

ANNOTATIE

# **Landkreis Gifhorn (HvJ EU, C|519/20) – Het regime van de vreemdelingenbewaring volgens het Hof van Justitie: niet punitief, wel toetsbaar**

***G.N. Cornelisse***

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 10-03-2022,  
ECLI:EU:C:2022:178 (EHRC-2022-0083)*

1. Het regime van de vreemdelingenbewaring – een bestuursrechtelijke maatregel die tot doel heeft het vertrek of de uitzetting van de vreemdeling veilig te stellen – is in Nederland al geruime tijd onderwerp van maatschappelijke discussie en politiek debat. Het voornaamste punt van kritiek heeft betrekking op de penitentiaire leest van dit regime. Juist daarin zou de Wet Terugkeer en Vreemdelingenbewaring verandering brengen, maar onlangs verzocht de staatssecretaris de Eerste Kamer om de behandeling van dit wetsvoorstel (uit 2015!) aan te houden totdat een gewijzigde novelle bij het voorstel door de Tweede Kamer is aangenomen.[1] Ondertussen wordt de vreemdelingenbewaring nog steeds beheerst door het regime vervat in de Penitentiaire beginselenwet (Pbw), waarbij de staatssecretaris aangeeft dat er in de dagelijkse praktijk “wordt gehandeld binnen de mogelijkheden voor versoepeling die het huidige regime van de Pbw biedt.”[2] Het hier besproken arrest van het Hof van Justitie maakt aanpassing van het wettelijke regime een zaak van urgentie. Zoals we hieronder zullen zien, is volgens het Hof een bewaringsregime dat geënt is op penitentiaire regels, op het eerste gezicht moeilijk te verenigen met de Terugkeerrichtlijn. Het arrest *Landkreis Gifhorn* had dan ook al snel repercussies in de Nederlandse rechtspraktijk. De rechter in Zwolle oordeelde onder verwijzing naar het arrest dat de Staatssecretaris onvoldoende aannemelijk

had gemaakt dat de vreemdelingenbewaring op grond van art. 59 Vw 2000 ten uitvoer gelegd wordt in “een speciale inrichting voor bewaring” zoals vereist door art. 16 van de Terugkeerrichtlijn.[3] Zoals we hieronder zullen zien kwamen de meervoudige kamers in Zwolle en Arnhem in twee latere uitspraken tot de conclusie dat de vreemdelingenbewaring wél in een speciale inrichting voor bewaring geschiedt.[4]

2. Ook los van de relevantie voor het huidige regime van vreemdelingenbewaring in Nederland, is het arrest *Landkreis Gifhorn* belangwekkend omdat het Hof weer eens zijn licht schijnt over de rol van de rechter bij de toetsing van de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming in het vreemdelingenrecht – een gebied waar de laatste jaren in Nederland, onder invloed van de Terugkeerrichtlijn, al grote verschuivingen hebben plaatsgevonden. Verder wijdt het Hof een aantal interessante overwegingen aan het bestaan van een noodtoestand onder art. 18 van de Terugkeerrichtlijn, in welk geval het is toegestaan dat lidstaten afwijken van de verplichting neergelegd in art. 16 om gebruik te maken van speciale inrichtingen voor bewaring. Hieronder zal ik eerst kort de feiten en rechtsvragen weergeven. Daarna bespreek ik de uitspraak van het Hof en ik sluit af met een aantal opmerkingen over de relevantie van het arrest voor het Nederlandse regime van vreemdelingenbewaring en de toetsing daarvan door de rechter.

3. *Landkreis Gifhorn* gaat over een Pakistaanse man, K. die in 2020, na eerdere afwijzing van zijn asielerzoek door Duitsland, in vreemdelingenbewaring wordt geplaatst. Een jaar daarvoor, in 2019, is in Duitsland een wet aangenomen op grond waarvan het tot de zomer van 2022, aldus tijdelijk, mogelijk is om mensen die met het oog op hun verwijdering worden gedetineerd niet in speciale inrichtingen voor bewaring onder te brengen – zoals vereist door art. 16 van de Terugkeerrichtlijn – maar in andere inrichtingen voor bewaring en in gevangnissen. De Duitse wet bepaalt dat mensen in vreemdelingenbewaring nog steeds gescheiden worden gehouden van gewone gevangenen. Deze maatregel wordt door de Duitse regering gerechtvaardigd met een beroep op de grote toename van asielaanvragen in 2015, als gevolg waarvan de deelstaten de prioriteit hebben gelegd bij het creëren van opvangplaatsen; niet bij het uitbreiden van de capaciteit voor bewaring. Nu er ongeveer 1000 plaatsen voor bewaring nodig zijn en er in 2019 slechts de helft van dit aantal beschikbaar was, beroept de Duitse regering zich op een uitzonderlijke situatie die naar verwachting pas in de zomer van 2022 teneinde komt. K. wordt op grond van deze tijdelijke regeling in een penitentiaire inrichting in bewaring gehouden.

4. De nationale rechter die over het beroep van K. tegen de voortdurende van zijn bewaring moet oordelen, verwijst de zaak naar het Hof van Justitie omdat hij zich afvraagt hoe de Duitse tijdelijke regeling en praktijk zich verhoudt tot het wettelijk kader van de Terugkeerrichtlijn. Eerst een korte weergave van dat kader: Volgens het eerste lid van art. 16 van de richtlijn

gebruiken de lidstaten in de regel voor vreemdelingenbewaring speciale inrichtingen. Indien dat niet mogelijk is en de lidstaat gebruik maakt van een gevangenis, dienen de derdelanders in bewaring gescheiden te worden gehouden van gewone gevangenen. Het Hof heeft reeds eerder geoordeeld dat de mogelijkheid in art. 16, om een gevangenis te gebruiken voor vreemdelingenbewaring een uitzondering vormt op de hoofdregel dat gebruik gemaakt dient te worden van speciale inrichtingen, die dan ook strikt uit moet worden gelegd.[5] Bewaring in een gevangenis kan slechts gerechtvaardigd zijn op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld als iemand een gevaar vormt voor de openbare orde.[6] Daarnaast biedt art. 18 van de Terugkeerrichtlijn nog een mogelijkheid om af te wijken van de regel dat gebruik wordt gemaakt van speciale instellingen, namelijk indien een uitzonderlijk groot aantal derdelanders moet terugkeren en de inrichtingen voor bewaring van een lidstaat, of zijn bestuurlijk of gerechtelijk personeel, hierdoor onverwacht zwaar worden belast. De lidstaat kan dan bij dringende maatregel voor de duur van de uitzonderlijke situatie ‘andere bewaringsomstandigheden’ vaststellen.

5. De Duitse rechter plaatst vraagtekens bij het bestaan van een noodsituatie in 2020: hoewel de bewaringsinstellingen zwaar belast worden door Covid-maatregelen heeft dat niet te maken met de aanwezigheid van een uitzonderlijke groot aantal derdelanders. Ook heeft de wetgever geen getalsmatige gegevens verstrekt over bezettingsgraad in instellingen voor bewaring en over derdelanders jegens wie een terugkeerbesluit is genomen en op wie bewaring zou kunnen worden toegepast. Tegen deze achtergrond stelt deze rechter vier vragen aan het Hof. De eerste gaat over de rol van de rechter die de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming toetst: moet deze in elk concreet geval toetsen of de uitzonderlijke situatie voortduurt, indien een lidstaat zich beroept op art. 18 om af te wijken van de eis dat bewaring plaatsvindt in speciale inrichtingen? De tweede vraag ziet op de rechtmatigheid van bewaring in een penitentiaire inrichting: mag bewaring daarin tenuitvoergelegd worden, ook al is er geen noodsituatie en zijn er in de lidstaat speciale inrichtingen voorhanden? De derde en vierde vraag hebben betrekking op de interpretatie van het begrip ‘speciale inrichting voor bewaring’ in art. 16. De rechter vraagt of reeds geen sprake meer is van een speciale inrichting indien deze onder dezelfde bestuurlijke autoriteit valt als een penitentiaire inrichting. Verder wil de rechter weten of de feitelijke omstandigheden waaronder de bewaring van K. plaatsvindt (in een aparte afdeling van een penitentiaire inrichting, waarin gedetineerden met het oog op hun verwijdering gescheiden worden gehouden van gevangenen in aparte gebouwen met eigen voorzieningen) de conclusie rechtvaardigen dat er sprake is van een speciale inrichting voor bewaring in de zin van art. 16.

6. Logischerwijs buigt het Hof zich eerst over de derde en vierde vraag – als de inrichting waar K. in bewaring wordt gehouden gekwalificeerd kan worden als een speciale inrichting, hoeven

de overige vragen immers niet beantwoord te worden. Het Hof wijst erop dat het begrip ‘speciale inrichting voor bewaring’ niet gedefinieerd wordt in de Terugkeerrichtlijn. Het brengt ook het doel van de inbewaringstelling onder de richtlijn in herinnering, namelijk vrijheidsbeneming met het oog op verwijdering. Volgens de bewoordingen van art. 16 onderscheidt een speciale inrichting zich van een gevangenis, hetgeen op zijn beurt “impliceert dat de omstandigheden van bewaring bepaalde specifieke kenmerken moeten vertonen in vergelijking met de normale omstandigheden van tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen in gevangenissen.”[7] Net zoals de Advocaat Generaal in zijn opinie deed,[8] onderstreept het Hof dat bewaring onder de richtlijn geen straf is maar slechts het effectueren van de terugkeerprocedure tot doel heeft en het wijst op het belang van het recht op vrijheid en het beginsel van evenredigheid. Het Hof zoekt vervolgens aansluiting bij de jurisprudentie van het EHRM, volgens welke de plaats en omstandigheden van de bewaring een zekere relatie moeten hebben met het doel ervan.[9] Het Hof concludeert dat de omstandigheden in een ‘speciale inrichting van bewaring’ zodanig moeten zijn “dat zoveel mogelijk wordt voorkomen dat de bewaring [...] gelijkstaat aan detentie in een gevangenisomgeving, zoals kenmerkend is voor penitentiaire detentie.”[10]

7. Het is aan de nationale rechter om deze beginselen op de omstandigheden van het geval toe te passen, waarbij het Hof wel nog opmerkt dat een zuiver bestuurlijke band tussen de inrichting van bewaring en penitentiaire inrichtingen voor deze beoordeling niet relevant is, tenzij deze band gekoppeld is aan bepaalde omstandigheden van bewaring. Verder betekent het feit dat gewone gevangenen en derdelanders in bewaring van elkaar gescheiden zijn, op zichzelf niet dat de laatsten in een speciale inrichting in bewaring worden gehouden; die scheiding is immers ook vereist voor hen die bij wijze van uitzondering *niet* in een speciale inrichting worden gehouden. De verwijzende rechter moet in zijn beoordeling in het bijzonder rekening houden met de omstandigheden van bewaring, de specifieke kwalificaties van het personeel en “nagaan of de dwang waaraan de betrokken derdelanders worden onderworpen [...] beperkt blijft tot hetgeen strikt noodzakelijk is om een doeltreffende terugkeerprocedure te waarborgen.”[11]

8. Daarna onderzoekt het Hof de eerste vraag van de Duitse rechter – inhoudende of de rechter die moet oordelen over de rechtmatigheid van (de verlenging van) de bewaring van een derdelander in een gevangenis moet kunnen nagaan of voldaan is aan de voorwaarden van art. 18 – dat, zoals we hier boven zagen, bewaring in een gevangenis in een uitzonderlijke situatie toelaat. Het Hof brengt in herinnering dat bewaring op grond van de richtlijn een inbreuk vormt op het recht op vrijheid en dat deze inbreuk alleen kan worden gerechtvaardigd met inachtneming van de Unierechtelijke regels over de voorwaarden en wijze van toepassing. Het zou in strijd zijn met het recht op effectieve rechterlijke bescherming in art. 47 van het

Handvest indien een rechter niet kan nagaan of de bewaring van een derdelander in een gevangenis voldoet aan het Unierecht en dus ook aan art. 18 van de Terugkeerrichtlijn. Het Hof concludeert dat de rechter in het geval van bewaring van een derdelander in een gevangenis, alle feitelijke en juridische omstandigheden die hij relevant acht moet kunnen onderzoeken om na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden van art. 18.

9. Vervolgens buigt het Hof zich over de tweede vraag naar de rechtmatigheid van bewaring in een penitentiaire inrichting. Het Hof herformuleert deze vraag, waarbij het aantekent dat de richtlijn zowel op grond van art. 16 lid 1 als op grond van art. 18, bewaring in penitentiaire inrichtingen als uitzondering toestaat. Het onderzoekt dan eerst de voorwaarden waaronder een lidstaat kan afwijken van de verplichting om speciale instellingen te gebruiken op grond van art. 18. Nu art. 18 een uitzondering is, moet deze bepaling restrictief worden uitgelegd: de enkele aanwezigheid van een groot aantal derdelanders die moeten terugkeren rechtvaardigt geen beroep op die bepaling. Dat mag alleen indien de lidstaat kan aantonen dat het aantal derdelanders ten aanzien van wie een bewaringsbesluit is genomen zo groot is dat de bewaringscapaciteit van de lidstaat structureel overbelast is. Dat betekent niet dat er gedurende de uitzonderlijke situatie helemaal geen plaatsen beschikbaar kunnen zijn in speciale instellingen maar dat de “maximale opvangcapaciteit structureel gezien bijna bereikt is.”[12] Verder maakt het Hof duidelijk dat de overbelasting onverwacht moet zijn, dat wil zeggen het gevolg van een toename van in bewaring te stellen derdelanders, en niet het gevolg van een vermindering van plaatsen in speciale inrichtingen of een niet goed voorbereide overheid. De zware last moet blijven bestaan gedurende de gehele periode waarin de speciale maatregel van kracht is en de lidstaat moet kunnen aantonen dat hij de problemen gedurende die periode niet heeft kunnen oplossen.

10. Het Hof wijst dan nogmaals op het belang van het evenredigheidsbeginsel als het gaat om vrijheidsbeneming en het maakt duidelijk dat een nationale regeling die gebruik maakt van de uitzondering in art. 18 duidelijk moet bepalen dat de bewaring pas in een gevangenis ten uitvoer mag worden gelegd indien per geval is onderzocht of bewaring in een speciale inrichting niet mogelijk is en of er geen alternatieven voor bewaring beschikbaar zijn. Ook moet er steeds aandacht worden besteed aan de situatie van kwetsbare personen en minderjarigen. Deze mogen niet op grond van art. 18 in een gevangenis in bewaring worden gehouden indien dit niet te verenigen is met hun bijzondere behoeften. Indien de bewaring van derdelanders op grond van art. 18 wordt toegepast in een gevangenis moet de lidstaat er voor zorgen dat de omstandigheden van bewaring zoveel mogelijk verschillen van die van hen die strafrechtelijk gedetineerd zijn en dat contact tussen beide groepen zoveel mogelijk vermeden wordt.

11. Voor wat betreft de uitzondering in art. 16 van de richtlijn, dat bewaring in een gevangenis

is toegestaan indien op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval geen gebruik kan worden gemaakt van speciale instellingen, onderstreept het Hof dat deze uitzondering restrictief moet worden uitgelegd. Dat kan het geval zijn, zo oordeelde het Hof eerder, indien de derdelander “een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt die een fundamenteel belang van de samenleving of van de interne of externe veiligheid van de betrokken lidstaat aantast, op voorwaarde dat die onderdaan wordt gescheiden van de gewone gevangenen.” [13] Maar ook een “volledige, plotselinge en kortstondige overbelasting” [14] van alle speciale instellingen voor bewaring van de lidstaat kan een beroep op die uitzondering rechtvaardigen, mits er geen minder dwingende maatregel getroffen kan worden om de derdelander terug te laten keren. Om de uitzondering in art. 16 duidelijk te onderscheiden van de noodsituatie in art. 18 maakt het Hof duidelijk dat het moet gaan om een bewaring van niet langer dan enkele dagen om ervoor te zorgen dat deze zo snel mogelijk kan worden voortgezet in een speciale inrichting. Verder mag de overbelasting niet langer dan enkele dagen duren, of stelselmatig terugkeren.

12. Tot slot maakt het Hof duidelijk dat zowel art. 18 als de uitzondering in art. 16 inbreuk maken op het recht van de derdelander om slechts in speciale instellingen te worden gedetineerd. Dit recht is vervat in de hoofdregel van art. 16 – een bepaling die volgens het Hof voldoende duidelijk en voorwaardelijk is en dus rechtstreekse werking heeft. Elke nationale regeling die niet verenigbaar is met dit recht moet door de nationale rechter buiten toepassing worden gelaten. Het Hof concludeert dat de rechter een nationale regeling op grond waarvan derdelanders in gevangenissen mogen worden gedetineerd buiten toepassing moet laten indien niet aan de voorwaarden van art. 18 of de uitzondering in art. 16 is voldaan.

13. In Nederland wordt, zoals reeds opgemerkt, het regime van de vreemdelingenbewaring beheerst door de Penitentiaire Beginselenwet (Pbw). In dat licht is het saillant dat het Hof van Justitie overweegt dat de toepasselijkheid van “de nationale regels inzake de tenuitvoerlegging van straffen van toepassing zijn – al was het maar bij analogie – op de bewaring van derdelanders in afwachting van hun verwijdering, een sterke aanwijzing [vormt] dat een dergelijke bewaring niet plaatsvindt in een ‘speciale inrichting voor bewaring’”. [15] Zijn de bewaringsomstandigheden in Nederland zo vorm gegeven dat zoveel mogelijk wordt voorkomen dat bewaring gelijkstaat aan detentie in een gevangenisomgeving en zijn ze van dien aard dat zowel de grondrechten als de rechten in art. 16 van de Terugkeerrichtlijn worden geëerbiedigd? Het lijkt me niet, als we af mogen gaan op de vele rapporten over de vreemdelingenbewaring van de afgelopen jaren die juist het punitieve karakter van het regime benadrukken, met veelvuldig gebruik van bijbehorende dwangmaatregelen zoals het gebruik van isolatie en afzondering. [16] Ook de regering zelf lijkt de mening toegedaan dat met het huidige wettelijke regime van de vreemdelingenbewaring niet voldoende wordt voorkomen

dat bewaring gelijkstaat aan strafrechtelijke detentie. Immers, al in 2013 deed de toenmalige Staatssecretaris van Justitie, Fred Teeven, de toezegging aan de Tweede Kamer dat de vreemdelingenbewaring een “eigenstandig bestuursrechtelijk karakter” zou krijgen – een reactie op de zelfmoord van Aleksandr Dolmatov in detentiecentrum (DC) Rotterdam in de nacht van 16 op 17 juli van dat jaar.[17] Recent vertelde de Ombudsman in een deskundigenbijeenkomst met de Eerste Kamer waarin het wetsvoorstel voor de Wet Terugkeer en Vreemdelingenbewaring werd besproken dat hij zich ernstig zorgen maakt over signalen die hij krijgt uit de huidige bewaringspraktijk, zoals langdurig opsluiten op cel, gebruik van isolatie en het boeien van mensen.[18]

14. Zoals gezegd oordeelde de rechter in Zwolle, onder verwijzing naar het arrest *Landkreis Gifhorn*, dat in het licht van het geldende regime uit de Pbw, de staatssecretaris onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat vreemdelingenbewaring plaatsvindt in een ‘speciale instelling’. In twee latere uitspraken, één van de meervoudige kamer in Zwolle en één van de meervoudige kamer in Arnhem, kwamen de rechters echter tot een ander oordeel. Volgens de MK Arnhem speelde daarbij een belangrijke rol dat “de Pbw uitgaat van minimale beperkingen” en dat “het regime [...] voor vreemdelingen afwijkt van het regime dat geldt voor strafrechtelijk gedetineerden.”[19] De vormgeving van het regime gaf aldus geen aanleiding om te oordelen dat het detentiecentrum géén speciale inrichting zou zijn, terwijl de specifieke kwalificaties en taken van het personeel wél aanleiding vormden om te oordelen dat er sprake was van een speciale inrichting. Ook oordeelde de rechter dat het totaal aan beperkingen die het in het detentiecentrum geldende regime karakteriseren (geen smartphone, geen mogelijkheid tot werken, beperkt bezoek, het gebruik van meerpersoonscellen en geen toegang tot internet) strikt noodzakelijk zijn om een doeltreffende terugkeerprocedure te waarborgen.[20] De MK Zwolle koos net een iets andere benadering. In de eerste plaats overwoog zij dat de toepasselijkheid van de Pbw “een sterke aanwijzing [vormt] dat DC Rotterdam niet kan worden beschouwd als “speciale inrichting” in de zin van art. 16, lid 1, van de Terugkeerrichtlijn.”[21] Vervolgens onderzocht zij de wijze waarop de bewaring ten uitvoer wordt gelegd en de inzet van (behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden) uitsluitend specifiek daarvoor opgeleid personeel, en concludeerde dat de vreemdelingenbewaring wél in een speciale inrichting voor bewaring ten uitvoer wordt gelegd. Beide rechters plaatsen overigens wel vraagtekens bij het beperken van de toegang tot het internet.[22] Volgens de rechter in Zwolle wordt “de vrijheid om informatie te ontvangen [...] wel verder ingeperkt dan voor het doel van de vreemdelingenbewaring noodzakelijk is”, [23] maar wat het gevolg is van deze schending wordt niet duidelijk en deze wordt ook niet in het dictum vermeld.

15. Zoals het Hof in Luxemburg al benadrukte, is de feitelijke beoordeling van het regime aan de nationale rechter, die zoals we zagen, kan afhangen van de omstandigheden van het geval.

De werkelijke doorbraak die het arrest K. voor de bewaringspraktijk betekent ligt dan ook niet in de exacte kwalificaties van het regime voor vreemdelingenbewaring in abstracte termen. Het arrest brengt wel (net zoals eerdere jurisprudentie over de Terugkeerrichtlijn), een beslissende verandering teweeg in de rol van rechter die de rechtmatigheid van de (voortdurende van de) vreemdelingenbewaring toetst. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling namelijk, kan de bewaringsrechter niet oordelen over de “feitelijke toepassing van het regime” van de vreemdelingenbewaring.[24] Klachten over disciplinaire straffen zoals het gebruik van isoleercellen en andere verblijfsomstandigheden zoals het opgesloten zijn op cel voor een groot deel van de dag of ontoereikende medische zorg, werden aldus nooit getoetst, laat staan gehonoreerd, door de bewaringsrechter. De vreemdeling moest daar de klachtenprocedure neergelegd in de Pbw voor volgen.[25] Deze benadering is in het licht van *Landkreis Gifhorn* en eerdere jurisprudentie van het Hof over de Terugkeerrichtlijn niet langer vol te houden.[26] Art. 47 Handvest en het daarin vervatte beginsel van effectieve rechterlijke bescherming eisen dat de bewaringsrechter “moet kunnen nagaan of een besluit waarbij een bewaring op grond van richtlijn 2008/115 wordt gelast, in overeenstemming is met de rechten en vrijheden die door het Unierecht worden gewaarborgd aan illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende derdelanders.”[27] Daarbij is inbegrepen de vraag of de “omstandigheden van bewaring” en “de dwang waaraan de betrokken derdelanders worden onderworpen [...] beperkt blijft tot hetgeen strikt noodzakelijk is om een doeltreffende terugkeerprocedure te waarborgen.”[28]

16. Dat klachten over de feitelijke toepassing van het regime aldus niet langer terzijde mogen worden geschoven door de bewaringsrechter brengt wellicht brengt de hoognodige verandering in de huidige praktijk, die vaak gekenmerkt wordt door een gebrek aan zinvolle dagbesteding, het ontbreken van privacy en het gebruik van disciplinaire straffen zoals plaatsing in afzondering.[29] Het was in het licht van de grondgedachte van de *habeas corpus* procedure altijd al lastig te begrijpen waarom de Nederlandse rechter zich niet bevoegd achtte om te toetsen of de tenuitvoerlegging van de vreemdelingenbewaring voldeed aan het beginsel van de minimale beperkingen zoals neergelegd in het Vreemdelingenbesluit.[30] Nu is duidelijk dat deze beperkte opvatting van de rechter over zijn eigen rol in ieder geval niet te verenigen is met het Unierecht.[31]

17. Tot slot: ook voor de wetgever is het arrest *Landkreis Gifhorn* van belang. In het wetsvoorstel voor de Wet terugkeer en Vreemdelingenbewaring worden twee soorten regimes neergelegd: een verblijfsregime en een beheersregime. Dat laatste regime is ontworpen voor personen die vanwege hun gedrag de orde en veiligheid binnen het verblijfsregime verstoren. De bedoeling is om het beheersregime ook toe te passen bij de eerste binnenkomst in de instelling, voor een periode van maximaal twee weken. De Afdeling advisering van de Raad



van State merkte al op dat het beheersregime een penitentiair karakter heeft.[32] De toepassing van zo'n regime op iedereen bij binnenkomst is daarom in ieder geval strijdig met de Terugkeerrichtlijn. De toepassing ervan op overlastgevende vreemdelingen is alleen rechtmatig indien dat proportioneel en noodzakelijk is in het individuele geval, hetgeen nu dus ook door de bewaringsrechter getoetst mag worden. Verder werd er een novelle bij het wetsvoorstel ingediend, om de directeur van de instelling de bevoegdheid te geven om vergaande maatregelen te treffen voor overlastgevende vreemdelingen in bewaring. Een van de voorgestelde maatregelen, een 23 dagen durende 'lock-down' die inhoudt dat in bewaring gestelde vreemdelingen collectief in eenzame opsluiting worden gehouden, zonder de mogelijkheid van een tussentijdse toets, is niet alleen in strijd met internationale normen, maar kan de toets aan het Unierecht, met zijn nadruk op evenredigheid, zeker niet doorstaan.[33]

G.N. Cornelisse

[1] EK 2021–2022, 34 309 en 35 501 M, Regels met betrekking tot de terugkeer van vreemdelingen en vreemdelingenbewaring (Wet terugkeer en vreemdelingenbewaring) en Wijziging van de Wet terugkeer en vreemdelingenbewaring met het oog op het handhaven van de mogelijkheden om maatregelen te nemen ten aanzien van overlastgevende vreemdelingen), Brief van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, 11 april 2021.

[2] Id, p. 2.

[3] Rechtbank Den Haag Zp Zwolle 25 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3986/

[4] Rechtbank Den Haag, Zp Zwolle 8 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5588 en Rechtbank Den Haag zp Arnhem 3 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5474.

[5] CJEU 17 juli 2014, *Bero en Bouzalmate*, C|473/13 en C|514/13, EU:C:2014:2095.

[6] CJEU 2 juli 2020, *Stadt Frankfurt am Main*, C|18/19, ECLI:EU:C:2020:511.

[7] *Landkreis Gifhorn*, overweging 36.

[8] Conclusie van Advocaat-Generaal J. Richard De La Tour van 25 november 2021, ECLI:EU:C:2021:958, overweging 104.

[9] EHRM, 13 december 2011, *Kanagaratnam e.a. tegen België*, ECHR:2011:1213JUD001529709, § 84; en EHRM, 28 februari 2019, *H.A. e.a. tegen Griekenland*, ECHR:2019:0228JUD001995116, § 196.

[10] *Landkreis Gifhorn*, overweging 45.

[11] *Id.*, overweging 54.

[12] *Id.*, overweging 74.

[13] *Id.*, overweging 93. Zie ook CJEU 2 juli 2020, *Stadt Frankfurt am Main*, C-18/19, ECLI:EU:C:2020:511.

[14] *Landkreis Gifhorn*, overweging 94.

[15] *Landkreis Gifhorn*, overweging 55.

[16] Zie Amnesty International, *Gebruik van Isolatie in Vreemdelingenbewaring*, 2020; en Nationale Ombudsman, *Grenzen aan Vreemdelingenbewaring*, 6 februari 2020.. Zie ook College van de Rechten van de Mens, Written Submission for the 41st session of the UPR, 1 april 2022.

[17] Zie ook TK 2015-2016, 34 309, nr. 3, Memorie van Toelichting.

[18] EK 2018-2019, 34 309, verslag van een deskundigenbijeenkomst, 19 maart 2019.

[19] Rechtbank Den Haag zp Arnhem 3 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5474, overweging 7.4.

[20] Rechtbank Den Haag zp Arnhem 3 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5474, overwegingen 7.5-7.8.

[21] Rechtbank Den Haag, Zp Zwolle 8 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5588, overweging 9.4.1.

[22] Rechtbank Den Haag zp Arnhem 3 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5474, overweging 7.11.1.

[23] Rechtbank Den Haag, Zp Zwolle 8 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5588, overweging 9.6.

[24] ABRvS 25 November 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2795; ABRvS 10 December 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO8075 en ABRvS 28 april 2005, 200410273/1, JV 2005/308.

[25] Art. 60 e.v. Pbw.

[26] HvJEU 5 juni 2014, *Mahdi*, C 146/14 PPU, EU:C:2014:1320; en HvJEU 14 mei 2020, *Országos Idegenrendezési Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C1924/19 PPU en C1925/19 PPU, EU:C:2020:367.

[27] *Landkreis Gifhorn*, overweging 63.

[28] Id., overweging 54.

[29] Nationale Ombudsman, *Grenzen aan Vreemdelingenbewaring*, 6 februari 2020.

[30] Zie Galina Cornelisse, 'Handboeien en isoleercellen: over de gebrekkige implementatie van mensenrechten in vreemdelingenbewaring', *Ars Aequi* (2011) 339.

[31] Een soortgelijke zelf-muilkorving is te zien bij de beperking van de ambsthalve toets. Zie Galina Cornelisse, 'Tien jaar terugkeerrichtlijn: If you are not confused, you are not paying attention', *Asiel&Migrantenrecht* (2019), 269. Over de vraag of de rechter de rechtmatigheid van de bewaring ambsthalve moet toetsen heeft de Afdeling in 2020 prejudiciële vragen gesteld, zie ABRvS 23 December 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3034.

[32] A TK 2015-2016, 34 309, nr. 4, Advies Afdeling advisering Raad van State en Nader rapport.

[33] TK 2019/-0, 35 501, nr. 2, p. 2. Zie ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (TK 2019-20, 35 501, Nader rapport, nr. 4, p.3).