

Ingediend via www.internetconsultatie.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer E. van der Burg

Den Haag, 8 juni 2023

dossiernummer: 203897

uw kenmerk: n.v.t.

telefoonnummer: +31 (0)6 21 55 66 58

e-mail: e.trinthamer@advocatenorde.nl

Betreft: Wet testen bij vertrek

Geachte staatssecretaris,

Op 13 april 2023 is de internetconsultatie 'Wet testen bij vertrek' gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissie vreemdelingenrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mr. drs. W.M. van Tellingen
plaatsvervangend algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie vreemdelingenrecht

Bezoekadres

Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres

Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Aan:	algemene raad
Van:	wetgevingsadviescommissie vreemdelingenrecht
Datum:	8 juni 2023
Betreft:	Wet testen bij vertrek

SAMENVATTING

Het hier centraal staande wetsvoorstel testen bij vertrek dient ertoe het mogelijk te maken vreemdelingen in bepaalde (uitzonderlijke) situaties verplicht te laten testen op infectieziekten, met oog op een uitzetting of overdracht uit Nederland, en om hen ingeval van verzet tegen een dergelijke test zelfs te kunnen verplichten mee te werken aan een test. In het navolgende advies gaat de adviescommissie vreemdelingenrecht van de Nederlandse orde van advocaten (hierna: de commissie) in op het wetsvoorstel en hoe dit zich verhoudt tot verschillende mensenrechtelijke normen en op de noodzaak van dwang bij het uitvoeren van dergelijke testen.

CONSULTATIEREACTIE

Inleiding

In de Memorie van Toelichting (MvT) op het wetsvoorstel is meermaals expliciet erkend dat het verplicht uitvoeren van een test een inbreuk op mensen- / grondrechten oplevert. De nadruk van dit advies ligt op de rechtvaardiging in de MvT van de mogelijkheid een dergelijke inbreuk te maken. In de MvT wordt daarbij alleen ingegaan op het recht op onaantastbaarheid van het lichaam, zoals beschermd door (onder andere) de artikelen 11 van de Grondwet, artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 3 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest). Voordat op dit recht wordt ingegaan, wordt hierna eerst ingegaan op het verbod op onmenselijke of vernederende behandeling, zoals (onder meer) neergelegd in artikel 3 van het EVRM.

Artikel 3 van het EVRM

De commissie mist in de bespreking van de toepasselijke grondrechtbepalingen het verbod op onmenselijke of vernederende behandeling uit (o.a.) artikel 3 van het EVRM. De commissie wijst er op dat jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) bestaat over de vraag of gedwongen medische ingrepen een schending van artikel 3 van het EVRM kunnen zijn. De commissie meent dat deze jurisprudentie in ieder geval in overweging genomen had moeten worden bij de vraag of het beoogde doel van het wetsvoorstel wenselijk is en dus bij toelichting op het wetsvoorstel in de MvT.

Zonder dat dit schrijven volledigheid wenst te pretenderen, vallen in ieder geval de volgende principes op te maken uit de genoemde jurisprudentie:

- Een gedwongen medische ingreep is geen schending van artikel 3 van het EVRM indien deze vanuit het oogpunt van gevestigde medische principes noodzakelijk is voor de behandeling van een persoon.
- Een gedwongen medische ingreep zonder dat dit een medisch behandelingsdoel dient, is niet per definitie strijdig met artikel 3 van het EVRM, maar wel aan strenge eisen

gebonden. De voorbeelden uit de jurisprudentie gaan daarbij over het verkrijgen van uit het lichaam van een verdachte van een misdaad afkomstig bewijs in strafrechtelijke casus.¹

De commissie adviseert de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid kritisch te evalueren hoe het voorstel om gedwongen tests bij vreemdelingen mogelijk te maken zich verhoudt tot de genoemde jurisprudentie van het EHRM over artikel 3 van het EVRM. Kenmerkende aan artikel 3 van het EVRM is dat het een absoluut recht is en dus – anders dan bijvoorbeeld artikel 8 van het EVRM – geen beperkingen toelaat. Dat uit de jurisprudentie afgeleid kan worden dat onvrijwillige medische handelingen soms niet in strijd komen met artikel 3 van het EVRM, laat onverlet dat de voorbeelden waarbij dit speelt een wezenlijk ander (namelijk strafrechtelijk) karakter hebben en zijn gericht op verdachten van ernstige misdaden. Dat lijkt van een wezenlijk andere orde dan een vreemdeling die onwillig is of bijvoorbeeld principiële bezwaren heeft bij het doen van een coronatest.

Artikel 8 van het EVRM

Het recht op fysieke en psychische integriteit wordt beschermd door het recht op respect op privéleven uit artikel 8 lid 1 van het EVRM. Terecht wordt in de MvT dan ook erkend dat verplicht testen een inbreuk vormt op (onder andere) deze verdragsbepaling.

Anders dan artikel 3 van het EVRM staat artikel 8 lid 2 van het EVRM onder voorwaarden beperkingen toe; voor een gerechtvaardigde inmenging in de rechten uit artikel 8 lid 1 van het EVRM is vereist dat er een wettelijke grondslag is, dat de inmenging één of meer van de limitatief opgesomde legitieme doelen dient en dat het noodzakelijk is in een democratische samenleving; dat wil zeggen dat er sprake is van een 'pressing social need'. In de MvT wordt expliciet erkend dat een legitiem doel vereist is voor inmenging in de rechten uit het eerste lid van artikel 8 van het EVRM, maar er is in het wetsvoorstel onduidelijkheid over het toepasselijk (legitiem) doel. In de wettekst zelf wordt een "ernstig gevaar voor de volksgezondheid" als doel genoemd. Op pagina 15 van de MvT wordt echter een heel ander doel genoemd: "het handhaven van de uitvoerbaarheid van het terugkeerbeleid". Dit scheidt allereerst verwarring en de commissie roept de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid op om die verwarring met een betere toelichting weg te nemen. Vooruitlopend op een eventuele verduidelijking van het doel, wordt hierna alvast op de twee al genoemde doelen ingegaan.

Ernstig gevaar voor de volksgezondheid als doel

Wat betreft het eerst genoemde doel merkt de commissie op dat bescherming van de volksgezondheid een doel is dat wordt 'gedekt' door het tweede lid van artikel 8 van het EVRM, 'de bescherming van de gezondheid' is immers één van de limitatief opgesomde legitieme doelen. Hoewel de bescherming van de gezondheid op zichzelf een voor de hand liggend (legitiem) doel lijkt, meent de commissie dat daar bij nadere beschouwing vraagtekens bij geplaatst kunnen worden. Normaliter dient er vanuit te worden gegaan dat de legitieme doelen uit het tweede lid van artikel 8 van het EVRM de belangen van de inmengende staat zelf vertegenwoordigen. In het voorliggend wetsvoorstel gaat het echter niet om bescherming van de gezondheid op het eigen grondgebied, maar op z'n best om bescherming van de gezondheid in een ander land. De vraag is of de legitieme doelen uit het tweede lid van artikel 8 van het EVRM een basis dienen voor inmenging in fundamentele rechten vanwege de belangen van andere staten.

¹ EHRM 11 juli 2006, Jalloh t. Duitsland, 54810/00, par. 69-70.

Als het doel van de inmenging de bescherming van de volksgezondheid is, dan zou de testverplichting dienen te gelden voor alle op het grondgebied van Nederland aanwezigen en niet alleen voor vertrekkende vreemdelingen. A contrario geredeneerd blijkt uit de regeling dat de genoemde grondslag niet voldoet aan het noodzakelijkheidsbeginsel.

Het handhaven van de uitvoerbaarheid van het terugkeerbeleid als doel

Vanuit een iets kritischer perspectief gaat het de staat misschien echter nog wel het meest om iets heel anders: om bescherming van de effectiviteit van de uitvoering van het vreemdelingen- en/of terugkeerbeleid. Als gezegd wordt dit laatste ook expliciet in de MvT als legitiem doel genoemd onder het kopje 'Grondrechten'. Ook verder in de MvT wordt niet zozeer de bescherming van de gezondheid als doel genoemd, maar (meermaals) de bescherming van een effectief vreemdelingen- en terugkeerbeleid. De commissie heeft daar op zichzelf begrip voor; het migratiebeleid biedt veel uitdagingen en heeft zowel een grote impact op de maatschappij als op de levens van de betrokken vreemdelingen. Een effectief en geloofwaardig beleid is dus onmiskenbaar van belang. Het probleem is echter dat het tweede lid van artikel 8 van het EVRM een effectief vreemdelingen- en/of terugkeerbeleid niet noemt als legitiem doel voor inmenging. Als dit feitelijk wel het doel is, is het aldus de vraag of dit wel in overeenstemming is met artikel 8 van het EVRM.

Duidelijkheid hierover is naar het oordeel van de commissie cruciaal. Niet alleen lijkt dit beslissend voor de vraag of de beoogde inmenging mogelijk is op grond van artikel 8 lid 2 van het EVRM, maar ook omdat de verdere toets aan artikel 8 lid 2 van het EVRM – die feitelijk een belangenafweging betreft – daarmee nauw samenhangt. Hoe het belang van de staat bij testen (de noodzaak ervan) wordt afgewogen tegen het belang van een individuele vreemdeling die niet getest wil worden, hangt mede af van de doelen die de staat heeft (en mag hebben) bij de beoogde inmenging.

Belangenafweging op grond van artikel 8 EVRM

Ondanks dat de weging van belangen als gezegd samenhangt met de vraag naar het toepasselijk (legitiem) doel, wordt hierna nog ingegaan op de vraag hoe de belangen afgewogen moeten worden.

Blijkens het wetsvoorstel kan het belang van de staat bij testen enkel door de belangen van een (volwassen) vreemdeling worden overtroffen indien de vreemdeling een objectief vast te stellen medisch belang aanvoert. De commissie vraagt zich af of dit terecht is en of er niet ook andere belangen voorstelbaar gewicht in de schaal kunnen leggen aan de zijde van de individuele vreemdeling. In essentie lijkt dit wetsvoorstel te zijn ingegeven door de vrees (of de ervaring in coronatijd) dat vreemdelingen vrij massaal puur instrumentele bezwaren tegen testen gebruiken om maar niet uitgezet of overgedragen te worden. In dat type situaties is het naar het oordeel van de commissie vaak goed verdedigbaar dat de belangen van de staat zwaarder wegen dan de belangen van de individuele vreemdeling. Toch moet ook rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat individuele vreemdelingen ook om andere dan puur instrumentele redenen bezwaren kunnen hebben tegen testen of bepaalde testvormen; serieus onderbouwde principiële en/of levensbeschouwelijke bezwaren bijvoorbeeld. Waarom zou bij voorbaat vast moeten staan dat aan een dergelijk belang in een individueel geval geen doorslaggevende betekenis toe kan komen? In de maatschappelijke discussies over coronabeleid is het vaak de inzet van de overheid geweest om mensen aan te moedigen om zich te laten testen en/of te laten vaccineren, maar is dwang steeds zoveel mogelijk vermeden. Is het gerechtvaardigd om bij het uitzetten en/of overdragen van vreemdelingen per definitie een dergelijk principieel andere weging te maken? De

commissie mist overwegingen over deze vragen, die juist in een belangenafweging relevant kunnen zijn.

Bij dit laatste is ook van belang dat blijkens de nu al bestaande jurisprudentie – waarbij dus nog geen sprake is van dwang tot testen – wel in de weging van belangen van vreemdelingen in bewarings- en overdrachtszaken wordt betrokken hoe een vreemdeling zich heeft opgesteld bij het doen of weigeren van een coronatest.² Dit is voor de belangenafweging bij het opleggen van een test uiterst relevant, want het laat immers zien dat er reeds nu middelen bestaan die de staat in het nadeel van de vreemdeling kan gebruiken als hij/zij weigert mee te werken aan een test. Dit gegeven relativeert de noodzaak van het daadwerkelijk uitvoeren van een test en daarmee het belang van de staat in een te maken belangenafweging. Daarbij wordt er op gewezen dat het hier gaat om vreemdelingen die in detentie verblijven. Uit EHRM-jurisprudentie kan worden afgeleid dat het verblijf in een detentiecentrum onder omstandigheden als effect kan hebben dat iemand door die situatie zo kwetsbaar wordt dat hij/zij de mogelijkheid verliest om zich nog effectief te verzetten tegen lichamelijk onderzoek door de autoriteiten.³ Het in bewaring moeten verblijven is kortom zelf al een behoorlijk drukmiddel om mee te werken aan een test, maar is wel evident een lichter middel dan een gedwongen test zelf.

Een ander aspect in de belangenafweging kan zijn in hoeverre het gedrag van vreemdelingen daadwerkelijk het terugkeerbeleid van Nederland in de problemen brengt. Dat zal alleen het geval zijn als testen vrij massaal door uitzetbare en overdraagbare vreemdelingen worden geweigerd. Dat is echter geen vaststaand gegeven. Als slechts in een paar individuele gevallen testen worden geweigerd, zijn de belangen van de staat bij het afdwingen van tests dus automatisch minder groot en is het aldus de vraag of dwang bij testen dan nog wel passend is.

Uiteindelijk is ook van belang hoe er wordt getest. Het wetsvoorstel is begrijpelijkerwijs geschreven met de coronapandemie in het achterhoofd, alsmede de bijhorende manier van testen. Bij andere infectieziekten kan de manier van testen echter afwijken en bijgevolg ook een kleinere of juist grotere impact hebben op degene die de test moet ondergaan. Het is evident dat dit ook relevant is voor de vraag hoe belangen afgewogen moeten worden. Uit het voorstel en de toelichting daarop, blijkt niet dat ruimte wordt geboden om daaraan relevantie toe te kennen.

Naar het oordeel van de commissie dient bij de te maken weging van belangen, een verplichting die impliciet voortvloeit uit de criteria uit het tweede lid van artikel 8 van het EVRM, meer rekening gehouden te worden met de genoemde potentiële belangen van individuele vreemdelingen, alsmede met omstandigheden die potentieel af kunnen doen aan het belang van de staat bij verplicht testen. De voorgestelde wettekst en de uitwerking ervan in de MvT laten naar het oordeel van de commissie te weinig ruimte voor dergelijke overwegingen. De commissie beveelt daarom aan dat daar in de wettekst en de toelichting daarop meer aandacht voor komt, zodat daar uiteindelijk in de uitvoering ook ruimte voor zal zijn. Van belang is vooral dat het ultimatum remedium-karakter concreter en krachtiger wordt benadrukt, zowel in de wettekst zelf als in de manier waarop met de concurrerende belangen van staat en vreemdeling wordt omgegaan.

² Zie bijvoorbeeld: ABRvS 28 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:917 en Rechtbank Den Haag, zp. Zwolle, 7 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10314.

³ EHRM 22 juli 2003, Y.F. t. Turkije, 24209/94, par. 34 en EHRM 13 mei 2008, Juhnke t. Turkije, 52515/99, par. 76.

Rechterlijke toets

In de toelichting wordt tot slot aangegeven, dat aangenomen mag worden dat het voornemen om de test daadwerkelijk onder dwang af te nemen kan worden aangemerkt als een handeling als bedoeld in artikel 72, derde lid, Vw 2000. Ook wordt de mogelijkheid opengehouden dat de rechterlijke toets plaatsvindt na de gedwongen afname van de test.

De commissie adviseert om een uitdrukkelijke bepaling op te nemen in het voorstel voor een beroepsmogelijkheid tegen een beslissing tot gedwongen afname van de test.

In het wetsvoorstel wordt als uitgangspunt genomen, dat de inbreuk mag worden gemaakt en het vervolgens aan de vreemdeling is om dit aan te vechten bij de rechter. Een andere mogelijkheid is om als uitgangspunt te nemen, dat de inbreuk niet gemaakt mag worden, tenzij de rechter goedkeuring heeft gegeven voor de inbreuk. In dat geval is ten minste gegarandeerd dat rekening wordt gehouden met de individuele situatie, op de specifieke mérites (pro en contra) en alle alternatieven zijn beoordeeld. Deze waarborg ontbreekt nu. Een rechterlijke toetsing vooraf bevordert de zorgvuldige besluitvorming en is goed inpasbaar in het systeem.