

Over de rechtsstaat en het ‘aso-azc’

Lieneke Slingenberg¹

Sinds 2017 worden asielzoekers die overlast veroorzaken in reguliere opvangcentra niet langer meer op straat gezet, maar overgeplaatst naar speciale toezichtlocaties waar hun vrijheid in verregaande mate wordt beperkt. In deze bijdrage wordt deze overplaatsing van asielzoekers onderzocht vanuit het perspectief van de rechtsstaat. De rechtsstaat is een veelgebruikt toetsingskader voor overheidshandelen. De vraag waarom de rechtsstaat van zo fundamenteel belang is, wordt echter vaak niet expliciet beantwoord. Deze bijdrage neemt als uitgangspunt dat de rechtsstaat noodzakelijk is voor het waarborgen van een fundamentele vorm van vrijheid: vrijheid als non-dominantie. Om deze vorm van vrijheid te kunnen waarborgen is het van belang dat de machtsuitoefening door de staat voldoende wordt gecontroleerd door het recht, waarvoor legaliteit, een verantwoordingsplicht en het respecteren van de dualiteit in het recht noodzakelijke elementen zijn. Bij de aanpak van overlastgevende asielzoekers wordt hier niet altijd aan voldaan. Deze conclusie is niet alleen relevant voor de verdere ontwikkeling van regelgeving en rechtspraak over overlastgevende asielzoekers, maar laat ook het belang zien van het hier ontwikkelde toetsingskader voor de evaluatie van regelgeving en rechtspraak op andere terreinen van machtsuitoefening door de overheid.

1. Introductie: speciale opvangcentra voor ‘overlastgevende asielzoekers’

Eind 2017 werden voor het eerst in Nederland opvangcentra in gebruik genomen die waren bedoeld voor de opvang van ‘overlastgevende asielzoekers’.² De aanleiding hiervoor waren signalen vanuit de politie, het Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers (COA), de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) en de media dat bepaalde groepen asielzoekers, met name diegenen afkomstig uit zogenaamde ‘veilige landen van herkomst’, veel overlast veroorzaken in asielzoekerscentra.³ De Tweede Kamer verzocht de regering daarom om een apart regime voor deze asielzoekers in te richten.⁴ Er werden twee ‘extra begeleiding en toezichtlocaties’ (EBTLs) geopend: één in Amsterdam⁵ en één in Hoogeveen.⁶ Per 1 februari 2020 zijn deze EBTLs vervangen door de Handhaving en Toezichtlocatie (HTL) in Hoogeveen. De HTL is in veel opzichten hetzelfde als de EBTLs, al worden bewoners onderworpen aan een nog verdergaande vorm van vrijheidsbeperking.

Voor de ingebruikname van de EBTLs werden asielzoekers die ernstige overlast veroorzaakten op straat gezet. Na de opening van de EBTLs kreeg het overplaatsen van overlastgevende asielzoekers de voorkeur boven het

geheel onthouden van opvang.⁷ Sinds het arrest van het Hof van Justitie van de EU in *Haqbin* is het niet langer mogelijk om asielzoekers bij wijze van sanctie volledig uit te sluiten van opvang.⁸

De doelstelling van de EBTLs was ‘[e]nerzijds om [overlastgevende asielzoekers] te confronteren met de gevolgen van hun gedrag en in te zetten op gedragsverandering. Anderzijds om de veiligheid en het welzijn van andere bewoners te borgen’.⁹ Uit de evaluatie van de EBTLs bleek dat de doelstelling van gedragsverandering te hoog gegrepen was. Met de HTL wordt daarom beoogd:

‘(a) stringent op te treden tegen onaanvaardbaar gedrag van overlastgevende asielzoekers, (b) de veiligheid op reguliere opvanglocaties te vergroten, (c) de overlast rond de reguliere opvanglocaties te beperken, (d) de veiligheid op de HTL te vergroten, en (e) overlast en criminaliteit in de omgeving van de HTL te voorkomen.’¹⁰

Asielzoekers worden overgeplaatst naar de HTL indien zij overlast veroorzaken op de opvanglocatie waar zij verblijven. De vreemdelingencirculaire definieert ‘overlast’ als ‘onder meer [...] (herhaaldelijk) agressief verbaal en non-

verbaal gedrag richting medebewoners of personeel op de (opvang)locatie of daarbuiten, het aanrichten van vernielingen of het discrimineren of intimideren van medebewoners'.¹¹ Asielzoekers worden niet overgeplaatst indien zij op korte termijn zelfstandig vertrekken uit Nederland of kunnen worden uitgezet, in vreemdelingenbewaring kunnen worden genomen of in een psychiatrische zorginstelling kunnen worden opgenomen.¹²

De EBTL's hadden een sober karakter en streng regime. 'Het is immers van belang dat een bewoner het verblijf als strafmaatregel ervaart, maar het tegelijkertijd aanleiding geeft om zijn gedrag in positieve zin aan te passen', aldus de staatssecretaris.¹³ Bovendien heeft een dergelijk versoberd en strikt regime ook 'een afschrikwekkende, en daarmee preventieve, functie'.¹⁴ Dit sobere en strengere regime bestond eruit dat asielzoekers een dagelijkse meldplicht hadden; werd geregistreerd wanneer zij de locatie verlieten of binnen kwamen; verplicht waren om een intensief dagprogramma te volgen (bij weigering volgde plaatsing op de 'time out-kamer' zonder televisie en internet);¹⁵ geen financiële vergoeding kregen; en onderworpen werden aan een vrijheidsbeperkende maatregel op basis waarvan zij zich slechts op een beperkt gebied buiten de EBTL mochten bevinden.¹⁶

Dit regime is gehandhaafd in de HTL en verder aangescherpt. Ook in de HTL is sprake van een 'permanente en stelselmatige wijze van toezichthouden'¹⁷ door middel van de inzet van camera's, fouilleringen, alcoholcontroles, kamerinspecties, time out kamers en een meldplicht. Een belangrijke wijziging ten opzichte van de EBTL's is dat de vrijheid van bewoners van de HTL nog verder is beperkt: bewoners mogen alleen verblijven 'op en in een gebied

rondom de HTL'.¹⁸ Uit rechtspraak blijkt dat dit betekent dat bewoners zich alleen mogen bevinden op een 'groenstrook' aansluitend aan de HTL, die is omzoomd met een hoog hekwerk en voorzien van camera's. Bewoners van de HTL hebben alleen tussen 14 en 16 uur toegang tot deze groenstrook.¹⁹

Het niet-nakomen van deze vrijheidsbeperkende maatregel is een strafbaar feit en kan worden gestraft met hechtenis van maximaal zes maanden of een geldboete.²⁰ Om de asielzoeker in staat te stellen aan de vrijheidsbeperkende maatregel te voldoen, biedt het COA vervoer aan naar de HTL. Als de asielzoeker weigert om daarvan gebruik te maken, wordt hij staande gehouden en verhoord. Op basis van het verhoor wordt besloten of de asielzoeker in vreemdelingenbewaring wordt genomen of een aanzegging krijgt om Nederland te verlaten.²¹

Plaatsing in de EBTL/HTL is 'in beginsel' voor maximaal drie maanden. Als er in de tussentijd sprake is van 'waarneembaar goed gedrag' kan de plaatsing worden verkort, maar als de asielzoeker overlast blijft geven of zich bijvoorbeeld niet aan de vrijheidsbeperkende maatregel houdt, kan de plaatsing worden verlengd.²² In de periode tot april 2019 verbleven asielzoekers gemiddeld 47 dagen in de EBTL. 15% van de bewoners verbleef er echter langer dan 90 dagen.²³ In de periode tot april 2019 is 48% van de asielzoekers met onbekende bestemming vertrokken uit de EBTL.²⁴ Asielzoekers die de HTL verlaten, hebben geen recht op opvang meer, plegen (mogelijk)²⁵ een strafbaar feit en kunnen in vreemdelingenbewaring worden genomen.²⁶ Het verlaten van de HTL heeft dus ernstige consequenties.

Een belangrijke wijziging ten opzichte van de EBTL's is dat de vrijheid van bewoners van de HTL nog verder is beperkt: bewoners mogen alleen verblijven 'op en in een gebied rondom de HTL'

Auteur

1. Mr. dr. C.H. Slingenberg is universitair hoofddocent migratierecht, Amsterdam Centre for Migration and Refugee Law, Vrije Universiteit Amsterdam. Met dank aan Martijn Stronks voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

Noten

2. Kamerstukken II 2016/17, 19637 en 33042, nr. 2336.
3. Kamerstukken II 2015/16, 19637, nr. 2179; bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 19637, nr. 2340; bijlage bij Kamerstukken II 2017/18, 19637, nr. 2351.
4. Kamerstukken II 2015/16, 19637, nr. 2097.
5. Kamerstukken II 2016/17, 19637 en

33042, nr. 2336.

6. Kamerstukken II 2016/17, 19637, nr. 2341.
7. Kamerstukken II 2017/18, 19637 en 3302, nr. 2391.
8. HvJ EU 12 november 2019, C-233/18 (Haqbin); Kamerstukken II 2019/20, 19637, nr. 2642.
9. Kamerstukken II 2015/16, 19637, nr. 2179.
10. Kamerstukken II 2019/20, 19637, nr. 2572.
11. VC 2000 A5/5. Zie ook Kamerstukken II 2016/17, 19637 en 33042, nr. 2336.
12. Kamerstukken II 2018/19, 19637, nr. 2446.
13. Kamerstukken II 2016/17, 19637 en 33042, nr. 2336.

14. Kamerstukken II 2015/16, 19637, nr. 2179.

15. Rb. Den Haag, zp. Groningen 15 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8422.
16. Kamerstukken II 2016/17, 19637 en 33042, nr. 2336.
17. Rb. Den Haag, zp. Den Bosch 25 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4558.
18. VC 2000 A5/5. Zie ook Kamerstukken II 2019/20, 19637, nr. 2572.
19. Zie Rb. Den Haag, zp. Den Bosch 25 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4558 en Rb. Den Haag, zp. Groningen 10 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6252.
20. Art. 108 lid 1 Vw 2000.
21. VC 2000 A5/5.
22. Kamerstukken II 2016/17, 19637 en

33042, nr. 2336. Zie ook: VC 2000 A5/5.

23. J. Kuppens e.a., *Asielzoekers in het gareel? Plan-, proces en effectevaluatie werking extra begeleiding en toezichtlocaties*, WODC 2019, p. 80.
24. Idem, p. 97.
25. Over de vraag of aangenomen kan worden dat de vrijheidsbeperkende maatregel wordt opgeheven bij het verlaten van de EBTL/HTL bestaat geen overeenstemming in de rechtspraak. Zie Rb. Den Haag, zp. Den Bosch 25 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4558 en Rb. Den Haag, zp. Groningen 10 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6252.
26. Zie Rb. Den Haag, zp. Den Bosch 25 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4558.



De EBTL (tegenwoordig HTL) voor overlastgevende asielzoekers in Hoozeveen © Kees van de Veen / ANP

Uit deze beschrijving kan worden afgeleid dat asielzoekers die worden overgeplaatst naar de HTL worden onderworpen aan een vergaande vorm van machtsuitoefening door de staat. Met het strenge regime worden fundamentele inbreuken gemaakt op de bewegingsvrijheid en het privéleven van de asielzoekers.

In het vervolg van dit artikel wordt deze praktijk geanalyseerd vanuit rechtsstatelijk perspectief. Het legitieme doel van de overplaatsingen – de noodzaak om de overlast voor medebewoners in en omwonenden van een asielzoekerscentrum zo veel mogelijk te beperken – wordt in deze bijdrage niet ter discussie gesteld. Het uitgangspunt van dit artikel is echter dat niemand mag worden blootgesteld aan overheersende machtsuitoefening, ook niet als die macht wordt uitgeoefend voor legitieme doeleinden. In par. 2 zal dit uitgangspunt, afkomstig uit republikeinse politieke theorie, worden toegelicht en nader uitgewerkt, waarna in par. 3 de regelgeving, beleid en rechtspraak over de EBTL/HTL hieraan worden getoetst.

2. De rechtsstaat als waarborg tegen dominantie²⁷

De rechtsstaat is een vaak gebruikt toetsingskader voor overheidshandelen.²⁸ Het belang van de rechtsstaat wordt vaak zonder nadere discussie aangenomen en er bestaat, mede als gevolg daarvan, weinig overeenstemming over de noodzakelijke elementen van de rechtsstaat.²⁹

In navolging van Lovett meen ik dat de waarde van de rechtsstaat is gelegen in het vergroten van de mate waarin mensen 'vrijheid als non-dominantie' ervaren.³⁰

Dit sluit aan bij een bredere opvatting dat de rechtsstaat er primair is om vrijheid te bewerkstelligen³¹ en willekeurige machtsuitoefening te verminderen,³² maar geeft tegelijkertijd een nadere invulling aan de concepten 'vrijheid' en 'willekeur'.

Vrijheid als non-dominantie is het centrale concept in republikeinse politieke theorie.³³ Het is een derde concept van vrijheid, naast de bekendere concepten van negatieve en positieve vrijheid.³⁴ Waar negatieve vrijheid ziet op de afwezigheid van elke vorm van inmenging, en positieve vrijheid ziet op mogelijkheden voor zelfmeesterschap, gaat vrijheid als non-dominantie over de afwezigheid van heerschappij door een ander. Dominantie wordt gedefinieerd als de situatie waarin de één afhankelijk is van de ander, waarbij deze ongecontroleerde of willekeurige macht heeft over hem of haar.³⁵ Dit betekent dat, anders dan bij negatieve vrijheid, niet iedere vorm van inmenging afbreuk doet aan iemands vrijheid, maar alleen willekeurige, ongecontroleerde vormen van inmenging.

Gebaseerd op het werk van Lovett, Benton en Palombella zal ik hier betogen dat voor het verminderen van dominantie drie rechtsstatelijke waarborgen vereist zijn:

1. Legaliteit van machtsuitoefening;
2. Verantwoordingsplicht voor de machthebber;
3. Respecteren en beschermen van de dualiteit in het recht.

In Lovett's opvatting van de rechtsstaat moet elke vorm van private of publieke dwingende machtsuitoefening

Indien iemand zich slechts tegen hoge, objectieve (materiële) of subjectieve (persoonlijke, psychologische), kosten aan machtsuitoefening kan onttrekken, is er sprake van een grote mate van afhankelijkheid

worden beheerst door het recht. Het is niet voldoende dat deze machtsuitoefening wordt toegestaan door het recht; het moet mogelijk zijn dat mensen, door de regels in acht te nemen, blootstelling aan dwang kunnen vermijden, zonder afhankelijk te zijn van de goede wil van anderen. Met andere woorden: discretionaire machtsuitoefening moet worden verminderd, niet slechts worden toegestaan door het recht. Dit betekent niet dat er geen enkele vorm van discretie mogelijk is. Elke toepassing van een algemene regel op een specifieke situatie geeft uiteraard ruimte voor een discretionair oordeel. Dit is wat Lovett 'rule-implementing discretion' noemt en dit kan worden verenigd met de idee van de rechtsstaat. Maar dat is anders bij gevallen van 'strong discretion' en 'accountability discretion'. In het eerste geval ontbreken beperkingen aan discretionaire machtsuitoefening volledig, het tweede geval behelst situaties waarbij geen verantwoording hoeft te worden afgelegd voor machtsuitoefening.

Ter voorkoming van 'strong discretion' is een voldoende duidelijke, effectieve en stabiele wettelijke grondslag nodig voor elke vorm van machtsuitoefening, die de omvang van de bevoegdheid definieert en die bepaalt welk doel de bevoegdheid beoogt te dienen. Om 'accountability discretion' te voorkomen is het noodzakelijk dat machtsuitoefening kan worden betwist door degenen die eraan worden blootgesteld. Dat is met name belangrijk voor mensen die afhankelijk zijn van de relatie met de machthebber. De mate van afhankelijkheid kan worden vastgesteld door te kijken naar de hoogte van de 'exit costs'.³⁶ Indien iemand zich slechts tegen hoge, objectieve (materiële) of subjectieve (persoonlijke, psychologische), kosten aan machtsuitoefening kan onttrekken, is er sprake van een grote mate van afhankelijkheid.

In geval van een dergelijke grote mate van afhankelijkheid, kan dominantie worden voorkomen door de aan-

wezigheid van verantwoordingsmechanismen die door de afhankelijke personen zelf kunnen worden geïnitieerd; externe controlemechanismen, zoals verkiezingen en een vrije pers, zijn in dat geval niet voldoende om 'accountability discretion' te voorkomen. Rechterlijke controle is in die omstandigheden een belangrijk verantwoordingsmechanisme. Voor een effectieve vorm van rechterlijke controle is vereist dat degenen die worden blootgesteld aan machtsuitoefening toegang hebben tot een rechter en dat er rechtsgronden zijn die kunnen worden ingeroepen, niet alleen tegen de toepassing van de regels, maar ook tegen de inhoud van de regels zelf.

Volgens Palombella³⁷ is dualiteit van het recht het meest fundamentele element van de rechtsstaat; de belangrijkste waarborg om willekeur en dominantie door de overheid te voorkomen. Het is van fundamenteel belang dat er altijd een spanning bestaat en wordt gewaarborgd tussen *jurisdictio* en *gubernaculum*. *Gubernaculum* is de legitieme, soevereine wetgeving, ter beschikking van de overheid, en gericht op het verwezenlijken van overheidsbeleid. *Jurisdictio* is dat deel van het recht dat de overheid niet eenvoudig kan wijzigen, in die zin dat het enigszins buiten het bereik van de overheid staat, en dat op een andere manier is ontwikkeld. Te denken valt hierbij aan gewoonterecht, jurisprudentie, internationale verdragen, de grondwet of fundamentele rechtsbeginselen. Deze andere, autonome bron van recht is geen statisch geheel, maar een complexe en collectieve constructie, door velen gemaakt door de jaren heen. De spanning tussen het recht gemaakt door de wetgever en het recht dat voortvloeit uit andere rechtsbronnen is cruciaal voor de rechtsstaat, volgens Palombella.

Samengevat, de waarde van de rechtsstaat is gelegen in het waarborgen van vrijheid als non-dominantie. Vrijheid als non-dominantie, vrij zijn van heerschappij door anderen, is een fundamentele vorm van vrijheid die toe-

27. Zie uitgebreider L. Slingenberg, 'Evaluating 'Life Steeped in Power': Non-Domination, the Rule of Law and Spatial Restrictions for Irregular Migrants', *Hague Journal on the Rule of Law* 2020, p. 399-420.

28. F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

29. Zie o.a. T. Ginsburg, 'Difficulties with measuring the rule of law', in: C. May & A. Winchester (eds), *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing 2018, p. 49-51; J. Waldron, 'The Rule of Law', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*

(Summer 2020 Edition), beschikbaar op: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>; WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002, p. 17-18.

30. F. Lovett, 'A republican argument for the rule of law', *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 2020, DOI: 10.1080/13698230.2020.1737473.

31. F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 308.

32. M. Krygier & A. Winchester, 'Arbitrary

power and the ideal of the rule of law', in: C. May & A. Winchester (eds), *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing 2018, p. 75-95.

33. F. Lovett & P. Pettit, 'Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program', *Annual Review of Political Science* 2009, p. 11-29.

34. I. Berlin, 'Two Concepts of Liberty', in: I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press 1969.

35. F. Lovett & P. Pettit, 'Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program', *Annual Review of Political*

Science 2009, p. 14.

36. F. Lovett, *A General Theory of Domination and Justice*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 38-40; M. Benton, 'The problem of denizenship: a non-domination framework' *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 2014, p. 49-69.

37. G. Palombella, 'The Rule of Law and its Core', in: G. Palombella & N. Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford: Hart Publishing 2009; G. Palombella, 'The Rule of Law as Institutional Ideal', *Comparative Sociology* 2010, p. 4-39.

komt aan eenieder. Daarvoor is vereist dat willekeurige, discretionaire machtsuitoefening door de staat ten aanzien van mensen die zich slechts tegen hoge kosten kunnen onttrekken aan deze macht, wordt beperkt. Dat is het geval indien er voor dwingende machtsuitoefening door de staat een adequate wettelijke grondslag bestaat en individuen die eraan worden blootgesteld deze machtsuitoefening kunnen betwisten bij de rechter. Hierbij is van belang dat de rechter het evenwicht tussen de *gubernaculum*-kant van het recht en de *jurisdiction*-kant van het recht respecteert en beschermt. De volgende paragraaf zal analyseren in hoeverre aan deze rechtsstatelijke waarborgen wordt voldaan bij de overplaatsing van overlastgevende asielzoekers naar de HTL.

3. De EBTL en HTL vanuit rechtsstatelijk perspectief

3.1. Legaliteit

Overplaatsing

Voor de organisatie van de opvang van asielzoekers is een zelfstandig bestuursorgaan in het leven geroepen: het COA. Op grond van de Wet COA is het COA onder meer belast met de materiële en immateriële opvang van asielzoekers en het plaatsen van asielzoekers in een opvangvoorziening.³⁸ Nadere regels hierover zijn neergelegd in de Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005 (Rva2005).³⁹ Artikel 11 lid 1 Rva 2005 geeft het COA de bevoegdheid om te bepalen in welke opvangvoorziening een asielzoeker wordt geplaatst en om de asielzoeker over te plaatsen naar een andere opvangvoorziening, 'mede daaronder begrepen (...) de handhavings- en toezichtlocatie'. Het tweede lid geeft een nadere uitwerking aan deze bevoegdheid, door te bepalen dat overplaatsing 'in ieder geval noodzakelijk is' indien 1) de opvangvoorziening waarin de asielzoeker verblijft wordt gesloten of 2) een doelmatige en doeltreffende uitvoering van de asielprocedure daarmee is gediend. Overplaatsing naar de HTL is dus een algemene bevoegdheid van het COA, zonder dat noodzakelijkheid is vereist of in wetgeving is omschreven op grond van welke omstandigheden of criteria kan worden overgegaan tot overplaatsing. De wettelijke grondslag staat dus de discretionaire bevoegdheid van het COA om asielzoekers over te plaatsen naar de HTL toe, maar beperkt deze bevoegdheid niet.

De wettelijke grondslag staat de discretionaire bevoegdheid van het COA om asielzoekers over te plaatsen naar de HTL toe, maar beperkt deze bevoegdheid niet

Meldplicht

Uit rechtspraak blijkt dat asielzoekers in de HTL zich twee keer per dag moeten melden door middel van een scan van hun vingerafdruk.⁴⁰ Artikel 19 lid 3 Rva 2005 bepaalt dat bewoners van de HTL zich dagelijks moeten melden bij het COA. Hoewel dit een vrijheidsbeperkende maatregel is, bestaat hiervoor geen specifieke wettelijke grondslag in een wet in formele zin. De vreemdelingenwet regelt slechts de verplichting tot periodieke aanmelding bij de korpschef.⁴¹ De Wet COA geeft slechts de zeer algemene bevoegdheid om bij ministeriële regeling regels te stellen met betrekking tot verstrekkingen aan asielzoekers.⁴² Daarnaast is het de vraag of de in de praktijk bestaande verplichting om zich *twee keer per dag* te melden moet worden gezien als een vorm van 'rule implementing discretion', of, omdat de regeling slechts een verplichting oplegt tot dagelijks melden, als een vorm van 'strong discretion' (omdat er geen wettelijke grondslag is voor *tweemaal* daags melden). De wettelijke grondslag is niet voldoende duidelijk op deze twee punten.

Vrijheidsbeperking of vrijheidsontneming?

Bewoners van de HTL mogen slechts twee uur per dag naar buiten, en dit alleen op een afgesloten groenstrook en onder videosurveillance. Deze maatregel wordt gebaseerd op artikel 56 VW 2000, op grond waarvan het mogelijk is om aan een vreemdeling een verplichting op te leggen zich 'in een bepaald gedeelte van Nederland te bevinden'⁴³ indien het 'belang van de openbare orde of nationale veiligheid zulks vordert'. Artikel 57 VW 2000 geeft de bevoegdheid om vreemdelingen te verplichten 'zich op te houden in een bepaalde ruimte of op een bepaalde plaats en aldaar de aanwijzingen van de bevoegde autoriteit in acht te nemen', maar deze bevoegdheid is beperkt tot vreemdelingen wier asielaanvraag reeds, in eerste aanleg, is afgewezen. Hieruit kan worden afgeleid dat artikel 56 VW 2000 ziet op beperking van de bewegingsvrijheid tot een gebied dat groter is dan een 'bepaalde ruimte of plaats'. Dit roept dus ten eerste de vraag op of artikel 56 VW 2000 wel een voldoende specifieke grondslag is voor het beperken van de bewegingsvrijheid tot het terrein van de HTL en de aangrenzende groenstrook.

Een tweede vraag is of er voor de bewoners van de HTL niet eigenlijk sprake is van vrijheidsontneming in plaats van beperking. Vrijheidsontneming kan niet worden gebaseerd op artikel 56 VW 2000 en kent andere, verdergaande procedurele waarborgen. Rechtbank Den Bosch oordeelde hierover dat 'de uiterst beperkte oppervlakte van [de HTL en de groenstrook], het fysiek afgesloten zijn van de buitenwereld, de mate en intensiteit van toezicht en het ontbreken van een bij wet bepaalde maximale duur van de maatregel ex artikel 56 Vw' zeer sterke aanwijzingen vormen dat de plaatsing in de HTL gekwalificeerd moet worden als vrijheidsontneming. Bovendien stelde de rechtbank vast dat het op eigen initiatief verlaten van de HTL vergaande feitelijke en juridische consequenties heeft. Asielzoekers kunnen bij het verlaten formeel afstand doen van het recht op opvang en daarmee de vrijheidsbeperkende maatregel beëindigen, maar zij moeten zich wel beschikbaar houden voor de asielprocedure in Nederland, terwijl zij niet mogen werken in Nederland en vaak niet beschikken over een netwerk of

vermogen. Indien zij niet formeel afstand doen van het recht op opvang, stond het volgens de rechtbank niet vast dat de vrijheidsbeperkende maatregel zou worden opgeheven, waardoor zij een strafbaar feit begaan.

Toch oordeelde Rechtbank Den Bosch dat er geen sprake is van vrijheidsbeneming omdat asielzoekers volgens de rechtbank op een andere, 'zeer eenvoudige wijze' de HTL kunnen verlaten, zonder nadelige juridische gevolgen. Asielzoekers kunnen er immers 'eenvoudigweg' voor kiezen om hun gedrag aan te passen zodat terugplaatsing naar een reguliere opvanglocatie aan de orde komt. Het gedrag 'en daarmee de uitkomst van de [vierwelijkse tussen]evaluatie en beoordeling [ligt] nagenoeg geheel in de invloedssfeer van eiser', volgens de rechtbank.

'Eiser kan op deze zeer eenvoudige wijze bewerkstelligen dat de artikel 56 Vw-maatregel wordt opgeheven. Hij hoeft zich immers alleen maar te gedragen zoals het een ieder betaamt.'

De rechtbank kende hier doorslaggevende betekenis aan toe.⁴⁴ Zoals uiteengezet in par. 2 is het ter voorkoming van dominantie van belang dat individuen, door de regels in acht te nemen, blootstelling aan dwang kunnen vermijden, *zonder afhankelijk te zijn van de goede wil van anderen*. Volgens Rechtbank Den Bosch is een positief oordeel van een ander over het gedrag de enige mogelijkheid om de HTL te verlaten zonder hoge *exit-kosten*. Welk gedrag als positief wordt beoordeeld is niet in publieke regels neergelegd. Dat betekent dat bewoners van de HTL volledig afhankelijk zijn van de goede wil van degenen die het evaluatieverslag opstellen. Hierbij is ruimte voor een hoge mate van willekeur.

Ook Rechtbank Groningen oordeelde, na een onderzoek ter plaatse, dat er geen sprake was van vrijheidsontneming. Anders dan Rechtbank Den Bosch oordeelde Rechtbank Groningen echter dat indien asielzoekers de HTL op eigen initiatief verlaten zonder formeel afstand te doen van het recht op opvang, uit de praktijk kan worden afgeleid dat dan de maatregel op grond van artikel 56 VW 2000 wordt opgeheven, ook als dat 'niet onmiddellijk als zodanig wordt geregistreerd', waardoor het verlaten van de HTL geen strafbaar feit is.⁴⁵ Dat in de voorliggende zaak de maatregel op grond van artikel 56 VW 2000 niet werd opgeheven bij het, in het verleden, verlaten van de EBTL door eiser en dat dit wel degelijk consequenties had (voorwaardelijke gevangenisstraf), maakte dit volgens de rechtbank niet anders. Rechtbank Groningen acht om deze reden de consequenties van het op eigen initiatief verlaten van de HTL minder ernstig dan Rechtbank Den Bosch en concludeert daarom dat dit wel een reële optie is voor bewoners van de HTL.

Deze beide, uitgebreid gemotiveerde, uitspraken laten zien dat het antwoord op de vraag of er sprake is van vrijheidsbeperking of vrijheidsontneming, en dus op de vraag

Deze beide uitspraken laten zien dat het antwoord op de vraag of er sprake is van vrijheidsbeperking of vrijheidsontneming, en dus op de vraag of er een deugdelijke wettelijke grondslag is, niet eenduidig is

of er een deugdelijke wettelijke grondslag is, niet eenduidig is. Om te kunnen concluderen dat er geen sprake is van vrijheidsontneming, en de wettelijke grondslag dus deugt, is het nodig om ofwel te beredeneren dat de uitkomst van een beoordeling van gedrag geheel binnen de eigen invloedssfeer van de asielzoeker ligt, ofwel te beredeneren dat een praktijk die niet wordt geregistreerd toch bestaat, in tegenstelling tot feiten uit het verleden en in tegenstelling tot het oordeel van een andere rechtbank.

Hoewel er dus een wettelijke grondslag bestaat voor de overplaatsing, de meldplicht en de vrijheidsbeperkende maatregelen in de HTL, kleven er wel enkele gebreken aan die wettelijke grondslag. De bevoegdheid tot overplaatsen is zeer ruim en onbeperkt; het is de vraag of de regelgeving over de meldplicht niet een meer specifieke grondslag in wetgeving in formele zin vereist en of die ook grondslag kan bieden voor het tweemaal daags moeten melden. De wettelijke grondslag voor vrijheidsbeperking lijkt te zijn bedoeld voor de aanwijzing van een gebied groter dan één plek of ruimte en daarnaast is het de vraag of de maatregelen in de HTL niet *de facto* resulteren in vrijheidsontneming, waardoor de gebruikte wettelijke grondslag niet deugt. Zoals uiteengezet in par. 2 is het ontbreken van een adequate wettelijke grondslag voor dwingende machtsuitoefening door de staat problematisch in het licht van de rechtsstaat als behoeder van vrijheid als non-dominantie.

3.2. Toegang tot de rechter

Ter voorkoming van dominantie is het daarnaast van belang dat degenen die worden blootgesteld aan machtsuitoefening, en voor wie de objectieve en/of subjectieve 'exit'-kosten hoog zijn, deze machtsuitoefening op eigen initiatief kunnen betwisten.

Asielzoekers die worden overgeplaatst naar de HTL kunnen beroep instellen tegen de overplaatsing en tegen de vrijheidsbeperkende maatregel. Beroep tegen de overplaatsing moet worden ingediend tegen het COA⁴⁶ en beroep tegen de vrijheidsbeperking tegen de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid. In beide gevallen kan geen bezwaar worden gemaakt en moet rechtstreeks beroep worden ingesteld.⁴⁷ De beroepstermijn is vier

38. Art. 3 lid 1 onder a en b Wet COA.

39. Art. 3 lid 3 Wet COA.

40. Rb. Den Haag, zp. Groningen 10 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6252, par. 7.3.1.

41. Art. 54 lid 1 onder f VW 2000 jo. art. 4.51 VB 2000.

42. Art. 3 lid 3 Wet COA.

43. Art. 5.1 lid 1 onder a VB 2000.

44. Rb. Den Haag, zp. Den Bosch 25 mei

2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4558.

45. Rb. Den Haag, zp. Groningen 10 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6252.

46. Overplaatsing is een besluit in de zin van art. 1:3 Awb, zie ABRvS 27 juni 2005,

JV 2005/344, m.nt. Larsson.

47. Art. 7:1, lid 1, onder g jo. Regeling rechtstreeks beroep, bijlage bij Awb; art. 5 lid 1 Wet COA.

weken.⁴⁸ Het beroep heeft geen schorsende werking,⁴⁹ wel kan een voorlopige voorziening worden aangevraagd.⁵⁰ Uit een gepubliceerde beslissing op een voorlopige voorziening kan echter worden afgeleid dat als wordt geconcludeerd dat er geen sprake is van vrijheidsontneming, er geen spoedeisend belang wordt aangenomen en de voorlopige voorziening wordt afgewezen.⁵¹

Anders dan in procedures tegen vreemdelingenbewing, is er geen termijn voor rechtbanken waarbinnen de zaak op zitting moet komen⁵² en geldt de normale termijn van zes weken voor het doen van een uitspraak.⁵³ Een ander verschil met procedures tegen vreemdelingenbewing is dat er geen beroep mogelijk is tegen de voortdrijving van de vrijheidsbeperking of overplaatsing.⁵⁴ Hoewel Rechtbank Groningen eerder oordeelde dat uit het stelsel van de wet, 'waarin wordt gestreefd naar een adequate rechtsbescherming van vreemdelingen aan wie vrijheidsbeperkende of vrijheidsbenemende maatregelen worden opgelegd' volgt dat ook tegen het voortduren van een vrijheidsbeperkende maatregel beroep bij de rechtbank kon worden ingesteld,⁵⁵ wijzigde deze rechtbank dit standpunt later,⁵⁶ nadat andere rechtbanken anders hadden geoordeeld.⁵⁷ Wel is het mogelijk een verzoek om opheffing van de vrijheidsbeperkende maatregel in te dienen bij de staatssecretaris. Tegen de afwijzing daarvan (of het niet tijdig beslissen erop) staat beroep open bij de rechtbank.⁵⁸ Omdat de wetgever ech-

ter niet heeft bedoeld een vervolgeroep mogelijk te maken tegen een vrijheidsbeperkende maatregel is er volgens Rechtbank Haarlem wel sprake van een 'hoge drempel teneinde de afwijzing van het verzoek succesvol te kunnen aanvechten'.⁵⁹

Tegen een uitspraak van de rechtbank over de overplaatsing staat hoger beroep open bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.⁶⁰ Tegen een uitspraak van de rechtbank over de vrijheidsbeperking staat geen hoger beroep open.⁶¹

Dit betekent dat asielzoekers dus de mogelijkheid hebben om de machtsuitoefening te betwisten bij de rechter. De termijn waarbinnen een rechter de opgelegde maatregelen beoordeelt staat echter niet vast, en tot die tijd worden de maatregelen in het algemeen niet opgeschort. Voor het aanvechten van de voortdrijving van de vrijheidsbeperking moet eerst een verzoek om opheffing worden ingediend (en de beslissing daarop worden afgewacht) en bestaat bovendien een hoge drempel.

3.3. Dualiteit van het recht

Naast toegang tot de rechter, is het van belang dat er gronden zijn op basis waarvan de machtsuitoefening kan worden betwist. Om te bezien in hoeverre daarvan sprake is in de rechtspraak over de EBTL en de HTL zijn veertien uitspraken onderzocht over de EBTL en de HTL die zijn gepubliceerd op rechtspraak.nl.⁶²

Instantie	Datum en ECLI	Onderwerp	Aard	Uitkomst
ABRvS	13 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1209	Overplaatsing	Hoger beroep	Gegronnd; beroep ongegrond
ABRvS	6 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:700	Overplaatsing	Hoger beroep	Niet-ontvankelijk
ABRvS	27 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2041	Overplaatsing	Hoger beroep	Kennelijk gegronnd, terugverwijzing naar rechtbank
Rb. Den Haag, zp. Groningen	10 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6252	Overplaatsing en vrijheidsbeperking	Beroep	Ongegrond
Rb. Den Haag, zp. Groningen	23 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:669	Beëindigen EBTL	Vovo	Toegewezen
Rb. Den Haag, zp. Groningen	15 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8422	Overplaatsing en vrijheidsbeperking	Beroep	Gegronnd
Rb. Den Haag, zp. Groningen	22 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4968	Overplaatsing en vrijheidsbeperking	Beroep	Gegronnd
Rb. Den Haag, zp. Haarlem ⁶³	16 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3556	Overplaatsing	Beroep	Ongegrond
Rb. Den Haag, zp. Den Bosch	13 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11555	Vrijheidsbeperking	Beroep	Gegronnd
Rb. Den Haag, zp. Den Bosch	13 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11552	Vrijheidsbeperking	Beroep	Gegronnd
Rb. Den Haag, zp. Den Bosch	3 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4864	Overplaatsing en vrijheidsbeperking	Vovo	Afwijzing vovo
Rb. Den Haag, zp. Den Bosch	25 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4558	Vrijheidsbeperking	Beroep	Ongegrond
Rb. Den Haag, zp. Utrecht	3 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10684	Vrijheidsbeperking	Beroep	Niet-ontvankelijk
Rb. Den Haag, zp. Zwolle	13 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10926	Overplaatsing en vrijheidsbeperking	Beroep	Gegronnd

In vijf zaken is het beroep tegen de overplaatsing of de vrijheidsbeperking gegrond verklaard. Wat opvalt aan deze zaken is dat het beroep in vrijwel alle gevallen gegrond is verklaard vanwege formele gebreken: het ontbreken van een ingangsdatum,⁶⁴ het ontbreken van een kruisje bij een van de genoemde gronden voor vrijheidsbeperking op het standaardformulier,⁶⁵ het reeds overplaatsen voorafgaande aan het formele besluit⁶⁶ of een motiveringsgebrek met betrekking tot de in het beleid vastgestelde uitzondering op de doelgroep voor de EBTL.⁶⁷ In een van deze vijf uitspraken werd het beroep tegen de vrijheidsbeperking gegrond verklaard omdat de asielzoeker geen gebruik wilde maken van zijn recht op opvang, omdat hij bij familie kon verblijven.⁶⁸ De bevoegdheid tot overplaatsing of vrijheidsbeperking werd in deze uitspraken dus niet in twijfel getrokken. De gebreken die werden geconstateerd konden worden gerepareerd zonder dat er iets wezenlijks gewijzigd hoefde te worden aan de praktijk van overplaatsing en vrijheidsbeperking.

In andere zaken leidden formele kwesties niet tot een gegrond (hoger) beroep, of werd het (hoger) beroep niet-ontvankelijk verklaard vanwege een formele kwestie. Zo mocht het COA volgens de Afdeling dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag leggen aan een overplaatsing als die aan de eerdere overplaatsing naar de EBTL, van drie maanden eerder, ten grondslag lagen, omdat de vreemdeling de EBTL de eerste keer na elf dagen had verlaten.⁶⁹ In een andere zaak verklaarde de Afdeling het hoger beroep niet-ontvankelijk omdat de vreemdeling

beroep had ingesteld tegen zijn overplaatsing naar de EBTL in Hoogeveen en het COA hem inmiddels vanuit daar had overgeplaatst naar de EBTL in Amsterdam. Grieven tegen plaatsing in Amsterdam vielen buiten het geding, aldus de Afdeling.⁷⁰

Naast formele gebreken werden ook meer materiële gronden van beroep aangevoerd, gebaseerd op andere, *jurisdictio*, bronnen van recht. Met uitzondering van het hierboven reeds besproken argument dat er sprake is van vrijheidsontneming, werd aan deze beroepsgronden in de gepubliceerde rechtspraak niet veel aandacht besteed. Zo oordeelde Rechtbank Groningen:

‘De stellingen dat sprake is van noodweer, schending van de onschuldpresumptie of dat het incident door een strafrechter dient te worden beoordeeld, leiden de rechtbank, gelet op eisers eigen verklaringen, niet tot een ander oordeel. Voorop staat immers niet de vraag of eisers handelingen strafbaar waren, maar het gegeven dat hij door zijn gedrag in het AZC Cranendonck niet langer te handhaven was en de leefbaarheid en de beheersbaarheid daardoor in het gedrang kwamen.’⁷¹

De rechtbank gaat hiermee voorbij aan het mogelijk punitieve karakter van de maatregel, waardoor bepaalde waarborgen die gelden in het strafrecht, ook van toepassing zijn in het bestuursrecht. Deze waarborgen vloeien voort uit artikel 6 en 7 EVRM en 14 en 15 IVBPR en omvatten

De rechtbank gaat hiermee voorbij aan het mogelijk punitieve karakter van de maatregel, waardoor bepaalde waarborgen die gelden in het strafrecht, ook van toepassing zijn in het bestuursrecht

48. Art. 69 lid 1 VW 2000.

49. Art. 5 lid 3 Wet COA; art. 6:16 Awb.

50. Art. 8:81 Awb.

51. Rb. Den Haag, zp. Den Bosch 3 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4864.

52. In procedures over vreemdelingenbewaring moet de zitting binnen twee weken na ontvangst van het beroepschrift plaatsvinden, zie art. 94 lid 4 VW 2000.

53. Art. 8:66 Awb. Deze termijn kan in bijzondere omstandigheden met zes weken worden verlengd. In procedures tegen vreemdelingenbewaring is deze termijn één week, die niet kan worden verlengd (art. 94 lid 5 VW 2000).

54. ABRvS 8 april 2020, JV 2020/103, m.nt. Van Riel.

55. Rb. Den Haag, zp. Groningen 30 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK4199; Rb. Den Haag, zp. Groningen 30 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ9894.

56. Rb. Den Haag, zp. Groningen 20 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9384.

Herhaald in Rb. Den Haag, zp. Groningen, 22 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15519.

57. Rb. Den Haag, zp. Den Bosch 23 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1697.

58. Rb. Den Haag, zp. Utrecht 21 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:16093.

59. Rb. Den Haag, zp. Haarlem 5 maart 2018, JV 2018/67, m.nt. Kuiper.

60. Art. 8:105 Awb. Zie ook ABRvS 13 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1209.

61. Art. 84 onder a VW 2000.

62. De rechtspraak is op 10 december 2020 geselecteerd. Er is op www.rechtspraak.nl gezocht op de zoektermen ‘EBTL’ (twaalf resultaten) en ‘HTL’ (tien resultaten) waarbij als beperking rechtsgebied ‘vreemdelingenrecht’ is aangevinkt. Na het verwijderen van dubbele uitspraken en uitspraken die

niet over de HTL of EBTL gingen, bleven veertien uitspraken over.

63. Heeft ook een ander ECLI nummer: ECLI:NL:RBDHA:2020:3531

64. Rb. Den Haag, zp. Zwolle 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10926.

65. Rb. Den Haag, zp. Den Bosch 13 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11552.

66. Rb. Den Haag, zp. Groningen 15 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8422.

67. Rb. Den Haag, zp. Groningen 22 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4968.

Dit is het enige voorbeeld van een zaak waarin het beroep vanwege psychische problematiek gegrond werd verklaard, omdat de asielzoeker bewijs had overlegd van een eerdere opname in een psychiatrische kliniek. Andere zaken waarin een beroep op psychische problematiek werd

gedaan werden ongegrond verklaard omdat de asielzoeker dit onvoldoende had onderbouwd (Rb. Den Haag, zp. Haarlem 16 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3556; Rb. Den Haag, zp. Groningen 15 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8422; Rb. Den Haag, zp. Groningen 10 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6252, r.o. 6).

68. Rb. Den Haag, zp. Den Bosch 13 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11555.

69. ABRvS 13 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1209. Zie in deze zin ook: Rb. Den Haag, zp. Groningen 10 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6252, r.o. 4.

70. ABRvS 6 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:700.

71. Rb. Den Haag, zp. Groningen 15 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8422.

onder andere de onschuldpresumptie en het vereiste van verwijtbaarheid.⁷²

In een andere zaak werd door de asielzoeker een beroep gedaan op artikel 2 Protocol 4 EVRM, dat het recht op bewegingsvrijheid beschermt. Hierover oordeelde Rechtbank Groningen:

'De vrijheidsbepalende maatregel vindt zijn grondslag in artikel 56, van de Vw 2000. Hiermee is de wettelijke basis gegeven. Naar het oordeel van de rechtbank is artikel 56, van de Vw 2000 voldoende kenbaar en duidelijk. Voorts acht de rechtbank de inbreuk op eisers recht op bewegingsvrijheid noodzakelijk voor de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, gelet op de door hem veroorzaakte incidenten in de reguliere opvangvoorziening.'⁷³

De kwaliteit van de wettelijke grondslag wordt door de rechtbank dus niet onderzocht, hoewel daartoe wel aanleiding bestaat (zie boven), noch wordt duidelijk welke belangen de rechtbank heeft betrokken in de proportionaliteits-toets. Ook het argument dat sprake is van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM, wordt door Rechtbank Groningen zonder veel nader onderzoek ongegrond verklaard.⁷⁴

Uit de gepubliceerde rechtspraak over overplaatsing naar de EBTL en de HTL en oplegging van een vrijheidsbepalende maatregel blijkt dus dat rechters toetsen of de overheid zich houdt aan de vastgestelde waarborgen en regels in het toepasselijke beleid en de regelgeving. De regels als zodanig, de bevoegdheden tot overplaatsing en vrijheidsbeperking, worden in de rechtspraak niet fundamenteel ter discussie gesteld, noch de proportionaliteit van de maatregelen in het individuele geval. Beroepsgronden die zich hierop richten worden kort afgedaan. Met uitzondering van de vraag of er sprake is van vrijheidsontneming, wordt de regelgeving en praktijk van overplaatsingen naar de EBTL/HTL niet uitgebreid afgewogen tegen en gecontrasteerd met normen die voortvloeien uit andere rechtsbronnen, die enigszins buiten het bereik van de machthebber liggen. Dit roept de vraag op of rechters op dit dossier niet meer doordrongen zouden moeten zijn van hun fundamentele rechtsstatelijke taak om de dualiteit van het recht te beschermen. Daarmee wordt niet noodzakelijkerwijs bedoeld dat rechters beroepen tegen overplaatsingen of vrijheidsbeperkingen vaker gegrond moeten verklaren, maar wel dat ze indringender kunnen toetsen en uitgebreider kunnen motiveren, en daarmee de *gubernaculum*-kant van het recht van een echt tegenwicht kunnen voorzien.

4. Conclusie

In deze bijdrage heb ik betoogd dat de waarde van de rechtsstaat primair is gelegen in het beschermen van vrijheid als non-dominantie. Met dit vrijheidsbegrip als uitgangspunt heb ik, op basis van het werk van Lovett,

Benton en Palombella, een concreet toetsingskader ontwikkeld dat bestaat uit drie fundamentele rechtsstatelijke waarborgen:

1. Legaliteit van machtsuitoefening;
2. Verantwoordingsplicht voor de machthebber;
3. Respecteren en beschermen van de dualiteit in het recht.

Om de consequenties en betekenis van dit toetsingskader te verduidelijken, heb ik de overplaatsingen van asielzoekers naar de EBTL en de HTL aan deze drie waarborgen getoetst. Uit dit onderzoek bleek dat er op een aantal punten spanning bestaat tussen deze overplaatsingen en de genoemde rechtsstatelijke waarborgen. Ten eerste bestaan er enkele gebreken aan de wettelijke grondslag voor overplaatsing en vrijheidsbeperking. De bevoegdheid tot overplaatsen is zeer ruim en onbeperkt; de wettelijke grondslag voor vrijheidsbeperking lijkt te zijn bedoeld voor de aanwijzing van een gebied groter dan één plek of ruimte; en het is de vraag of de maatregelen in de HTL niet *de facto* resulteren in vrijheidsontneming, waardoor de gebruikte wettelijke grondslag niet deugt. Ten tweede beperkt een aantal factoren de effectieve toegang tot rechterlijke controle voor bewoners van de EBTL/HTL. Anders dan bij zaken over vrijheidsontneming (waar een overplaatsing naar de HTL op zijn minst erg op lijkt) staat de termijn waarbinnen een rechter de opgelegde maatregelen beoordeelt niet vast. Tot die tijd worden de maatregelen in het algemeen niet opgeschort. Voor het aanvechten van de voortdurende van de vrijheidsbeperking moet eerst een verzoek om opheffing worden ingediend (en de beslissing daarop worden afgewacht) alvorens beroep kan worden ingesteld en bestaat een extra hoge drempel voor gegrondverklaring. Tot slot bleek uit een analyse van de gepubliceerde rechtspraak over de EBTL en HTL dat wel goed wordt onderzocht of de opgelegde maatregelen binnen de kaders zoals neergelegd in wetgeving en beleid vallen en of is voldaan aan de daarin vastgestelde waarborgen, maar dat de regels en het beleid als zodanig niet of nauwelijks worden afgewogen tegen normen voortvloeiend uit andere rechtsbronnen.

Met betrekking tot alle drie de genoemde rechtsstatelijke waarborgen is dus verbetering mogelijk bij de aanpak van overlastgevende asielzoekers. Verbetering op dit vlak betekent niet noodzakelijkerwijs dat asielzoekers niet meer kunnen worden overgeplaatst naar de HTL, maar het zal ertoe leiden dat deze asielzoekers minder worden blootgesteld aan dominerende, willekeurige, machtsuitoefening. Het verminderen van deze vorm van machtsuitoefening is te allen tijde noodzakelijk, zelfs als die macht wordt uitgeoefend voor legitieme doeleinden. ●

⁷² Zie o.a. R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Kluwer, 2009, p. 966 e.v.; M. Feenstra & A. Tollenaar, 'Kruisbestuiving tussen straf- en bestuursrecht: de ontwikkeling van verwijt-

baarheid in het bestuursrecht', *NTB* 2017, p. 351-357.

⁷³ Rb. Den Haag, zp. Groningen 10 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6252, r.o. 8.1.

⁷⁴ Idem, r.o. 9.2.