



Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken

aan Minister voor Immigratie & Asiel
De heer drs. G. B. M. Leers
Postbus 20011
2500 EA DEN HAAG

contactpersoon Drs. A.C. Vergeer
doorkiesnummer 070 – 370 8012
datum 7 september 2011
ons kenmerk ACVZ/ADV/2011/023
uw kenmerk
bijlage(n)
onderwerp

Advies over voorstel tot wijziging Vreemdelingenwet (Vw) 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland.

Geachte heer Leers,

Bij brief van 11 juli 2011 (kenmerk 2011-2000278555) heeft u de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) gevraagd te adviseren over uw voorstel tot wijziging van de Vw 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland. Met deze brief voldoet de ACVZ aan uw verzoek.

Het voorstel regelt de strafbaarstelling van niet rechtmatig verblijf, anders dan het verblijf in weerwil van de bestaande ongewenstverklaring ex artikel 67 Vw 2000 en het verblijf in weerwil van het nieuwe inreisverbod dat met de implementatie van de Terugkeerrichtlijn wordt geïntroduceerd.¹ Over die laatste vorm van strafbaarstelling heeft de ACVZ geadviseerd bij brief van 17 januari 2011.²

Het wetsvoorstel ziet op de strafbaarstelling van het verblijf van de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf in Nederland heeft en die voor de

postadres

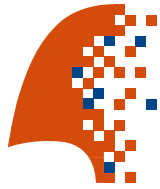
Postbus 93127
2509 AC 's-Gravenhage

bezoekadres

Prins Clauslaan 20
2595 AJ 's-Gravenhage

www.acvz.com

1 *Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 1 en 2.*
2 *Briefadvies tweede nota van wijziging implementatie Terugkeerrichtlijn 17 januari 2011, Den Haag: ACVZ. Zie www.acvz.org.*



eerste keer wordt aangetroffen. Hiertoe wordt een nieuw artikel 108a ingevoegd na artikel 108 Vw 2000, waarin de al bestaande sanctieringsmaatregelen tegen overtreding van algemene voorschriften op het gebied van toegang, grensbewaking, toezicht, vrijheidsbeperking en uitzetting zijn neergelegd. In het nieuwe artikel 108a is bepaald dat de meerderjarige vreemdeling die niet rechtmatig in Nederland verblijft, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste vier maanden of een geldboete van de tweede categorie, wanneer de voor hem geldende vertrektermijn is verstreken.³ De ambtenaren belast met de grensbewaking en het vreemdelingentoezicht worden met de opsporing van het nieuwe strafbare feit belast, dat als overtreding wordt gesanctioneerd.⁴

De ACVZ heeft geen opmerkingen over de wijze waarop de voorgestelde strafbaarstelling is uitgewerkt. Deze sluit naar de mening van de commissie op een voor de hand liggende wijze aan bij de bestaande wetgevingssystematiek. Wel heeft de commissie de volgende opmerkingen over de noodzaak en de effectiviteit van de beoogde maatregel, enkele ongewenste neveneffecten ervan, de verenigbaarheid ervan met de Terugkeerrichtlijn, de delictomschrijving en de samenhang tussen uitsluitingsgronden voor toepassing van de met dit voorstel uitgebreide sanctiebepalingen.

Noodzaak onvoldoende aangetoond

In de toelichting wordt aangegeven dat illegaliteit maatschappelijk belastend is, omdat het vaak met overlast en criminaliteit gepaard gaat. Het kabinet spreekt de verwachting uit dat van de thans voorgestelde strafbaarstelling een afschrikwekkende werking uitgaat: er wordt een duidelijker signaal aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen afgegeven dat hun verblijf niet wordt geaccepteerd.

De commissie is van mening dat een degelijke analyse van de noodzaak van de voorgestelde maatregel gewenst is. De enkele opmerking dat niet rechtmatig verblijf maatschappelijk zeer belastend is en dat een krachtig signaal is aangewezen, is naar de mening van de ACVZ onvoldoende concreet en onderbouwd om deze maatregel te kunnen rechtvaardigen. Dit klemt temeer nu uit wetenschappelijk onderzoek is gebleken dat het aantal niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen sinds 2002 voortdurend is gedaald en er overigens geen aanwijzingen zijn dat de problemen die gepaard gaan met illegaliteit sindsdien zijn toegenomen.⁵ Nergens wordt gemotiveerd waarom niet kan worden volstaan met de huidige bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten. Zoals de commissie eerder heeft opgemerkt kan een vreemdeling nu al niet illegaal in Nederland verblijven zonder de in het bestaande artikel 108 Vw 2000 neergelegde voorschriften te overtreden.⁶ Bovendien zijn de voorwaarden voor inbewaringstelling van vreemdelingen nu al dermate ruim geformuleerd dat in het belang van de openbare orde iedere onrechtmatig hier te lande verblijvende vreemdeling in bewaring kan worden gesteld met het oog op uitzetting.⁷

3 Nieuw artikel 108a, eerste en tweede lid Vw 2000.

4 Nieuw artikel 108a, derde en vierde lid Vw 2000.

5 P.G.M. van der Heijden, M. Cruyff & G.H.C. van Gils, *Schatting illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen in 2009*, Utrecht: WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2011.

6 *Briefadvies tweede nota van wijziging implementatie Terugkeerrichtlijn*, 17 januari 2011, Den Haag: ACVZ, p. 5.

7 Idem.



Op grond van het vorenstaande is de commissie van mening dat het voorliggende wetsvoorstel niet voldoet aan aanwijzing 6.1 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, waarin is bepaald dat alleen tot nieuwe regelingen wordt besloten als de noodzaak daarvan is komen vast te staan. De commissie beveelt aan in de toelichting een nadere onderbouwing van die noodzaak te geven.

Twijfels over effectiviteit

Op grond van aanwijzing 11 van de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt niet tot een regeling besloten dan nadat is nagegaan of deze in voldoende mate gehandhaafd kan worden. In de toelichting op deze aanwijzing wordt vermeld dat de implicaties van wetsvoorstellen die uit een oogpunt van uitvoering en handhaving ingrijpende veranderingen tot gevolg hebben, worden neergelegd in handhaafbaarheids- en uitvoerbaarheidsrapporten. Een van de aspecten die bij de beoordeling van de handhaafbaarheid van belang is, is de voorwaarde dat uitzonderingen op de regeling tot een minimum worden beperkt.

In de toelichting op het wetsvoorstel is aangegeven dat in nauw overleg met de betrokken diensten zal worden bezien hoe de handhaving zo effectief en efficiënt mogelijk vormgegeven kan worden.⁸ Van een vooraf uitgevoerd handhavings- en uitvoeringsonderzoek is niet gebleken. Op grond van de afspraak in het regeerakkoord zal de handhaving zich vooral richten op criminele en overlastgevendende vreemdelingen en zullen illegalen buiten het kader van het vreemdelingentoezicht niet actief worden opgespoord. Gelet hierop worden weinig extra inspanningen van de (vreemdelingen) politie en de Koninklijke Marechaussee verwacht.

Het gevolg van de keuze om de strafbaarstelling selectief te handhaven is dat het leeuwendeel van de vreemdelingen die onrechtmatig in Nederland verblijven weliswaar niet *de jure*, maar wel *de facto* van de handhaving van de maatregel is uitgezonderd. In combinatie met de vragen over de noodzakelijkheid van de regeling, doet dit vragen rijzen over de effectiviteit ervan. Het praktisch effect van een maatregel die grotendeels niet wordt gehandhaafd is beperkt. Een nadere beschouwing van de gevolgen van de beperkte handhaving op de effectiviteit van de maatregel acht de ACVZ dan ook op zijn plaats. In dit kader merkt de commissie overigens op dat niet rechtmatig verblijf, zoals opgemerkt in de toelichting, inderdaad in een aantal andere Europese landen al strafbaar is, maar tot op heden is niet gebleken dat de strafbaarstelling daar effect heeft gehad op de omvang van illegaliteit.

Op grond van aanwijzing 9 van de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt bij de afweging van verschillende mogelijkheden tot overheidsinterventie om een doelstelling te bereiken in ieder geval gelet op de mate waarin verwacht mag worden dat de regeling het beoogde doel zal helpen te verwezenlijken (sub a) alsmede op de neveneffecten van de regeling (sub b). Zoals al vermeld, is het doel van de voorgestelde strafbaarstelling afschrikking. De commissie betwijfelt of de strafbaarstelling illegale vreemdelingen zodanig zal ontmoedigen dat zij Nederland uit eigen beweging zullen verlaten. Illegalen weten ook nu al dat hun verblijf onrechtmatig is en dat zij kunnen worden opgepakt en in vreemdelingenbewaring kunnen worden gesteld als zij aangetroffen worden. Afgezien van de omstandigheid dat veel illegale vreemdelingen waarschijnlijk niet over de middelen beschikken om een opgelegde boete te betalen, wordt

⁸ Memorie van Toelichting, p. 26.



niet aannemelijk gemaakt dat zij vervolgens strafrechtelijke detentie wezenlijk anders zullen ervaren dan een verblijf in vreemdelingenbewaring. Ook dit leidt tot twijfels over de effectiviteit van de voorgestelde maatregel.

Ongewenste neveneffecten

Verstorende invloed op het bestuursrechtelijk handavingsinstrumentarium

Het voorstel geeft geen blijk van een zorgvuldige beoordeling van een belangrijk neveneffect dat van invloed is op de effectiviteit van de bestaande vreemdelingenbewaring. In reactie op het in de toelichting aangehaalde bezwaar dat de maatregel tot een cumulatie van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties leidt en dat vraagtekens kunnen worden gesteld bij de doelmatigheid van die cumulatie, wordt opgemerkt dat dit bezwaar gebaseerd is op de onjuiste aanname dat een strafrechtelijke sanctie wegens illegaal verblijf hetzelfde doel heeft als vreemdelingenbewaring.⁹ Volstaan wordt met de mededeling dat er een verschil bestaat tussen een herstel- en een punitieve sanctie, maar er wordt niet ingegaan op de onwenselijkheid van genoemde cumulatie. Hiermee wordt het bezwaar niet afdoende weggenomen. Dit is niet in overeenstemming met aanwijzing 11, lid 2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving waarin is bepaald dat ervoor moet worden gewaakt dat niet zonder noodzaak wordt voorzien in een cumulatie van sanctiemogelijkheden voor de handhaving van één verplichting. De onwenselijkheid van deze cumulatie is volgens de commissie gelegen in het feit dat de vreemdeling die wordt staande gehouden omdat hij wordt verdacht van niet rechtmatig verblijf na de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel gewezen moet worden op zijn zwijgrecht. Dit brengt het gevaar met zich dat het horen van betrokkene in het kader van het vreemdelingentoezicht wordt bemoeilijkt. Weliswaar wordt opgemerkt dat wordt gewaarborgd dat de tenuitvoerlegging van de straf wegens illegaal verblijf niet leidt tot vertraging van het vertrek,¹⁰ maar zonder een nadere toelichting of uitwerking blijft het onduidelijk hoe voorkomen wordt dat dit neveneffect het voornemen om onrechtmatig verblijf te ontmoedigen, doorkruist. Hierdoor staat het voorstel eveneens op gespannen voet met aanwijzing 9 sub b van de Aanwijzingen voor de regelgeving. De commissie is van mening dat hieraan nader aandacht moet worden besteed in de toelichting op het wetsvoorstel.

Waarschijnlijk extra belasting rechterlijke macht, OM en uitvoeringsinstanties

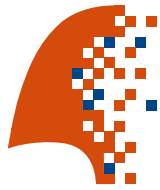
Het niet rechtmatig verblijf kan op twee manieren bestraft worden. Ten eerste via een door de Officier van Justitie (OvJ) of de opsporingsambtenaar op te leggen bestuurlijke strafbeschikking. Deze kan alleen gebruikt worden voor het opleggen van een geldboete. Ten tweede via de kantonrechter. Dit kan zowel direct als in tweede instantie. Als voorzienbaar is dat de vreemdeling niet bereid of in staat is de geldboete te voldoen, wordt hij direct gedagvaard om voor de rechter te verschijnen. Daarnaast kan de OvJ nadat de bij genoemde strafbeschikking opgelegde geldboete niet is betaald de zaak alsnog aan de kantonrechter voorleggen.¹¹

De commissie gaat ervan uit dat de meeste onrechtmatig verblijvende vreemdelingen geen vaste woon- of verblijfplaats hebben dan wel dat zij deze niet kenbaar maken als zij worden aangetroffen. Dit betekent dat in veel gevallen geen adres beschikbaar is waarnaar de strafbeschikking kan worden gezonden. Wel kan (de aankondiging van) deze beschikking aan betrokkene worden uitgereikt, eventueel in vreemdelingenbewaring. Omdat een deel van

9 Memorie van Toelichting, p. 24.

10 Memorie van Toelichting, p. 6 en 7.

11 Memorie van Toelichting, p. 12, 13.



de strafbeschikkingen hierdoor niet terecht zal komen bij de verdachte, en veel niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen slechts beperkte financiële middelen hebben, is het voorzienbaar dat maar weinig boetes daadwerkelijk betaald zullen worden. Afhankelijk van de mate waarin de strafbaarstelling gehandhaafd wordt, zal dit op den duur tot gevolg hebben dat het aantal directe dagvaardingen toeneemt. Dit kan leiden tot een vergroting van de werklast voor het Openbaar Ministerie, de rechterlijke macht en eventueel de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI). In paragraaf 5 van de toelichting is hier naar de mening van de commissie onvoldoende aandacht voor. Aanbevolen wordt hier alsnog nader op in te gaan.

Verdere marginalisering illegale vreemdelingen

Het is bekend dat de angst voor ontdekking nu al tot gevolg heeft dat niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen contacten met overheidsinstellingen en maatschappelijke organisaties zo veel mogelijk vermijden.¹² De commissie acht het aannemelijk dat zij na de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel nog minder geneigd zullen zijn in de openbaarheid te treden en zullen proberen 'ondergronds' te blijven. Dit betekent dat de feitelijke toegang tot onderwijs voor niet rechtmatig verblijvende kinderen, alsmede de reële toegang van illegalen tot rechtsbijstand en medisch noodzakelijke zorg verder onder druk komen te staan. Dit brengt onder andere risico's met zich mee voor de volksgezondheid.

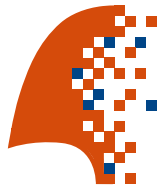
Daarnaast bestaat het risico dat illegalen die slachtoffer zijn van uitbuiting en geweld nog minder bereid zullen zijn deze misstanden bij de politie te melden en hun medewerking te verlenen aan hieraan gerelateerde opsporings- en vervolgingsonderzoeken. Hierdoor zullen zij in een kwetsbare positie blijven verkeren. Tegelijkertijd komt dit de effectiviteit van de bestrijding van migratiecriminaliteit niet ten goede omdat deze voor een niet onbelangrijk deel afhankelijk is van informatie van slachtoffers. De commissie adviseert in de toelichting op het voorstel aan te geven welke initiatieven zullen worden genomen om de bereidheid tot medewerking van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen aan deze onderzoeken niet verder te doen afnemen.

Ook is te verwachten dat het vooruitzicht een geldboete te moeten betalen of gedetineerd te worden niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen ervan zal weerhouden zich te melden voor vrijwillig vertrek of alsnog een aanvraag voor verblijf in te dienen, waardoor zij feitelijk geen gebruik meer zullen maken van eventuele mogelijkheden tot terugkeer of legalisering van hun verblijf.

Tot slot is niet ondenkbaar dat de strafbaarstelling van hun verblijf onrechtmatig verblijvende vreemdelingen verder de overlevingscriminaliteit in zal drukken.

Deze neveneffecten vergroten hun kwetsbaarheid en kunnen de overlast dus zelfs doen toenemen. Dit is in alle opzichten een zorgelijke ontwikkeling. De commissie beveelt aan hier in de toelichting van het wetsvoorstel aandacht aan te besteden en te specificeren welke mogelijkheden het kabinet ziet om te voorkomen dat zij feitelijk in een positie van totale rechteloosheid komen te verkeren. Met name is het van belang dat wordt verduidelijkt hoe de feitelijke toegang tot onderwijs voor onrechtmatig verblijvende kinderen en de reële toegang van illegalen tot rechtsbijstand en medisch noodzakelijke zorg gewaarborgd kan worden.

12 Zie onder meer M. Schoevers, *Hiding and Seeking. Health problems and problems in accessing health care of undocumented female immigrants in the Netherlands*, 2011, Nijmegen: Radboud Universiteit.



Mogelijke strijdigheid met Terugkeerrichtlijn

In de toelichting staat dat naleving van het Unierecht moet worden gewaarborgd. Onder verwijzing naar het arrest El Dridi wordt opgemerkt dat de strafbaarstelling van illegaal verblijf de doelstelling van de Terugkeerrichtlijn niet mag frustreren. In genoemd arrest oordeelde het Hof van Justitie van de EU dat:

'(...) de lidstaten, in het geval waarin dwangmaatregelen ter uitvoering van de gedwongen verwijdering (...) geen succes hebben, niet bepalen dat een vrijheidsstraf (...) wordt opgelegd enkel omdat een onderdaan van een derde land, nadat hem een bevel tot verwijdering van het nationale grondgebied is betekend en de bij dat bevel gestelde termijn is verstreken, zijn illegale aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat voortzet, maar moeten zij hun op de uitvoering van het verwijderingsbesluit (...) gerichte inspanningen voortzetten. Een dergelijke straf zou immers, met name vanwege de voorwaarden en de wijze van uitvoering ervan, de verwezenlijking van de met deze richtlijn nagestreefde doelstelling, te weten de invoering van een doeltreffend beleid van verwijdering en terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, in gevaar kunnen brengen (...).'¹³

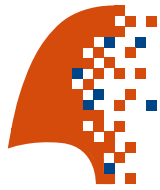
Het Hof verwijst in het arrest naar de visie van de Advocaat-Generaal die in punt 42 van zijn standpuntbepaling benadrukte dat:

'(...) the term of imprisonment provided for in the event of failure to comply with an order of the public authority to leave the national territory within a specified period objectively prevents the enforcement of that return decision, albeit only temporarily. That is certainly not characteristic of the effective return policy which Directive 2008/115 seeks to achieve. Indeed, the legislation providing for the penalty in question deprives Article 8 (1) of Directive 2008/115, read in conjunction with article 15 of that Directive, of its practical effect.'

El Dridi was veroordeeld tot een jaar gevangenisstraf wegens niet rechtmatig verblijf in Italië, zonder geldige reden en in strijd met een eerder tegen hem uitgevaardigd verwijderingsbevel. Het betrof hier niet alleen een veroordeling tot een significant langere gevangenisstraf dan de maximale hechtenis van vier maanden waarin dit wetsvoorstel voorziet. Het arrest zag ook op een meer specifieke situatie dan die met de thans voorgestelde strafbaarstelling wordt bestreken. El Dridi had al een aanzegging gekregen om Italië te verlaten, terwijl het voorliggende wetsvoorstel mede ziet op strafbaarstelling van het verblijf van vreemdelingen die voor het eerst worden aangetroffen.

Nu het geen element van de voorgestelde strafbepaling is, dat jegens de betrokkene nog geen terugkeerbesluit is genomen, zal deze bepaling zowel betrekking hebben op vreemdelingen die voor het eerst worden aangetroffen terwijl zij op dat moment geen rechtmatig verblijf hebben, als op vreemdelingen jegens wie een terugkeerbesluit is genomen en die hun vertrektermijn hebben laten verstrijken. Dat die tweede categorie binnen de termen van rechtsoverwegingen 58 en 59 van het El Dridi-arrest valt, lijkt niet aan twijfel onderhevig. Rest de vraag of het óók bestraffen met vrijheidsstraf van iemand wegens een situatie van niet rechtmatig verblijf die zich voordoet vóórdát het systeem van opvolgende stappen van de Terugkeerrichtlijn (terugkeerbesluit, vertrektermijn, inreisverbod) in werking treedt, de doelstelling van de richtlijn doorkruist.

13 HvJ EU 28 april 2011, C-61/11 (El Dridi), r.o. 58 en 59, JV 2011, 242 m. nt. Boeles.



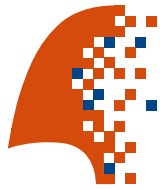
Het komt de ACVZ voor dat bovengenoemde overweging van het Hof, dat detentie de tenuitvoerlegging van de uitzetting kan vertragen, ook van toepassing is op de situatie waarin een strafsanctie in de vorm van een (vervangende) vrijheidsstraf van maximaal vier maanden wordt opgelegd. Daar komt bij, dat ten aanzien van een vreemdeling die voor het eerst - zonder rechtmatig verblijf - wordt aangetroffen nog moet worden beslist of al dan niet een terugkeerbesluit wordt genomen. Ingevolge artikel 6 lid 4 van de Terugkeerrichtlijn zal bij dat besluit moeten worden beoordeeld of er redenen zijn om op humanitaire of andere gronden een verblijfsvergunning te verlenen. De stapsgewijze aanpak van niet rechtmatig verblijf in de Terugkeerrichtlijn wordt door het Hof van Justitie in rechtsoverweging 41 e.v. van het El Dridi-arrest van wezenlijk belang geacht. De Raad van State is blijkens zijn voorlichtend advies aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 10 juni 2011 van oordeel dat 'het terugkeerbesluit, met het daaraan eventueel gekoppelde inreisverbod, moet worden uitgevoerd met toepassing van de hierboven beschreven stappen in de voorgeschreven volgorde. Pas wanneer deze stappen niet tot verwijdering hebben kunnen leiden, staat het de betrokken lidstaat vrij om sancties aan het illegaal verblijf te verbinden. Hieronder vallen ook strafrechtelijke sancties die bijdragen aan het doel van de richtlijn.¹⁴

Of een vrijheidsstraf in een concreet geval de uitzetting belemmert, lijkt door het Hof van Justitie te worden gezien in het licht van de voorwaarden en de wijze van uitvoering ervan. Welk gewicht het Hof daaraan hecht wordt uit de betreffende rechtsoverwegingen niet volkomen duidelijk. In de Memorie van Toelichting wordt hierover opgemerkt dat moet worden gewaarborgd dat de tenuitvoerlegging van de straf, of het nu een geldboete of hechtenis betreft, niet leidt tot vertraging van het vertrek omdat dat het nuttig effect van de Terugkeerrichtlijn zou dwarsbomen: uitzetting gaat altijd vóór tenuitvoerlegging van de straf wegens niet rechtmatig verblijf.¹⁵ Deze zin geeft rekenschap van de beperkingen die de Terugkeerrichtlijn aan het wetsvoorstel stelt. Gelet hierop valt op dat geen aandacht wordt besteed aan de versturende invloed die de beoogde strafrechtelijke sanctiebepalingen - in het bijzonder de vrijheidsstraf - op de uitzetting kunnen hebben. De enkele opmerking dat in de praktijk, zoals bij overtredingen gebruikelijk is, meestal zal worden volstaan met het opleggen van een geldboete, maakt dit niet anders.

Overigens is van belang dat diverse Italiaanse gerechtshoven prejudiciële vragen aan het Hof hebben gesteld over lopende strafzaken. Enkele daarvan zijn ingetrokken naar aanleiding van de uitspraak van het Hof in de zaak El Dridi. De thans nog openstaande vragen in de zaak Abdallah (C-144/11) zijn in dit kader echter relevant. In deze zaak heeft de *Giudice di pace di Mestre* het Hof ten eerste gevraagd of de Terugkeerrichtlijn in de weg staat aan een nationale bepaling waarin het enkele feit dat onderdanen van derde landen in strijd met de regels het nationale grondgebied binnenkomen of zich daar ophouden, wordt aangemerkt als strafbaar feit dat wordt bestraft met een geldboete (van 5000 tot 10.000 euro). Ten tweede heeft de Italiaanse rechter de vraag gesteld of artikel 2, lid 2, sub b van de richtlijn in die zin mag worden uitgelegd dat van de werkingssfeer van de in de richtlijn voorziene waarborgen is uitgesloten de verwijdering die is bedoeld als vervangende straf

14 Raad van State, *Voorlichting over de nota naar aanleiding van het nader verslag bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met implementatie van de Terugkeerrichtlijn (Kamerstukken II 2010/11 32 420, nr. 12)*, nr. W04.11.0153/I.

15 Memorie van Toelichting, p. 13.



na het begaan van een strafbaar feit dat bestaat in het enkele binnenkomen of verblijven op het nationale grondgebied als bedoeld in de eerste vraag. In artikel 2, lid 2, sub b van de richtlijn is bepaald dat de lidstaten kunnen besluiten de richtlijn niet toe te passen op onderdanen van derde landen die verplicht zijn tot terugkeer als strafrechtelijke sanctie of als gevolg van een strafrechtelijke sanctie overeenkomstig de nationale wetgeving, of jegens wie een uitleveringsprocedure loopt.

Het wetsvoorstel voorziet in een strafrechtelijke sanctionering van niet rechtmatig verblijf. Het is echter niet die sanctie die tot gevolg heeft dat de vreemdeling Nederland moet verlaten. Die verplichting vloeit voort uit de vreemdelingenwet. Dit wordt in de toelichting ook benadrukt door aan te geven dat de strafbaarstelling van illegaal verblijf, anders dan de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod, niet moet worden beschouwd als aanvulling op of ondersteuning van het terugkeerbeleid.¹⁶ De commissie is dan ook van mening dat er geen grond bestaat voor de gedachte dat onrechtmatig verblijvende vreemdelingen die strafrechtelijk worden gedetineerd omdat zij de opgelegde boete niet (kunnen) betalen buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Omdat voormelde prejudiciële vragen uitsluitel kunnen geven over de verenigbaarheid van het opleggen van een vervangende vrijheidsstraf met de richtlijn, acht de commissie het raadzaam het wetsvoorstel eerst ter behandeling aan de Tweede Kamer voor te leggen als die duidelijkheid er is. De commissie ziet overigens geen redenen te veronderstellen dat het opleggen van een geldboete niet toelaatbaar is.

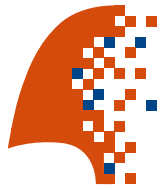
Onzuivere delictomschrijving en onduidelijkheid over samenhang tussen uitsluitingsgronden voor toepassing van verschillende sanctiebepalingen

De delictomschrijving van het nieuwe artikel 108a Vw 2000 bevat twee bestanddelen: de vreemdeling moet meerderjarig zijn en zijn verblijf moet onrechtmatig zijn. Met dit laatste wordt verwezen naar artikel 8 Vw 2000 waarin de gronden waarop de vreemdeling rechtmatig in Nederland kan verblijven limitatief zijn opgesomd. De meerderjarige vreemdeling die niet op een van de in artikel 8 Vw 2000 genoemde gronden verblijft, wordt strafbaar, tenzij er een strafuitsluitingsgrond als bedoeld in het Wetboek van Strafrecht (Sr) van toepassing is.¹⁷ Zowel ontoerekenbaarheid (artikel 39 Sr) als overmacht (artikel 40 Sr) kan een grond voor strafuitsluiting zijn. In de toelichting wordt verwezen naar jurisprudentie over deze laatste grond in het kader van de toepassing van artikel 197 Sr (verblijf in Nederland in weerwil van een ongewenstverklaring ex artikel 67 Vw 2000). Hieruit blijkt dat het buiten schuld niet kunnen verkrijgen van documenten voor grensoverschrijding, medische omstandigheden en een dreiging van schending van artikel 3 EVRM bij uitzetting gronden kunnen zijn voor het aannemen van overmacht in strafrechtelijke zin. Los van de uitsluitingsgronden uit het strafrecht worden twee categorieën vreemdelingen uitgezonderd van de strafbaarstelling. Dat zijn minderjarige onrechtmatig verblijvende vreemdelingen en onrechtmatig verblijvende vreemdelingen voor wie de vertrektermijn nog niet is verstreken.¹⁸

16 Memorie van Toelichting, p. 6.

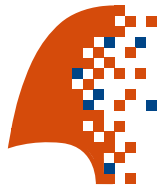
17 Memorie van Toelichting, p. 9.

18 Memorie van Toelichting, p. 13.



De redenen om overmacht in strafrechtelijke zin aan te nemen hangen samen met de feitelijke niet-uitzetbaarheid van de vreemdeling. Die omstandigheid is niet voorbehouden aan vreemdelingen die rechtmatig verblijf hebben in de zin van artikel 8 Vw 2000. Er zijn ook categorieën vreemdelingen die onrechtmatig in Nederland verblijven, maar die - veelal om beleidsmatige redenen - feitelijk (tijdelijk) niet worden uitgezet. Te denken valt aan vreemdelingen van wie de asielaanvraag is afgewezen in de algemene asielpcedure waardoor het beroep geen schorsende werking heeft, maar die de beslissing op een verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening in Nederland mogen afwachten, vreemdelingen die een beslissing op een verzoek om toepassing van artikel 64 Vw 2000 mogen afwachten, vreemdelingen die op grond van een daartoe strekkend verzoek van het Human Rights Committee (HRC) of het Committee Against Torture (CAT) niet worden uitgezet hangende de behandeling van een door hen bij die instanties ingediende klacht, maar bijvoorbeeld ook aan vreemdelingen die na het verstrijken van de vertrektermijn nog in afwachting zijn van reisdocumenten voor hun vertrek. Het op pagina 24 van de toelichting gestelde dat 'een vreemdeling die onrechtmatig verblijvend in Nederland wordt aangetroffen ofwel de gelegenheid heeft gehad om na afloop van zijn rechtmatig verblijf uit eigen beweging te vertrekken (vertrektermijn), ofwel nimmer rechtmatig verblijf heeft gehad' laat buiten beschouwing dat deze categorieën vreemdelingen feitelijk en met medeweten van de overheid in Nederland verblijven zonder rechtmatig verblijf te hebben in de zin van artikel 8 Vw 2000. De verwijzing naar het begrip rechtmatig verblijf in artikel 8 Vw 2000 in de delictomschrijving doet daarmee geen recht aan de complexe realiteit. Het feit dat deze onrechtmatig verblijvende vreemdelingen om uitvoeringstechnische redenen tijdelijk niet worden uitgezet, zou naar de mening van de commissie aanleiding moeten vormen om hen van de strafbaarstelling uit te sluiten. Het feit dat zij met medeweten van de overheid onrechtmatig in Nederland verblijven kan echter niet als overmacht in strafrechtelijke zin worden gekwalificeerd. Daarom beveelt de commissie aan na het tweede lid van het nieuwe artikel 108a Vw 2000 een nieuw derde lid in te voegen (onder vernummering van de leden 3 en 4 tot 4 en 5) dat luidt: 'In afwijking van het eerste lid, is de onrechtmatig verblijvende vreemdeling niet strafbaar zolang hij om beleidsmatige redenen niet wordt uitgezet'. In de lagere regelgeving zou dan limitatief kunnen worden opgesomd welke specifieke categorieën het betreft.

Naast het gebrek aan aandacht voor onrechtmatig verblijvende vreemdelingen die om beleidsmatige redenen tijdelijk niet worden uitgezet mist de commissie in de toelichting op het wetsvoorstel een duidelijke visie op de relatie tussen de uitsluitingsgronden voor de thans voorgestelde strafbaarstelling en die welke in hiermee verband houdende wetsontwerpen zijn geformuleerd. Het betreft hier de thans in behandeling zijnde wetsvoorstellen tot implementatie van de Terugkeerrichtlijn en tot wijziging van de Vw 2000 in verband met nationale visa en enkele andere onderwerpen. Het gaat daar om categorieën vreemdelingen aan wie geen inreisverbod wordt opgelegd, respectievelijk wier verblijfsaanvraag niet wordt afgewezen wegens eerder onrechtmatig verblijf. Op pagina 14 van de toelichting staat: 'Zo valt te overwegen geen vervolging in te stellen tegen die illegale vreemdelingen tegen wie krachtens het wetsvoorstel implementatie Terugkeerrichtlijn geen inreisverbod zal worden uitgevaardigd.' Het is naar de mening van de commissie niet gemakkelijk verdedigbaar om in die gevallen waarin geen inreisverbod wordt opgelegd ruimte te laten voor een strafrechtelijke sanctionering van het onrechtmatig verblijf. Hetzelfde geldt voor die gevallen waarin dat eerdere onrechtmatige



verblijf in het kader van een verblijfsaanvraag niet is tegengeworpen, maar desondanks geen verblijf is toegestaan. Het zou verhelderend zijn alle uitsluitingsgronden en -categorieën voor de sanctionering van verblijf in weerwil van een ongewenstverklaring, verblijf in weerwil van een inreisverbod, onrechtmatig verblijf bij eerste ontdekking en het indienen van een verblijfsaanvraag terwijl men eerder niet rechtmatig hier te lande heeft verbleven, in de toelichting nauwkeuriger in samenhang te beschouwen, en te specificeren wat voor gevolg(en) de vrijstelling van de ene sanctionering voor de toepassing van de andere heeft.

Omdat de commissie van mening is dat de noodzaak van de voorgestelde strafbaarstelling onvoldoende is aangetoond en zij bovendien voorziet dat deze additionele problemen creëert, ziet zij thans geen aanleiding om zich te bezinnen op mogelijke alternatieven voor de beoogde ontmoediging van niet rechtmatig verblijf.

Redactioneel

- p. 10, vijfde regel, toevoegen 'e' aan 'fysiek';
- p. 11, eennalaatste regel van tweede alinea, invoegen 'dat' tussen 'toe' en 'wegens';
- p. 12, vijfde regel van tweede alinea, verwijdering 'op' tussen 'meteen' en 'te';
- p. 14, paragraaf 2.3, derde alinea eerste zin, verwijderen 'en' tussen 'vreemdeling' en 'rechtelijk';
- p. 14, noot 16, jaartal ontbreekt bij datum uitspraak;
- p. 17, tweede zin van derde alinea loopt niet ('Dit doet zich (...) in Nederland achter te blijven).';
- p. 18, in de eerste zin van het derde tekstblok ('Het voorliggende wetsvoorstel (...) tot uitzetting.') staat ten onrechte twee keer het woord 'heeft';
- p. 21, eerste regel, invoegen 'een' tussen 'voor' en 'reguliere';
- p. 25, tweede regel, verwijderen 'iedere' na 'beginsel';
- p. 26, paragraaf 5, vierde regel, invoegen 'als' na 'bijvoorbeeld';
- p. 26, paragraaf 5, vijfde regel, vervangen komma door punt.

Tot een nadere toelichting is de ACVZ altijd bereid.

Hoogachtend,

De voorzitter,

De secretaris,

Mr. Adriana C.J. van Dooijeweert

Mr. Wolf N. Mannens