

Inleiding

De Adviescommissie heeft kennis genomen van het voorstel doorzoeking Vw 2000 van de minister van Justitie aan de hand van het concept van 29 september 2009. Het voorstel bevat bevoegdheid tot doorzoeking van elke woonruimte na binnentreden, indien dat noodzakelijk wordt geacht voor de tijdelijke inbewaringstelling van reis- of identiteitspapieren (art 53a lid 1). Voor het doorzoeken van bedrijfsruimte wordt als nadere eis gesteld een redelijk vermoeden dat de vreemdeling die gebruikt als woonruimte (artikel 53a lid 2) Daarnaast wordt voorzien in het vereiste van een voor bovengenoemde doelen specifieke machtiging tot doorzoeking (artikel 53 b). Tenslotte wordt de bevoegdheid tot doorzoeking van zaken van de vreemdeling ook mogelijk hangende de oplegging van de maatregel ex 59 Vw, waarbij vooral moet worden gedacht aan het uitlezen van digitale gegevensdragers zoals een mobiele telefoon.

Noodzaak tot inbreuk op grondrechten aangetoond?

De Adviescommissie wil allereerst de gestelde noodzakelijkheid van de voorgestelde bepalingen van een kanttekening voorzien. Gelet op de ervaringsgegevens zoals gepresenteerd in de toelichting komt het steeds vaker voor dat illegale vreemdelingen niet een identiteitsdocument op zak hebben als zij worden staandegehouden. Ook zou de kans op het vaststellen van de identiteit tijdens staandehouding in de woning met 10 % van de gevallen zijn afgenomen. De Adviescommissie wil in algemene zin opmerken dat het om een relatief laag cijfer gaat. Verder is niet duidelijk of er zich in de afgelopen jaren wijzigingen in het vreemdelingentoezicht hebben voltrokken die leiden tot toename van de relatieve cijfers betrekking hebbend op het aantreffen van illegale vreemdelingen. In geval het toezicht beter en meer specifiek wordt, ligt daarin ook, voorde hand liggend, de kans besloten dat de functionarissen belast met toezicht meer ongedocumenteerden aantreffen. Ook kan het zijn dat men herhaald stuit op eenzelfde harde kern van niet gedocumenteerde en lastig uitzetbare vreemdelingen. Immers de Dienst Terugkeer en Vertrek slaagt er niet in alle gevallen in illegale vreemdelingen uit te zetten. Daar de bewaring niet eindeloos kan worden gezet, wordt een deel van deze vreemdelingen vrijgelaten voordat de identiteit kan worden vastgesteld c.q. de uitzetting bewerkstelligd, en verdwijnen vervolgens wederom in de illegaliteit.

Kortom, populair gezegd; als de vreemdelingendienst beter naar illegale vreemdelingen zoekt vindt zij ze ook (opnieuw) en daarmee vindt ze ook meer 'sans papiers'. Een tweede gedachte is dat de stelling dat ongedocumenteerde vreemdelingen op straat of thuis, hun documenten hebben 'verstopt', evenmin logischerwijs voortvloeit uit de stijgende ongedocumenteerdencijfers. De stelling dat vreemdelingen meer anticiperen op een eventuele staandehouding is evenmin onderbouwd. De Adviescommissie acht deze gevolgtrekking overigens niet voor hand liggend. Immers, als er al sprake zou zijn van een toename van dergelijk calculerend gedrag, dan ligt het meer voor de hand dat de vreemdeling zijn document vernietigt in plaats van het ergens in een la te bewaren.

Kortom, de Adviescommissie is van mening dat de noodzaak tot het scheppen van de bevoegdheid tot doorzoeken van woningen en bedrijven allerminst vaststaat, en dat het voorstel wat dit betreft een meer solide cijfermatige onderbouwing behoeft. Dit is van eminent belang omdat, zoals in de Toelichting ook wordt onderkend, het voorstel een verregaande bevoegdheid schept tot een inbreuk op grondrechten, meer in het bijzonder op het huisrecht en op het recht op privacy. De

Adviescommissie wijst er op dat het in het geding zijnde artikel 8 EVRM zelf al voorschrijft dat maatregelen die een inbreuk op privé leven vestigen noodzakelijk moeten zijn. De Adviescommissie is van mening dat deze noodzakelijkheid onvoldoende is onderbouwd.

Artikelsgewijs

Artikel 53a

De Adviescommissie adviseert om aan de bevoegdheid tot het doorzoeken van de woning de eis te verbinden dat de aangetroffen vreemdeling vermoed moet worden de woning alwaar hij is aangetroffen mede voor zich zelf als woonruimte te gebruiken, althans dat dit aannemelijk is. Het betreft een restrictie die wel reeds in het tweede lid van artikel 53a is opgenomen.

De Adviescommissie hecht hieraan omdat de bevoegdheid om ergens zonder toestemming van de bewoner binnen te gaan al snel mogelijk is in het kader van het vreemdelingentoezicht. Zo kan het vermoeden van illegaal verblijf op basis van bijvoorbeeld een anonieme tip worden verkregen. Aan de kennis van de tipgever waaruit deze zijn of haar vermoeden ontleend van illegaliteit worden geen eisen gesteld. Het ook anderszins in de praktijk blijken eenvoudige bewijsbare vereisten van redelijk vermoeden van illegaal verblijf gaat door de creatie van de bevoegdheid tot doorzoeking van een woning ook leiden tot een, naar de Adviescommissie vreest, ongebreideld gebruik van deze bevoegdheid. Het betreft een schending van het privéleven, niet alleen van de vreemdeling, maar veelal ook van derden bij wie de vreemdeling verblijft.

Dat de onderdak verschaffende persoon het bepaalde in 4:40 Vb niet nakomt is weliswaar juist maar de sanctie middels het doorzoeken van zijn woning is naar de mening van de Adviescommissie disproportioneel. Daarbij komt dat de rechtsbelangen zoals die worden beschermd door artikel 4:40 Vb niet in verband staan met het huisrecht van de derde die onderdak verschaft.

Zo kan het zijn dat de vreemdelingenpolitie ieder huis waarvan ze denkt op basis van een redelijk vermoeden dat zich daar een illegale vreemdeling bevindt, te doorzoeken zonder daarvoor te hoeven stellen en bewijzen dat het aannemelijk is dat zich in dat huis ook documenten van die vreemdeling bevinden. Zoals aangegeven; de aanname in de toelichting op het wetsvoorstel dat als de bevoegdheid bestaat, dit ook leidt tot het vaker veilig stellen van documenten is niet ondersteund met enig statistisch bewijs. Het is daarom van belang dat de doorzoekende autoriteit ook een redelijk vermoeden zou moeten stellen en bewijzen om van de bevoegdheid gebruik te maken. Het noodzakelijkheidvereiste biedt daar naar het inzicht van de Adviescommissie onvoldoende waarborg voor.

Dit wordt bereikt door ook aan het eerste lid de beperking toe te voegen dat doorzoeken mogelijk is als aannemelijk is dat de vreemdeling het huis gebruikt als verblijfplaats. Daar zou aan kunnen worden toegevoegd dat er ook andere redenen kan zijn waarom doorzoeking redelijk is gelet op een redelijk vermoeden van aanwezigheid van documenten.

Artikel 53b

De bevoegdheid tot het doorzoeken van de woning dient naar het inzicht van de Adviescommissie inderdaad vooraf te worden gegaan door een machtiging daartoe. De commissie heeft echter vragen bij de mogelijkheid van een telefonisch verkregen machtiging ter plaatse na het aantreffen van de vreemdeling wiens identiteit niet onmiddellijk kan worden vastgesteld. Het betreft een vereenvoudiging van de voorschriften ten opzichte van de algemeen geldende AWBi. Hiervoor is naar de mening van de Adviescommissie geen rechtvaardiging te vinden.

Uit het oogpunt van voorzienbaarheid en kenbaarheid voor de vreemdeling en de eventueel onderdak verschaffende persoon is de Adviescommissie van mening dat de vreemdelingendienst een van te voren opgestelde en schriftelijke machtiging zou moeten tonen. Dat niet in alle gevallen een dergelijke voorafgaande doorzoekmachtiging nodig is, rechtvaardigt niet dat met een telefonische machtiging ter plaatse kan worden volstaan. De bewoner heeft gelet op het huisrecht op het moment van binnentreden of op het moment dat tot doorzoeking wordt besloten, recht om dit terstond schriftelijk te vernemen. Bij het maken van een inbreuk op grondrechten zoals die in dezen aan de orde zijn moet zoveel mogelijk worden vastgehouden aan eisen van zorgvuldigheid. De Adviescommissie vreest er verder voor dat in de praktijk de telefonische machtiging de regel zal zijn in plaats van de uitzondering die het bedoeld is te vormen.

Overigens acht de Adviescommissie het juist dat de doorzoeking vanzelfsprekend alleen plaatsheeft met het oog op het zoeken van documenten van de vreemdeling, echter dit betekent niet dat de doorzoeking minder ingrijpend zal zijn. Immers het kenmerk van een doorzoeking is dat beoogd wordt iets te vinden dat niet onmiddellijk zichtbaar is, zodat de doorzoeking met het oog op het vinden van een wapen uiterlijk en qua gevolgen niet verschilt van het doorzoeken van een woning met het oog op het vinden van een geboorteakte. Ook daarom is de Adviescommissie van mening dat moet worden vastgehouden aan het schriftelijkheidsvereiste.

Artikel 59 lid 3 Vw

De doorzoeking van goederen waaronder uitlezen van mobiele telefoons is thans alleen toegestaan hangende de periode waarin artikel 50 van toepassing is. Omdat de tijd van 6 uren ophouding kort zou zijn, zou ook de bevoegdheid tot doorzoeking moeten worden verlengd. De Adviescommissie stelt vast dat uitbreiding van de voorgespiegelde duur naar de in beginsel van onbepaalde duur zijnde vreemdelingenbewaring wel zeer groot is. De Adviescommissie wijst er op dat de periode waarin artikel 50 kan worden toegepast tot maximaal 48 uur kan worden verlengd. De Adviescommissie stelt vast dat van deze bevoegdheid kennelijk geen gebruik gemaakt. De Adviescommissie stelt voor dat eerst deze bevoegdheid wordt gebruikt alvorens verder te gaan dan thans is voorgesteld.