

LARS BREULS^a &
ELLEN VANDENNIEU-
WENHUYSEN^b

Het ad hoc instrumentalisme van de Commissie Bossuyt: de gevangenis als spil in het toekomstige gedwongen terugkeerbeleid?



Panopticon, 41 (6), 550-555
© 2020 Maklu | ISSN 0771-1409 | November 2020

- ^a Postdoctoraal onderzoeker, onderzoeksgroep Crime & Society (CRiS), Vakgroep Criminologie, Vrije Universiteit Brussel (corresp.: lars.breuls@vub.be)
- ^b FWO-aspirant, Faculteit Rechten, Universiteit Antwerpen

Op 15 september 2020 bood de Commissie voor de evaluatie van het beleid inzake de vrijwillige terugkeer en de gedwongen verwijdering van vreemdelingen, onder het voorzitterschap van Prof. Marc BOSSUYT, haar eindverslag aan de minister voor Asiel en Migratie aan (COMMISSIE BOSSUYT, 2020). In het verslag worden verschillende aspecten van het terugkeerbeleid geanalyseerd en geëvalueerd, waarna een aantal aanbevelingen geformuleerd worden die er expliciet op gericht zijn om het terugkeerbeleid effectiever en efficiënter te maken in de toekomst. In deze bijdrage werpen we een blik op een aantal maatregelen die rechtstreeks te maken hebben met het straf- en penitentiaire beleid. Het is bijvoorbeeld opmerkelijk hoe de vrijheidsberoving in de gevangenis (als voorlopige hechtenis, als straf, als periode van administratieve detentie) door de Commissie naar voren wordt geschoven als antwoord op verschillende uitdagingen binnen het gedwongen terugkeerbeleid. Wij formuleren een aantal criminologische en juridische bedenkingen bij de door de Commissie voorgestelde ‘oplossingen’, die impliceren dat de gevangenis(straf) instrumenteel zou worden aangewend om doelstellingen van migratiecontrole te verwezenlijken. We gaan specifiek in op de voorstellen met betrekking tot de woonstbetreding en de invrijheidstellingsprocedures voor veroordeelde personen zonder verblijfsrecht. Tot slot stellen we ons ook vragen bij het gebrek aan aandacht van de Commissie voor de legitimiteit van verblijfsrechtelijke procedures en terugkeerprocedures.

1. DE ZOEKTOCHT NAAR EEN INSTRUMENTELE OPLOSSING VOOR DE PROBLEMATIEK VAN DE WOONSTBETREDING

De Commissie beschouwt de onmogelijkheid tot woonstbetreding in het kader van een gedwongen terugkeerprocedure als een groot obstakel voor een effectief terugkeerbeleid: als een niet-verblijfsgerechtigde persoon de deur niet opent, kan hij niet worden aangehouden. Volgens de Commissie is er daarom *“nood aan procedurele waarborgen voor de onregelmatig op het grondgebied verblijvende vreemdeling opdat de woning waarin hij zich bevindt, op een juridisch sluitende manier zou kunnen worden betreden en de politiediensten in die woning zouden kunnen zoeken naar identiteitsdocumenten of naar elementen waaruit zijn*

identiteit kan worden afgeleid” (COMMISSIE BOSSUYT, 2020: 22). In Nederland wordt bijvoorbeeld de bevoegdheid gegeven aan de ambtenaren belast met het toezicht op vreemdelingen om zonder toestemming een woning te betreden indien er een redelijk vermoeden bestaat dat op die plek een vreemdeling zonder rechtmatig verblijf aanwezig is. Deze ambtenaren zijn eveneens bevoegd om de woning te doorzoeken indien de identiteit niet onmiddellijk kan worden vastgesteld en zij kunnen dan identiteitsdocumenten in beslag nemen. Bij deze doorzoeking dient evenwel een hulpofficier van justitie aanwezig te zijn. Dat wordt geregeld in de Vreemdelingenwet¹ die verwijst naar de Algemene wet op het binnentreden², dewelke van toepassing is op zowel administratiefrechtelijke als strafrechtelijke woonstbetredingen. Deze wet vereist weliswaar een voorafgaandelijke schriftelijke machtiging door de hulpofficier van justitie.

De Commissie BOSSUYT stelt voor dat in België onderzoeksrechters toelating zouden moeten geven alvorens tot woonstbetreding in het kader van een gedwongen terugkeerprocedure kan worden overgegaan. Dat voorstel wordt evenwel verworpen door de Vereniging van Onderzoekrechters: zij willen niet ingezet worden als ‘stempelrechter’ in het kader van administratieve procedures. En hoewel het performanter maken van administratieve (identificatie- en terugkeer)procedures het eigenlijke doel is, meent de Commissie dat een oplossing voor dit probleem dan maar gezocht moet worden in het strafrecht. Illegaal verblijf is immers strafbaar gesteld in art. 75 van de Vreemdelingenwet³ met een gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en/of een geldboete van zesentwintig tot tweehonderd euro. Wanneer het openbaar ministerie een strafrechtelijk onderzoek naar illegaal verblijf zou openen, zouden onderzoeksrechters (zo geven ze zelf ook aan) wel bereid zijn om de politie in het kader van dit strafrechtelijk onderzoek te machtigen om de woning te betreden en de persoon die onregelmatig op het grondgebied verblijft aan te houden. Dat de maximumstraf op illegaal verblijf – om te voldoen aan de voorwaarden voor een strafrechtelijke aanhouding geformuleerd in art. 16 Wet Voorlopige Hechtenis⁴ – dan wel opgetrokken moet worden tot één jaar, lijkt voor de Commissie slechts een formaliteit: *“De enige wetswijziging die het zou vereisen, is de verhoging van de maximumstraf voor onregelmatig verblijf van drie maanden naar één jaar”* (COMMISSIE BOSSUYT, 2020: 23). Instrumentele overwegingen doen bekommernissen omtrent de proportionaliteit en de subsidiariteit van zulke strafverzwaring kennelijk verdwijnen als sneeuw voor de zon. Het College van Procureurs-generaal verwerpt in een schriftelijk advies nochtans het voorstel van de Commissie omwille van proceduremisbruik. Immers, zo stelt het College van Procureurs-generaal: *“De toestemming verleend om een privéwoning te betreden voor gerechtelijke doeleinden zou in werkelijkheid zijn gericht op administratieve doeleinden”* (COMMISSIE BOSSUYT, 2020: 23). Deze argumentatie kan op weinig begrip van de Commissie rekenen: *“Het [College van Procureurs-generaal] heeft aldus geen blijk gegeven van bereidheid om te zoeken naar oplossingen voor een meer performant beleid. Het slooft zich daarentegen uit in het zoeken van argumenten die dergelijke oplossingen bemoeilijken. Dit is des te verwonderlijker daar het College toch wordt verondersteld te weten hoe hoog het aantal vreemdelingen in onregelmatig verblijf is dat het voorwerp uitmaakt van strafrechtelijke vervolging”* (COMMISSIE BOSSUYT, 2020: 24).

- 1 Onder meer art. 53, 53a en 53b Wet van 23 november 2000 tot algehele herziening van de Vreemdelingenwet, *Stb.* 2000, 495.
- 2 Wet van 22 juni 1994 tot vaststelling van de Algemene wet op het binnentreden, *Stb.* 1994, 683.
- 3 Voluit: Wet 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 31 december 1980, 14.584.
- 4 Voluit: Wet 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, *BS* 1 december 1990, 15.779.

Nochtans wordt de vraag naar proceduremisbruik ons inziens terecht gesteld. De manier waarop de Commissie met dit vraagstuk omgaat, kan als een treffend voorbeeld beschouwd worden van wat SKLANSKY (2012) ‘ad hoc instrumentalisme’ noemt. Het betreft een wijdverspreid fenomeen in een context waarin strafrecht en vreemdelingenrecht in toenemende mate met elkaar verweven geraken, vaak ten koste van rechtswaarborgen en juridische consistentie (STUMPF, 2006). Beleidsmakers en praktijkactoren zijn in zulke context namelijk geneigd om die wettelijke kaders te gebruiken die het meest effectief zijn om met de voorliggende situatie om te gaan, zonder zich te bekommeren over de fundamentele rechtsprincipes die aan deze wettelijke kaders ten grondslag liggen (cf. proportionaliteit en subsidiariteit van het strafrecht).

Naast dit fundamentele bezwaar doet het voorstel van de Commissie ook andere juridische vragen rijzen. Verschillende staten hebben illegaal verblijf strafbaar gesteld met een geldboete of gevangenisstraf. Het Hof van Justitie oordeelde echter reeds meermaals dat de Europese Terugkeerrichtlijn⁵ zich verzet tegen het opleggen van een gevangenisstraf louter vanwege illegaal verblijf.⁶ Het opleggen van een gevangenisstraf vooraleer alle maatregelen die kunnen leiden tot de terugkeer van de illegaal verblijvende vreemdeling uitgevoerd zijn, kan volgens het Hof deze terugkeer vertragen of verhinderen en schendt bijgevolg het Unierecht. Wachten totdat de termijn die vermeld werd in het bevel om het grondgebied te verlaten verstreken is, acht het Hof bovendien niet voldoende. Eerst moeten verschillende maatregelen – met inbegrip van dwangmaatregelen zoals administratieve detentie – worden genomen ter verzekering van de terugkeer van de betrokkene. Pas nadat al deze maatregelen zonder effect zijn uitgevoerd, en de betrokkene zich zonder geldige reden nog op het grondgebied van de staat bevindt, kan deze bestraft worden met een gevangenisstraf. De vonnisrechter zal de gevangenisstraf pas mogen uitspreken wanneer de administratieve detentie van de betrokkene en de gedwongen terugkeerprocedure niet tot het gewenste effect hebben geleid.

Het ontgaat de Commissie BOSSUYT volledig dat verschillende staten ingevolge bovenstaande rechtspraak hun wetgeving wijzigden in de omgekeerde zin: in Frankrijk werd het misdrijf illegaal verblijf geschrapt en in Zwitserland werd wettelijk vastgelegd dat, indien het opleggen of de tenuitvoerlegging van een straf voor dit misdrijf de onmiddellijke tenuitvoerlegging van een uitwijzingsbevel verhindert, de betrokkene niet mag worden vervolgd, voor de rechter gebracht of bestraft. Ook zal de ingestelde strafprocedure wegens dit misdrijf geschorst worden indien een verwijderingsprocedure wordt ingeleid. België volgt deze trend vooralsnog niet. Illegaal verblijf blijft strafbaar, hoewel de vervolging ervan momenteel geen prioriteit is, tot spijt van de Commissie. Het Hof van Cassatie paste zijn rechtspraak slechts gedeeltelijk aan: de gevangenisstraf kan niet worden opgelegd om de enkele reden dat de betrokkene, in strijd met een bevel om het grondgebied te verlaten, zonder geldige reden op het grondgebied aanwezig blijft. Deze gevangenisstraf kan volgens het Hof wel nog worden opgelegd indien de betrokkene ook voor andere misdrijven veroordeeld werd⁷ (zie ook VANDENNIEUWENHUYSEN, 2020).

5 Voluit: Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, *Pb.L.* 24 december 2008, 348/105.

6 HvJ 28 april 2011, nr. C-61/11, El Didri; 6 december 2011, nr. C-329/11, Achughbabian; 7 juni 2016, C-47/15, Affum en 19 maart 2019, nr. C-444/17, Arib.

7 Cass. 14 december 2011, P.11.1623.F.

2. OVERBEVOLKTE GEVANGENISSEN ALS MIDDEL

De Commissie is dus – vanwege instrumentele redenen en niettegenstaande de juridische bezwaren – een strafrechtelijke vrijheidsberoving omwille van louter illegaal verblijf niet ongenegen. Daarnaast wil de Commissie meer gebruik kunnen maken van administratieve vrijheidsberoving in de gevangenis in het kader van gedwongen terugkeerprocedures. Vandaag bestaat reeds de mogelijkheid om een niet-verblijfsrechtigde persoon na de opheffing van een aanhoudingsmandaat zeven dagen langer onder administratieve hechtenistitel in de gevangenis opgesloten te houden – ter beschikking van de Dienst Vreemdelingenzaken. Zulke administratieve opsluiting in de gevangenis wordt vanuit het gevangeniswezen geregeld in vraag gesteld: deze personen zouden zo snel mogelijk naar een gesloten centrum van de Dienst Vreemdelingenzaken moeten worden overgebracht (BREULS & DE RIDDER, 2014). De Commissie ziet echter een praktisch probleem met deze opvatting: in de praktijk is de bijkomende administratieve opsluiting van zeven dagen te kort om met dwang te verwijderen of de overbrenging naar een gesloten centrum te organiseren, aangezien er daar te weinig plaatsen zijn. En *“voor vreemdelingen die de gevangenis verlaten op het ogenblik dat er geen onmiddellijk uitvoerbare straf is of niet meer is (verzet of hoger beroep, na straf met uitstel, vrijspraak, straf reeds volledig uitgezeten, ...), voorziet de wet geen mogelijkheid om hen – mits administratieve vasthoudingsbeslissing met het oog op verwijdering door DVZ – langer in de gevangenis te houden. Hierdoor is in de praktijk een verwijdering bijna niet realiseerbaar”* (COMMISSIE BOSSUYT, 2020: 67). De Commissie acht het dus nodig dat onder meer niet-verblijfsrechtigde personen die strafrechtelijk vrijgesproken zijn en/of de volledige straf hebben uitgezeten toch administratief in de gevangenis vastgehouden kunnen worden (en liefst dan ook nog gedurende een langere termijn). De reden hiervoor slaat alle verbeelding: de gesloten centra (die niet boven hun maximumcapaciteit opereren) hebben te weinig plaats. Deze vaststelling wordt tot in den treure herhaald in het verslag. Dat diezelfde vaststelling eveneens – en des te meer – geldt voor de overbevolkte Belgische gevangenis (zie AEBI & TAIGI, 2020) en de Belgische staat al meermaals voor deze overbevolking op de vingers werd getikt⁸, schuift de Commissie terzijde. De overbevolking in de Belgische gevangenis wordt slechts eenmaal aangehaald in het verslag van de Commissie. Cynisch genoeg om aan te tonen dat de hogere personeelskosten per opgesloten persoon in de gesloten centra in vergelijking met die in de gevangenis geen reden mogen zijn om geen bijkomende plaatsen in de gesloten centra te voorzien. Immers: *“Er zijn veel meer gedetineerden per gevangenis (overbevolking) dan er bewoners zijn per gesloten centrum. Bijgevolg zijn de vaste kosten (bijvoorbeeld het onderhoud van het gebouw) voor Justitie verspreid over meer bewoners [sic] in aantal”* (COMMISSIE BOSSUYT, 2020).

De reflectie dat het in zulke context van overbevolking allesbehalve evident en logisch is om de gevangenis in toenemende mate als plaats van administratieve vasthouding te gebruiken, wordt niet gemaakt. Dat is opvallend, aangezien de Europese Terugkeerrichtlijn staten verplicht om speciale inrichtingen te gebruiken voor de administratieve bewaring van niet-verblijfsrechtigde personen. Slechts indien dit niet mogelijk is kunnen zij gevangenis inzetten. In dat geval voorziet de Terugkeerrichtlijn echter in een onvoorwaardelijke verplichting om de betrokken vreemdelingen gescheiden te houden van de gewone gevangenen, gezien het verschil in aard van hechtenistitel (art. 16, eerste lid Europese Terugkeer-

8 Zie bv. EHRM 25 november 2014, nr. 64682/12, *Vasilescu/België*; zie ook meerdere rapporten van het CPT: CPT/Inf (2018) 8, CPT/Inf (2016) 13, CPT/Inf (2012) 36, CPT/Inf (2002) 25.

richtlijn). Het Terugkeerhandboek⁹ verwijst expliciet naar het geval waarin vreemdelingen die eerst wegens een strafbaar feit opgesloten waren, nadien administratiefrechtelijk worden opgesloten. Het stelt dat “[w]anneer een gevangenisstraf is beëindigd en de betreffende persoon normaal gesproken zou moeten worden vrijgelaten, [...] regels voor bewaring met het oog op verwijdering (inclusief de verplichting uit hoofde van artikel 16, lid 1) van toepassing [worden]” (p. 100). Verschillende *soft law* documenten vereisen in dat geval dat de plek waarin zij opgesloten zijn zo ver mogelijk van een gevangenisomgeving moet afstaan, en dat hun detentievoorwaarden de aard van hun vrijheidsberoving moeten weerspiegelen, met beperkte restricties en een gevarieerd regime van activiteiten. Zij stellen onder meer het recht op georganiseerde buitensportactiviteiten, toegang tot een dagverblijf en tot radio, televisie, tijdschriften, computers en andere recreatiemogelijkheden voorop.¹⁰

3. NAAR EEN LEGITIEM MIGRATIEBELEID?

Voornoemde voorstellen van de Commissie zijn dus zowel vanuit mensenrechtelijk als vanuit praktisch oogpunt weinig doordacht. Meer algemeen kan bovendien de te nauwe focus op een effectief en efficiënt (terugkeer)beleid in vraag gesteld worden. Efficiëntie in het migratiebeleid is an sich niet problematisch: personen die een verblijfsrechtelijke procedure opstarten in België zijn gebaat bij een grondige, tijdige en vlotte behandeling van hun dossier (cf. procedurele rechtvaardigheid). De focus doorheen het verslag van de Commissie ligt echter zelden op de legitimiteit van verblijfsrechtelijke en terugkeerprocedures. Efficiëntie moet volgens de Commissie vooral bijdragen tot een afschrikwekkend effect. In de inleiding van het verslag stelt de Commissie zich reeds als doelstelling: “Het doel is niet zozeer het verminderen van het aantal thans illegaal op het grondgebied verblijvende personen, maar vooral het verminderen van het aantal personen dat zich illegaal naar ons land zou begeven, indien zou worden ervaren dat het terugkeerbeleid veel efficiënter is geworden dan nu het geval is” (COMMISSIE BOSSUYT, 2020: 10). Enerzijds wordt het afschrikwekkend karakter van het gedwongen terugkeerbeleid wellicht overschat en anderzijds wordt het belang van legitieme procedures onderschat (zie bv. LEERKES & KOX, 2017). Met betrekking tot dat laatste punt kan bijvoorbeeld de ‘toekomstgerichte focus’ van het verslag in vraag gesteld worden: de problematiek van de personen die momenteel zonder verblijfsrecht in België leven, ligt kennelijk buiten de scope van het verslag.

Vandaag leven echter een aanzienlijk aantal personen zonder verblijfsrecht in België. Deze personen vinden een terugkeer vaak illegitiem, omdat zij reeds jaren in België leven (en niet zelden ook die jaren op een beslissing in hun dossier aan het wachten waren), hier partner en kinderen hebben, moeten terugkeren naar een situatie van maatschappelijke onveiligheid, etc. (BREULS, 2020). Het EHRM sprak reeds talloze veroordelingen uit ten aanzien van staten die personen uitwezen nadat zij reeds zeer lange tijd op het grondgebied hadden verbleven¹¹ of zonder na te gaan of zij in het land van herkomst een risico lopen op het ondergaan van gevaarlijke of mensonterende omstandigheden¹². Reflecties over bijvoorbeeld de beperkte regularisatiemogelijkheden voor personen die reeds lang in België verblijven,

9 Aanbeveling (EU) 2017/2338 van de Commissie van 16 november 2017 tot vaststelling van een gemeenschappelijk “terugkeerhandboek” voor gebruik door de bevoegde autoriteiten van de lidstaten bij de uitvoering van terugkergerelateerde taken, *Pb.L.* 19 december 2017, 339/83.

10 Zie o.a. CPT/Inf(2017)3, RvE-richtsnoer inzake gedwongen terugkeer 10 (“omstandigheden van bewaring in afwachting van verwijdering”), Parliamentary Assembly Recommendation 1547 (2002) (“Expulsion procedures in conformity with human rights and enforced with respect for safety and dignity”).

11 Zie bv. EHRM (GK) 3 oktober 2014, nr. 12738/10, *Jeunesse/Nederland*.

12 Zie zeer recent EHRM 27 oktober 2020, nr. 19656/18, *M.A./België*, voor het terugsturen van een vreemdeling naar Soedan.

ontbreken volledig in het verslag van de Commissie. De blik is immers enkel gericht op wie in de toekomst zal migreren, zo blijkt uit de inleiding van het verslag.

Daarbij komt dat sinds 2017 ook de mogelijkheden om het verblijfsrecht van personen na een strafrechtelijke veroordeling in te trekken verruimd werden: buitenlandse personen die geboren zijn in België en hier altijd geleefd hebben, kunnen sinds 2017 hun verblijfsrecht verliezen omwille van 'ernstige redenen van openbare orde of nationale veiligheid'¹³ (zie ook BREULS, 2017). Deze verstrengingen worden niet in vraag gesteld in het verslag van de Commissie. Reflecties over de impact van deze verstrengde wetgeving op de legitimiteitsopvattingen van zij die hun verblijfsrecht verliezen én op de legitimiteitsopvattingen van herkomstlanden (die moeten meewerken aan identificatie- en terugkeerprocedures) ontbreken volledig in het verslag. Kortom, de reële situatie waarin heel wat niet-verblijfsgerechtigde personen zich vandaag bevinden, blijft buiten beschouwing. Louter voorstellen om deze personen aan bijkomende vormen van vrijheidsberoving in overbevolkte gevangenissen te onderwerpen dan wel om gesloten centra bij te bouwen vanuit een niet-getoetste afschrikingsidee, lijkt ons dan ook weinig productief. Laten we daarom hopen dat beleidsmakers de voorstellen van de Commissie omzichtig analyseren en een migratiebeleid voeren waarin legitimiteit geen blinde vlek is.

REFERENTIES

- AEBI, M.F., & TIAGO, M.M. (2020). *Prisons and Prisoners in Europe 2019: Key Findings of the SPACE I report*. Council of Europe.
- BREULS, L. (2017). Recente ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak met betrekking tot buitenlandse gedetineerden. *Fatik*, 34(154), 5-10.
- BREULS, L. (2020). *Vreemdelingendetentie in de Lage Landen. Een etnografisch onderzoek naar uitvoeringspraktijken van vreemdelingendetentie in België en in Nederland*. [Onuitg. doctoraat], Vrije Universiteit Brussel.
- BREULS, L., & DE RIDDER, S. (2014). De Wet op de Externe Rechtspositie als werkinstrument bij het repatriëren van vreemdelingen zonder recht op verblijf? *Fatik*, 31(144), 4-15.
- COMMISSIE BOSSUYT. (2020). *Eindverslag van de Commissie voor de evaluatie van het beleid inzake de vrijwillige terugkeer en de gedwongen verwijdering van vreemdelingen*. Brussel.
- LEERKES, A., & KOX, M. (2017). Pressured into a preference to leave? A study on the 'specific' deterrent effects and perceived legitimacy of immigration detention. *Law & Society Review*, 51(4), 895-929.
- SKLANSKY, D.A. (2012). Crime, immigration, and ad hoc instrumentalism. *New Criminal Law Review*, 15(2), 157-223.
- STUMPF, J. (2006). The crimmigration crisis: Immigrants, crime and sovereign power. *American University Law Review*, 56(2), 367-419.
- VANDENNIEUWENHUYSEN, E. (2020). Strafrecht als instrument van het migratiebeleid, of omgekeerd? De verwijderingsstraf. *Nullum Crimen*, 15(1), 14-37.

13 Art. 13 Wet 24 februari 2017 tot wijziging van de Vreemdelingenwet, met het doel de bescherming van de openbare orde en de nationale veiligheid te versterken, *BS* 19 april 2017, 51.890.