Opvangrichtlijn (2013/33/EU), waar in artikel 8 een bepaling over bewaring van asielzoekers is opgenomen. Artikel 8 lid 2 Opvangrichtlijn eist toepassing van een minder dwingende maatregel als dit effectief is. Lid 4 bepaalt dat lidstaten ervoor zorgen ‘dat in het nationale recht regels worden vastgesteld over alternatieven voor bewaring, zoals het zich regelmatig melden bij de overheid, het stellen van een borgsom of een verplichting om op een bepaalde plaats te blijven.’

Het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel vereist tot slot dat getoetst wordt of in het concrete geval geen minder vergaand alternatief voorhanden is dan de maatregel van bewaring. De vraag is: wanneer kunnen minder dwingende maatregel als de meldplicht niet doeltreffend worden toegepast? Europese en nationale regelgeving geven hierop geen sluitend antwoord, maar uit de uitspraak *El Dridi* volgt wel dat lidstaten ook een minder dwingende maatregel moeten overwegen, als er onttrekkingsgevaar bestaat.¹⁷

Onttrekkingsgevaar is de voornaamste grond voor bewaring onder artikel 59 Vw en artikel 59b lid 1 onder a en b Vw. Het is een ruim begrip, aangezien er al sprake van onttrekkingsgevaar kan zijn, als een vreemdeling niet beschikt over een vaste woon- en verblijfplaats en als hij Nederland niet op de voorgeschreven wijze is binnengekomen. Het HvJ EU oordeelt dat het enkele bestaan van onttrekkingsgevaar bewaring niet noodzakelijk maakt.¹⁸ Dit impliceert gradaties van onttrekkingsgevaar. Sommige niveaus van onttrekkingsgevaar legitimeren bewaring (te denken valt aan criminele antecedenten, het zijn van ongewenste vreemdeling), andere vragen om een minder dwingende maatregel.

Uit interviews en dossieranalyse blijkt dat ambtenaren deze systematiek in een meerderheid van de gevallen toepassen bij eerste aanvragers asiel, een groep waarmee ambtenaren overigens wel voorzichtiger zeggen te zijn dan met andere groepen vreemdelingen.

Het opvallende is echter dat het voor rechters niet lijkt uit te maken of de ambtenaar een minimaal onttrekkingsgevaar aan de bewaring ten grondslag legt, of een veel hoger niveau. In aanwezigheid van twee of meer gronden van onttrekkingsgevaar, oordelen rechters namelijk slechts hoogst zelden dat een minder dwingende maatregel had moeten worden



Terwijl *El Dridi* van het HvJ EU gradaties van onttrekkingsgevaar impliceert en ambtenaren dit tot op zekere hoogte volgen (de toepassing van de minder dwingende maatregel loopt uiteen afhankelijk van de ambtenaar en de regio waarin hij werkt, vandaar de arcering), daar ziet de Afdeling enkel ruimte voor de minder dwingende maatregel als er *geen* onttrekkingsgevaar is.

Figuur 1 Onttrekkingsgevaar en detentie

toegepast.¹⁹ De Afdeling toetst onder de noemer ‘lichter middel’ of er persoonlijke omstandigheden aan de bewaring in de weg staan en of dit is gemotiveerd, maar niet of een minder dwingende maatregel had kunnen worden opgelegd. Ze lijkt de noodzakelijkheid van bewaring daarmee af te leiden uit het bestaan van onttrekkingsgevaar en lijkt dus aan te nemen dat de beoordeling van de minder dwingende maatregel reeds in de bewaringsgronden verwerkt is. De Afdeling gaat hiermee voorbij aan de uitspraak *El Dridi*.

In mijn ogen brengt Boeles hier zeer terecht tegenin dat op deze manier de detentie niet:

‘als uitzondering [wordt] aangemerkt, die pas mag worden opgelegd als lichtere middelen niet werken. In tegendeel: de detentie wordt tot regel verheven, waarop slechts een uitzondering hoeft te worden gemaakt als de betrokkene bewijst dat hij wegens ziekte of andere omstandigheden voor detentie ongeschikt is. Dat lijkt mij strijdig met de kennelijke strekking van artikel 28 lid 2 Dublinverordening waarin detentie van asielzoekers – ziek of gezond – “enkel” wordt

15 HvJ EU 5 juni 2014, C-146/14 PPU, *Mahdi*, ECLI:EU:C:2014:1320.

16 Voor voorbeelden buiten onze steekproef, zie Rb Utrecht van 23 juni 2017 (ECLI:NL:RBMM:2015:5038) of zittingsplaats Amsterdam 12 februari 2018 (ECLI:NL:RBAMS:2018:766) en 20 september 2017 (ECLI:NL:RBAMS:2017:6773).

17 HvJ EU 28 april 2011, C-61/11 PPU, *El Dridi*, ECLI:EU:C:2011:268, r.o. 37-39.

18 Ibid.

19 Een zeldzaam voorbeeld waarin dit wel gebeurt, is: Rb Den Haag 12 maart 2013, NL:RBDHA:2013:BZ4138.

toegestaan als minder dwingende alternatieve middelen niet effectief kunnen worden toegepast.²⁰

Bovenstaande kan de vraag oproepen: als de rechter niet ambtshalve mag toetsen, wordt dan wellicht niet door advocaten aangevoerd dat een minder dwingende maatregel had kunnen worden opgelegd? Wellicht is dit zo, aangezien een rechter noemde dat advocaten slechts zelden ingaan op de noodzakelijkheid van de maatregel en dat zijn handen daarom gebonden zijn. Advocaten voeren echter wel vaak aan dat voor een lichter middel had moeten worden gekozen. De Afdeling ziet dit weliswaar als een referentie aan persoonlijke omstandigheden, maar Europeesrechtelijk en grammaticaal gezien kan dit net zo goed (of: zou dit moeten) worden geïnterpreteerd als een beroep op noodzakelijkheid.

In zoverre bewaakt de rechter vreemdelingenbewaring niet als uiterste middel, als *ultimum remedium*. Dit maakt de verplichting voor ambtenaren om zo mogelijk een minder dwingende maatregel toe te passen, zolang zij hun besluit maar motiveren, nogal vrijblijvend.

5. VluchtelingenWerk

De toegang van hulporganisaties als VluchtelingenWerk tot asielzoekers is beperkt. Bij vreemdelingenbewaring op grond van artikel 59b Vw, verblijft de asielzoeker doorgaans eerst enkele dagen in detentiecentra Rotterdam of Zeist. Vervolgens gaat hij naar JC Schiphol voor de asielprocedure, die in de meeste gevallen het stramien van de AA-procedure volgt. Indien echter niet binnen de duur van de AA-procedure kan worden beslist op de asielaanvraag, gaat de asielzoeker voor de rest van de asielprocedure terug naar DC Zeist of Rotterdam. Uit ons onderzoek blijkt dat het deel van de asielprocedure buiten Schiphol, de ‘zeswekenprocedure’, omwille van pragmatische overwegingen als capaciteitsgebrek, soms langer duurt dan noodzakelijk.²¹

VluchtelingenWerk is aanwezig in JC Schiphol, maar niet in DC Rotterdam en DC Zeist. Asielzoekers krijgen dus bijstand van VluchtelingenWerk in JC Schiphol, maar zijn daarvan verstoken in DC Rotterdam en DC Zeist. De organisatie kan weliswaar bij een vreemdeling op bezoek gaan, maar enkel op verzoek van de vreemdeling. Medewerkers van VluchtelingenWerk Schiphol vertellen dat ze om deze reden zeer beperkt zijn in hun zicht op de groep asielzoekers in detentie en in hun mogelijkheden om deze groep van bijstand te voorzien. Zij zouden graag laagdrempelige spreekuren draaien in DC Zeist en DC Rotterdam.

6. Conclusie en aanbevelingen

Ambtenaren maken relatief veel fouten bij inbewaringstelling. Rechtsbescherming is er om de vreemdeling hiertegen te beschermen, maar deze vertoont structurele gebreken. Dit komt niet zo zeer door het falen van een enkele actor, maar door de gecombineerde gebreken in het functioneren van verschillende actoren. Zo lijkt in ieder geval een deel van de advocaten over onvoldoende kennis van en ervaring met

de regeling te beschikken. Rechters bewaken het *ultimum remedium* karakter van vreemdelingenbewaring onvoldoende. Vreemdelingendiensten toetsen weliswaar zelf, maar deze toetsing is enkel incidenteel en pragmatisch van aard. Ten slotte is de signaalfunctie van VluchtelingenWerk beperkt.

Op grond van de onderzoeksresultaten hebben we in het rapport een serie aanbevelingen gedaan, waarvan ik er hier drie wil bespreken. Een vierde aanbeveling volgt uit reacties op het boek.

6.1 Deskundigheidsbevordering van advocaten

Allereerst pleiten we voor deskundigheidsbevordering van advocaten. Verschillende mechanismen hiertoe zijn reeds aanwezig. Zo wordt van advocaten verlangd dat ze jaarlijks 12-zaken doen en 4 opleidingspunten halen.²² De norm van 12 zaken wordt volgens betrokkenen echter niet echt nageleefd, mede omdat harde toepassing ervan in de huidige situatie zou leiden tot een halvering van het advocatenbestand en ook goede advocaten zou uitsluiten.

Wat betreft de verplichte cursus geldt volgens een betrokkene dat ‘advocaten alleen al voor het bijwonen hun punten krijgen, ongeacht of ze de hele dag hebben geluisterd of op Zalando hebben zitten googelen. Een regelmatig examen (al dan niet na afloop van een cursus) zou al een heel stuk schelen.’

Een andere betrokkene noemt dat er behoefte is aan een actueel medium voor informatie-uitwisseling. De bestaande boeken zouden achterlopen en nieuw materiaal zou vermoedelijk snel hetzelfde lot ten deel vallen. Een app zou volgens deze betrokkene ideaal zijn.²³

6.2 Toetsing van minder dwingende maatregel

Ten tweede zouden rechters conform het Unierecht moeten toezien op toepassing van de minder dwingende maatregel. De vraag of een minder dwingende maatregel toegepast zou kunnen worden in een individuele zaak, vergt een zelfstandige rechterlijke beoordeling, en is geen onderdeel van de bewaringsgronden. Verder zouden ambtenaren moeten motiveren waarom een specifieke minder dwingende maatregel, zoals een meldplicht, niet voldoende is.

6.3 Ambtshalve toetsing

Ten derde pleiten we voor ambtshalve toetsing van gronden door de rechter. In veel andere EU-landen is ambtshalve toetsing van gronden bij *habeas corpus*-recht gewoon, Nederland is het een uitzondering. Bij inbewaringstelling worden relatief veel fouten gemaakt, maar als de advocaat deze fouten – door gebrek aan ervaring of kennis – niet aanvoert, kan de rechter er niets mee. Deskundigheidsbevordering van uitvoeringsambtenaren en advocaten is wenselijk, maar is mogelijk niet genoeg en bovendien wordt al jaren aan deze bevordering gewerkt. Er lijkt meer nodig. Gezien de geconstateerde structurele gebreken in rechtsbescherming van asielzoekers, en daarmee waarschijnlijk ook bij vreemdelingenbewaring in den brede, is ambtshalve toetsing noodzakelijk om het niveau van rechtsbescherming omhoog te brengen. Dit kan tot stand komen door de Afdeling of door de wetgever. De behandeling van het wetsvoorstel Terugkeer en Vreemdelingenbewaring,

20 ABRvS 7 augustus 2017, nr. 201704953/1/V3, JV 2017/206, m.nt. Boeles. Detentie met het oog op Dublinoverdracht geschiedt volgens artikel 59a Vw en kent wat betreft persoonlijke omstandigheden en noodzakelijkheid een zelfde systematiek als artikel 59 Vw of 59b Vw.

21 Dit punt wordt uitgebreid besproken in het boek, zie noot 2, p. 165.

22 Zie bijlage 1 van het besluit van de RvR uit 2017: <https://bit.ly/2JVWNh>.

23 Migratieweb is een online medium voor informatie-uitwisseling en kan hier wellicht ook uitkomst bieden.

die vermoedelijk in de komende maanden plaats vindt, is een goede gelegenheid om dit onderwerp aan te snijden.²⁴

6.4 Spreekuur VluchtelingenWerk in DC's Zeist en Rotterdam

Op grond van hun eerdere ervaringen met asielzoekers in JC Schiphol en gesterkt door de conclusies uit het rapport *Detentie van asielzoekers*, stellen verschillende medewerkers van

VluchtelingenWerk Schiphol en de Raad voor Rechtsbijstand voor dat VluchtelingenWerk spreekuren draait in DC Zeist en DC Rotterdam. Gezien de geconstateerde gebreken in de rechtsbescherming en de soms onduidelijke aard en onnodig lange duur van de asielprocedure in detentie buiten JC Schiphol, zou meer toezicht op deze procedure wat mij betreft inderdaad goed zijn.

²⁴ *Kamerstukken II*, 2015/16, 34309, nr. 2.