

W04.11.0439/I

Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland strafbaar te stellen en daartoe de Vreemdelingenwet 2000 te wijzigen;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

In de Vreemdelingenwet 2000 wordt na artikel 108 een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 108a

1. De meerderjarige vreemdeling die niet rechtmatig in Nederland verblijft, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste vier maanden of geldboete van de tweede categorie.
2. In afwijking van het eerste lid, is de vreemdeling niet strafbaar zolang de voor hem geldende vertrektermijn, bedoeld in artikel 62, eerste, vierde of vijfde lid, nog niet is verstreken.
3. Het in het eerste lid strafbaar gestelde feit is een overtreding.
4. Artikel 108, vierde lid, is van overeenkomstige toepassing.

ARTIKEL II

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De minister voor Immigratie en Asiel,

W04.11.0439/I

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN DEEL

1. Inleiding

1.1. *Samenhangend pakket aan maatregelen*

De aanpak van illegaal verblijf in Nederland is een van de speerpunten van het kabinetsbeleid. Een consequente aanpak van illegaal verblijf is essentieel voor het draagvlak voor het immigratie- en asielbeleid. Bovendien is illegaal verblijf in meerdere opzichten maatschappelijk zeer belastend. Illegaal verblijf gaat namelijk vaak gepaard met vormen van overlast en criminaliteit. Illegale migratie en illegaal verblijf dienen in een zo vroeg mogelijk stadium te worden voorkomen. Dat begint nog voordat vreemdelingen toegang krijgen tot de Schengenzone. Een effectief en efficiënt visumbeleid en grenstoezicht zijn daarbij belangrijk, evenals het mobiel toezicht van de Koninklijke Marechaussee (KMar).

In mijn brief van 8 juli 2011¹ ben ik, mede in reactie op het rapport van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (WODC) met betrekking tot de illegalenschattning 2009, nader ingegaan op de maatregelen die worden getroffen in het kader van de aanpak van illegaal verblijf. Deze maatregelen maken deel uit van een integraal en samenhangend pakket van voorstellen op het gebied van immigratie en asiel, zoals neergelegd in het regeer- en gedoogakkoord. Uitgangspunten daarbij zijn dat Nederland staat voor een streng en rechtvaardig beleid, dat tevens duidelijk en consequent is. Dit betekent dat vreemdelingen welkom zijn die een positieve bijdrage leveren aan de Nederlandse samenleving of die bescherming behoeven omdat zij in hun land van herkomst zijn gevlucht voor vervolging. De komst van kansarme migranten via gezinsmigratie wordt teruggedrongen. Vreemdelingen hebben een eigen verantwoordelijkheid om de regels na te leven die zijn neergelegd in de vreemdelingenwetgeving. Vreemdelingen die hier niet (meer) mogen verblijven, dienen Nederland daadwerkelijk te verlaten. Dat is de consequentie van het vreemdelingenbeleid. Het kabinet heeft intensiveringen aangekondigd om het terugkeerbeleid effectiever te maken. Zelfstandige terugkeer wordt nog meer bevorderd en waar nodig wordt terugkeer meer afgedwongen. Ik verwijs daarvoor naar mijn brief van 1 juli 2011 over terugkeer in het vreemdelingenbeleid². Illegale migratie en illegaal verblijf worden nadrukkelijker ontmoedigd. In dat kader wordt illegaal verblijf strafbaar gesteld door middel van het

¹ Kamerstukken II 2010/11, 19 637, nr. 1435.

² Kamerstukken II 2010/11, 19 637, nr. 1436.

voorliggende wetsvoorstel. Een andere maatregel is dat, uitzonderingen daargelaten, een aanvraag voor een verblijfsvergunning wordt afgewezen als de aanvrager eerder illegaal in Nederland heeft verbleven³. Ook het inreisverbod dat op grond van richtlijn nr. 2008/115/EG van het Europees parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (PbEU L 348/98) (hierna: de terugkeerrichtlijn) wordt uitgevaardigd tegen illegaal in de Europese Unie verblijvende onderdanen van derde landen, past binnen deze doelstelling. Het wetsvoorstel waarmee de terugkeerrichtlijn wordt geïmplementeerd en dat tevens een strafbaarstelling van overtreding van het inreisverbod bevat, is thans in behandeling bij de Tweede Kamer (hierna: wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn)⁴.

1.2. *Strafbaarstelling van illegaal verblijf*

In het regeer- en gedoogakkoord 2010⁵ is omtrent de strafbaarstelling van illegaliteit het volgende afgesproken:

"Het kabinet zal inzetten op strafbaarstelling van illegaliteit en de handhaving hiervan vooral richten op criminele en overlastgevende personen met het oogmerk deze zo snel mogelijk het land uit te zetten.

Het voorliggende wetsvoorstel vormt de uitwerking van deze afspraak uit het regeerakkoord.

De strafbaarstelling van illegaal verblijf is geen doel op zichzelf, het is een van de instrumenten om illegale komst naar en illegaal verblijf in Nederland te voorkomen en te bestrijden. Het maakt, zoals gezegd, deel uit van een samenhangend geheel van maatregelen dat illegaal verblijf in Nederland onaantrekkelijker moet maken. Hier gaat een preventieve werking van uit. Met de strafbaarstelling van illegaal verblijf wordt tevens een grotere afschrikkende werking beoogd. Er wordt een duidelijker signaal afgegeven aan vreemdelingen die niet volgens de toegangs- en/of toelatingsregels naar Nederland zijn gekomen of in strijd met hun vertrekplicht Nederland niet (tijdig) hebben verlaten: zij zijn voortaan strafbaar. De strafbaarstelling heeft derhalve ook een normatieve werking.

In dit verband wordt benadrukt dat de inspanningen van de overheid primair gericht zijn en blijven op het - bij voorkeur vrijwillige maar zo nodig gedwongen - vertrek van illegale vreemdelingen uit Nederland. Illegale vreemdelingen worden direct in bewaring gesteld ter fine van uitzetting, op basis van aanwijzingen dat zij zich aan uitzetting zullen onttrekken. Dit betreft alle vreemdelingen die geen rechtmatig verblijf (meer) hebben. Voorts wordt tegen illegale vreemdelingen, voor zover dat al niet was gebeurd, een

³ Voorstel van wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met nationale visa en enkele andere onderwerpen (31 549).

⁴ Voorstel van wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter implementatie van de richtlijn nr. 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (PbEU L 348/98) (32 420).

⁵ Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 15.

terugkeerbesluit uitgevaardigd. Indien zij geen vertrektermijn hebben of niet binnen de vertrektermijn daadwerkelijk Nederland verlaten hebben, wordt tegen hen tevens een inreisverbod uitgevaardigd.

De strafbaarstelling van illegaal verblijf zal niet mogen leiden tot vertraging of belemmering van het vertrek. Dat is in lijn met arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 28 april 2011 (El Dridi)⁶.

In een aantal andere Europese landen, zoals Duitsland, België, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Italië, Denemarken, Zweden en Noorwegen, is illegaal verblijf reeds strafbaar gesteld.

De strafbaarstelling van illegaal verblijf wordt als overtreding neergelegd in een nieuw artikel 108a van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw), te sanctioneren met hechtenis van ten hoogste vier maanden of geldboete van de tweede categorie (ten hoogste € 3.800). Artikel 108 Vw behelst al de strafbaarstelling van een aantal overtredingen van voorschriften, vastgelegd bij of krachtens de Vreemdelingenwet 2000. Op deze manier wordt aangesloten bij de bestaande (wetgeving)systematiek.

Artikel 52 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) sluit de strafbaarheid van medeplichtigheid aan overtredingen uit. Personen of organisaties die illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen behulpzaam zijn uit humanitaire overwegingen, zijn dus niet strafbaar.

Op grond van het koppelingsbeginsel kunnen illegalen geen aanspraak maken op verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen van een bestuursorgaan. Op basis van de vreemdelingenwetgeving wordt getoetst of iemand rechtmatig in Nederland verblijft en dus recht heeft op - of gebruik mag maken van - collectieve voorzieningen. De strafbaarstelling van illegaal verblijf is complementair aan het koppelingsbeginsel en brengt verder geen verandering in de bestaande uitzonderingen daarop. Het toekennen van aanspraken zoals het verlenen van medisch noodzakelijke hulp aan of het volgen van onderwijs door vreemdelingen die geen rechtmatig verblijf (meer) hebben, creëert echter geen verblijfsrecht en staat uitzetting wegens illegaal verblijf niet in de weg.

1.3. Kern van het wetsvoorstel

Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn kunnen vreemdelingen tegen wie een inreisverbod is uitgevaardigd, strafrechtelijk worden aangepakt als zij in weerwil van het inreisverbod in Nederland verblijven. Dat kan echter pas nadat de onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling in het kader van het vreemdelingentoezicht of anderszins is aangetroffen en nadat is gebleken dat de maatregelen gericht op uitzetting zonder succes zijn gebleven. Tegen een vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft en in het kader van het vreemdelingentoezicht of anderszins voor de eerste keer als zodanig wordt aangetroffen, kunnen geen strafrechtelijke maatregelen worden getroffen. Het voorliggende wetsvoorstel brengt daar verandering in. Als ook de vreemdeling die voor de eerste keer illegaal in Nederland wordt aangetroffen, strafrechtelijk kan worden

⁶ C-61/11 PPU.

aangepakt, gaat daar een belangrijke signaalfunctie van uit: onrechtmatig verblijf wordt niet geaccepteerd en wordt beschouwd als een zodanige inbreuk op de openbare orde dat zij met een bestraffing moet worden hersteld. Daar gaat tevens een preventieve werking van uit: illegaal verblijf in Nederland wordt onaantrekkelijker gemaakt. Op deze categorie - de vreemdeling die voor de eerste keer illegaal in Nederland wordt aangetroffen en tegen wie derhalve nog geen inreisverbod is uitgevaardigd - ziet de strafbaarstelling van illegaal verblijf.

In het wetsvoorstel wordt de strafbaarstelling expliciet beperkt tot meerderjarige vreemdelingen. Indien dit niet het geval zou zijn, zouden minderjarige vreemdelingen in de leeftijdscategorie van twaalf tot en met zeventien jaar zelfstandig strafbaar zijn als zij onrechtmatig in Nederland verblijven. Daarmee zou worden miskend dat minderjarigen in een afhankelijkheidsrelatie tot hun ouders staan (ouderlijk gezag). Als de ouders kiezen voor (onrechtmatig) verblijf in Nederland, dan zullen hun minderjarige kinderen die keuze moeten volgen. Als minderjarigen strafbaar zouden zijn wegens onrechtmatig verblijf, zouden zij in feite strafbaar worden gesteld voor het gedrag van hun ouders. Daarin verschilt illegaal verblijf van delicten als vernieling en diefstal, waarvoor jongeren van twaalf jaar of ouder wel zelfstandig vervolgd kunnen worden.

Uiteraard zijn er ook (alleenstaande) minderjarige vreemdelingen die er zelf voor kiezen onrechtmatig in Nederland te verblijven, maar het is wetgevings- en uitvoeringstechnisch lastig deze groep minderjarigen in de strafbepaling exact af te bakenen. Daar komt bij dat alleenstaande minderjarige asielzoekers ook zullen worden uitgesloten van het uitvaardigen van een inreisverbod omdat het gaat om een kwetsbare groep. Minderjarige vreemdelingen worden daarom generiek uitgezonderd van de strafbaarstelling van illegaal verblijf. Uiteraard verandert dit niets aan de onrechtmatigheid van hun verblijf. Voor alle illegale minderjarigen blijft een vertrekplicht bestaan, de uitzondering op strafbaarstelling geeft geen recht op rechtmatig verblijf, noch voor de minderjarige noch voor de ouders.

Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie, nogmaals bevestigd in het arrest-El Dridi, behoort het strafrecht in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten, zij het dat dit rechtsgebied niettemin kan worden beïnvloed door het Unierecht. Hieruit volgt dat de lidstaten hun wetgeving op het gebied van illegale immigratie en illegaal verblijf zodanig moeten inrichten dat de eerbiediging van het Unierecht wordt gewaarborgd (El Dridi, r.o. 54). Inzonderheid mogen de lidstaten geen regeling toepassen, ook niet op strafrechtelijk gebied, die de verwezenlijking van de door een richtlijn nagestreefde doelstellingen in gevaar kan brengen en deze haar nuttig effect kan ontnemen (El Dridi, r.o. 55). In dit verband is van belang dat de terugkeerrichtlijn tot doel heeft de invoering van een doeltreffend beleid van verwijdering en terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen.

Als wordt voldaan aan de voorwaarde dat strafbaarstelling van illegaal verblijf de verwezenlijking van de doelstellingen van de terugkeerrichtlijn niet in

gevaar brengt of frustreert, is deze strafbaarstelling niet in strijd met de richtlijn. Daarvoor zijn de volgende overwegingen van belang:

- Illegaal verblijf in Nederland wordt geclassificeerd als een overtreding, die wordt bestraft met hechtenis van ten hoogste vier maanden of geldboete van de tweede categorie (ten hoogste € 3.800). Hoewel het wetsvoorstel hechtenis mogelijk maakt, zal in de praktijk - zoals bij overtredingen gebruikelijk is - meestal worden volstaan met het opleggen van een geldboete. Voor de exacte hoogte van deze boete is door het openbaar ministerie nog geen richtlijn vastgesteld. Het ligt voor de hand dat het exacte boetebedrag lager zal zijn dan de boete die zal worden opgelegd wegens verblijf in weerwil van een inreisverbod.
- De strafbaarstelling van illegaal verblijf moet, anders dan de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod, niet worden beschouwd als aanvulling op of ondersteuning van het terugkeerbeleid. De strafbaarstelling van illegaal verblijf heeft niet als doel het vertrek van de illegale vreemdeling te bevorderen, maar heeft als doel de vreemdeling te bestraffen voor het feit dat hij gedurende kortere of langere tijd onrechtmatig in Nederland heeft verbleven. Het verwijderings- en terugkeerbeleid komt daarna in beeld.
- Er zijn twee belangrijke verschillen tussen de voorgestelde strafbaarstelling van illegaal verblijf en de Italiaanse wetgeving die in het arrest-El Dridi aan de orde was. In de eerste plaats stelde de in het geding zijnde Italiaanse wetgeving⁷ strafbaar het verblijf van een vreemdeling op Italiaans grondgebied in weerwil van een tegen hem uitgevaardigd terugkeerbesluit. Het voorliggende wetsvoorstel daarentegen stelt actueel illegaal verblijf strafbaar, ook van vreemdelingen tegen wie nog geen terugkeerbesluit is uitgevaardigd. In die gevallen waarin tegen de desbetreffende vreemdeling al wel een terugkeerbesluit is uitgevaardigd, is het niet de overtreding van het terugkeerbesluit die strafbaar is gesteld, maar het illegale verblijf als zodanig. In de tweede plaats schreef de Italiaanse wetgeving bij overtreding van het terugkeerbesluit een gevangenisstraf van ten minste één jaar voor. Dat is van een volstrekt andere orde dan de voorgestelde strafmaat voor illegaal verblijf in het voorliggende wetsvoorstel.
- Het bovenstaande laat onverlet dat moet worden gewaarborgd dat de tenuitvoerlegging van de straf voor illegaal verblijf, of het nu een geldboete betreft of hechtenis, niet mag leiden tot vertraging van het vertrek (uitvoering van het terugkeerbesluit). Ook het Hof van Justitie oordeelt dat de lidstaten hun op de uitvoering van het verwijderingsbevel gerichte inspanningen moeten voortzetten (El Dridi, r.o. 58). Als het vertrek zou worden verhinderd of vertraagd omdat de sanctie voor het illegale verblijf nog niet (geheel) ten uitvoer is gelegd, zou dat het nuttig effect van de terugkeerrichtlijn ondermijnen. Indien de boete bij vertrek nog niet is voldaan, blijft de boete openstaan en kan zij, als de vreemdeling nadien Nederland

⁷ Artikel 14 van het *decreto legislativo* nr. 286/1998 van 25 juli 1998 *Testo Unico delle disposizioni concernanti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

inreist of weer in Nederland wordt aangetroffen, alsnog worden geïnd (met inachtneming van de verjaringstermijn van vier jaar). Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor de hechtenis. Hechtenis, inclusief vervangende hechtenis, kan dus wél ten uitvoer worden gelegd als de terugkeer (op dat moment) niet aan de orde is.

Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn en het voorliggende wetsvoorstel zal de situatie dus zo zijn, dat een vreemdeling die na afloop van de eventuele vertrektermijn voor de eerste maal onrechtmatig verblijvend in Nederland wordt aangetroffen, kan worden gesanctioneerd wegens het enkele feit van illegaal verblijf (artikel 108a Vw). Indien tegen hem nog geen terugkeerbesluit is uitgevaardigd als onderdeel van de meeromvattende beschikking, wordt hem op dat moment alsnog een terugkeerbesluit uitgevaardigd, waarmee het onrechtmatige verblijf reeds is vastgesteld. Tevens krijgt hij, behoudens een beperkt aantal wettelijke uitzonderingen, een inreisverbod uitgevaardigd.

Het onrechtmatige verblijf van de vreemdeling is aldus vastgesteld en gesanctioneerd. Krachtens de terugkeerrichtlijn zijn de inspanningen van de overheid vanaf dat moment gericht op het vertrek van de vreemdeling. Hij kan daartoe worden uitgezet en met het oog op de uitzetting in bewaring worden gesteld. De tenuitvoerlegging van de straf wegens illegaal verblijf mag daar niet aan in de weg staan. Als het proces van uitzetting met succes wordt afgerond en de vreemdeling op dat moment de geldboete heeft voldaan, dan is de zaak daarmee afgerond. Als de vreemdeling op dat moment de geldboete nog niet heeft voldaan, vindt de uitzetting niettemin plaats, maar de boete blijft gedurende vier jaar openstaan.

Indien de vreemdeling met succes is uitgezet, maar hij binnen de termijn waarvoor het inreisverbod geldt, wederom in Nederland wordt aangetroffen, kan hij worden beboet wegens overtreding van het inreisverbod. Indien een nog openstaande boete wegens eerder illegaal verblijf op dat moment nog niet is verjaard, moet deze boete in beginsel alsnog worden voldaan.

Blijkens het regeerakkoord zal de handhaving van de strafbepaling inzake illegaal verblijf vooral worden gericht op criminele en overlastgevende vreemdelingen. In dat kader is het belangrijk dat, in geval van samenloop van een misdrijf met een overtreding, voor de overtreding zonder vermindering straf kan worden opgelegd. Als een illegale vreemdeling zich bijvoorbeeld schuldig heeft gemaakt aan diefstal, dan kunnen de diefstal (misdrijf) en het onrechtmatig verblijf (overtreding) afzonderlijk worden bestraft.

2. Strafbaarstelling illegaal verblijf: uitwerking

2.1. Classificatie als overtreding

Het strafbare feit "als meerderjarige vreemdeling niet rechtmatig in Nederland verblijven" wordt geclassificeerd als overtreding. Dit sluit aan bij het verblijf in Nederland in weerwil van een inreisverbod, welk strafbaar feit eveneens als overtreding is geclassificeerd, maar met een iets hogere

strafmaat (ten hoogste zes in plaats van vier maanden hechtenis; de geldboetecategorie is dezelfde). Dit is anders indien het inreisverbod is opgelegd wegens het plegen van strafbare feiten of vanwege gevaar voor de openbare orde en veiligheid (artikel 66a, zevende lid, Vw). In dat geval wordt verblijf in Nederland in weerwil van het inreisverbod geclassificeerd als misdrijf, evenals verblijf in Nederland in weerwil van een ongewenstverklaring.

Er zijn aldus drie verschillende strafbepalingen die betrekking hebben op de vreemdeling die niet rechtmatig in Nederland verblijft. In afnemende zwaarte zijn dit:

1. *De vreemdeling die in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenste vreemdeling is verklaard of tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, Vw wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie (artikel 197 Sr).*

Dit misdrijf vormt de zwaarste categorie, omdat het vreemdelingen betreft die door de minister ongewenst zijn verklaard dan wel tegen wie door de minister of de bevoegde autoriteit van een andere EU-lidstaat een inreisverbod is uitgevaardigd wegens het plegen van strafbare feiten of vanwege gevaar voor de openbare orde en veiligheid.
2. *De vreemdeling die in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd anders dan met toepassing van artikel 66a, zevende lid, Vw wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de tweede categorie (artikel 108, zesde lid, Vw).*

Deze overtreding vormt de middelste categorie, die betrekking heeft op vreemdelingen die al eerder onrechtmatig verblijvend in Nederland zijn aangetroffen of die na beëindiging van hun rechtmatig verblijf Nederland niet (tijdig) uit eigen beweging hebben verlaten, en tegen wie uit dien hoofde door de minister een inreisverbod is uitgevaardigd. Ook vreemdelingen tegen wie door de bevoegde autoriteit van een andere EU-lidstaat een inreisverbod is uitgevaardigd, vallen hieronder.
3. *De meerderjarige vreemdeling die niet rechtmatig in Nederland verblijft, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste vier maanden of geldboete van de tweede categorie (artikel 108a, eerste lid, Vw).*

Deze overtreding vormt de lichtste categorie, die betrekking heeft op alle meerderjarige vreemdelingen die voor de eerste keer onrechtmatig verblijvend in Nederland worden aangetroffen, alsmede op meerderjarige vreemdelingen die al eerder onrechtmatig verblijvend in Nederland zijn aangetroffen zonder dat dit heeft geleid tot een ongewenstverklaring of het opleggen van een inreisverbod (of indien de geldigheidsduur van het inreisverbod is verstreken).

De classificatie als overtreding heeft onder meer tot gevolg dat medeplichtigheid niet strafbaar is (artikel 52 Sr). Personen of instellingen die

een illegale vreemdeling behulpzaam zijn, kunnen dus niet worden vervolgd voor medeplichtigheid aan illegaal verblijf. Dit laat onverlet dat degenen die zich daarbij schuldig maken aan andere strafbare feiten, zoals mensensmokkel (artikel 197a Sr) of werkverschaffing aan illegalen (artikel 197b Sr), uiteraard voor deze strafbare feiten wél vervolgd kunnen worden.

De delictsomschrijving van artikel 108a Vw bevat geen expliciete schuldbestanddelen. Voor de strafbaarheid hoeft slechts te worden vastgesteld dat de vreemdeling meerderjarig is en geen rechtmatig verblijf in Nederland heeft. Met meerderjarig wordt bedoeld meerderjarig in civielrechtelijke zin: behoudens enkele uitzonderingen betreft dit personen van achttien jaar of ouder. Het begrip rechtmatig verblijf verwijst naar artikel 8 Vw, waarin de gronden waarop een vreemdeling rechtmatig in Nederland kan verblijven, limitatief zijn opgesomd. De meerderjarige vreemdeling die niet op een van de gronden, genoemd in artikel 8 Vw, in Nederland verblijft, is derhalve strafbaar, tenzij er een strafuitsluitingsgrond van toepassing is (zie hierna). Voor de strafbaarheid is niet vereist dat de vreemdeling weet (opzet) of ernstige reden heeft om te vermoeden (culpa) dat hij geen rechtmatig verblijf heeft. Overigens betekent dit niet dat er ook altijd onmiddellijk gesanctioneerd wordt als wordt vastgesteld dat een meerderjarige vreemdeling geen rechtmatig verblijf heeft. In paragraaf 2.2 zal hier nader op worden ingegaan.

Vreemdelingen die niet of niet langer rechtmatig in Nederland verblijven, zijn verplicht Nederland uit eigen beweging te verlaten. Als regel hebben zij daarvoor vier weken de tijd nadat hun rechtmatig verblijf is geëindigd (artikel 62, eerste lid, Vw). De minister kan in individuele gevallen de vertrektermijn bekorten of verlengen. Hoewel de vreemdeling gedurende de voor hem geldende vertrektermijn geen rechtmatig verblijf (meer) heeft, kan het natuurlijk niet zo zijn dat zijn verblijf alsdan strafbaar is. Hij heeft immers wettelijk nog een termijn om Nederland uit eigen beweging te verlaten. In het voorgestelde artikel 108a, tweede lid, Vw wordt daarom bepaald dat de vreemdeling die onrechtmatig in Nederland verblijft, niet strafbaar is zolang de voor hem geldende vertrektermijn nog niet is verstreken.

Vreemdelingen die na afloop van de vrije termijn, bedoeld in artikel 12 Vw, nog in Nederland verblijven, vreemdelingen die vanaf hun binnenkomst illegaal in Nederland hebben verbleven, en asielzoekers van wie de aanvraag is afgewezen binnen acht dagen en die eerder een asielaanvraag hebben gedaan, dienen Nederland onmiddellijk te verlaten en hebben dus geen vertrektermijn.

De vreemdeling die onrechtmatig in Nederland verblijft, is niet strafbaar als zich een van de strafuitsluitingsgronden, bedoeld in het Wetboek van Strafrecht, voordoet. In de praktijk zullen vooral ontoerekenbaarheid (artikel 39 Sr) en overmacht (artikel 40 Sr) van belang zijn.

Krachtens artikel 39 Sr is niet strafbaar hij die een feit begaat dat hem wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens niet kan worden toegerekend (schulduitsluitingsgrond). Ontoerekenbaarheid kan slechts door de rechter worden vastgesteld. In het

geval van een overtreding als de onderhavige zal het in de praktijk eerder het openbaar ministerie zijn dat in deze gevallen zal afzien van vervolging. Onder overmacht (artikel 40 Sr) wordt verstaan: de op de persoon van de dader van buiten komende drang die hetzij van fysieke aard, hetzij van psychische aard is en die wordt uitgeoefend door toedoen van mensen of door natuurkrachten (schulduitsluitingsgrond). Ook handelen in noodtoestand valt onder het overmachtbegrip. Gehandeld hebben in noodtoestand wil zeggen dat de pleger, staande voor de noodzaak te kiezen uit onderling strijdige plichten en belangen, de zwaarstwegende heeft laten prevaleren (rechtvaardigingsgrond). Noodtoestand impliceert derhalve een belangenconflict.

Met betrekking tot overmacht bestaat er reeds jurisprudentie in het kader van het bestanddeel 'in Nederland verblijven', bedoeld in artikel 197 Sr. Hieruit kan worden afgeleid dat de strafbaarstelling op zichzelf veronderstelt dat het een vreemdeling mogelijk is geweest Nederland te verlaten. Gronden voor overmacht kunnen zijn dat de verdachte buiten zijn schuld geen documenten voor grensoverschrijding kon verkrijgen en dat hij alle maatregelen heeft genomen die redelijkerwijze van hem konden worden gevergd teneinde aan zijn verplichting om Nederland te verlaten, te voldoen⁸. Ernstige ziekte kan overmacht opleveren⁹, evenals de mogelijkheid door het volgende land van verblijf te worden uitgezet naar een land waar bij terugkeer schending van artikel 3 EVRM dreigt¹⁰.

Van overmacht (in de zin van noodtoestand) is eveneens sprake in het geval van vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8 Vw die om beleidsmatige of uitvoeringstechnische redenen tijdelijk niet worden uitgezet en derhalve feitelijk en met medeweten van de overheid in Nederland verblijven. Daarbij kan worden gedacht aan vreemdelingen die, nadat hun asielaanvraag is afgewezen in de algemene asielprocedure, een beslissing op een verzoek om een voorlopige voorziening in Nederland mogen afwachten, aan vreemdelingen die een beslissing op een verzoek om toepassing van artikel 64 Vw mogen afwachten, en aan vreemdelingen aan wie te kennen is gegeven dat zij naar aanleiding 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.

Indien het naar het oordeel van het openbaar ministerie aannemelijk is dat er sprake is van overmacht, zal dit oordeel zwaar meewegen in de beslissing om al dan niet tot vervolging van de verdachte over te gaan.

Wanneer een feit meer dan één vergrijp oplevert, dat wil zeggen in meer dan één strafbepaling valt, is er sprake van 'eendaadse samenloop'. Deze eendaadse samenloop kan zich ook voordoen bij onrechtmatig verblijf in Nederland. Indien een vreemdeling in Nederland verblijft in weerwil van een uitgevaardigd inreisverbod (artikel 108, zesde lid, Vw) maakt hij zich eveneens schuldig aan de overtreding, bedoeld in artikel 108a Vw. Hetzelfde geldt voor de vreemdeling die in Nederland verblijft in weerwil van een

⁸ HR 28 oktober 2008, NJ 2008, 570; HR 20 januari 2009, NJ 2009, 235.

⁹ Hof Arnhem 13 november 2008, NJFS 2009, 5).

¹⁰ Rechtbank 's-Gravenhage 2 november 2009, LJN: BK6644.

ongewenstverklaring of in weerwil van een inreisverbod dat is uitgevaardigd wegens het plegen van strafbare feiten of vanwege gevaar voor de openbare orde en veiligheid (artikel 197 Sr). Artikel 55 Sr bevat hiervoor een voorziening: valt een feit in meer dan één strafbepaling, dan wordt slechts een van die bepalingen toegepast, bij verschil die waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld. Dit betekent dus dat aan een vreemdeling die in weerwil van een uitgevaardigd inreisverbod in Nederland verblijft, overtreding van artikel 108, zesde lid, Vw ten laste zal worden gelegd, en niet overtreding van artikel 108a Vw. Indien een vreemdeling in Nederland verblijft in weerwil van een ongewenstverklaring of in weerwil van een inreisverbod dat is uitgevaardigd wegens het plegen van strafbare feiten of vanwege gevaar voor de openbare orde en veiligheid, zal hem overtreding van artikel 197 Sr ten laste worden gelegd. Dit neemt overigens niet weg dat het mogelijk zal zijn primair overtreding van artikel 197 Sr respectievelijk artikel 108, zesde lid, Vw ten laste leggen, en subsidiair overtreding van artikel 108a Vw. Hiertoe kan aanleiding zijn als niet op voorhand vaststaat dat is voldaan aan het bestanddeel "weten of ernstige reden hebben te vermoeden".

Een andere vorm van samenloop is de zogenaamde 'meerdaadse samenloop'. Op de samenloop van overtredingen met misdrijven en op de samenloop van overtredingen onderling is artikel 62 Sr van toepassing. In dat geval kan voor elke overtreding zonder vermindering straf worden opgelegd. Een voorbeeld kan dit verduidelijken: als een persoon zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal en deze persoon blijkt een vreemdeling te zijn die geen rechtmatig verblijf heeft, dan kunnen de diefstal (misdrijf) en het onrechtmatig verblijf (overtreding) afzonderlijk worden bestraft. Er geldt in deze gevallen dus een onbeperkte cumulatie. Dit is belangrijk, omdat volgens het regeerakkoord de handhaving van de strafbaarstelling van illegaliteit vooral zal worden gericht op criminele en overlastgevende vreemdelingen.

Bij onrechtmatig verblijf in de zin van artikel 108a Vw is er sprake van een delict dat bestaat uit een verboden toestand. Een dergelijk delict kan meermalen worden begaan (en vervolgd) zolang de verboden toestand voortduurt, dat wil zeggen zolang de vreemdeling niet uit Nederland vertrekt of wordt uitgezet, dan wel rechtmatig verblijf verkrijgt. Herhaalde vervolging binnen zeer korte tijd waarbij de verdachte geen gelegenheid heeft gehad aan de verboden toestand een einde te maken, zal echter veelal leiden tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. Voorts is van belang dat een vreemdeling die voor de eerste maal illegaal verblijvend in Nederland wordt aangetroffen, niet alleen zal worden vervolgd wegens zijn onrechtmatige verblijf (artikel 108a Vw), maar dat tegen hem tevens een inreisverbod zal worden uitgevaardigd. Indien hij daarna wederom in Nederland wordt aangetroffen, is er sprake van een ander strafbaar feit, te weten verblijf in Nederland in weerwil van een inreisverbod (artikel 108, zesde lid, Vw). De regels van een eendaadse samenloop leiden er dan toe dat wegens overtreding van artikel 108, zesde lid, Vw zal worden vervolgd. Uitgangspunt is overigens dat illegale vreemdelingen terstond in bewaring worden gesteld ter fine van uitzetting, op basis van aanwijzingen dat zij zich aan uitzetting zullen onttrekken (zie ook paragraaf 1.2). De hiervoor

beschreven situatie dat een vreemdeling na korte tijd wederom onrechtmatig verblijvend in Nederland wordt aangetroffen, zal zich derhalve in de praktijk niet vaak voordoen.

Voor overtredingen geldt een verjaringstermijn van drie jaar (artikel 70 Sr). Het is dus in theorie mogelijk een vreemdeling te vervolgen wegens eerder illegaal verblijf dat uiterlijk drie jaar geleden heeft plaatsgevonden. De handhaving zal echter gericht zijn op illegale vreemdelingen die in het kader van het vreemdelingentoezicht worden aangetroffen en op illegale vreemdelingen die worden opgepakt wegens het plegen van strafbare feiten. Het gaat daarbij dus altijd om gevallen van actueel illegaal verblijf.

2.2. Sanctionering en handhaving

Onrechtmatig verblijf wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste vier maanden of geldboete van de tweede categorie (ten hoogste € 3.800). De strafmaat ligt aldus - voor wat de hechtenis betreft - onder die van verblijf in Nederland in weerwil van een inreisverbod (ten hoogste zes maanden hechtenis of geldboete van de tweede categorie). Dit ligt voor de hand, omdat verblijf in weerwil van een inreisverbod als een zwaarder delict moet worden beschouwd dan enkel illegaal verblijf. De vreemdeling die een inreisverbod overtreedt, overtreedt daarmee immers niet alleen de voor alle vreemdelingen geldende norm dat illegaal verblijf niet is toegestaan, maar ook het tegen hem persoonlijk gerichte, expliciete verbod om in de Europese Unie te verblijven. In haar eerdergenoemde voorlichting over de nota naar aanleiding van het nader verslag bij het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn heeft de Afdeling advisering van de Raad van State al aangegeven de strafmaat voor verblijf in Nederland in weerwil van een inreisverbod proportioneel te achten. Voor enkel illegaal verblijf wordt in dit wetsvoorstel een strafmaat voorgesteld die ligt onder die van verblijf in weerwil van een inreisverbod. Er mag daarom van uit worden gegaan dat ook deze strafmaat voldoet aan de eis van proportionaliteit.

Het is aan de rechter om, met inachtneming van de wettelijke strafmaxima, in ieder concreet geval te oordelen hoe hoog de straf zal zijn. De rechter neemt in zijn beoordeling de persoonlijke omstandigheden van de verdachte in ogenschouw. Er vindt aldus altijd een individuele beoordeling plaats aan de hand van concrete feiten en omstandigheden.

Illegaal verblijf wordt bedreigd met zowel hechtenis als geldboete. Omdat het een overtreding betreft, zal in de praktijk vaak worden volstaan met een financiële sanctie.

Van de hechtenis als hoofdstraf moet worden onderscheiden de vervangende hechtenis (artikel 24c Sr). Vervangende hechtenis is aan de orde als door de rechter een geldboete is opgelegd. Bij oplegging van een geldboete beveelt de rechter dat vervangende hechtenis zal worden toegepast voor het geval geen betaling geschiedt en geen verhaal mogelijk is of plaatsvindt. De vervangende hechtenis is een stok achter de deur voor onwilligen en vervangt de boete bij insolvente veroordeelden. De rechtbanken hanteren

een maatstaf van één dag vervangende hechtenis voor iedere volle € 50 van de geldboete. Voor de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis is geen hernieuwde rechterlijke tussenkomst vereist.

Rechtsgedingen met betrekking tot de overtreding, bedoeld in artikel 108a Vw, zullen worden vervolgd voor de kantonrechter (artikel 382 Sv).

De overtreding, bedoeld in artikel 108a Vw, kan worden afgedaan met een strafbeschikking van de officier van justitie (artikel 257a Sv). Met deze zogenaamde 'OM-strafbeschikking' kan de officier van justitie zonder tussenkomst van de rechter een sanctie opleggen. Indien de verdachte het niet eens is met de opgelegde strafbeschikking, kan hij hiertegen verzet aantekenen bij de strafrechter. Hij dient hiertoe zelf het initiatief te nemen. Wanneer hij dit doet, herneemt het strafproces zijn normale gang. Als de verdachte geen verzet aantekent, is de strafbeschikking voor tenuitvoerlegging vatbaar.

In overleg met het Ministerie van Veiligheid en Justitie en het openbaar ministerie wordt bezien of het wenselijk is voor (bepaalde vormen van) illegaal verblijf het uitvaardigen van de zogenaamde 'politiestrafbeschikking' - waarbij een opsporingsambtenaar een boete oplegt - mogelijk te maken (artikel 257b Sv). Daarvoor is een wijziging van het Besluit OM-afdoening vereist.

Indien bij strafbeschikking een boete is opgelegd, is geen vervangende hechtenis mogelijk. Indien de boete niet wordt betaald, kan de officier van justitie de zaak aan de kantonrechter voorleggen. Als vooraf al duidelijk is dat de verdachte zeer waarschijnlijk niet bereid of in staat is de boete te voldoen, dan kan dit een reden zijn geen strafbeschikking uit te vaardigen, maar de verdachte te dagvaarden. Hetzelfde geldt als de verdachte geen vaste woon- of verblijfplaats heeft en ook overigens geen adres heeft waarnaar de strafbeschikking kan worden gezonden.

Door het openbaar ministerie zullen uiteindelijk richtlijnen worden opgesteld over de wijze waarop de strafbeschikking zal worden toegepast bij geconstateerd illegaal verblijf. Ook over de hoogte van de boetebedragen en de te vorderen straf bij de kantonrechter zal nog nadere besluitvorming plaatsvinden.

Over de wijze waarop de afdoening in praktijk vorm zal krijgen, wordt nog overleg gevoerd met het Ministerie van Veiligheid en Justitie, het openbaar ministerie, de politie en de Koninklijke marechaussee.

Voor de tenuitvoerlegging van sancties gelden verjaringstermijnen (artikelen 76 en 76a Sr). De verjaringstermijn vangt aan op de dag na die waarop de rechterlijke uitspraak of de strafbeschikking ten uitvoer kan worden gelegd. Voor de tenuitvoerlegging van een straf wegens een overtreding bedraagt de verjaringstermijn vier jaar. In het geval van illegaal verblijf geldt dit zowel voor de hoofdstraf (hechtenis of geldboete) als voor de vervangende hechtenis. Dit betekent dat, als een illegale vreemdeling vertrekt of wordt uitgezet voordat de geldboete is voldaan, deze boete blijft openstaan tot vier jaar na de dag waarop de rechterlijke uitspraak of de strafbeschikking ten uitvoer kan worden gelegd. Indien hij binnen die periode wederom in het kader van het vreemdelingtoezicht of anderszins in Nederland wordt

aangetroffen, kan de boete alsnog worden geïnd of de vervangende hechtenis ten uitvoer worden gelegd.

De verjaringstermijn is vooral van belang indien de vreemdeling wordt uitgezet voordat de boete is voldaan. Dit kan zich voordoen, omdat uit het arrest-El Dridi volgt dat een sanctie wegens illegaal verblijf nimmer een beletsel mag vormen voor uitzetting of de uitzetting mag vertragen. Daarmee zou immers het nuttig effect van de terugkeerrichtlijn worden aangetast (El Dridi, r.o. 54 en 55). Met andere woorden: uitzetting gaat altijd vóór tenuitvoerlegging van de straf wegens enkel illegaal verblijf. De betalingsverplichting komt daarmee echter niet te vervallen. De boete blijft vier jaar 'openstaan'. Daar komt bij dat tegen de vreemdeling, uitzonderingen daargelaten, een inreisverbod zal zijn uitgevaardigd. Dit betekent dat deze vreemdeling, indien hij binnen de periode waarvoor het inreisverbod geldt, wederom in Nederland wordt aangetroffen, ook zal worden gesanctioneerd wegens verblijf in Nederland in weerwil van een inreisverbod. Deze nieuwe sanctie komt dan bovenop de nog openstaande boete wegens het eerdere illegale verblijf. Deze cumulatie zorgt voor een extra prikkel voor de vreemdeling om niet voor het verstrijken van de werkingsduur van het inreisverbod naar Nederland terug te komen.

Door het College van procureurs-generaal zullen richtlijnen worden opgesteld waarin het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie met betrekking tot illegaal verblijf wordt vastgelegd.

Een illegale vreemdeling die is opgeroepen of gedagvaard om wegens zijn illegale verblijf voor de kantonrechter te verschijnen, heeft evenals iedere andere verdachte het recht aanwezig te zijn bij de behandeling van zijn strafzaak. Dat geldt ook voor de illegale vreemdeling die inmiddels - al dan niet gedwongen - Nederland heeft verlaten. Een complicerende factor in dit verband is dat tegen de verdachte (de illegale vreemdeling) inmiddels een inreisverbod zal zijn uitgevaardigd dat hem gedurende een bepaalde periode de toegang tot en het verblijf in de Europese Unie verbiedt. De verdachte heeft in dat geval twee mogelijkheden. In de eerste plaats kan de verdachte ervoor kiezen niet in persoon voor de rechter te verschijnen, maar in plaats daarvan zijn advocaat tot zijn verdediging te machtigen (artikel 279 Sv). De behandeling van de zaak geldt dan als een procedure op tegenspraak. In de tweede plaats kan de vreemdeling de Minister voor Immigratie en Asiel verzoeken het inreisverbod tijdelijk op te heffen voor de duur van de strafzaak. Artikel 66b, eerste lid, Vw - onderdeel van het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn - voorziet in die mogelijkheid. De vreemdeling kan dan zijn strafzaak bijwonen zonder het inreisverbod te overtreden. Uiteraard zijn de eventuele reis- en verblijfkosten voor de vreemdeling die van deze mogelijkheid gebruik maakt, voor zijn eigen rekening. Indien de verdachte niet op de terechtzitting verschijnt en niet zijn advocaat tot zijn verdediging heeft gemachtigd, kan het vonnis bij verstek worden gewezen (artikel 280 Sv).

Voor de strafbeschikking geldt dat de verdachte daartegen binnen veertien dagen verzet kan doen (artikel 257e, eerste lid, Sv). Indien een boete van niet meer dan € 340 is opgelegd, is de verzettermijn zes weken. Indien een

illegale vreemdeling wordt uitgezet voordat de verzettermijn is verstreken, zal hij in de gelegenheid worden gesteld alsnog verzet te doen. Bovendien zal hem worden meegedeeld dat hij ook zijn advocaat of een derde kan machtigen namens hem verzet te doen. Voor de aanwezigheid van de verdachte bij de behandeling van het verzet geldt hetzelfde als hiervoor is opgemerkt met betrekking tot de aanwezigheid van de verdachte bij zijn strafzaak.

2.3. Verhouding tussen toezicht en opsporing

De strekking van strafbaarstelling van illegaliteit is dat het illegaal in Nederland verblijven een strafbaar feit wordt, gekwalificeerd als overtreding. Dit heeft tot gevolg dat naast toezichtsbevoegdheden als bedoeld in de Awb en de Vreemdelingenwet 2000 ook opsporingsbevoegdheden als bedoeld in het Wetboek van Strafvordering kunnen worden ingezet. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat de bevoegdheden in het kader van toezicht en handhaving van de Vreemdelingenwet 2000 zijn gericht op zelfstandig vertrek en zo nodig uitzetting van de illegale vreemdeling, terwijl de opsporingsbevoegdheden zijn gericht op opsporing en vervolging van de illegale vreemdeling. Beide categorieën bevoegdheden dienen dus een verschillend doel.

Er kan in de praktijk een samenloop optreden van bestuurlijke toezichtsbevoegdheden en strafrechtelijke opsporingsbevoegdheden. Deze samenloop komt ook op tal van andere terreinen voor waarbij toezichthouders tevens (algemeen of bijzonder) opsporingsambtenaar zijn. Men denke bijvoorbeeld aan de milieuwetgeving.

Enkele zaken zijn in het kader van de samenloop van bevoegdheden van belang. Ten aanzien van een verdachte van een strafbaar feit mogen bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden worden uitgeoefend, mits daarbij de aan de verdachte als zodanig toekomende waarborgen in acht worden genomen¹¹. Een niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling is in zijn hoedanigheid van verdachte niet verplicht mededelingen te doen in het kader van een strafrechtelijk onderzoek. Hij heeft het recht om te zwijgen en moet daar expliciet op worden gewezen. Aan de vreemdeling in kwestie zal dus de cautie moeten worden verleend. De cautie dient te worden verleend op het moment dat een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit, in casu illegaal verblijf, ontstaat. Informatie die los van de wil van de verdachte bestaat, zoals informatie op een mobiele telefoon, valt niet onder het zwijgrecht.

Voorwaarde is tevens dat vreemdelingrechtelijke toezichtsbevoegdheden niet uitsluitend worden uitgeoefend om bewijs in het kader van de opsporing te verzamelen. De bevoegdheden in het kader van het vreemdelingentoezicht mogen dus niet worden ingezet met het enkele oogmerk om bewijs te verzamelen om te komen tot een strafrechtelijke veroordeling. Aantekening verdient dat hiervan niet snel sprake zal zijn, omdat het onderzoek primair zal zijn gericht op identificatie en vertrek of uitzetting van de vreemdeling.

¹¹ HR 26 april 1988, NJ 1989, 390.

Gegevens die worden verzameld in het kader van toezicht mogen overigens wel gebruikt worden in een daarop volgende strafzaak¹².

Tot slot is een nuancering op zijn plaats. Onrechtmatig verblijf is een overtreding, waardoor het arsenaal aan opsporingsbevoegdheden beperkt is. Bovendien zal niet gericht - buiten het kader van het vreemdelingtoezicht - worden opgespoord naar het delict 'illegaal verblijf'. Het zal vrijwel altijd gaan om ontdekking op heterdaad, waarbij de illegale vreemdeling wordt aangetroffen in het kader van het vreemdelingtoezicht of het toezicht op de Wet arbeid vreemdelingen, dan wel omdat bij aanhouding wegens een algemeen delict blijkt dat de verdachte onrechtmatig in Nederland verblijft.

3. Relatie tot het huidige instrumentarium en de reeds in behandeling zijnde wetsvoorstellen

3.1. Het bestuurlijke spoor en het strafrechtelijke spoor

De aanpak van illegaliteit geschiedt langs twee sporen: het bestuurlijke spoor en het strafrechtelijke spoor. Het is belangrijk het onderscheid tussen beide steeds goed voor ogen te houden.

Het bestuurlijke instrumentarium

Naast de bevoegdheden in het kader van het vreemdelingtoezicht bestaat het bestuurlijke instrumentarium onder meer uit de vertrekplicht van de vreemdeling die niet (langer) rechtmatig verblijf heeft, de bevoegdheid tot uitzetting en de vreemdelingenbewaring. Het bestuurlijke instrumentarium staat los van de strafbaarstelling van illegaal verblijf; het wordt er niet door geraakt. De inspanningen van de overheid zullen altijd gericht blijven op het vertrek van de vreemdeling die onrechtmatig in Nederland verblijft. Dit vertrek is bij voorkeur vrijwillig, maar zo nodig gedwongen (uitzetting). Vreemdelingenbewaring is een instrument om uitzetting te effectueren en mag dan ook uitsluitend met dat doel worden toegepast.

Een ander onderdeel van het bestuurlijke instrumentarium is de bevoegdheid van de minister om een vreemdeling ongewenst te verklaren (artikel 67 Vw). Het rechtsgevolg van de ongewenstverklaring is dat de desbetreffende vreemdeling geen rechtmatig verblijf kan hebben. Dit betekent dat de ongewenstverklarde vreemdeling geen recht heeft op een vrije termijn, geen titel tot verblijf kan verkrijgen, geen geslaagd beroep kan doen op artikel 64 Vw, de behandeling van een aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning niet in Nederland mag afwachten en geen procesbelang heeft bij een beroep tegen de afwijzing, niet-verlenging of intrekking van een verblijfsvergunning.

In het wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met nationale visa en enkele andere onderwerpen (31 549) ten slotte wordt geregeld dat, uitzonderingen daargelaten, een aanvraag voor een verblijfsvergunning wordt afgewezen als de aanvrager eerder illegaal in Nederland heeft verbleven, alsmede het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn, waarmee onder andere het inreisverbod in de

¹² HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605.

Vreemdelingenwet 2000 wordt geïntroduceerd. Dit is een Europese maatregel, voortvloeiend uit de terugkeerrichtlijn. Het inreisverbod is, kort gezegd, een besluit waarbij de desbetreffende vreemdeling de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor een bepaalde termijn wordt verboden.

Het strafrechtelijke instrumentarium

Het huidige strafrechtelijke instrumentarium in het kader van onrechtmatig verblijf beperkt zich tot de strafbaarstelling van de vreemdeling die in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenste vreemdeling is verklaard (artikel 197 Sr).

Met het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn wordt het strafrechtelijke instrumentarium uitgebreid, omdat overtreding van het inreisverbod ook strafrechtelijk zal worden gehandhaafd. Zoals ook de Afdeling advisering van de Raad van State in haar voorlichting over de nota naar aanleiding van het nader verslag bij het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn¹³ heeft opgemerkt, vormt de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod een aanvulling op de door de terugkeerrichtlijn voorgeschreven instrumenten en mag zij als ultimum remedium worden toegepast, dat wil zeggen dat de sanctie pas dan mag worden opgelegd wanneer de in de terugkeerrichtlijn genoemde stappen, met als doel de verwijdering door de lidstaat, zonder succes zijn doorlopen. Op deze wijze kunnen de strafrechtelijke maatregelen worden gezien als ondersteuning van het verwijderings- en terugkeerbeleid. Daarbij is wel van belang dat de overheid ook tijdens de tenuitvoerlegging van de eventueel opgelegde hechtenis of gevangenisstraf inspanningen blijft verrichten die zijn gericht op verwijdering van de betrokkene.

Onderscheid tussen bestuursrechtelijk en strafrechtelijk instrumentarium

Uitgangspunt van de Vreemdelingenwet 2000 is dat een vreemdeling die niet (langer) rechtmatig in Nederland verblijft, Nederland moet verlaten. De eigen verantwoordelijkheid van de vreemdeling (zelfstandig vertrek) staat daarbij voorop, maar in die gevallen waarin de vreemdeling hiermee in gebreke blijft, kunnen op grond van de Vreemdelingenwet 2000 de genoemde bestuursrechtelijke instrumenten (bewaring en uitzetting) worden ingezet. Vreemdelingenbewaring is weliswaar een vorm van vrijheidsontneming, maar van een geheel andere aard dan hechtenis wegens onrechtmatig verblijf of wegens overtreding van het inreisverbod. Vreemdelingenbewaring is, evenals uitzetting, een vorm van bestuursdwang en daarmee een herstelsanctie. Een herstelsanctie wordt in artikel 5:2 Awb als volgt gedefinieerd: een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding (artikel 5:2, eerste lid, onder b, Awb). Hechtenis of gevangenisstraf wegens het plegen van een strafbaar feit is geen herstelsanctie, maar een punitieve (bestraffende) sanctie. Het kenmerk van

¹³ Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 14.

een punitieve sanctie is dat zij wordt opgelegd met het oogmerk de overtreder leed toe te voegen. Onder leedtoevoeging moet worden verstaan: een geïndividualiseerd concreet nadeel. Dat nadeel kan financieel van aard zijn (geldboete), maar kan ook bestaan uit vrijheidsontneming voor kortere of langere tijd (hechtenis of gevangenisstraf).

3.2. De Vreemdelingenwet 2000

Vertrekplicht

Het centrale uitgangspunt in de Vreemdelingenwet 2000 is dat de vreemdeling die niet of niet langer rechtmatig verblijf heeft, Nederland uit eigen beweging dient te verlaten (artikel 61 Vw). De vreemdeling heeft hierin een eigen verantwoordelijkheid. De rechtsplicht om Nederland te verlaten, bestaat vanaf het moment waarop een vreemdeling zich illegaal toegang tot Nederland heeft verschaft, dan wel vanaf het moment waarop zijn rechtmatig verblijf eindigt, bijvoorbeeld door het verstrijken van de vrije termijn, bedoeld in artikel 12 Vw, of omdat de aanvraag voor een verblijfsvergunning wordt afgewezen, een verblijfsvergunning wordt ingetrokken of de geldigheidsduur ervan niet wordt verlengd (artikelen 27 en 45 Vw). In de systematiek van de Vreemdelingenwet 2000 heeft de afwijzing van een aanvraag alsmede de intrekking of niet-verlenging van de geldigheidsduur van een verblijfsvergunning van rechtswege tot gevolg dat de vreemdeling Nederland dient te verlaten binnen de in de wet gestelde termijn.

De termijn waarbinnen de vreemdeling die niet (langer) rechtmatig verblijf heeft, uit Nederland moet vertrekken, is neergelegd in artikel 62 Vw. Als de vreemdeling niet binnen de vertrektermijn vertrekt, kan hij op grond van artikel 63 Vw worden uitgezet. De vertrektermijn is als regel vier weken. Op deze regel bestaat een aantal uitzonderingen:

- Indien een vreemdeling na een afwijzende beschikking geen rechtsmiddelen instelt, dient hij na afloop van de bezwaar- en beroepstermijn Nederland onmiddellijk te verlaten. De bezwaar- en beroepstermijn bedraagt vier weken, behalve in geval van afwijzing van een asielaanvraag in de algemene asielprocedure, in welk geval deze termijn één week bedraagt.
- De volgende vreemdelingen dienen Nederland onmiddellijk te verlaten en hebben dus geen vertrektermijn (zij zijn onmiddellijk uitzetbaar): vreemdelingen ten aanzien van wie de vrije termijn is geëindigd, vreemdelingen die vanaf hun binnenkomst illegaal in Nederland verblijven, en asielzoekers van wie de aanvraag is afgewezen binnen acht dagen en die eerder een asielaanvraag hebben gedaan.

De minister kan de vertrektermijn van vier weken verkorten in het belang van de uitzetting (bijvoorbeeld als binnen de reguliere vertrektermijn de mogelijkheid bestaat de vreemdeling in het kader van een door de DT&V georganiseerde vlucht te laten terugkeren) of in het belang van de openbare orde of de nationale veiligheid (bijvoorbeeld indien gegronde vrees bestaat de vreemdeling misbruik zal maken van de vertrektermijn door onrechtmatig in Nederland achter te blijven).

Met het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn krijgt de minister daarnaast de bevoegdheid de vertrektermijn van vier weken te verlengen, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van het individuele geval.

Belangrijk is dat het voorliggende wetsvoorstel geen verandering brengt in het uitgangspunt dat de vreemdeling die niet of niet langer rechtmatig verblijf heeft, Nederland uit eigen beweging dient te verlaten binnen de daartoe gestelde termijn. Integendeel, het vormt juist een aansporing voor de vreemdeling om zich niet onrechtmatig toegang tot Nederland te verschaffen of om Nederland tijdig uit eigen beweging te verlaten. Doet hij dat niet, dan kunnen tegen hem niet alleen de hierna te noemen vreemdelingrechtelijke maatregelen (in het bijzonder vreemdelingenbewaring en uitzetting) worden ingezet, maar maakt hij zich ook schuldig aan het strafbare feit van illegaal verblijf.

Uitzetting

De vreemdeling die geen rechtmatig verblijf (meer) heeft en niet onmiddellijk respectievelijk binnen de voor hem geldende vertrektermijn uit Nederland is vertrokken, kan door de minister worden uitgezet (artikel 63 Vw). Uitzetting is een vorm van bestuursdwang, bestaande uit de fysieke verwijdering uit Nederland. De bevoegdheid tot uitzetting is van rechtswege het gevolg van het niet verlenen, niet verlengen of intrekken van de vergunning, van het anderszins eindigen van het rechtmatig verblijf en van het niet hebben van rechtmatig verblijf. De bevoegdheid tot uitzetting is dus niet discretionair van aard, hetgeen betekent dat de minister bij de toepassing van deze bevoegdheid de persoonlijke belangen van de vreemdelingen niet behoeft af te wegen tegen het algemeen belang.

Krachtens artikel 64 Vw blijft uitzetting achterwege zolang het gelet op de gezondheidstoestand van de vreemdeling of die van een van zijn gezinsleden niet verantwoord is om te reizen. De vreemdeling heeft in dat geval rechtmatig verblijf op grond van artikel 8, onderdeel j, Vw. Daardoor geldt ook de vertrekplicht niet zolang artikel 64 Vw op de vreemdeling van toepassing is.

In situaties waarin het onzeker is of een uitgeprocedeerde asielzoeker kan worden uitgezet naar zijn land van herkomst, kan een zogenaamd vertrekmoratorium worden ingesteld (artikel 45, vierde lid, Vw). De vreemdeling op wie het vertrekmoratorium van toepassing is, wordt geacht rechtmatig verblijf te hebben als bedoeld in artikel 8, onderdeel j, Vw. Zolang het vertrekmoratorium op de vreemdeling van toepassing is, kan hij niet worden uitgezet.

Artikel 45, zesde lid, Vw voorziet in een speciaal vertrekmoratorium voor vreemdelingen die geen asiolverzoek (meer) hebben lopen, maar wel tijdelijke bescherming genieten op grond van de richtlijn tijdelijke bescherming. Het verblijf van een vreemdeling die tijdelijke bescherming geniet, wordt gelijkgesteld met rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8, onderdeel f, Vw. Ook hij kan dus niet worden uitgezet zolang het moratorium op hem van toepassing is.

Het voorliggende wetsvoorstel heeft geen gevolgen voor de uitoefening van de bevoegdheid tot uitzetting. De vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft en Nederland niet binnen de voor hem geldende termijn heeft verlaten, kan te allen tijde worden uitgezet. De strafbaarstelling van het onrechtmatige verblijf doet daar niets aan af, en mag daar met het oog op een juiste uitvoering van de terugkeerrichtlijn ook niets aan afdoen.

Vreemdelingenbewaring

Vreemdelingen die geen rechtmatig verblijf hebben, kunnen in bewaring worden gesteld (artikel 59 Vw). De maatregel van bewaring is géén strafmaatregel. Het is een bestuursrechtelijke maatregel (bestuursdwang) die ziet op de uitzetting van de vreemdeling.

De wet bevat twee cumulatieve voorwaarden voor inbewaringstelling:

1. De openbare orde moet de inbewaringstelling van de vreemdeling vorderen. Dit is het geval indien er aanwijzingen zijn om te vermoeden dat de vreemdeling zich aan de uitzetting zal onttrekken. Dergelijke aanwijzingen zijn onder meer:
 - de vreemdeling is Nederland op illegale wijze binnengekomen en heeft zich aan het vreemdelingentoezicht onttrokken;
 - de vreemdeling heeft Nederland niet uit eigen beweging binnen de voor hem geldende vertrektermijn verlaten;
 - de vreemdeling werkt niet of onvoldoende mee aan het vaststellen van zijn identiteit en nationaliteit.
2. De inbewaringstelling moet plaatsvinden met het oog op de uitzetting van de vreemdeling. Dit betekent dat inbewaringstelling mag worden toegepast indien en zolang er zicht op uitzetting binnen een redelijke termijn bestaat en de minister voldoende voortvarendheid betracht bij de voorbereiding van de uitzetting.

In de wet zijn geen bepalingen opgenomen over de duur van de bewaring. In de jurisprudentie wordt ervan uitgegaan dat na zes maanden bewaring het belang van de vreemdeling om in vrijheid gesteld te worden, in het algemeen zwaarder weegt dan het algemeen belang om de vreemdeling ter fine van uitzetting in bewaring te houden.

In het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn wordt, conform de terugkeerrichtlijn, de maximumduur van de bewaring op zes maanden gesteld, met dien verstande dat de bewaring met nog eens ten hoogste twaalf maanden mag worden verlengd, indien de uitzetting wellicht meer tijd zal vergen omdat de vreemdeling niet meewerkt of de benodigde documentatie uit derde landen nog ontbreekt.

Ongewenstverklaring

Krachtens artikel 67 Vw kan de minister de volgende categorieën vreemdelingen ongewenst verklaren:

- a. vreemdelingen die niet rechtmatig in Nederland verblijven en bij herhaling een bij de Vreemdelingenwet 2000 strafbaar gesteld feit hebben begaan;
- b. vreemdelingen die onherroepelijk zijn veroordeeld wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd, dan

wel ter beschikking zijn gesteld. Dit betreft vreemdelingen van wie de verblijfsvergunning wegens gevaar voor de openbare orde is ingetrokken of met toepassing van de glijdende schaal (artikel 3.86 van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb)) niet is verlengd;

- c. vreemdelingen die een gevaar vormen voor de openbare orde of nationale veiligheid en niet op grond van een verblijfsvergunning, als gemeenschapsonderdaan of als Turks onderdaan krachtens het Associatiebesluit in Nederland verblijven;
- d. vreemdelingen die door een andere aan Schengen deelnemende staat ongewenst zijn verklaard;
- e. vreemdelingen van wie de ongewenstverklaring in het belang is van de internationale betrekkingen van Nederland, zoals oorlogsmisdadigers of personen die misdaden tegen de menselijkheid hebben begaan.

De bevoegdheid tot ongewenstverklaring is een discretionaire bevoegdheid. Bij de toepassing van deze bevoegdheid moet de minister derhalve de persoonlijke belangen van de vreemdeling afwegen tegen het algemeen belang.

Ongewenstverklaring heeft tot gevolg dat de desbetreffende vreemdeling geen rechtmatig verblijf kan hebben (artikel 67, derde lid, Vw). Uit dien hoofde hebben ongewenstverklaarde vreemdelingen geen recht op een vrije termijn, kunnen zij geen titel tot verblijf verkrijgen, kunnen zij geen geslaagd beroep doen op artikel 64 Vw en mogen zij de behandeling van een aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning niet in Nederland afwachten. Zij hebben ook geen procesbelang bij een beroep tegen de afwijzing, niet-verlenging of intrekking van een verblijfsvergunning.

De minister kan besluiten tot opheffing van de ongewenstverklaring (artikel 68). Dat kan alleen op verzoek van de vreemdeling. De ongewenstverklaring wordt in ieder geval opgeheven indien de vreemdeling tien jaar onafgebroken buiten Nederland verblijf heeft gehad en zich in die periode geen van de gronden, bedoeld in artikel 67, eerste lid, Vw, hebben voorgedaan. De overige gronden voor opheffing zijn opgenomen in artikel 6.6 Vb.

Krachtens artikel 197 Sr wordt een vreemdeling die in Nederland verblijft terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenste vreemdeling is verklaard, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie (ten hoogste € 7.600). Dit strafbare feit is geclassificeerd als misdrijf.

Staanhouding en ophouding in het kader van het vreemdelingtoezicht
De vreemdelingenpolitie en de KMar zijn bevoegd personen staande te houden ter vaststelling van hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie (artikel 50, eerste lid, Vw). In het kader van het reguliere vreemdelingtoezicht mogen personen uitsluitend staande worden gehouden op grond van feiten en omstandigheden die, naar objectieve maatstaven gemeten, een redelijk vermoeden van illegaal verblijf opleveren. In het kader van het mobiel toezicht van de KMar in de grenszone en op internationale

vliegvelden bij intra-Schengenvluchten mogen, met inachtneming van artikel 4.17a Vb, personen staande worden gehouden ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding.

Indien de identiteit van de vreemdeling niet onmiddellijk kan worden vastgesteld, mag de vreemdeling worden overgebracht naar een plaats bestemd voor verhoor, veelal een politiebureau (artikel 50, tweede lid, Vw). Dit mag eveneens indien de identiteit van de vreemdeling wél onmiddellijk kan worden vastgesteld, maar blijkt dat hij geen rechtmatig verblijf geniet of onduidelijkheid bestaat over zijn verblijfsrechtelijke positie (artikel 50, derde lid, Vw). De vreemdeling mag ten hoogste zes uren op het politiebureau worden opgehouden. Indien nog grond bestaat voor het vermoeden dat hij geen rechtmatig verblijf heeft, kan deze termijn in het belang van het onderzoek met ten hoogste 48 uren worden verlengd (artikel 50, vierde lid, Vw).

De bevoegdheid tot ophouding strekt ertoe de vreemdeling te beletten dat hij zich aan het vreemdelingentoezicht onttrekt, zodat onderzoek kan worden gedaan naar zijn identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie en voorbereidingen kunnen worden getroffen voor zijn inbewaringstelling. Volgens vaste jurisprudentie dient de vreemdeling op wie de rechtsplicht rust Nederland te verlaten, uit dien hoofde volledige medewerking te verlenen aan het onderzoek naar zijn identiteit en nationaliteit. Ter vaststelling van de identiteit en nationaliteit mag gedurende de ophouding de bagage van de vreemdeling worden doorzocht (inclusief het uitlezen van een mobiele telefoon) en mag hij aan zijn kleding en lichaam worden onderzocht (artikel 50, vijfde lid, Vw).

De wet bevat meer bevoegdheden in het kader van toezicht, zoals de bevoegdheid vervoermiddelen te onderzoeken en de bevoegdheid een woning te betreden zonder toestemming van de bewoner. Deze bevoegdheden blijven hier buiten beschouwing.

3.3. Het wetsvoorstel nationale visa (31 549)

Het voorstel van wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met nationale visa en enkele andere onderwerpen (31 549) introduceert een afwijzingsgrond 'eerder illegaal verblijf' bij een aanvraag voor een reguliere verblijfsvergunning voor bepaalde tijd en daarmee ook voor een machtiging tot voorlopig verblijf. Dit heeft betrekking op vreemdelingen die illegaal in Nederland hebben verbleven, daarna uit Nederland zijn vertrokken en vervolgens een aanvraag doen vanuit het land van herkomst voor een machtiging tot voorlopig verblijf of een reguliere verblijfsvergunning. Ook deze maatregel draagt bij aan het onaantrekkelijker maken van onrechtmatig verblijf in Nederland.

Om de afwijzingsgrond te preciseren en het gebruik ervan te reguleren, worden er uitzonderingen gemaakt voor bepaalde groepen vreemdelingen: de vreemdeling van wie uitzetting achterwege blijft zolang het gelet op zijn gezondheidstoestand of van een van zijn gezinsleden niet verantwoord is om te reizen, de vreemdeling die minderjarig en alleenstaand is, de vreemdeling

die slachtoffer of getuige-aangever is van mensenhandel, en de vreemdeling die aanspraak heeft op verlening van een verblijfsvergunning voor verblijf als gezinslid. Deze laatste categorie houdt verband met richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (PbEU L 251/12).

3.4. Het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn (in relatie tot de voorlichting Afdeling advisering van de Raad van State)

Reeds eerder is ingegaan op het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn en de daarin door middel van de tweede nota van wijziging¹⁴ opgenomen strafbaarstelling van verblijf in Nederland in weerwil van een inreisverbod. Met dat wetsvoorstel worden de in de terugkeerrichtlijn vastgelegde gemeenschappelijke normen en procedures voor de terugkeer van illegale vreemdelingen die afkomstig zijn uit derde landen, in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd.

Op 10 juni 2011 heeft de Afdeling advisering van de Raad van State op verzoek van de Tweede Kamer voorlichting uitgebracht over deze strafbaarstelling¹⁵.

De Afdeling advisering benadrukt dat de tweede nota van wijziging niet ziet op de generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf, maar dat enkel het handelen in strijd met het Europees inreisverbod strafbaar wordt gesteld. Over de voorgestelde strafbaarstelling zijn twaalf voorlichtingsvragen aan de Afdeling advisering voorgelegd. Deze vragen hangen nauw met elkaar samen en hebben in hoofdzaak betrekking op de proportionaliteit van de voorgestelde strafbaarstelling, de verenigbaarheid ervan met de doelstelling van de terugkeerrichtlijn en de noodzaak van de strafbaarstelling. Bij de beantwoording van de voorlichtingsvragen acht de Afdeling advisering een aantal omstandigheden van belang. Ten eerste gaat het erom dat het voorstel van de regering aansluit bij de systematiek van de reeds geldende wetgeving die vergelijkbare situaties bestrijkt. Ten tweede maakt de regering een onderscheid naar strafbaarstelling in de vorm van een overtreding en strafbaarstelling in de vorm van een misdrijf. Het handelen enkel vanwege strijd met een inreisverbod wordt gestraft als een overtreding, het handelen in strijd met een inreisverbod dat opgelegd is wegens het plegen van strafbare feiten of vanwege gevaar voor de openbare orde en veiligheid wordt gestraft als een misdrijf. Ten derde verschilt de hoogte van de maximale straffen wezenlijk van de hoogte van de straffen voorzien in de Italiaanse wetgeving, waarover het Hof van Justitie van de Europese Unie zich recent heeft uitgesproken. Daar gold een gevangenisstraf van minimaal één jaar en maximaal vier jaren. In zijn arrest in deze Italiaanse zaak heeft het Hof geoordeeld dat dergelijk hoge straffen de doelstelling van de terugkeerrichtlijn frustreren. Het uiteindelijke doel van de terugkeerrichtlijn is dat vreemdelingen die onder het bereik van de richtlijn vallen en tegen wie een terugkeerbesluit in de zin van de richtlijn is uitgevaardigd, de lidstaat waar ze illegaal verblijven verlaten. Met een gevangenisstraf van een jaar wordt hier niet aan voldaan.

¹⁴ Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 12.

¹⁵ Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 14.

De Afdeling advisering concludeert dat de voorgestelde sanctionering van het handelen in weerwil van het inreisverbod gezien kan worden als een middel ter ondersteuning van de doelstelling van de richtlijn. De Afdeling advisering wijst er echter op dat de autoriteiten niet direct mogen overgaan tot sanctionering op het moment dat zij een vreemdeling, die een inreisverbod heeft gekregen, in Nederland aantreffen. Eerst moet een aantal stappen worden doorlopen en moet de vreemdeling de kans krijgen om het land zelf te verlaten. Als hij dat niet doet, mogen eventueel dwangmiddelen worden toegepast. Pas als deze geen succes hebben gehad, mag de overheid overgaan tot sanctionering, eventueel die van strafrechtelijke aard. Strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod vormt dus een aanvulling op de door de richtlijn voorgeschreven instrumenten en mag als 'ultimum remedium' worden toegepast. Bovendien moeten de lidstaten gerichte inspanningen blijven verrichten om de uitzetting te bewerkstelligen. De ratio van de terugkeerrichtlijn brengt aldus met zich dat, zodra de uitzetting mogelijk is, de tenuitvoerlegging van de eventueel opgelegde hechtenis of gevangenisstraf moet worden opgeschort en de uitzetting daadwerkelijk moet worden geëffectueerd.

4. De ontwikkelingen in het laatste decennium met betrekking tot de strafbaarstelling van illegaliteit

Het kabinet-Balkenende I

In het strategisch akkoord van het kabinet-Balkenende I (CDA-LPF-VVD) d.d. 3 juli 2002¹⁶ was afgesproken dat illegaal verblijf strafbaar zou worden. Omdat dit kabinet reeds na drie maanden ten val kwam, heeft het geen uitvoering kunnen geven aan dit beleidsvoornemen.

Het kabinet-Balkenende II

In het hoofdlijnenakkoord van het kabinet-Balkenende II (CDA-VVD-D66) d.d. 16 mei 2003¹⁷ was afgesproken dat illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland krachtiger zou worden tegengegaan, maar het bevatte geen verwijzing naar de strafbaarstelling van illegaal verblijf. Op 23 april 2004 heeft dit kabinet bij brief van de toenmalige Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie, mevrouw Verdonk, de zogenaamde 'Illegalennota' aan de Tweede Kamer aangeboden¹⁸. Daarin werd meegedeeld dat om praktische redenen vooralsnog werd afgezien van de strafbaarstelling van illegaal verblijf:

"Het strafbaarstellen van illegaal verblijf zou mogelijk een signaalfunctie kunnen hebben. Het kabinet heeft echter overwogen dat de bestrijding van illegaal verblijf primair de feitelijke beëindiging van het verblijf vereist. Met het strafbaar stellen van illegaal verblijf zou, als het aankomt op hechtenis, het verblijf daarentegen echter zelfs worden verlengd. Gelet op de relatief geringe ernst van de strafbare gedraging en de beperkte capaciteit van OM en politie ligt het - gezien ook de capaciteit die nodig is

¹⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28 375, nr. 5.

¹⁷ Kamerstukken II 2002/03, 28 637, nr. 19.

¹⁸ Kamerstukken II 2003/04, 29 537, nrs. 1 en 2.

voor handhaving van andere in de maatschappij als ernstig ervaren strafbare feiten - in de lijn der verwachting dat het handhavings- en vervolgingsbeleid selectief zouden zijn. Daarom heeft het kabinet overwogen dat vooralsnog niet zou moeten worden overgegaan tot strafbaarstelling van illegaal verblijf.”

Niettemin sprak de CDA-fractie zich tijdens het notaoverleg van 21 juni 2004¹⁹ uit voor het strafbaar stellen van illegaal verblijf. De minister gaf in het overleg aan dat strafbaarstelling voor haar niet onbespreekbaar was, en dat het kabinet met het woord “vooralsnog” wilde aangeven dat, als na een jaar zou blijken dat de inzet op de daadwerkelijke terugkeer van illegalen onvoldoende effect zou hebben, alsnog tot strafbaarstelling van illegaal verblijf zou kunnen worden overgegaan. Op 1 juli 2004 werd door de Tweede Kamer de tijdens het notaoverleg ingediende motie-Van Fessem/Nawijn aangenomen, waarin de Kamer overwoog dat de strafbaarstelling van illegaal verblijf een bijdrage kan leveren aan het voorkomen en bestrijden van illegaliteit, en waarin zij de regering verzocht haar een notitie te sturen waarin zou worden ingegaan op de voor- en nadelen van het strafbaar stellen van illegaal verblijf en de mogelijke uitwerking daarvan²⁰.

Ter uitvoering van de motie-Van Fessem/Nawijn zond de minister op 4 maart 2005 een brief aan de Tweede Kamer²¹. In deze brief werden de volgende argumenten genoemd die zouden kunnen pleiten voor strafbaarstelling:

1. *Signaalfunctie*: onrechtmatig verblijf wordt beschouwd als een serieuze inbreuk op de openbare orde die met een bestraffing zal worden hersteld.
2. *Preventieve werking*: de boodschap dat onrechtmatig verblijf niet getolereerd en derhalve bestraft wordt, zou vreemdelingen ervan kunnen weerhouden zich illegaal in Nederland te vestigen.
3. *Afschrikwekkende werking*: indien zowel de pakkans als de strafmaat behoorlijk zou zijn, is niet ondenkbaar dat de maatregel ertoe zou kunnen leiden dat reeds in Nederland verblijvende illegalen ertoe gebracht worden Nederland te verlaten.
4. *Effectievere aanpak*: de ambtenaren belast met het toezicht op vreemdelingen krijgen naast het bestuursrechtelijk instrumentarium een strafrechtelijk instrument om de illegalenproblematiek te bestrijden, hetgeen zou kunnen leiden tot een effectievere aanpak.

Wat de uitwerking betreft, stelde de brief dat aan het huidige artikel 108 Vw een strafbepaling zou kunnen worden toegevoegd, die bijvoorbeeld inhoudt dat strafbaar wordt de vreemdeling die in strijd met de op hem rustende vertrekplicht van artikel 61, eerste lid, Vw in Nederland verblijft. Als voordeel van opname van strafbaarstelling van illegaal verblijf in de Vreemdelingenwet 2000 boven opname van een strafbepaling in het Wetboek van Strafrecht werd genoemd dat de ambtenaren die in het kader van grensbewaking en vreemdelingentoezicht nu reeds geconfronteerd worden met illegaal verblijf, met de opsporing worden belast.

¹⁹ Kamerstukken II 2003/04, nr. 15.

²⁰ Kamerstukken II 2003/04, 29 537, nr. 3.

²¹ Kamerstukken II 2004/05, 29 537, nr. 23.

Vervolgens werd in de brief een aantal bezwaren genoemd tegen de strafbaarstelling van illegaal verblijf. Ik zal hieronder op deze bezwaren ingaan, waarbij ik eerst het bezwaar samenvat en daarna mijn reactie geef.

De maatregel treft niet alleen criminele of overlast veroorzakende illegalen, maar maakt bijvoorbeeld ook illegalen strafbaar die meewerken aan hun (gedwongen) vertrek.

De strafbaarstelling van illegaal verblijf heeft enkel betrekking op het feit dat de vreemdeling op het moment waarop hij staande wordt gehouden, onrechtmatig in Nederland verblijft (actueel illegaal verblijf). De strafbaarstelling heeft als zodanig niet tot doel het vertrek te bevorderen (al kan dat wel een positief neveneffect zijn); daarvoor bestaan andere instrumenten, in het bijzonder het terugkeerbesluit en het inreisverbod. De strafbaarstelling heeft dus inderdaad betrekking op alle illegale vreemdelingen, ook als zij alsnog meewerken aan hun gedwongen vertrek. Dat is, gezien doel en strekking van de strafbaarstelling, ook niet meer dan logisch. Een vreemdeling die onrechtmatig verblijvend in Nederland wordt aangetroffen, heeft immers ofwel reeds de gelegenheid gehad om na afloop van zijn rechtmatig verblijf uit eigen beweging te vertrekken (vertrektermijn) ofwel hij heeft nimmer rechtmatig verblijf gehad. Dat de vreemdeling na zijn staandehouding alsnog bereid is aan zijn vertrek mee te werken, doet niet af aan de strafbaarheid van zijn gedrag.

Complexe vragen over de verblijfsrechtelijke situatie van de vreemdeling zullen een rol gaan spelen bij de vraag of al dan niet sprake is van een strafbaar feit. Daarmee zal van een in de praktijk eenvoudig te hanteren en efficiënte (standaardmatige) sanctionering van illegaal verblijf in elk geval geen sprake kunnen zijn.

De gronden voor rechtmatig verblijf worden limitatief opgesomd in artikel 8 Vw. In het kader van het vreemdelingentoezicht wordt ook aan deze gronden getoetst. Als de vreemdeling geen rechtmatig verblijf heeft, wordt tegen hem een terugkeerbesluit uitgevaardigd. Het terugkeerbesluit dient blijkens de definitie in de terugkeerrichtlijn mede ter vaststelling van het onrechtmatig verblijf. Als tegen een vreemdeling een terugkeerbesluit is uitgevaardigd, staat zijn onrechtmatig verblijf in rechte vast. Het ligt daarom in de rede de sanctie wegens onrechtmatig verblijf in die gevallen waarin de vreemdeling onmiddellijk dient te vertrekken, tegelijk met het uitvaardigen van het terugkeerbesluit op te leggen. Als de vreemdeling na het uitvaardigen van het terugkeerbesluit een termijn voor zelfstandig vertrek had, maar Nederland niet binnen die vertrektermijn daadwerkelijk verlaten heeft, kan de sanctie tegelijk met het uitvaardigen van het inreisverbod worden opgelegd.

De maatregel leidt tot een cumulatie van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties, bijvoorbeeld hechtenis en vreemdelingenbewaring. Nu deze maatregelen hetzelfde doel trachten te bereiken - het beëindigen van het onrechtmatig verblijf - kunnen vraagtekens worden gesteld bij de doelmatigheid van deze cumulatie.

Dit bezwaar gaat er kennelijk van uit dat een strafrechtelijke sanctie wegens illegaal verblijf hetzelfde doel heeft als vreemdelingenbewaring (een bestuursrechtelijke sanctie). Dit is niet juist. Vreemdelingenbewaring is een vorm van bestuursdwang en daarmee een herstelsanctie. Een herstelsanctie is een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding (artikel 5:2, eerste lid, onder b, Awb). Vreemdelingenbewaring strekt derhalve tot beëindiging van het onrechtmatig verblijf door middel van uitzetting. Hechtenis of geldboete wegens illegaal verblijf is geen herstelsanctie, maar een punitieve (of bestraffende) sanctie. Het kenmerk van een punitieve sanctie is dat zij wordt opgelegd met het oogmerk de overtreder leed toe te voegen. Onder leedtoevoeging moet worden verstaan: een geïndividualiseerd concreet nadeel. Een straf wegens illegaal verblijf heeft dus, anders dan vreemdelingenbewaring, niet primair tot doel het illegale verblijf te beëindigen.

Strafbaarstelling van illegaliteit leidt tot veel extra administratieve lasten en een aanzienlijk beslag op capaciteit, met een gering rendement. Gelet op de betrekkelijk geringe ernst van de strafbare gedraging en de beperkte capaciteit van openbaar ministerie en politie, ligt het in de lijn der verwachting dat het handhavings- en vervolgingsbeleid zeer selectief zal zijn. In nauw overleg met het openbaar ministerie, de vreemdelingenpolitie en de KMar zal de handhaving zo efficiënt en effectief mogelijk worden vormgegeven. De strafbaarstelling vergt geen substantiële extra capaciteit van de politie of de KMar. Reeds eerder is opgemerkt dat niet actief zal worden opgespoord, maar dat het zal gaan om illegalen die worden aangetroffen in het kader van het vreemdelingtoezicht of die anderszins tegen de lamp lopen.

Een geldboete kan vier jaar lang worden geïnd. Indien er sprake is van vervangende hechtenis, kan deze ten uitvoer worden gelegd op het moment dat duidelijk is dat de boete niet is betaald en dat van daadwerkelijk vertrek geen sprake is. Ten slotte is van belang dat de terugkeerrichtlijn, overigens geheel in lijn met het huidige beleid, de lidstaten verplicht zich in te spannen voor zo mogelijk zelfstandig en zo nodig gedwongen vertrek van de illegale vreemdelingen.

De strafbaarstelling van illegaliteit zal leiden tot een verdere marginalisering van de illegale vreemdeling en daardoor mogelijk verdere criminalisering. Bovendien is het aannemelijk dat het zal leiden tot een toename van andere strafbare feiten zoals identiteitsfraude en mensensmokkel.

Strafbaarstelling van illegaal verblijf maakt deel uit van een samenhangend geheel van maatregelen, dat onrechtmatig verblijf in Nederland onaantrekkelijker moet maken. In paragraaf 1 is aangegeven waarom dit wenselijk en noodzakelijk is. Zoals nader uiteengezet in mijn brief van 8 juli 2011, behelst de aanpak van illegaal verblijf meer dan alleen het strafbaar stellen van illegaal verblijf. Ook wordt daarbij ingegaan op bestaande en nieuwe maatregelen om migratiecriminaliteit, waaronder mensenhandel, illegale tewerkstelling en huisjesmelkerij, en grensoverschrijdende

criminaliteit die in Nederland plaatsvindt door in andere landen verblijvende personen, tegen te gaan en steviger aan te pakken.

Er zou een ongewenste invloed van het strafrecht op het (bestuursrechtelijke) vreemdelingenrecht op kunnen treden. Bij de rechterlijke beoordeling of een illegaal strafbaar is, kan de vraag aan de orde komen of zijn verblijf het gevolg is van overmacht. Het is niet ondenkbaar dat hierover in een strafrechtelijke procedure een andere conclusie getrokken wordt dan in een vreemdelingrechtelijke.

Naar verwachting zal de strafrechter niet snel tot het oordeel komen dat een vreemdeling rechtmatig verblijf heeft terwijl de onrechtmatigheid van zijn verblijf vreemdelingrechtelijk is vastgesteld door middel van het uitvoerig van een terugkeerbesluit. De rechter kan wel tot het oordeel komen dat er sprake is van overmacht. Overmacht is geen vreemdelingrechtelijk begrip, maar een strafrechtelijk begrip: het heeft geen betrekking op de rechtmatigheid van het verblijf, maar op de strafbaarheid van de vreemdeling.

Gelet op de hiervoor genoemde bezwaren, zag de toenmalige Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie 'vooralnog' geen aanleiding om illegaal verblijf rechtstreeks strafbaar te stellen. Hij had een voorkeur voor uitbreiding van de mogelijkheden voor indirecte strafbaarstelling van illegaal verblijf door middel van een uitbreiding van de gronden voor ongewenstverklaring. Ik wijs er evenwel op dat uit de brief niet blijkt van juridische of andere bezwaren die strafbaarstelling onmogelijk zouden maken. Het toenmalige kabinet kwam na een afweging van de voordelen en nadelen tot het oordeel dat voor strafbaarstelling van illegaliteit vooralnog geen aanleiding was. Het huidige kabinet maakt een andere afweging, waarbij de bezwaren die worden genoemd in de brief uit 2005 grotendeels kunnen worden weggenomen.

Het kabinet-Balkenende IV

Het coalitieakkoord van het kabinet-Balkenende IV (CDA-PvdA-ChristenUnie) d.d. 7 februari 2007²² ten slotte bevatte geen passage over strafbaarstelling van illegaliteit.

5. Gevolgen voor het openbaar ministerie, de rechterlijke macht, politie, KMar en de DJI

In nauw overleg met de betrokken diensten zal worden bezien op welke wijze de handhaving zo effectief en efficiënt mogelijk kan worden vormgegeven. Voorop staat dat de handhaving zal plaatsvinden jegens illegalen die in het kader van het vreemdelingtoezicht of anderszins - bijvoorbeeld als zij worden opgepakt voor een ander delict - tegen de lamp lopen. Het handhavingsbeleid vergt derhalve niet of nauwelijks extra inspanningen van de (vreemdelingen)politie en de KMar. De in de brief van 8 juli 2011 aangekondigde intensivering en versterking van het vreemdelingtoezicht

²² Kamerstukken II 2006/07, 30 891, nr. 4.

staat los van de handhaving van artikel 108a Vw, maar zal er naar verwachting wel toe leiden dat in het kader van het vreemdelingtoezicht meer illegale vreemdelingen worden aangetroffen, die vervolgens - naast de treffen vreemdelingrechtelijke maatregelen - zullen worden vervolgd wegens overtreding van artikel 108a Vw.

De gevolgen voor het openbaar ministerie en rechterlijke macht zijn afhankelijk van het aantal zaken dat direct voor de rechter wordt gebracht. Dat zal met name afhangen van het betaalgedrag van de illegale vreemdeling. Voor de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI) zal eveneens gelden dat, als ervoor gekozen wordt overtredingen direct voor de rechter te brengen, de kans op vervangende hechtenis groter is. De vervangende hechtenis zal worden geëffectueerd op het moment dat de boete niet is betaald en van daadwerkelijke terugkeer geen sprake is. Alles is gericht op de terugkeer.

6. Financiële gevolgen

Het is de bedoeling dat onder andere door de strafbaarstelling van illegaal verblijf er minder illegalen naar Nederland komen of zich in Nederland zullen bevinden, minder illegalen staande zullen worden gehouden of aangehouden en minder illegalen in bewaring worden gesteld.

Het uitgangspunt is dat de strafbaarstelling van de illegaliteit niet zal leiden tot een grote toename van extra uitvoerende handelingen van de betrokken overheidsdiensten, omdat bij de uitwerking van de strafbaarstelling wordt aangesloten bij de bestaande (wetgevings)systematiek voor de wijze van sanctionering en de tenuitvoerlegging ervan. De handhaving zal zich, naast de ontdekking op heterdaad, vooral gaan richten op criminele en overlastgevendende illegalen, die reeds door de vreemdelingenpolitie zijn geprioriteerd in het kader van de aanpak van illegaal verblijf. De bijbehorende investeringen zijn reeds voorzien.

Indien de uitwerking van de maatregelen extra kosten meebrengt, kunnen deze uit de door het kabinet gereserveerde intensiveringsmiddelen worden gecompenseerd. Om de strafbaarstelling goed te kunnen invoeren is het noodzakelijk dat de bijbehorende systemen voor managementinformatie worden aangepast, zodat de maatschappelijke effecten goed kunnen worden gemonitord.

7. Adviezen

Het conceptwetsvoorstel is ter consultatie voorgelegd aan de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, de Raad voor de Rechtspraak, de Nederlandse Orde van Advocaten, het College van procureurs-generaal, de Vereniging Nederlandse Gemeenten en het Korpsbeheerdersberaad.

7.1. Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ)

De ACVZ heeft geen opmerkingen over de wijze waarop de voorgestelde strafbaarstelling is uitgewerkt. Deze sluit naar de mening van de ACVZ op een voor de hand liggende wijze aan bij de bestaande

wetgevingssystematiek. Wel heeft de ACVZ opmerkingen over de noodzaak en de effectiviteit van de beoogde maatregel, enkele ongewenste neveneffecten ervan, de verenigbaarheid ervan met de terugkeerrichtlijn, de delictsomschrijving en de samenhang tussen uitsluitingsgronden voor toepassing van de met dit voorstel uitgebreide sanctiebepalingen.

Noodzaak onvoldoende aangetoond

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 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.

Naar de mening van de regering onderschat de ACVZ de problematiek van illegaliteit. Het aantal illegalen is sinds 2002 inderdaad gedaald, maar deze daling is vooral veroorzaakt door de uitbreiding van het aantal landen dat lid is van de Europese Unie. Onderdanen van deze landen hebben in beginsel het recht zich vrij te bewegen op het grondgebied van de Unie. Dit neemt niet weg dat het totale aantal illegalen in 2009 door het WODC op ongeveer 100.000 personen wordt geschat. In absolute zin is dit nog steeds een zeer grote groep. Daar komt bij dat de problematiek die samenhangt met illegaliteit, niet is afgenomen, maar onverminderd groot is.

Bovendien miskent de ACVZ dat het wetsvoorstel in het bijzonder ook een normerende functie heeft: illegaliteit wordt voortaan bestraft. Hiermee geeft de overheid een duidelijk signaal af naar vreemdelingen die illegaal in Nederland verblijven of voornemens zijn zich illegaal in Nederland te vestigen (preventieve werking).

De huidige bestuursrechtelijke instrumenten, waaronder vreemdelingenbewaring, dienen een ander doel: beëindiging van het onrechtmatige verblijf, bij voorkeur door vertrek uit eigen beweging en zo nodig door middel van uitzetting. Zij stellen geen door bestraffing te handhaven norm. De strafbaarstelling van illegaliteit is primair gericht op de voorkoming van illegaal verblijf. Beide instrumenten vullen elkaar aan.

Twijfels over effectiviteit

De ACVZ wijst op het ontbreken van handavings- en uitvoeringsrapporten. Verder wijst de ACVZ erop dat blijkens de toelichting de handhaving zich vooral zal richten op criminele en overlastgevende vreemdelingen, en dat illegalen buiten het kader van het vreemdelingentoezicht niet actief zullen worden opgespoord. Het gevolg hiervan is - aldus de ACVZ - 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. Het praktische effect van een maatregel die grotendeels niet wordt gehandhaafd, is beperkt. Een nadere beschouwing over de gevolgen van de beperkte handhaving op de effectiviteit van de maatregel acht de ACVZ dan ook op haar plaats. Tot slot betwijfelt de ACVZ

of de strafbaarstelling illegale vreemdelingen zodanig zal ontmoedigen dat zij Nederland uit eigen beweging zullen verlaten.

Handhaafbaarheids- en uitvoerbaarheidsrapporten kunnen aan de orde zijn bij wetsvoorstellen die uit een oogpunt van uitvoering en handhaving ingrijpende veranderingen tot gevolg hebben. Dat is bij dit wetsvoorstel echter niet het geval. In paragraaf 5 is aangegeven dat het handhavingsbeleid niet of nauwelijks extra inspanningen van de politie en de KMar zal vergen, omdat de handhaving zal 'meeliften' met het reguliere vreemdelingentoezicht.

De opmerking van de ACVZ dat het leeuwendeel van de illegale vreemdelingen *de facto* van de handhaving is uitgezonderd, berust op een misverstand. In beginsel zullen alle illegale vreemdelingen die worden aangetroffen in het kader van het vreemdelingentoezicht of in het kader van bijvoorbeeld het toezicht op de naleving van de Wet arbeid vreemdelingen, worden vervolgd voor illegaal verblijf. Weliswaar heeft in het vreemdelingentoezicht de aanpak van criminele en overlastgevende illegalen prioriteit, maar dat wil geenszins zeggen dat jegens andere groepen niet zal worden gehandhaafd.

Anders dan de ACVZ is de regering van mening dat van het wetsvoorstel wel degelijk een afschrikkende werking uitgaat. Daarbij moet wel worden bedacht dat het wetsvoorstel primair tot doel heeft onrechtmatig verblijf te voorkomen, dat wil zeggen enerzijds te voorkomen dat vreemdelingen naar Nederland komen met het doel hier onrechtmatig te verblijven en anderzijds te voorkomen dat vreemdelingen, nadat hun rechtmatig verblijf om welke reden dan ook is geëindigd, niet voldoen aan hun vertrekplicht. Tot slot is van belang dat het voorstel onderdeel is van een samenhangend pakket van maatregelen, dat erop gericht is onrechtmatig verblijf in Nederland onaantrekkelijker te maken.

Ongewenste neveneffecten

De ACVZ noemt drie mogelijke, ongewenste neveneffecten:

- a. *Verstorende invloed op het bestuursrechtelijk handhavingsmechanisme.*
De vreemdeling die staande wordt gehouden omdat hij wordt verdacht van onrechtmatig verblijf, zal na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel moeten worden gewezen op zijn zwijgrecht. Dit brengt het gevaar met zich dat het horen van betrokkene in het kader van het vreemdelingentoezicht wordt bemoeilijkt. Voorts wordt in de toelichting opgemerkt dat weliswaar wordt gewaarborgd dat de tenuitvoerlegging van de straf wegens illegaal verblijf niet leidt tot vertraging van het vertrek, maar het blijft onduidelijk hoe wordt voorkomen dat dit neveneffect het voornemen om onrechtmatig verblijf te ontmoedigen, doorkruist.
- b. *Waarschijnlijk extra belasting rechterlijke macht, openbaar ministerie en uitvoeringsinstanties.*
Omdat wegens het ontbreken van een vaste woon- of verblijfplaats een deel van de strafbeschikkingen 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. Op den duur zal dit tot gevolg

hebben dat het aantal directe dagvaardingen toeneemt, hetgeen kan leiden tot een vergroting van de werklast voor het openbaar ministerie, de rechterlijke macht en eventueel de Dienst justitiële inrichtingen.

c. *Verdere marginalisering illegale vreemdelingen.*

Het is aannemelijk dat onrechtmatig verblijvende vreemdelingen nog minder geneigd zullen zijn in de openbaarheid te treden en zullen proberen 'ondergronds' te blijven. De feitelijk toegang tot onderwijs, rechtsbijstand en medisch noodzakelijke zorg komt hiermee verder onder druk te staan. Het risico bestaat dat illegalen die het slachtoffer zijn van uitbuiting en geweld, nog minder bereid zullen zijn deze misstanden bij de politie te melden en mee te werken aan het opsporingsonderzoek. Ook is te verwachten dat de strafbedreiging onrechtmatig verblijvende vreemdelingen ervan zal weerhouden zich te melden voor vrijwillig vertrek of alsnog een aanvraag voor verblijf in te dienen. Tot is niet ondenkbaar dat de strafbaarstelling onrechtmatig verblijvende vreemdelingen verder de overlevingscriminaliteit in zal drukken.

De regering reageert hierop als volgt:

- a. Indien een persoon staande wordt gehouden in het kader van het vreemdelingentoezicht (artikel 50, eerste lid, Vw), zal de cautie moeten worden verleend op het moment dat een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit ontstaat. Met betrekking tot het delict 'onrechtmatig verblijf' betekent dit dat de cautie moet worden verleend als er een redelijk vermoeden ontstaat dat de desbetreffende persoon een meerderjarige vreemdeling is die niet rechtmatig in Nederland verblijft nadat zijn vertrektermijn is verstreken. Betrokkene is vanaf dat moment verdachte en kan daarom niet worden verplicht mededelingen te doen in het kader van het strafrechtelijke onderzoek (zwijgrecht). De overige bevoegdheden in het kader van het vreemdelingentoezicht worden hier echter niet door geraakt. De staande gehouden persoon mag derhalve, binnen de grenzen van de Algemene wet bestuursrecht en de artikelen 50 en 52 Vw, worden opgehouden ter vaststelling van zijn identiteit of verblijfsstatus, hij mag aan zijn lichaam of kleding worden onderzocht, zijn zaken mogen worden doorzocht en zijn reis- en identiteitsbewijzen mogen worden ingenomen en tijdelijk in bewaring worden genomen. De aldus verkregen gegevens mogen in beginsel worden gebruikt in het strafrechtelijke onderzoek.

Uitgangspunt is dat de tenuitvoerlegging van de straf die is opgelegd voor onrechtmatig verblijf, het vertrek van de vreemdeling niet mag belemmeren (vertrek gaat voor straf). Indien de vreemdeling wordt uitgezet voordat de boete is voldaan, komt de betalingsverplichting echter niet te vervallen. De opgelegde boete (of hechtenis) blijft vier jaar 'openstaan'. In geval van (vervangende) hechtenis kan de tenuitvoerlegging worden opgeschort. Daar komt bij dat tegen de vreemdeling, uitzonderingen daargelaten, een inreisverbod zal zijn uitgevaardigd. Dit betekent dat deze vreemdeling, indien hij binnen de periode waarvoor het inreisverbod geldt, opnieuw in Nederland wordt aangetroffen, zal worden gesanctioneerd wegens verblijf in Nederland in weerwil van een inreisverbod. Deze nieuwe sanctie komt dan bovenop de

nog openstaande boete of hechtenis wegens het eerdere illegale verblijf. Deze cumulatie zorgt voor een extra prikkel voor de vreemdeling om niet voor het verstrijken van de werkingsduur van het inreisverbod naar Nederland terug te komen.

- b. De wijze waarop de handhaving zal plaatsvinden (politiestrafbeschikking, OM-strafbeschikking of dagvaarding) is medebepalend voor de belasting van de rechterlijke macht, het openbaar ministerie en de uitvoerende diensten (het Centraal justitieel incassobureau (CJIB) en eventueel de Dienst justitiële inrichtingen (DJI)). Zoals eerder in de toelichting is opgemerkt, wordt door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, in samenwerking met het Ministerie van Veiligheid en Justitie, het openbaar ministerie, de politie en de KMar, bezien hoe de handhaving zo effectief en efficiënt mogelijk vorm kan worden gegeven. De gevolgen voor de werklast voor verschillende ketenpartners zijn uiteraard onderdeel van dit overleg.
- c. Een consequente aanpak van illegaal verblijf is essentieel voor het draagvlak voor het immigratie- en asielbeleid. Bovendien is illegaal verblijf in verschillende opzichten maatschappelijk zeer belastend. Illegaal verblijf gaat namelijk vaak gepaard met vormen van overlast en criminaliteit, waaronder mensenhandel, mensensmokkel, illegale tewerkstelling en huisjesmelkerij. De aanpak van illegaliteit richt zich daarom niet alleen op de vreemdeling. Migratiecriminaliteit en grensoverschrijdende criminaliteit worden tegengegaan en steviger aangepakt. De strafbaarstelling van onrechtmatig verblijf brengt overigens geen verandering in de bestaande uitzonderingen op het koppelingsbeginsel, neergelegd in artikel 10, tweede lid, Vw (aanspraak op onderwijs, medisch noodzakelijke zorg en rechtsbijstand). Illegalen die het slachtoffer zijn van uitbuiting en geweld, zullen bij het melden van deze misstanden bij de politie een beroep kunnen doen op overmacht in de zin van noodtoestand. Docenten, artsen en rechtshulpverleners hebben geen aangifteplicht.

Mogelijke strijdigheid met terugkeerrichtlijn

De ACVZ heeft, onder verwijzing naar het arrest-El Dridi, enkele opmerkingen over de verenigbaarheid van de straf van (vervangende) hechtenis met de terugkeerrichtlijn, zowel in het kader van de strafbaarstelling van onrechtmatig verblijf als in het kader van de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod.

De ACVZ verwijst naar de door een Italiaanse rechter (*Giudice di pace di Mestre*) gestelde prejudiciële vragen in de zaak Abdallah (C-144/11). Omdat deze vragen volgens de ACVZ duidelijkheid kunnen geven over de verenigbaarheid van het opleggen van een vervangende vrijheidsstraf met de terugkeerrichtlijn, acht zij het raadzaam het wetsvoorstel eerst ter behandeling aan de Tweede Kamer voor te leggen als die duidelijkheid er is. De ACVZ ziet geen redenen te veronderstellen dat het opleggen van een geldboete niet toelaatbaar is.

In reactie op de opmerkingen van de ACVZ over de verenigbaarheid met de terugkeerrichtlijn verwijst de regering naar de paragrafen 1.3 en 3.4 van deze toelichting, waarin op deze problematiek wordt ingegaan. Overigens is

het verzoek van de Italiaanse rechter om een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Abdallah (C-144/11) bij beschikking van het Hof van 8 september 2011 kennelijk niet-ontvankelijk verklaard.

Onzuivere delictsomschrijving

De verwijzing naar het begrip rechtmatig verblijf in de delictsomschrijving is volgens de ACVZ onzuiver, omdat er ook illegalen zijn die - veelal om beleidsmatige redenen - feitelijk (tijdelijk) niet worden uitgezet. Deze categorieën vreemdelingen verblijven feitelijk en met medeweten van de overheid in Nederland zonder rechtmatig verblijf te hebben in de zin van artikel 8 Vw. De verwijzing naar het begrip rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8 Vw doet daarom 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 ACVZ aanleiding moeten vormen om hen van de strafbaarstelling uit te sluiten.

De ACVZ wijst er terecht op dat er enkele categorieën vreemdelingen zijn die geen rechtmatig verblijf hebben, maar niettemin om beleidsmatige en/of uitvoeringstechnische redenen tijdelijk niet worden uitgezet. Het advies van de ACVZ noemt een aantal van deze categorieën. Dit betekent echter niet dat de delictsomschrijving onzuiver zou zijn. Rechtmatig verblijf is een duidelijk omschreven begrip: de gronden voor rechtmatig verblijf worden limitatief opgesomd in artikel 8 Vw. Als het verblijf van een vreemdeling niet onder een van deze gronden valt, is het onrechtmatig en pleegt de vreemdeling derhalve een strafbaar feit, tenzij zijn wettelijke vertrektermijn nog niet is verstreken. Een andere vraag is of de vreemdeling dan ook strafbaar is. Uitgangspunt is dat de onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling strafbaar is, tenzij hij zich kan beroepen op een wettelijke strafuitsluitingsgrond. In dit kader is vooral overmacht van belang. Van overmacht - in de zin van noodtoestand - is onder andere sprake in het geval van vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8 Vw die om beleidsmatige of uitvoeringstechnische redenen tijdelijk niet worden uitgezet en derhalve feitelijk en met medeweten van de overheid in Nederland verblijven. Daarbij gaat het in het bijzonder om de door de ACVZ genoemde categorieën. Toepassing van de wettelijke strafuitsluitingsgronden leidt er derhalve toe dat deze vreemdelingen niet strafbaar zijn, hoewel zij voldoen aan de delictsomschrijving van het voorgestelde artikel 108a Vw. Naar aanleiding van deze opmerking van de ACVZ is de toelichting verduidelijkt (paragraaf 2.1).

Onduidelijkheid over samenhang tussen uitsluitingsgronden voor toepassing van verschillende sanctiebepalingen

De ACVZ mist een duidelijke visie op de relatie tussen de uitsluitingsgronden voor de thans voorgestelde strafbaarstelling en die welke in hiermee verband houdende wetsvoorstellen (wetsvoorstel nationale visa en wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn) zijn geformuleerd. Het is naar de mening van de ACVZ niet gemakkelijk verdedigbaar om in die gevallen waarin geen inreisverbod wordt opgelegd, ruimte te laten voor een strafrechtelijke

sanctionering van het 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 aan te geven wat voor gevolg(en) de vrijstelling van de ene sanctionering voor de toepassing van de andere heeft.

Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn en het onderhavige wetsvoorstel, zijn er drie verschillende vormen van strafbaarstelling van illegaal verblijf. In oplopende zwaarte zijn dat: actueel illegaal verblijf (artikel 108a Vw), verblijf in weerwil van een inreisverbod (artikel 108, zesde lid) en verblijf in weerwil van een ongewenstverklaring of van een wegens criminele antecedenten opgelegd inreisverbod (artikel 197 Sr). Voor het inreisverbod geldt dat er een wettelijke grondslag bestaat om af te zien van het opleggen daarvan om humanitaire of andere redenen (artikel 66a, achtste lid, Vw). Als wordt afgezien van het opleggen van een inreisverbod, kan er geen sprake zijn van verblijf in weerwil van een inreisverbod, en is er dus geen sprake van een strafbaar feit. De afwezigheid van een inreisverbod brengt echter niet mee dat het verblijf dan ook altijd rechtmatig is. Een onrechtmatig verblijvende vreemdeling jegens wie de minister om humanitaire redenen heeft afgezien van het opleggen van een inreisverbod en die geen rechtmatig verblijf geniet, handelt strikt genomen in strijd met artikel 108a Vw. De categorieën vreemdelingen die om humanitaire redenen geen inreisverbod krijgen uitgevaardigd, komen evenwel *grosso modo* overeen met de categorieën vreemdelingen die in geval van onrechtmatig verblijf een gerechtvaardigd beroep kunnen doen op overmacht.

De gevallen waarin eerder onrechtmatig verblijf in het kader van een verblijfsaanvraag niet wordt tegengeworpen, zijn voor het voorliggende wetsvoorstel minder relevant. Het wetsvoorstel stelt immers *actueel* illegaal verblijf strafbaar, terwijl het wetsvoorstel nationale visa de mogelijkheid creëert *eerder* illegaal verblijf tegen te werpen bij een aanvraag voor het verlenen van een verblijfsvergunning.

7.2. Raad voor de Rechtspraak (RvdR)

De RvdR heeft opmerkingen over de verhouding tot het Unierecht, de wijze waarop aan de strafbaarstelling van illegaal verblijf vorm is gegeven, de handhaving en de werklast voor de rechtspraak.

Verhouding met Unierecht

De RvdR wijst erop dat de voorgestelde strafbaarstelling van illegaal verblijf moet worden gezien in het licht van de terugkeerrichtlijn en bijbehorende jurisprudentie, in het bijzonder het El Dridi-arrest. Hoewel in de toelichting wordt geconcludeerd dat deze richtlijn en dit arrest zich niet verzetten tegen

de voorgestelde strafbaarstelling, wijst de RvdR erop dat de rechter in het concrete geval tot een ander oordeel kan komen. Nu de rechtbank Amsterdam prejudiciële vragen voorbereidt over de verenigbaarheid van artikel 197 Sr met de terugkeerrichtlijn, verdient het volgens de RvdR aanbeveling om deze procedure af te wachten en om in ieder geval in de toelichting nader in te gaan op de verhouding tussen het wetsvoorstel enerzijds en het arrest-El Dridi anderzijds, en daarbij onder meer te betrekken de annotatie van P. Boeles bij voornoemd arrest²³.

De regering is ervan op de hoogte dat de rechtbank Amsterdam in een procedure waarin een vreemdeling wordt vervolgd ter zake van artikel 197 Sr overweegt prejudiciële vragen te stellen. Deze vragen zullen, naar het zich laat aanzien, betrekking hebben op de verhouding tussen de vervolging van het misdrijf neergelegd in artikel 197 Sr, en de procedure gericht op terugkeer zoals deze uit de terugkeerrichtlijn volgt. De bestuursrechtelijke beschikking tot ongewenstverklaring is in overwegende mate gebaseerd op de strafrechtelijke antecedenten van de vreemdeling. De daaropvolgende vervolging is dan ook op iets anders dan het enkele illegale verblijf gebaseerd, al is de (illegale) aanwezigheid in Nederland wel een bestanddeel van het delict. Nog afgezien van andere belangrijke verschillen, verschilt deze bepaling op dit cruciale punt van de regeling die in het wetsvoorstel aan de orde is. De uitkomst van de vragen die de Amsterdamse rechtbank mogelijk zal stellen, is daarom niet van doorslaggevend belang voor het voorliggende wetsvoorstel. Ik acht het uitstellen van het wetgevingstraject dan ook niet nodig of wenselijk.

Op de verhouding tussen het wetsvoorstel enerzijds en het arrest-El Dridi anderzijds is ingegaan in paragraaf 1.3. Prof. P. Boeles miskent naar het oordeel van de regering de verschillen tussen het onderhavige wetsvoorstel en de Italiaanse wetgeving die ter discussie stond in de zaak El Dridi. Ook hiervoor wordt verwezen naar paragraaf 1.3.

De strafbaarstelling van illegaal verblijf

De RvdR wijst erop dat in bepaalde situaties in het geval van illegaal verblijf in het geheel geen vertrektermijn geldt voor de vreemdeling. Als voorbeeld kan genoemd worden de vreemdeling die vanaf zijn binnenkomst illegaal in Nederland verblijft. Die vreemdelingen zijn derhalve direct strafbaar op grond van het voorgestelde artikel 108a Vw. De RvdR vraagt zich af hoe dit zich verhoudt tot de terugkeerrichtlijn, waarin als uitgangspunt wordt gehanteerd dat een vreemdeling steeds binnen redelijke grenzen in staat wordt gesteld eerst op eigen initiatief het land te verlaten, en adviseert hier in de toelichting nader op in te gaan.

De regering stelt zich op het standpunt dat artikel 62, derde en vierde lid, Vw beperkingen van de vertrektermijn inhouden die in overeenstemming zijn met de terugkeerrichtlijn. Artikel 7, vierde lid, van de terugkeerrichtlijn bepaalt dat de lidstaten kunnen afzien van het toekennen van een termijn voor vrijwillig vertrek, onder meer indien er een risico op onderduiken bestaat. Doordat de vreemdeling zich gedurende zijn onrechtmatige verblijf in

²³ HvJ EU 28 april 2011 C-61/11 PPU, JV 2011/242.

Nederland steeds aan het vreemdelingtoezicht heeft onttrokken, is er sprake van het in de terugkeerrichtlijn bedoelde risico op onderduiken. Daarbij komt dat ook indien toch een vertrektermijn zou worden gegund - waarvan zoals gezegd in de meeste gevallen geen sprake zal zijn - die termijn niet anders dan voor een tijdvak in de toekomst kan worden gegund. De door artikel 108a Vw strafbaar gestelde gedraging is echter het onrechtmatige verblijf zoals dat is vastgesteld voorafgaand aan dat moment. Gedurende de vertrektermijn zal de vreemdeling gezien de wettekst niet nogmaals aan een sanctie uit hoofde van dit artikel kunnen worden onderworpen.

De RvdR merkt op dat in de toelichting wordt verondersteld dat strafbaar illegaal verblijf een voortdurend delict vormt. Dat wil zeggen dat, zolang het illegale verblijf niet wordt beëindigd, er sprake is van één strafbaar feit. De RvdR merkt in dit verband op dat uit de jurisprudentie ook andere opvattingen blijken. Overigens kan ook bij een voortdurend delict de ontdekking op heterdaad zo dikwijls plaatsvinden als wordt geconstateerd dat de verboden situatie (nog) bestaat. Een en ander zou inhouden dat een verdachte - nu sprake is van een overtreding - zo vaak kan worden beboet als het gedrag wordt geconstateerd. Uit het arrest El Dridi lijkt echter voort te vloeien dat een vreemdeling ten minste voldoende gelegenheid moet krijgen om het land te verlaten voordat hij opnieuw wordt bekeurd. De RvdR adviseert in de toelichting hier nader op in te gaan.

De opmerkingen van de RvdR zijn aanleiding geweest de passage over het voortdurend delict nader te beschouwen. Daaruit is naar voren gekomen dat uit de jurisprudentie niet zonder meer kan worden afgeleid dat er bij verblijf in weerwil van een ongewenstverklaring (artikel 197 Sr) sprake is van een voortdurend delict. Vervolging kan in beginsel telkens opnieuw plaatsvinden, mits er geen sprake is van een overmachtsituatie en de vreemdeling een redelijke termijn heeft gehad het land te verlaten. Voor onrechtmatig verblijf in de zin van artikel 108a geldt hetzelfde, al moet daarbij worden aangetekend dat de illegale vreemdeling bij ontdekking als regel in vreemdelingenbewaring zal worden gesteld ter fine van uitzetting onder gelijktijdige uitvaardiging van een inreisverbod. Mocht hij nadien toch weer in Nederland worden aangetroffen, dan zal er sprake zijn van een ander delict, te weten verblijf in weerwil van een inreisverbod (artikel 108, zesde lid, Vw).

Handhaving, sanctionering, berechting en tenuitvoerlegging

De RvdR merkt op dat volgens de toelichting niet actief - buiten het kader van het vreemdelingtoezicht - worden opgespoord naar het delict 'illegaal verblijf', en zal het vrijwel altijd gaan om ontdekking op heterdaad dan wel om ontdekking bij de aanhouding wegens een algemeen delict. De formulering van deze passage laat onverlet de mogelijkheid dat het vreemdelingtoezicht als zodanig wel wordt versterkt. De RvdR begrijpt uit de brief van 8 juli 2011 dat inderdaad sprake zal zijn van een (substantiële) intensivering van het vreemdelingtoezicht en adviseert dit in de toelichting tot uitdrukking te laten komen.

Naar aanleiding van deze opmerking van de RvdR is in paragraaf 5 verduidelijkt dat de aangekondigde intensivering van het

vreemdelingentoezicht niet rechtstreeks verband houdt met de strafbaarstelling van illegaal verblijf, maar er uiteraard naar verwachting wel toe zal leiden dat meer illegale vreemdelingen worden aangetroffen, die vervolgens ook zullen worden vervolgd wegens overtreding van artikel 108a Vw.

De RvdR wijst er terecht op dat de cautie moet worden verleend op het moment dat een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit ontstaat, en niet pas op het moment dat kenbaar wordt gemaakt dat overwogen wordt een sanctie op te leggen. De toelichting (paragraaf 2.3) is dienovereenkomstig aangepast.

Volgens de RvdR gaat de toelichting, anders dan de nota naar aanleiding van het nader verslag inzake het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn²⁴, ervan uit dat de vreemdeling in beginsel wel in staat zal zijn een geldboete te voldoen.

De regering ziet geen tegenspraak tussen de toelichting en de aangehaalde nota naar aanleiding van het nader verslag. In beide gevallen wordt niet gekozen voor bestuurlijke handhaving (bestuurlijke boete), maar voor strafrechtelijke handhaving. Ook de reden is dezelfde: omdat illegale vreemdelingen in veel geval geen vermogen hebben om de boete op te verhalen, verdient strafrechtelijke handhaving de voorkeur, omdat een door de rechter opgelegde strafrechtelijke boete bij niet-nakoming kan worden omgezet in vervangende hechtenis. Indien de vreemdeling kan worden uitgezet, zal dit vóór de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis gaan. De vervangende hechtenis zal dan blijven staan en zal alsnog ten uitvoer worden gelegd als de vreemdeling opnieuw in Nederland wordt aangetroffen. Dit laat onverlet dat in andere gevallen de vervangende hechtenis gewoon ten uitvoer kan worden gelegd. In welke gevallen een strafbeschikking wordt opgelegd en in welke gevallen wordt gedagvaard, is onderdeel van het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie. Daarover vindt momenteel overleg plaats.

Vervolgens wijst de RvdR erop dat het openbaar ministerie, indien een bij strafbeschikking opgelegde boete niet wordt voldaan, het dwangmiddel van artikel 578b Sv kan toepassen. De officier van justitie vordert dan bij de kantonrechter de gijzeling van de betrokkene. Feitelijk is dus ook bij strafbeschikking een (verkapte) vorm van vervangende hechtenis mogelijk. Naar de mening van de regering miskent de RvdR dat het dwangmiddel gijzeling alleen kan worden ingezet als de betrokkene wel kan, maar niet wil betalen. Indien betrokkene geen (vaste) inkomsten heeft en niet over vermogen beschikt, zoals bij illegale vreemdelingen dikwijls het geval zal zijn, dient gijzeling geen redelijk doel.

De opmerking van de RvdR dat de terugkeerplicht van een vreemdeling en het recht van een verdachte op aanwezigheid bij de behandeling van zijn strafzaak zich slecht tot elkaar verhouden, is aanleiding geweest in paragraaf

²⁴ Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 12, p. 6.

2.2 van de toelichting te verduidelijken dat een uitgezette vreemdeling door middel van een tijdelijke opheffing van het inreisverbod in de gelegenheid kan worden gesteld zijn strafzaak in persoon bij te wonen. Tevens wordt gewezen op de mogelijkheid een advocaat te machtigen bij afwezigheid van de verdachte de verdediging te voeren.

De RvdR vraagt zich af uit welke wetsbepaling volgt dat de terugkeer van een vreemdeling voorrang heeft boven de tenuitvoerlegging van een op grond van de voorgestelde strafbepaling opgelegde straf. De RvdR vraagt zich af of er geen bijzondere wettelijke regeling dient te worden getroffen om iemand die nog een straf heeft openstaan, te kunnen laten terugkeren naar zijn land van herkomst.

Naar de mening van de regering is een dergelijke regeling niet noodzakelijk. Het feit dat een straf is opgelegd op grond van artikel 108a Vw en het uitgangspunt dat het openbaar ministerie gehouden is rechterlijke beslissingen ten uitvoer te leggen, beperken de Minister voor Immigratie en Asiel niet in zijn bevoegdheid over te gaan tot uitzetting van de vreemdeling alvorens de straf ten uitvoer is gelegd. Indien de vreemdeling, nadat hij is uitgezet, wederom in Nederland wordt aangetroffen, kan de straf alsnog ten uitvoer worden gelegd zolang het recht van tenuitvoerlegging niet is verjaard.

Werklast

De RvdR geeft aan dat de werklast als gevolg van het wetsvoorstel op drie aspecten wordt beïnvloed. Hij noemt het criterium van meerderjarigheid, het inschakelen van een tolk en het behandelen van procedures bij verstek. De RvdR geeft aan in het strafbestanddeel meerderjarigheid een mogelijke kostverhoging te zien omdat de meerderjarigheid zal moeten worden bewezen. De regering is echter van mening dat deze invloed beperkt zal zijn. Hoewel inderdaad bij ongedocumenteerde vreemdelingen discussie kan bestaan omtrent de personalia en de leeftijd, wordt in vreemdelingenpraktijk doorgaans uitgegaan van de opgegeven leeftijd, tenzij - door middel van leeftijdonderzoek of een bestuursrechtelijke vaststelling - van een andere leeftijd kan worden uitgegaan. In de meeste gevallen zal van de eigen opgave van de vreemdeling kunnen worden uitgegaan, dan wel kan worden teruggevallen op de uitkomsten in de bestuursrechtelijke procedure. In de (zeldzame) gevallen waarin desondanks onduidelijk blijft of de verdachte meerderjarig is, zal worden afgezien van vervolging.

Gegeven de doelgroep van de strafbaarstelling wordt is het reëel dat tijdens de zitting een tolk zal worden ingeschakeld. Tegelijk verwacht de regering met de RvdR dat een groter dan gemiddeld deel van de desbetreffende zaken bij verstek gewezen zal worden. Dit zal leiden tot een afname van de gemiddelde duur van de strafzaak en daarmee ook tot een afname van de totale werklast die deze zaken meebrengen.

7.3. Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA)

Algemene analyse

De NOvA stelt vast dat het voorgestelde artikel 108a Vw tot gevolg heeft dat elke onrechtmatig verblijvende vreemdeling door het enkele feit dat hij zich in

Nederland bevindt, een strafbaar feit pleegt en dat aldus het vreemdelingenrecht wordt gecriminaliseerd. De NOvA meent dat het criminaliseren van onrechtmatig verblijf van vreemdelingen in Nederland een verkeerd signaal is en niets bijdraagt aan de integratiedoelstelling van dit kabinet en er zelfs contrair aan is. De NOvA betwijfelt dan ook het nut en de noodzaak van de strafbaarstelling van illegaal verblijf nu uit beschikbaar cijfermateriaal blijkt dat er in 2010 een stijging is van het aantal uitzettingen ten opzichte van 2009 en het terugkeerbeleid derhalve succesvol is. Dit in aanmerking nemende, meent de NOvA in algemene zin dat strafbaarstelling van illegaal verblijf niet opportuun is. Bovendien is het de vraag of de strafbaarstelling van illegaal verblijf wel een bijdrage levert aan het tot op heden succesvol gebleken nieuwe terugkeerbeleid.

De regering is het niet met de NOvA eens en verwijst voor een reactie op bovenstaande kritiek naar hetgeen zij heeft opgemerkt in reactie op het advies van de ACVZ betreffende de noodzaak en eventuele ongewenste neveneffecten.

Verhouding artikel 108 Vw en 108a Vw

De NOvA wijst erop dat artikel 108 Vw al een uitgebreid arsenaal biedt aan strafbaarstellingen van vreemdelingen die onrechtmatig verblijven en zich niet houden aan aanwijzingen in verband met het vreemdelingentoezicht en gedwongen vertrek naar het land van herkomst. Deze specifieke strafbaarstellingen zijn nu juist bedoeld om medewerking van de vreemdeling aan het vertrek af te dwingen door sancties te stellen op het niet naleven van deze algemene verplichting tot medewerking. De NOvA is van mening dat het gegeven instrumentarium eerst actief zou moeten worden aangewend in het vertrekproces jegens vreemdelingen alvorens met recht en reden zou kunnen worden gesteld dat de algemene strafbaarstelling van illegaal verblijf noodzakelijk is.

Zoals de NOvA terecht constateert, zien de strafbaarstellingen van artikel 108, eerste lid, Vw op het niet naleven van verplichtingen en maatregelen in het kader van het vreemdelingentoezicht, zowel door rechtmatig verblijvende vreemdelingen als door onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. Doel en strekking zijn derhalve van een geheel andere aard dan de strafbaarstelling van illegaal verblijf als zodanig. Zoals ook in de toelichting wordt benadrukt, heeft deze strafbaarstelling zowel preventieve als een normatieve werking. De beide strafbaarstellingen vullen elkaar aan en kunnen heel goed naast elkaar bestaan.

Inreisverbod

De NOvA is van mening dat er goed gekeken moet worden naar de mogelijke effecten van het in werking treden van de bevoegdheid om jegens onrechtmatig verblijvende vreemdelingen een inreisverbod uit te vaardigen (wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn). De NOvA is het voorts niet eens met de Afdeling advisering van de Raad van State, als zij stelt dat het sanctioneren van het niet naleven van een inreisverbod met een geldboete of

vrijheidsbeneming nodig is om illegaal verblijf te ontmoedigen, gelet op het beginsel van gemeenschapstrouw.

De gevolgen van het opleggen van een inreisverbod, mede in relatie tot de strafbaarstelling van illegaal verblijf, komen in de toelichting reeds op verschillende plaatsen aan de orde.

De regering neemt er kennis van dat de NOvA het niet eens is met de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State inzake de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod. De regering is evenwel van oordeel dat de Afdeling advisering terecht concludeert dat de voorgestelde sanctionering van het handelen in weerwil van het inreisverbod gezien kan worden als een middel ter ondersteuning van de doelstelling van de richtlijn.

Alternatief

De NOvA is van mening dat, indien de regering toch een strafbaarstelling wil verbinden aan illegaal verblijf, zij er beter voor zou kunnen kiezen de strafbaarstelling aan het inreisverbod te koppelen. De NOvA acht het in belang van de rechtsbescherming van de vreemdelingen dat sanctionering van onrechtmatig verblijf individueel getoetst wordt. Het generieke strafbaar stellen van illegaal verblijf heeft geen individuele component en kent mitsdien ook niet de mogelijkheid om voorafgaand aan de normstelling belangen naar voren te brengen in het individuele geval, waarom van deze normstelling moet worden afgezien.

De NOvA miskent naar het oordeel van de regering het preventieve en normstellende karakter van de strafbaarstelling van illegaal verblijf. Het wetsvoorstel heeft nadrukkelijk tot doel juist ook die illegale vreemdelingen tegen wie (nog) geen inreisverbod is uitgevaardigd of die (nog) niet tot ongewenste vreemdeling zijn verklaard, strafbaar te stellen. Individuele toetsing aan deze norm vindt in ieder geval plaats in het kader van een beroep op overmacht. De strafbaarheid van verblijf in weerwil van een inreisverbod of een ongewenstverklaring (gekwalficeerde vormen van illegaal verblijf) blijft daarnaast bestaan.

El Dridi

De NOvA is van mening dat de strafbaarstelling van illegaal verblijf in strijd is met het arrest-El Dridi. Zij is het niet eens met de Afdeling advisering van de Raad van State en de uitleg die de Afdeling geeft aan het arrest.

De regering verwijst naar paragraaf 1.3 van de toelichting, waarin wordt onderbouwd waarom de strafbaarstelling van illegaal verblijf zoals die in het voorliggende wetsvoorstel vorm heeft gekregen, naar haar oordeel wel degelijk in overeenstemming is met het Europese recht.

Rechtsbescherming

De NOvA wijst erop dat de praktijk in Nederland zodanig is dat tijdens strafrechtelijke detentie over het algemeen geen uitzetactiviteiten worden verricht. De vrijheidsbeneming in strafrechtelijke zin kan dus wel degelijk het uitzetproces belemmeren, aldus de NOvA.

Verder is de NOvA van mening dat de rechtsbescherming van de vreemdeling hierbij in het geding is. Zij vindt dat, ingeval strafrechtelijke hechtenis wegens illegaal verblijf zou zijn toegelaten, de beoordeling van de voortvarendheid van het handelen met betrekking tot de uitzetting aan een rechter moet kunnen worden voorgelegd, anders dan nu het geval is.

Tijdens de maatregel van vreemdelingenbewaring dient de overheid aan de uitzetting van de vreemdeling te werken, hetgeen getoetst kan worden door de vreemdelingenrechter. Dit is uitdrukkelijk niet het geval tijdens strafrechtelijke detentie, die een geheel ander oogmerk heeft. Dit laat onverlet dat tijdens strafrechtelijke detentie, en dus ook tijdens opgelegde hechtenis wegens illegaal verblijf, de overheid een begin maakt met het werken aan de verwijdering van de niet-rechtmatig verblijvende vreemdeling. Als vreemdelingenbewaring aansluitend aan strafrechtelijke detentie plaatsvindt, is het werken aan de terugkeer door de overheid tijdens de strafrechtelijke detentie onderdeel van de toetsing door de vreemdelingenrechter. Het VRIS-protocol ('vreemdeling in de strafrechtketen') bevat de werkafspraken tussen de vreemdelingenketen en de strafrechtketen in dit kader. De opmerking van NOvA miskent dit. Naar de mening van de regering miskent de NOvA ook dat in de toelichting duidelijk is aangegeven dat, ingeval van bestrafing enkel wegens illegaal verblijf, vertrek vóór straf gaat. Een eventuele (vervangende) hechtenis wegens illegaal verblijf mag niet aan het vertrek in de weg staan. In de handhavingspraktijk zal hiermee rekening worden gehouden. Uiteraard geldt dit niet indien een illegale vreemdeling is veroordeeld tot een vrijheidsstraf wegens een algemeen delict.

7.4. College van procureurs-generaal

Het College onderschrijft de noodzaak om richtlijnen op te stellen voor het opsporings- en vervolgingsbeleid. Het wetsvoorstel geeft het College verder geen aanleiding tot het maken van opmerkingen.

7.5. Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG)

PM

7.6. Korpsbeheerdersberaad (Kbb)

Het Kbb adviseert dringend de strafbaarstelling te handhaven door middel van de strafbeschikking, teneinde de administratieve lasten voor de uitvoering van deze wet zo laag mogelijk te houden. Daarnaast adviseert het Kbb te kiezen voor één vast boetebedrag en bij het opleggen van de boete niet te differentiëren naar de duur van het illegale verblijf. Het Kbb verzoekt voorts bij de uitwerking van deze wet rekening te houden met het gegeven

dat in veel gevallen illegale vreemdelingen geen herleidbare of traceerbare inkomsten hebben en niet over een vaste woon- of verblijfplaats beschikken.

De wijze waarop dit wetsvoorstel in de praktijk zal worden gehandhaafd, is, zoals eerder gezegd, onderwerp van overleg met het Ministerie van Veiligheid en Justitie, het openbaar ministerie, de politie en de Koninklijke marechaussee. Dit overleg is gericht op een zo effectief en efficiënt mogelijke handhaving. Met de wensen en adviezen van het Kbb zal in dat kader terdege rekening worden gehouden.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel I (artikel 108a Vw)

Het eerste lid van het voorgestelde artikel 108a Vw bevat de delictomschrijving. De drie elementen uit de delictomschrijving zijn : vreemdeling, meerderjarig en niet rechtmatig in Nederland verblijven. Onder vreemdeling wordt verstaan: ieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld (artikel 1, onder m, Vw).

Onder meerderjarige vreemdeling wordt verstaan: iedere vreemdeling die naar Nederlands burgerlijk recht niet wordt aangemerkt als minderjarige. Volgens artikel 1:233 BW zijn minderjarigen: zij die de ouderdom van achttien jaren niet hebben bereikt en niet gehuwd of geregistreerd zijn dan wel gehuwd of geregistreerd zijn geweest of met toepassing van artikel 253ha meerderjarig zijn verklaard (op grond van artikel 1:253ha BW kan de minderjarige vrouw die als degene die het gezag heeft haar kind wenst te verzorgen en op te voeden, door de kinderrechter meerderjarig worden verklaard, indien zij de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt).

Onder niet rechtmatig in Nederland verblijven wordt verstaan: ieder verblijf in Nederland dat niet rechtmatig is in de zin van artikel 8 Vw. In dat artikel worden de gronden voor rechtmatig verblijf limitatief opgesomd. Ook in de volgende vier bijzondere gevallen wordt rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8 Vw aanwezig geacht:

- Indien een besluitmoratorium als bedoeld in artikel 43 Vw wordt afgekondigd, hebben de vreemdelingen op wie dit besluitmoratorium van toepassing is, rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8, onder f, Vw.
- Indien een vertrekmoratorium wordt afgekondigd, worden de vreemdelingen op wie dit vertrekmoratorium van toepassing is, geacht rechtmatig verblijf te hebben als bedoeld in artikel 8, onder j, Vw (artikel 45, vierde en vijfde lid, Vw).
- Zolang de uitzetting van een vreemdeling op grond van de richtlijn tijdelijke bescherming achterwege blijft, wordt het verblijf van de vreemdeling gelijkgesteld met rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8, onder f (artikel 45, zesde en zevende lid, Vw).
- Indien de President van het EHRM de voorlopige maatregel ('interim measure') heeft getroffen dat de vreemdeling gedurende de procedure

bij het Hof niet mag worden uitgezet, heeft de vreemdeling gedurende de geldigheid van de interim measure rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8, onder h, Vw.

Krachtens het tweede lid is de onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling niet strafbaar gedurende de periode waarin hij op grond van artikel 62, eerste, vierde of vijfde lid, Vw nog de gelegenheid heeft Nederland uit eigen beweging te verlaten. Artikel 62, vijfde lid, Vw biedt een grondslag voor de minister om de reguliere vertrektermijn van vier weken te verlengen, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van het individuele geval. Dit lid wordt toegevoegd bij de inwerkingtreding van het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn.

Het vierde lid verklaart artikel 108, vierde lid, Vw van overeenkomstige toepassing. Dit betekent dat, naast de in artikel 141 Sv bedoelde algemene opsporingsambtenaren, ook de (overige) ambtenaren belast met de grensbewaking en met het vreemdelingtoezicht zijn belast met de opsporing van het strafbare feit, bedoeld in artikel 108a, eerste lid, Vw.

De minister voor Immigratie en Asiel,

G.B.M. Leers