

# Visitatie in vreemdelingenbewaring

Mensen in vreemdelingenbewaring die aan het lichaam worden onderzocht voelen zich kwetsbaar, vernederd, gecriminaliseerd en aangetast in hun persoonlijke integriteit. Is deze aantasting op de onschendbaarheid van het lichaam noodzakelijk, en welke handvatten biedt de jurisprudentie van het EHRM om deze praktijk ter discussie te stellen?

Vrijheidsberoving is het zwaarste middel dat de overheid in Nederland kan aanwenden om regels te handhaven. Sinds het begin van de jaren negentig is er structureel voor gekozen om dit instrument in te zetten om vreemdelingen die onrechtmatig op Nederlands grondgebied verblijven beschikbaar te houden voor uitzetting, of om vreemdelingen te beletten zich toegang tot Nederland te verschaffen. De insluiting vindt plaats op een bestuursrechtelijke titel en in specifiek daarvoor opgezette inrichtingen, maar wordt totaal ingekleurd door een strafrechtelijk regime, waarbij de Penitentiaire Beginselenwet (Pbw) van overeenkomstige toepassing is verklaard. Deze gelijkenschakeling van het regime voor vreemdelingenbewaring met dat van strafrechtelijke detentie en de onverkorte toepassing van de Pbw, betekent dat de vreemdelingen onderworpen zijn aan dezelfde beperkingen, dwangmiddelen en disciplinaire straffen als strafrechtelijk gedetineerden. Deze gelijkenschakeling van het regime, en de omstandigheden waaronder de vreemdelingen in deze detentiecentra verblijven worden echter sterk bekritiseerd door zowel nationale als internationale organisaties.<sup>1</sup> Dit is voor Stichting Landelijk

Ongedocumenteerden Steunpunt (LOS) aanleiding geweest om een Meldpunt Vreemdelingendetentie op te richten. Dit Meldpunt beoogt de situatie in de detentiecentra inzichtelijk te maken door klachten over zowel de misstanden als de omstandigheden systematisch in kaart te brengen. Op basis van verkregen inzichten, analyses en rapportages wil het Meldpunt een substantiële bijdrage leveren aan de maatschappelijke en politieke lobby voor meer humaniteit binnen vreemdelingendetentie. Sinds de oprichting in januari 2010 zijn er 161 meldingen binnengekomen, bestaande uit 274 klachten. De klachten betreffen vooral de medische zorg, contacten met de buitenwereld, het gebruik van dwangmiddelen en bejegening. Naast deelname aan het publieke debat ondersteunt het Meldpunt Vreemdelingendetentie advocaten en andere belangbehartigers in de individuele klachtprocedures op grond van de Pbw. Dit heeft onder andere tot rechtspraak geleid over het ongemotiveerde gebruik van hand- en koppelboeien bij transport, de extra zorgplicht van de inrichtingsdirecteur ten aan-

van Europa 2010, ve09000407; Inspectie voor de Sanctietoepassing, *Detentiecentrum Noord Holland, Locatie Zaandam doorlichting*, Den Haag: Ministerie van Veiligheid en Justitie 2010, ve10001199; Amnesty International, *Vreemdelingendetentie: In strijd met de mensenrechten*, november 2010; Committee on Civil Liberties, *The conditions in centres for third country national with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, Brussel 2007.

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld: Nationale Ombudsman, *Vreemdelingenbewaring: strafregime of maatregel om uit te zetten*, augustus 2012, 2012/105, ve12001731; T. Hammarberg, *Report by the Commissioner for Human Rights mr. Thomas Hammarberg on his visit to the Netherlands*, Straatsburg: Raad

zien van zwangere vrouwen en de veelvuldige inzet van isolatiecellen binnen vreemdelingenbewaring.<sup>2</sup> Over de precare aangelegenheid van het onderzoek aan het lichaam, oftewel het visiteren, wordt echter slechts zeer incidenteel geklaagd bij het Meldpunt. De oorzaak is waarschijnlijk gelegen in het feit dat weinig van de gedetineerde vreemdelingen bereid is in staat zijn te praten over hun ervaringen met dit onderzoek. Gevoelens van schaamte nemen een grote plaats in. De gedetineerden voelen zich kwetsbaar, vernederd, gecriminaliseerd en aangetast in hun persoonlijke integriteit. In dit betoog wil ik bezien of deze aantasting op de onschendbaarheid van het lichaam noodzakelijk is en welke handvatten de jurisprudentie biedt voor het ter discussie stellen van de visitatiepraktijk binnen vreemdelingenbewaring.

## Visitatie in de praktijk

### Gevangen in een totale institutie

De vrijheidsberoving op grond van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) is een maatregel om de vreemdeling aan wie de toegang tot Nederland is geweigerd, dan wel de vreemdeling die niet (meer) in Nederland mag verblijven en weigert zelfstandig te vertrekken, vast te houden in een inrichting tot het moment dat vertrek of uitzetting mogelijk is. Vreemdelingenbewaring dient in het kader van de Vreemdelingenwet een ultimatum remedium te zijn, zoals ook blijkt uit artikel 15 lid 1 van de Terugkeerrichtlijn.<sup>3</sup> In de praktijk wordt de maatregel echter op grote schaal toegepast: er worden jaarlijks 8000 vreemdelingen in bewaring genomen.<sup>4</sup> De aan de grens geweigerde

ervaringen die een vreemdeling binnen deze totale institutie opdoet, is die van de algehele ontkleding gevolgd door een nauwkeurig onderzoek aan het lichaam, oftewel de visitatie. De visitatie wordt gepresenteerd als een veiligheidsmaatregel, maar van oudsher speelt de maatregel binnen de totale instituties ook een rol in het 'mortificatieproces'. Goffman zegt hierover dat de handeling bijdraagt aan het proces van het nietdoen van het ego van het individu.<sup>6</sup> De gedetineerde wordt goeddeels tot ding of nummer gemaakt, moet zijn identiteit als mens prijs geven, hetgeen wordt gesymboliseerd door het binnenkomstritueel.

### Orde en veiligheid

Een vast onderdeel van de totale instituties betreft het onderhouden van een beheersbare orde binnen de inrichting. De ratio voor het toepassen van een onderzoek aan het lichaam is dan ook gelegen in het onderscheppen van contrabande die de persoon op bedekte wijze zou kunnen invoeren en die een gevaar op kan leveren voor de orde en veiligheid binnen de inrichting.<sup>7</sup> Hierbij kan gedacht worden aan verdovende middelen, maar ook telefoons en scherpe voorwerpen als scheermesjes of eetgerei.<sup>8</sup> Onder vigeur van de oude visitatieregeling, op basis van artikel 29 lid 1 Gevangenismaatregel en artikel 10 Huishoudelijk Reglement, was visitatie alleen bij nieuw binnenkomende gedetineerden zonder onderscheid naar de persoon toegestaan.<sup>9</sup> Artikel 63 Huishoudelijk Reglement bepaalde in deze trant dat "*iedere gedetineerde voor en na bezoek kon worden gefouilleerd*", dus onderzocht aan de kleding en niet aan het lichaam. Vanwege toenemende drugsproblemen in het gevangeniswezen besloot de Staatssecretaris van Justitie

## *Een van de eerste ervaringen die een vreemdeling binnen de totale institutie opdoet, is die van de algehele ontkleding gevolgd door een nauwkeurig onderzoek aan het lichaam.*

vreemdeling die niet direct kan vertrekken, kan op grond van artikel 6 Vw 2000 gedetineerd worden in een plaats of ruimte waar het *Reglement Regime Grenslogies*<sup>5</sup> van toepassing is. Aan vreemdelingen die al wel enige tijd op het Nederlandse grondgebied verblijven, kan een vrijheidsbenemende maatregel op grond van artikel 59 Vw 2000 worden opgelegd.

De detentiecentra waar de bewaring van deze groep vreemdelingen plaatsvindt, zijn evenals gewone penitentiaire inrichtingen 'totale instituties'. Instellingen waarin vrijwel alle facetten van het leven van de ingeslotene worden beheerst door de inrichting en waarbij de dagelijkse activiteiten bepaald worden door een strak van bovenaf geregeld tijdschema. De vreemdeling vertoeft de gehele dag in één en dezelfde ruimte met niet zelf gekozen mede-ingeslotenen. Een van de eerste

in 1983 het artikel 63 Huishoudelijk Reglement te wijzigen in die zin dat er ook gevisiteerd kon worden na het ontvangen van bezoek. Hoewel ook ten tijde van de uitbreiding van de visitatieregeling, humanisering van het gevangeniswezen een speerpunt vormde, prevaleerde de bestrijding van het drugsgebruik.<sup>10</sup> Volgens Steenbrink een niet geheel logische keuze, aangezien algemeen wordt aangenomen dat het onmogelijk is een inrichting geheel vrij van drugs te krijgen.<sup>11</sup>

De huidige bevoegdheid van de directeur van een inrichting om een onderzoek aan het lichaam te gelasten is geregeld in artikel 29 van de Penitentiaire Beginselenwet en wordt nader uitgewerkt in de huisregels van de verschillende detentiecentra. De huisregels van alle inrichtingen die functioneren op basis van artikel 59 Vw 2000, kennen een bepaling die visitatie mogelijk maakt. Zo bepalen de huisregels van detentiecentrum

2 Rechtbank Amsterdam, 15 januari 2012, 11/ 2615; Beroepscommissie RSJ, 21 november 2011, 11/1555/GA; Beroepscommissie RSJ, 9 juni 2011, 10/3500/GA; Rapport Nationale Ombudsman, 11 april 2011, 2011/109, ve11001002.  
3 Richtlijn 2008/115/EG, ve09000077.  
4 <http://www.dji.nl/Organisatie/Feiten-en-cijfers/>.  
5 Reglement Regime Grenslogies, 14 januari 1993, Stb. 1993, 45, zoals gewijzigd bij Besluit van 7 september 2000, Stb. 2000, 364.

6 E. Goffman, *Totale instituties*, Universitaire Pers Rotterdam 1975.

7 Kamerstukken II 1994/1995, 24 263, nr. 3 p. 51.

8 Beroepscommissie RSJ, 12 juni 1991, A 114/91, SA 1992, nr. 69.

9 Beroepscommissie RSJ, 19 oktober 1982, nr. A 89/82, PI 1982, nr. 89 m.n. J.P. Balkema.

10 Onder andere te lezen in de nota *Taak en toekomst van het Nederlandse gevangeniswezen*: Handelingen TK, 1981- 1982, 17 539, nrs. 1-2.

11 J. Steenbrink, 'Het weren van drugs uit de gevangenis: 'de staatssecretaris met de billen bloot', AA 1983, 32, p. 486.

Zeist onder het hoofdstuk 'controle en geweldgebruik' dat een persoon "Bij binnenkomst of bij het verlaten van de inrichting en voorafgaand aan of na afloop van bezoek aan lichaam of kleding kan worden onderzocht, door een daartoe door de directeur aangewezen medewerker", en verder: "Ook indien de directeur het nodig acht in het belang van de handhaving van de orde of de veiligheid in inrichting kan hij een medewerker aanwijzen om dit onderzoek uit te voeren".<sup>12</sup> Visitatie vanwege het binnenkomen en verlaten van de inrichting kán (en hoeft dus niet), naast binnenkomst in het kader van de intake, plaatsvinden vanwege een transport naar bijvoorbeeld de ambassade, de rechtbank of het ziekenhuis. In de praktijk kan dit betekenen dat de vreemdeling voordat deze, niet zelden geboeid, in het transportbusje wordt geplaatst, wordt gevisiteerd en er een herhaling van het ritueel plaatsvindt bij terugkomst in de inrichting. Wanneer toepassing van de visitatiemaatregel uit de praktijk van artikel 59 Vw 2000 wordt vergeleken met de maatregelen ter handhaving van de orde en veiligheid voor vreemdelingenbewaring op grond van artikel 6 Vw 2000, waarop het *Reglement Regime Grenslogies* van toepassing is, blijkt dat de mogelijkheid van een onderzoek aan het lichaam geheel ontbreekt. De huisregels die van toe-

in de vagina verborgen voorwerpen te voorschijn komen.<sup>17</sup> In bepaalde gevallen kan gevraagd worden de billen uiteen te trekken, hierbij geldt als uitgangspunt dat er geschouwd, maar niet getoucheerd mag worden.<sup>18</sup> Wanneer de vreemdeling weigert om zich te laten visiteren of verzet pleegt tegen de betrokken functionaris, leidt dit doorgaans tot een disciplinaire straf.<sup>19</sup> Deze straf kan bestaan uit een opsluiting in een strafcel, ontzegging van bezoek voor ten hoogste vier weken, uitsluiting van deelname aan een of meer bepaalde activiteiten voor ten hoogste twee weken of een geldboete. Dit geldt echter niet indien geweigerd wordt om de bilspleet te openen, dan is de controlerende ambtenaar volgens de Beroepscommissie bevoegd om deze handeling zelf te verrichten. Wel dient deze de vreemdeling, alvorens tot deze handeling over te gaan, nog een laatste mogelijkheid te geven de opentreckende beweging zelf te maken.<sup>20</sup> Wanneer de vreemdeling weigert om zichzelf te ontkleden, is de inrichtingsambtenaar bevoegd om tot de ontkleding over te gaan. Het behoeft weinig uitleg dat bovenstaande procedure een grote impact heeft op de gedetineerde vreemdeling en niet zelden psychische schade voor de betrokkene met zich meebrengt.

## *De vreemdeling dient zich uit te kleden en zich naakt wijdbeens voorover te buigen.*

passing zijn op deze faciliteit op Schiphol bepalen namelijk onder 5.2: "In het belang van de orde of veiligheid in de inrichting kunt u onderzocht worden aan uw kleding. Ook voorafgaand of na afloop van bezoek kunt u aan uw kleding worden onderzocht."<sup>13</sup> Recentelijk is het visitatiebeleid bij bewaring op grond van artikel 59 Vw 2000 in die zin aangepast, dat ingesloten vreemdelingen die terugkomen van een tussentijds transport in principe enkel gefouilleerd worden, tenzij er sprake is van een contra-indicatie.<sup>14</sup> Echter uit jurisprudentie en volgens de bevindingen van de Inspectie Veiligheid en Justitie (IVenJ, voorheen Inspectie voor de Sanctietoepassing) blijkt dat het aangepaste beleid niet integraal wordt toegepast en dat lijfsvisitatie nog steeds te vaak tot de realiteit van vreemdelingenbewaring behoort.<sup>15</sup>

### Het lijfsonderzoek

Onder het onderzoek aan het lichaam van de gedetineerde vreemdeling valt het uitwendig schouwen van de openingen en holten van het lichaam. Concreet houdt dit in dat de vreemdeling zich uit dient te kleden en zich naakt wijdbeens voorover dient te buigen, zodat de badmeester of bewaarder introspectie in de anus heeft.<sup>16</sup> Een gedetineerde van het vrouwelijke geslacht dient tien kniebuigingen te maken, zodat eventueel

### Visitatie en het Meldpunt

Kort geleden werd er namens een vrouwelijke gedetineerde vreemdeling contact opgenomen met het Meldpunt Vreemdelingendetentie nadat zij op indringende wijze was gevisiteerd. De vrouw was binnen een redelijk kort tijdsbestek meerdere malen op 'logeerzitting' naar andere bestuursrechtelijke inrichtingen geweest, waarbij zij na elke overplaatsing was gevisiteerd. De vrouw was zwaar getraumatiseerd vanwege een verkrachting door twee mannen in haar land van herkomst, waarna zij bovendien de verkrachting van haar toen negenjarige dochter had moeten aanschouwen. Bij terugkomst in detentiecentrum Zeist na een kort verblijf in de inrichting van Schiphol kon de vrouw haar medewerking aan deze zoveelste doorgeschoten veiligheidsmaatregel maar met moeizaamheid verlenen. Om die reden werd zij blootgesteld aan een ingrijpende lijfsvisitatie in aanwezigheid van twee vrouwen en twee mannen. Er werd veel druk op de vrouw uitgeoefend, waarbij een mannelijk personeelslid bovendien een beenklem bij de vrouw heeft aangelegd, waarna zij vervolgens door een vrouwelijk personeelslid in haar bilnaad is geschouwd. De aanvankelijke weigering om mee te werken en de gemoedstoestand van de vrouw na het onderzoek zorgden ervoor dat zij naderhand in een isolatiecel werd geplaatst. Uit medische stukken bleek dat de vrouw later nog erg hyperventileerde en zich, nog steeds naakt, onder het slijm en opgedroogd bloed, apathisch terugtrok in een hoek van de isoleercel. De argumentatie van

12 Huisregels Bepaalde Gemeenschap Detentiecentrum Zeist, Dienst Bijzondere Voorzieningen: Ministerie van Justitie, oktober 2009, bepaling 7.5.

13 Huisregels artikel 6, Afdeling L & M, Dienst Justitiële Inrichtingen: Ministerie van Justitie, oktober 2009.

14 Inspectie voor de Sanctietoepassing, *Tussentijds toezicht centra voor vreemdelingenbewaring*, Den Haag: Ministerie van Veiligheid en Justitie 13 januari 2012, p. 4.

15 Beklagcommissie Zeist, 15 juni 2012, DZ2012/50.

16 Zie o.a. V. Serge, *Men in Prison*, Writers and Readers Publishing Cooperative 1977, p. 15/16; J. H. Abbott, *In the belly of the beast*, Vintage Books 1989, p. 10.

17 Beroepscommissie RSJ, 16 september 1991, A 169/91, Sa 1992, nr. 23.

18 C. Kelk, *Nederlands Detentierecht*, Kluwer 2008, p. 199.

19 Beroepscommissie RSJ, 20 januari 1986, A 205/85, Pl 1986, nr. 66.

20 Beroepscommissie RSJ, 27 maart 1986, A 187/85, Pl 1986, nr. 65, m.n. C. Kelk; Beroepscommissie RSJ, 26 augustus 1994, A 94/349, Sa 1995, nr. 16.

de inrichtingsdirecteur kwam erop neer dat de vrouw tijdens haar verblijf in de inrichting van Schiphol aan minder strenge veiligheidsmaatregelen onderworpen was geweest dan binnen Detentiecentrum Zeist golden. De Beklagcommissie van Detentiecentrum Zeist besliste op de klacht van de vrouw "dat niet in strijd met een in de inrichting geldend wettelijk voorschrift of met een eenieder verbindende bepaling van een in Nederland geldend verdrag is gehandeld, nu het ging om een visitatie nadat de vrouw tijdelijk in de inrichting van Schiphol ondergebracht was geweest".<sup>21</sup> Dat de vrouw steeds verblijf heeft gehad binnen een bestuursrechtelijke setting, waar zij bovendien opgesloten heeft gezeten en geen ander bezoek heeft ontvangen dan van haar advocate, maakt dus blijkbaar geen onderdeel uit van de afweging.

Enige jaren eerder diende er bij de Beroepscommissie een klacht namens een vreemdeling verblijvend in detentiecentrum Alphen aan den Rijn, die zich beklaagde over de verplichting om zich te onderwerpen aan een visitatieonderzoek voordat hij in het ziekenhuis kon worden behandeld voor een pijnlijke aandoening in de schaamstreek.<sup>22</sup> De gedetineerde vreemdeling ervoer de verplichte visitatie als een vorm van seksueel misbruik. Dat deze vergelijking niet zo ver gezocht is, komt ook naar voren in de uitspraak van het Canadese Suprême Court, waarin terug is te lezen hoe ingrijpend de maatregel is voor degene die haar heeft te ondergaan. Benadrukt wordt dat het lichaamsonderzoek een van de meest indringende en vernederende maatregelen is die in het kader van veiligheid geboden kan worden. "*This Court has often noted that people have an exceptionally high privacy interest in their own bodies. This privacy interest is high in relation to the genital area, the buttocks, and (for woman) the breasts- parts of the body that are commonly referred to as the 'privates areas'. In other context, Parliament and the courts have recognized that these parts of the body are special, and warrant special legal protection*".<sup>23</sup> Het oordeel van het Canadese Suprême Court houdt een sterke aanbeveling in om extra zorgvuldigheid te betrachten bij de vraag naar de legitimiteit van het onderzoek.

### Europese visitatieoverwegingen toegepast op vreemdelingendetentie

Institutionalisering van personen brengt een onvermijdelijke marginalisering van de rechtspositie met zich mee. Echter ook binnen de setting van een totale institutie dient het 'recht op de menselijke waardigheid' als uitgangspunt te gelden. Het visueel schouwen van het ontblote lichaam in al zijn uiterlijke, waaronder ook de intieme, onderdelen, zoals de vreemdelingen bij het onderzoek aan het lichaam hebben te ondergaan, vormt op zichzelf al een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.<sup>24</sup> Om te kunnen bezien of deze ingrijpende veiligheidsmaatregel een rechtmatige toepassing vindt binnen het geheel van vreemdelingenbewaring, dient zij geplaatst te worden in het kader van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). De vraag is vervolgens welke

criteria gewogen dienen te worden om te kunnen komen tot een volledig legitimiteitsoordeel omtrent de toepassing van de visitatiemaatregel binnen vreemdelingendetentie. Wanneer men de jurisprudentie aangaande het onderzoek aan het lichaam beziet, kan een schending op grond van de rechten van de mens zowel op een onmenselijke en vernederende behandeling in de zin artikel 3 EVRM, als op een schending van het recht op eerbiediging van het privé-leven zoals vastgelegd in artikel 8 EVRM worden gebaseerd.

### Artikel 3 EVRM

Dit artikel verplicht Staten om ervoor te zorgen dat een persoon wordt vastgehouden in omstandigheden die overeenstemmen met de menselijke waardigheid en dat de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de maatregel niet meer lijden of ontbering met zich meebrengt dan onvermijdelijk is gezien het niveau van lijden dat inherent is aan detentie. Bovendien draagt het artikel de Staten op om de gezondheid en het welzijn van de gedetineerde voldoende te waarborgen.<sup>25</sup> De algemene overweging van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) omtrent lijfsvisitatie binnen totale instituties komt erop neer dat een dergelijk lichaamsonderzoek op zichzelf genomen niet in conflict komt met één van de verplichtingen die het artikel aan de Staten oplegt.<sup>26</sup> Het zijn derhalve de omstandigheden van het geval die uitmaken of er een schending van artikel 3 EVRM heeft plaatsgevonden, waarbij in ieder geval geldt dat er een 'minimum level of severity' is vereist. Oftewel men moet de drempel van een bepaalde mate van ernst overgaan alvorens er gesproken kan worden van een onrechtmatige visitatie en dus van een schending van het artikel. Deze drempel kan via één van de drie gradaties welke het artikel kent, namelijk van een vernederende behandeling, via onmenselijke behandeling naar foltering, overschreden worden. De beoordeling van deze drempelwaarde bevat een relatief element. Met het onderwerpen aan een lijfsvisitatie wordt dus niet per definitie de drempelwaarde van 'minimum severity' overschreden, zoals noodzakelijk is om een Staat te kunnen veroordelen voor een schending van artikel 3 EVRM. Gebleken is dat het EHRM bij de invulling van de rechtmatigheidstoets grote waarde hecht aan een behoorlijke wijze van uitvoering van het lichaamsonderzoek waarbij respect voor degene die het intieme onderzoek ondergaat een wezenlijke voorwaarde voor de legitimiteit van het onderzoek vormt.<sup>27</sup> Zo oordeelde het EHRM dat het geval waarin een persoon van het mannelijk geslacht zich in aanwezigheid van een vrouwelijke gevangenisbeambte had moeten uitkleden en naakt had moeten hurken duidelijk blijk gaf van gebrek aan respect voor de klager en zijn menselijke waardigheid. Dat moest bij hem '*feelings of anguish and inferiority capable of humiliating and debasing him*' hebben achtergelaten, zodat artikel 3 geschonden werd geacht.<sup>28</sup> Maar onder omstandigheden heeft het EHRM de toepassing van de maatregel echter ook in zijn geheel als in strijd met artikel 3 EVRM geoordeeld. In de zaken *Lorsé en Van der*

21 Beklagcommissie Zeist, 15 juni 2012, DZ2012/50.

22 Beroepscommissie RSJ, 27 februari 2009, 08/3277/ GM.

23 Supreme Court of Canada, 6 december 2001, S.C.R. 679, SCC 83 (*R. vs. Golden*).

24 Beroepscommissie RSJ 20 november 1987, NJCM 1989, p. 36-42 m.nt. Paul Vegter.

25 EHRM 2000- XI, no. 30210/96 (*Kudła vs. Poland*).

26 EHRM 4 februari 2003, 52750/99 (*Lorsé en anderen tegen Nederland*).

27 EHRM 22 februari 2007, 2293/03 (*Wieser vs. Austria*).

28 EHRM 24 juli 2001, no. 44558/98, par 102 (*Valasinas vs. Lithuania*).

Ven tegen Nederland<sup>29</sup> werd een onmenselijke en vernederende behandeling vastgesteld vanwege een combinatie van strenge veiligheidsmaatregelen en wekelijkse lichaamsonderzoeken in de Extra Beveiligde Inrichting (EBI). De visitaties werden systematisch uitgevoerd en zonder overtuigende argumentatie en rechtvaardiging op basis van veiligheidsmotieven. In het licht van het grote aantal andere maatregelen binnen de EBI, de psychische toestand van de betrokkenen als gevolg van het regime en de omstandigheid dat nog nooit contrabande was aangetroffen, was volgens het EHRM méér rechtvaardiging voor de indringende onderzoeken vereist dan namens de Nederlandse staat was aangevoerd. Naast een behoorlijke, menswaardige uitvoering, is het dus een harde eis dat de lichaamsonderzoeken een legitiem doel dienen. Het EHRM kwalificeerde het stelselmatig visiteren niet alleen als vernederend, de laagste instap voor een overtreding van artikel 3, maar eveneens als onmenselijk. In de zaken *Wieser tegen Oostenrijk*<sup>30</sup> en *Frerot tegen Frankrijk*<sup>31</sup> onderstreepte het EHRM nogmaals het vereiste van een dwingende reden en het belang van de connectie met het behoud van de veiligheid in de inrichting. De praktijk van het stelselmatig onderwerpen van gedetineerden aan de onderzoeken wanneer deze terugkwamen van de bezoekkamer

Het EHRM stelt bij haar beoordeling van een visitatieonderzoek in het kader van artikel 3 EVRM, dus de volgende vragen:

- 1) was er sprake van een behoorlijke en menswaardige uitvoering,
- 2) was er een rechtvaardiging op basis van veiligheidsmotieven,
- 3) waren er geen andere afdoende veiligheidsmaatregelen voor handen,
- 4) was er eerder contrabande aangetroffen,
- 5) gaf de psychische toestand van de betrokkene aanleiding tot een andere afweging,
- 6) had betrokkene een strafblad.

Drempelverlaging voor vreemdelingenbewaring

Wanneer men de lijn uit de jurisprudentie van het EHRM doortrekt en de criteria die zij hanteert toepast op het onderzoek aan het lichaam ten aanzien van administratiefrechtelijk gedetineerde vreemdelingen, kan er naar mijn oordeel aanleiding gevonden worden voor een specifieke benadering ten aanzien van deze groep gedetineerden. Met name de legitimatie van de vrijheidsbeneming en de buitengewone positie van deze groep dient in het oog te worden gehouden. Er wordt immers

*Naast een behoorlijke, menswaardige uitvoering, is een harde eis van het EHRM dat de lichaamsonderzoeken een legitiem doel dienen.*

weerspiegelde de veronderstelling dat alle gevangenen verborgen objecten met zich meedroegen. Het EHRM oordeelde dat de gevangenen zo het gevoel konden krijgen dat zij het slachtoffer waren van willekeurige maatregelen.<sup>32</sup> Opmerkelijk is ook de zaak *Iwánczuk tegen Polen*<sup>33</sup> waar behalve de manier waarop het onderzoek aan het lichaam uitgevoerd werd, ook de aanleiding tot het onderzoek ter discussie stond. De Poolse regering kon het EHRM niet overtuigen dat het onder de omstandigheden van het geval gerechtvaardigd was om een gedetineerde te bevelen zich ten overstaan van vier bewakers geheel te ontkleden, voordat deze in een ruimte binnen de inrichting kon gaan stemmen in het kader van verkiezingen. Wat deze zaak bovendien interessant maakt waren de toetsingscriteria die het EHRM aanlegde in zijn overweging om tot een schending van het verbod tot een vernederende behandeling te komen. Het EHRM overwoog namelijk dat gegeven klagers persoonlijkheid en het feit dat hij niet beschuldigd was van een geweldsmisdrijf, hij geen strafblad had en zich vreedzaam gedroeg tijdens zijn detentie, men niet kon vrezen dat hij zich gewelddadig zou gedragen en er dus geen (dringende) aanleiding tot het lichaamsonderzoek bestond. *“In the light of the applicant’s personality and all the other circumstances of the case, no compelling reasons had been adduced to find that the order to strip naked before the prison guards was necessary and justified for security reasons.”*<sup>34</sup>

enkel gedetineerd met het oog op uitzetting en bovendien gaat het om mensen die niet zelden bijzonder kwetsbaar zijn gezien hun verleden, hetwelk op voorhand al een indicatie vormt dat de psychische toestand van de gedetineerde vreemdelingen een lagere instap binnen artikel 3 EVRM vereist. In sommige instellingen is het evenwel de standaardprocedure gebleken dat vreemdelingen bij terugkomst van tussentijds vervoer gevisiteerd worden.<sup>35</sup> Gesteld kan worden dat de notie dat iedere inperking op de grondrechten een concrete legitimatie behoeft ten opzichte van deze groep gedetineerden nog prangender wordt. Wanneer we de maatstaf van de zaak van *Iwánczuk tegen Polen* op de situatie van de gedetineerde vreemdeling leggen, zien we dat geen van deze gedetineerden in detentie zit wegens verdenking van een strafbaar feit, en over het algemeen hebben de vreemdelingen geen strafblad. Bevestiging van deze zienswijze kan bovendien gevonden worden in de psychische gevolgen die het regime voor de betrokken vreemdelingen met zich meebrengt, wat in zaak *Lorsé tegen Nederland* één van de gronden was om het lichaamsonderzoek als onmenselijk te typeren. Uit een onderzoek van de Jesuit Refugee Service in België blijkt dat de opsluiting van vreemdelingen vaak leidt tot blijvende psychische schade en dat verslechtering van de lichamelijke en geestelijke toestand tijdens de detentie geen uitzondering is.<sup>36</sup> Vanuit hetgeen het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft bepaald omtrent visitatie zijn er voldoende aanknopingspunten om te pleiten voor een verhoogd beschermingsniveau voor de groep gedetineerde vreemdelingen en

29 EHRM 4 februari 2003, 52750/99 (*Lorsé en anderen tegen Nederland*) en EHRM 4 februari 2003, 50901/99 (*Van der Ven v. the Netherlands*).

30 EHRM 22 februari 2007, 2293/03 (*Wieser vs. Austria*).

31 EHRM 12 juni 2007, 70204/01 (*Frerot vs. France*).

32 EHRM 12 juni 2007, 70204/01 (*Frerot vs. France*), r.o. 43.

33 EHRM 15 november 2001, 25196/94 (*Iwánczuk vs. Poland*).

34 EHRM 15 november 2001, 25196/94 (*Iwánczuk vs. Poland*), r.o. 56.

35 G. Cornelisse, 'Handboeien en isoleercellen', AA, mei 2011, p. 343.

36 Jesuit Refugee Service, *Van detentie tot kwetsbaarheid. Rapport over de resultaten voor België van een Europees onderzoek naar de kwetsbaarheid van asielzoekers in gesloten centra*, (DEVAS – project), 2011.



daarmee voor een drempelverlaging wat betreft de aanname van een schending van het verbod op een vernederende of onmenselijke behandeling, waardoor het minimale niveau van 'ernst' in de zin van artikel 3 EVRM eerder behaald wordt. Voor elke afzonderlijke inrichting dient bijgevolg vastgelegd te worden dat enkel op basis van een individuele risico-analyse overgegaan mag worden tot toepassing van visitatie en voor de overige gevallen de maatregel van foullering dient te volstaan.

### *Enkel op basis van een individuele risico-analyse mag visitatie worden toegepast.*

#### Artikel 8 EVRM

Artikel 8 EVRM waarborgt het recht op eerbiediging van het privé-leven, meer specifiek de lichamelijke en geestelijke integriteit. Om te bezien of een inmenging in deze rechten binnen de grenzen van rechtmatigheid geschiedt, kijkt het EHRM 1) naar de aanwezigheid van een wettelijke grondslag, 2) of de vastgestelde begrenzing van de rechten plaatsvindt in het kader van één van de in het tweede lid van het artikel opgesomde rechtsbelangen en 3) de noodzaak ervan in een democratische samenleving.<sup>37</sup> Volgens vaste jurisprudentie impliceert de notie van noodzakelijkheid een interventie vanwege een 'pressing social need'.<sup>38</sup> In het algemeen is het onderzoek aan het lichaam in een penitentiare inrichting een geoorloofde inbreuk op het recht op privacy, omdat aan deze voorwaarde is voldaan. In de zaak van *Wainwright tegen het Verenigd Koninkrijk*<sup>39</sup> speelde de visitatieregeling vanwege het onderzoek dat bezoekers dienden te ondergaan voordat ze een gedetineerd familielid konden bezoeken in een penitentiare inrichting. De klacht was dus niet afkomstig van een gedetineerde, maar van de bezoekers van de ingeslotene. Het EHRM oordeelde dat in het Verenigd Koninkrijk de maatregel tot lijfsvisitatie van bezoekers een wettelijke basis heeft, die een legitiem doel dient, namelijk het voorkomen van ordeproblemen en strafbare feiten. Desondanks kon de wijze waarop de visitaties werden uitgevoerd volgens het EHRM niet worden beschouwd als noodzakelijk in een democratische samenleving. Het lijkt erop dat het feit dat het ging om niet-veroordeelde bezoekers van gedetineerden, invloed had op de waardering van de klacht. Het EHRM benadrukt in rechtsoverweging 44 dat het onderwerpen aan een dergelijke indringende en potentieel vernederende procedure van personen die niet zijn veroordeeld en tegen wie geen redelijke verdenking bestaat, moet worden uitgevoerd met strikte inachtneming van interne regels en met respect voor de menselijke waardigheid. Dus ook onder de jurisprudentie artikel 8 EVRM vinden we aanknopingspunten voor een gedifferentieerde benadering van personen die niet zijn veroordeeld.

Beoordeling binnen het noodzakelijkheidskader

Welke handvatten biedt artikel 8 EVRM om binnen het noodzakelijkheidskader een pleidooi te voeren voor een verwerping van het onderzoek aan het lichaam binnen vreemdelingenbewaring? De beoordeling van het criterium 'noodzakelijkheid binnen een democratische samenleving', vindt plaats in het kader van de proportionaliteit. Hoewel in de jurisprudentie van het EHRM geen vaste definitie wordt gegeven, kan men 'proporti-

oneel' opvatten als het gebruik van middelen die niet verder gaan dan hetgeen de omstandigheden vereisen.<sup>40</sup> Slechts wanneer sprake is van een overschrijding wat betreft gebruikte middelen, waarbij de ingrijpendheid van de maatregel eveneens een dwingende rol speelt, zijn de handelingen van de toezichhouders en het doel dat zij nastreven disproportioneel. Men dient met andere woorden te onderzoeken of de juiste balans wordt gehandhaafd tussen de eisen van het algemeen belang en de noodzaak de rechten van het individu te beschermen.<sup>41</sup> Proportionaliteit is dus een begrip dat in verband met de omstandigheden van het geval aan de redelijkheid refereert. In dit kader is ook de subsidiariteitstoets van belang, die voorschrijft dat de minst ingrijpende methode moet worden benut als daarmee kan worden volstaan. De Committee for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment (CPT) heeft in zijn *standards* uiteengezet dat de administratieve vrijheidsontneming van vreemdelingen niet ten uitvoer mag worden gelegd in een gevangenis of een omgeving die de sfeer ademt van een gevangenis.<sup>42</sup> Vreemdelingen moeten volgens het CPT worden gehuisvest in centra die hiervoor speciaal ontworpen zijn en die materiële voorzieningen en een regime bieden dat past bij de reden waarom ze zijn opgesloten. Als we visitatieplicht van vreemdelingen plaatsen in het kader van de redelijkheid en in het licht van hetgeen het CPT heeft bepaald omtrent vreemdelingendetentie, dringt zich de vraag op waarom er niet kan worden volstaan met de veel minder ingrijpende maatregel van de foullering aan de kleding. Temeer nu hiervoor aansluiting kan worden gezocht bij het *Reglement Regime Grenslogies*. Men kan er immers vanuit gaan dat de orde en veiligheid binnen deze inrichting eveneens van groot belang is. Daarom valt moeilijk in te zien waarom stringente veiligheidsoverwegingen in geval van detentie op grond van artikel 59 Vw 2000 vereisen dat de vreemdelingen na overplaatsing van de ene (bestuursrechtelijke) faciliteit naar de andere, hun recht op lichamelijk integriteit prijs dienen te geven aan het belang van de veiligheid die op geen andere wijze gewaarborgd kan worden dan door een indringend lijfsonderzoek.

37 Het gaat hier om: de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

38 EHRM 26 maart 1987, serie A, nr. 116, par 58 (*Leander vs. Sweden*).

39 EHRM 20 september 2006, no. 12350/04 (*Wainwright vs. the United Kingdom*). Zie verder EHRM 25 maart 1993, Series A no. 247 - C, par. 36 (*Costello - Roberts vs. the United Kingdom*); EHRM 2001-1 no. 44599/98, par 46 (*Bensaid vs. the United Kingdom*).

40 G. Corstens en J. Pradel, *Het Europees Strafrecht*, Kluwer 2003, p. 306.

41 EHRM 7 augustus 1996, reports 1996 - IV, par 50 (*Zubani tegen Italië*) (betreft een onteigeningszaak, maar de formule geldt in alle gevallen).

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

Eveneens een belangrijke toetssteen voor het vinden van de juiste balans tussen het algemeen belang en de rechten van het individu vormt het beginsel van minimale beperkingen. Dat beginsel is in tal van internationale verdragen waarbij ook Nederland partij is, gecodificeerd en ligt ook vast in artikel 15 lid 4 van onze Grondwet. In artikel 5 lid 4 van het Vreemdelingenbesluit wordt dit beginsel bovendien expliciet herhaald en wordt benadrukt dat de bewaring de vreemdeling niet verder in zijn grondrechten mag beperken dan door het doel van de maatregel en de handhaving van de orde en veiligheid op de plaats van tenuitvoerlegging wordt gevorderd. Het beginsel onderstreept in dit artikel dat we te maken hebben met een specifieke doelgroep, waar dus ook gedifferentieerde regelgeving voor aanwezig dient te zijn. Vertaald naar de concrete praktijk brengt het beginsel van minimale beperkingen

gedetineerden, dient de drempel voor een aanname van de schending van artikel 3 EVRM ten opzichte van deze specifieke groep verlaagd te worden. Hierdoor behoeft de toepassing van de visitatiemaatregel een verzwaarde legitimatie en argumentatie en mag enkel nog in hoogst uitzonderlijke gevallen naar de maatregel gegrepen worden.

Maar ook artikel 8 EVRM blijkt aanknopingspunten te bieden voor het elimineren van de visitatiemaatregel uit de praktijk van de vreemdelingenbewaring. Immers de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets die dit artikel aanlegt vraagt om een referentie aan de redelijkheid. Het gaat dan om de balans tussen de eisen van het algemeen belang en de noodzaak om de rechten van het individu te beschermen. Nu er minder ingrijpende maatregelen voorhanden zijn, waarvan de effectiviteit bovendien bewezen wordt bij de toepassing binnen grensdetentie,

## *De minder ingrijpende maatregel van fouillering dient standaard de plaats in te nemen van het intieme en diep vernederende onderzoek aan het lichaam.*

in samenhang met de eisen van de proportionaliteit en subsidiariteit met zich mee, dat de minder ingrijpende maatregel van fouillering standaard de plaats dient in te nemen van het intieme en diep vernederende onderzoek aan het lichaam. Lijfsvisitatie dient bij hoge uitzondering gebruikt te worden en enkel wanneer het gedrag van de vreemdeling zodanig is dat er op basis van objectieve maatstaven gesteld kan worden dat de veiligheid in de inrichting in het geding is, waarbij het simpele argument van een overplaatsing niet afdoende zou moeten zijn en zeker niet in het geval van een getraumatiseerd persoon.

### **Conclusie**

Het onderzoek aan het lichaam pleegt een grote inbreuk op het gevoel van eigenwaarde van degenen die het hebben te ondergaan. Men behoeft over weinig verbeeldingsvermogen te beschikken om zich in te denken hoe kwetsbaar en vernederd een persoon zich moet voelen die zich, ten overstaan van inrichtingspersoneel, dient te ontkleden om vervolgens inzicht te geven in de lichaamsopeningen. Dit wordt des te prangender als het een getraumatiseerd persoon betreft, die door vier bewaarders wordt ontkleed die daarbij hulpmiddelen zoals beeklemmen inzetten.

In dit betoog is de toepassing van lijfsvisitatie binnen vreemdelingenbewaring getoetst aan het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens. Gebleken is dat in de praktijk de maatregel van visitatie nog steeds veelvuldig wordt toegepast. Vanuit artikel 3 EVRM geredeneerd, vormt het onderwerpen van gedetineerde vreemdelingen aan visitatie zonder dat per geval een overtuigende argumentatie en rechtvaardiging op basis van veiligheidsmotieven wordt gegeven, het hardste kritiekpunt. Het EHRM hecht bij haar beoordeling of er in een concreet geval sprake is geweest van een schending van het artikel, groot belang aan factoren als de mogelijkheid te volstaan met andere veiligheidsmaatregelen (fouilleren), de afwezigheid van een strafblad of een gewelddadig verleden, en de bijzondere kwetsbaarheid van de betrokkene. Nu gebleken is dat de maatregel op zichzelf al bijdraagt aan de kwetsbaarheid van deze groep

is het ontbreken van de noodzaak tot het aanwenden van de ingrijpende maatregel van lijfsvisitatie aangetoond. Door een systematische toepassing van de maatregel wordt bovendien voorbijgegaan aan het beginsel van minimale beperkingen, die via de weg van de redelijkheid invulling geeft aan het proportionaliteitsbeginsel.

Bij alle gedetineerde vreemdelingen is a priori sprake van een bijzondere kwetsbaarheid. Niet enkel vanwege hetgeen zij in hun verleden meegemaakt kunnen hebben, maar ook en wellicht juist omdat zij gedetineerd zijn op basis van een administratieve maatregel. Het is bewezen dat deze vorm van opsluiting van mensen die niet zijn veroordeeld vaak leidt tot blijvende psychische schade. Het is dan ook noodzakelijk om deze maatregel te bannen uit de praktijk van de vreemdelingenbewaring, zodat de toch al zorgelijke kwaliteit van de bewaring kan worden verbeterd. Gelet op de prominente rol van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens op de rechtsontwikkeling lijkt het nuttig om de huidige visitatiepraktijk aan het EHRM voor te leggen. In dat verband wil het Meldpunt Vreemdelingendetentie de advocatuur uitnodigen om dergelijke procedures in gang te zetten. Het Meldpunt wordt graag op de hoogte gehouden van klachten omtrent visitatie binnen vreemdelingenbewaring. Het is nuttig ervaringen uit te wisselen, zodat ze ook bij andere procedures kunnen worden ingezet.