

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties  
De Minister voor Immigratie en Asiel,  
de heer drs. G.B.M. Leers  
Postbus 20011  
2500 EA Den Haag

Den Haag, 2 september 2011  
Uw kenmerk: 2011-200278593  
Doorkiesnummer: 070-335 35 63  
Faxnummer: 070-335 35 32

Betreft: conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland

Zeer geachte heer Leers,

Bij brief van 11 juli jl. heeft u de Nederlandse Orde van Advocaten verzocht te adviseren over het conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland.

De Algemene Raad heeft het conceptwetsvoorstel voorgelegd aan zijn Adviescommissie Vreemdelingenrecht die bijgaand advies heeft uitgebracht. De Algemene Raad sluit zich aan bij de overwegingen van de Adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere voorbereiding van het wetsvoorstel te betrekken.

Met de meeste hoogachting,  
namens de Algemene Raad,



mw. mr. R.G. van den Berg  
algemeen secretaris

Bijlage

06-09-2011  
Ministerie van  
BZK Den Haag  
Tel: 070-335 35 63  
Fax: 070-335 35 32

De Algemene  
Raad van de  
Nederlandse Orde van  
Advocaten

## Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 vanwege de invoering van Strafbaarstelling illegaal verblijf; Deeladvies: Adviescommissie NOVA / vreemdelingenrecht (i.s.m. Adviescommissie Strafrecht)

1 september 2011

**Commentaar van de Adviescommissie vreemdelingenrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten** (mrs. J.A. Kroes, I. Oomen, T.H.G. Schuringa, L.M. Straver, C.F. Wassenaar, W. Verberk i.s.m. adviescommissie strafrecht)

### Inleiding

Het kabinetsplan om tot strafbaarstelling van illegaal verblijf te komen middels de invoering van het voorgestelde artikel 108 a van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw), geeft de Adviescommissie vreemdelingenrecht van de NOVA aanleiding om op haar rechtsterrein het onderstaande advies af te geven. De Adviescommissie heeft bij haar advies gebruik gemaakt van het haar toegestuurde voorstel van wet alsmede de daarbij behorende Memorie van Toelichting (MvT). Daarnaast heeft de Adviescommissie kennis genomen van de brief van de afdeling Advies van de Raad van State van 10 juni (TK 2010-2011, 32420, nr. 14).

### Algemene analyse

De Adviescommissie begrijpt uit de MvT dat de strafbaarstelling van illegaliteit vooral bedoeld is als aanvullend instrument om criminele en overlastgevendende vreemdelingen zo snel mogelijk het land uit te zetten. Een en ander conform hetgeen op 30 september 2010 is overeengekomen in het gedoogakkoord. De strafbaarstelling van illegaal verblijf is volgens de MvT (p.4) geen doel op zichzelf en is bedoeld als maatregel die is ingebed in het geheel van in samenhang met elkaar genomen maatregelen die beogen het onrechtmatig verblijf in Nederland onaantrekkelijker te maken.

De Adviescommissie stelt vast dat het voorgestelde artikel 108a Vw, tot gevolg heeft dat elke niet rechtmatig verblijvende vreemdeling door het enkele feit dat hij zich in Nederland bevindt een strafbaar feit pleegt. Tot op heden gold een dergelijke strafbaarstelling van het zonder verblijfsrecht in Nederland verblijven alleen voor vreemdelingen die naar aanleiding van strafbare feiten conform artikel 67 Vw ongewenst verklaard waren. Aan deze strafbaarstelling gaat telkens een voornemen procedure vooraf en vervolgens kan de vreemdeling door middel van het aanwenden van rechtsmiddelen opkomen tegen het gevolg van strafbaarstelling van diens verblijf in Nederland. Door het wetsvoorstel wordt bewerkstelligd dat deze beslissing generiek voor elke niet legaal verblijvende vreemdeling die zich niet aan zijn vertrektermijn heeft gehouden, wordt opgelegd, zonder dat daarvoor een daaraan voorafgaand besluit jegens de vreemdeling nodig is. Voor zover er zwaarwegende belangen zijn aan de zijde van de vreemdelingen die strafbaarstelling niet rechtvaardigen, moeten deze belangen binnen een strafrechtelijk kader en door middel van een formulering van strafuitsluitingsverweren bij de strafrechter naar voren worden gebracht, zo is de strekking van het voorstel.

De Adviescommissie stelt vast dat het vreemdelingenrecht wordt gecriminaliseerd. De Adviescommissie meent dat het criminaliseren van niet rechtmatig 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 Adviescommissie betwijfelt ook het nut en de noodzaak van de strafbaarstelling van illegaal verblijf nu uit cijfermateriaal dat beschikbaar is gesteld door de Dienst Terugkeer en Vertrek, blijkt dat er in 2010 een stijging is van het aantal uitzettingen ten opzichte

van 2009<sup>1</sup>. Het percentage aantoonbaar vertrek (53%) is ten opzichte van 2009 gestegen, terwijl de instroom lager was dan in 2009. De Adviescommissie concludeert derhalve dat het terugkeerbeleid zoals dit is ingezet en uitgevoerd door de vreemdelingenketen (vreemdelingenpolitie, DTenV en de IND) succesvol is. De Adviescommissie meent in algemene zin dat strafbaarstelling van illegaal verblijf gelet op de bovengenoemde cijfers niet opportuun is en het is bovendien de vraag of de strafbaarstelling van illegaal verblijf wel een bijdrage levert aan het tot op heden succesvol gebleken nieuwe terugkeerbeleid zoals dat is ingezet door de vorige kabinetten. Het een en ander zal hieronder nader worden uitgewerkt.

#### **Verhouding artikel 197 Sr en 108a Vw**

De Adviescommissie wil in de eerste plaats erop wijzen dat de Vw nu al in artikel 108 Vw een uitgebreid arsenaal biedt aan strafbaarstellingen van vreemdelingen die onrechtmatig verblijven en zich niet houden aan aanwijzingen in verband met het vreemdelingtoezicht en gedwongen vertrek naar het land van herkomst.

Zo is onder andere met eenzelfde strafbedreiging als voorgesteld in artikel 108a<sup>2</sup>, strafbaar gesteld overtreding van het voorschrift om bijvoorbeeld kennis te geven van verandering van woon- en verblijfplaats, het verstrekken van gegevens die van belang kunnen zijn voor de toepassing van de Vw, het niet verlenen van medewerking aan het vastleggen van de gegevens met het oog op identificatie en bijvoorbeeld het niet inachtnemen van een opgelegde meldplicht (artikel 54 jo. 108 Vw). Artikel 108 biedt daarnaast nog meerdere mogelijkheden om niet naleving van voorschriften die gericht zijn op toezicht en vertrek met een strafsancie te handhaven<sup>3</sup>.

De Adviescommissie stelt vast, althans op basis van de algemene ervaring binnen haar beroepsgroep, dat bovengenoemde strafbaarstellingen niet of nauwelijks worden aangewend, terwijl deze dienstig zijn aan de doelstelling die wordt beoogd met de strafbaarstelling van illegaal verblijf in algemene zin. De Adviescommissie 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.

Daar komt bij dat de specifieke strafbaarstellingen zoals hierboven genoemd, nu juist bedoeld zijn om medewerking van de vreemdeling aan het vertrek af te dwingen door sancties te stellen op het niet naleven van deze algemene verplichting tot meewerking. Met andere woorden de vreemdelingenketen (Vreemdelingenpolitie, DT & V en IND) is al in het bezit van de bevoegdheden die kennelijk nodig zijn.

De Adviescommissie is van mening dat deze specifieke strafbaarstellingen veel effectiever zijn, dan een algemene strafbaarstelling van illegaal verblijf. Immers zij kunnen in de loop van het terugkeerproces worden aangewend en als prikkel dienen om mee te werken aan datzelfde vertrekproces. De Adviescommissie is van mening dat het de voorkeur verdient, dat de vreemdelingenketen eerst gaat inzetten op het gebruik van de reeds gegeven bevoegdheden en pas in geval de vreemdelingenketen aangeeft nood te hebben aan extra bevoegdheden, deze dan in overweging te nemen.

De Adviescommissie stelt ook vast dat weliswaar in de MvT wordt gesteld dat de algemene strafbaarstelling van illegaal verblijf nodig is ten behoeve van het realiseren van het vertrekbeleid, echter zoals hierboven al is geschetst uit de cijfers van 2010 blijkt dat het vertrekbeleid effectief is. Daar komt nog bij dat niet met cijfers is onderbouwd op welke wijze strafbaarstelling van illegaal verblijf een bijdrage zal leveren aan het vertrekbeleid.

<sup>1</sup> samenvatting Jaarverantwoording 2010 DtenV, bron: <http://www.dienstterugkeerentvertrek.nl/actueel/2011/06/samenvatting-jaarverantwoording-2010.aspx?cp=66&cs=17113>

<sup>2</sup> een geldboete van de tweede categorie of een hechtenis van ten hoogste 6 maanden

<sup>3</sup> Verder is ook strafbaar gesteld dat indien de vreemdeling zich niet houdt aan een aanwijzing om zich op een bepaalde plaats op te houden terwijl zijn aanvraag nog loopt (asiel), hij met eenzelfde boete of hechtenis kan worden bestraft (artikel 55 jo. 108 Vw). Ook in geval de asiilvergunning is afgewezen en de afgewezen asielzoeker zich niet houdt aan de aanwijzing om zich in een bepaalde ruimte of plaats op te houden, kan hij ook al worden gestraft met eenzelfde boete en hechtenis (artikel 57 jo. 108 Vw). Het zonder verlof daartoe verlaten van een uitzetcentrum nadat een asielverzoek is afgewezen, is evenzeer een strafbaar feit (artikel 58 jo. 108 Vw). Tenslotte is de persoon die zich verzet tegen zijn uitzetting door amok te maken in het vliegtuig, ook strafbaar (artikel 65 lid 3 jo. 108 Vw).

### **Inreisverbod**

De Adviescommissie wijst er verder op dat met het van kracht worden van de Richtlijn 2008/115/EG (hierna: terugkeerrichtlijn) van 16 december 2008, de minister bovendien een extra instrument heeft gekregen om een sanctie te stellen op illegaal verblijf middels het recht om een zogenaamd inreisverbod uit te vaardigen. Deze richtlijn is niet op tijd omgezet op 24 december 2010 en de minister heeft tot op heden nog steeds niet de beschikking over het in artikel 11 van de Terugkeerrichtlijn gegeven instrument. Hoewel dit advies niet gaat over de implementatiewetgeving, meent de Adviescommissie wel dat er ook gekeken moet worden naar de mogelijke effecten van het in werking treden van de bevoegdheid om jegens niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen een inreisverbod uit te vaardigen. Dit klemmt te meer nu de minister zelf ook heeft aangegeven dat de strafbaarstelling van illegaal verblijf een maatregel is binnen het geheel van maatregelen die worden genomen om illegaal verblijf tegen te gaan.

Het inreisverbod moet dwingend worden opgelegd ingeval de termijn voor vertrek is verstreken. Het gaat om dezelfde vertrektermijn zoals genoemd in lid 2 van het voorgestelde artikel 108a Vw. Dit inreisverbod zal, zo is de verwachting van de Adviescommissie, gelet op de praktijk die zich heeft ontwikkeld voor alle vreemdelingen die niet rechtmatig in Nederland verblijven altijd worden opgelegd zodra zij in aanraking komen met de Nederlandse justitie<sup>4</sup>. Zodra de Terugkeerrichtlijn is geïmplementeerd zal dan ook in vrijwel alle gevallen een inreisverbod worden opgelegd.

Het inreisverbod heeft tot gevolg dat de vreemdeling voor een periode van maximaal 5 jaar het Schengengebied niet meer mag inreizen. De Adviescommissie is van mening dat deze sanctie op zichzelf al zwaar is, mede ook gelet op het feit dat er ook vele onrechtmatig verblijvende vreemdelingen zijn die gelet op gezins- en familiebanden in Nederland wel aanspraak willen maken op een verblijfstitel. Steeds zal bij een dergelijke aanvraag individueel worden bekeken of het inreisverbod kan worden opgeheven, hetgeen een extra belemmering met zich brengt van het in de richtlijn 2003/86/EG gegeven recht op gezinshereniging.

De Adviescommissie is het voorts niet eens met de afdeling Advies 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 Terugkeerrichtlijn schrijft een dergelijke sanctie ook niet voor en het kan volgens de Adviescommissie dan ook bezwaarlijk als een plicht voortvloeiend uit de gemeenschapstrouw worden gekenschetst.

### **Alternatief**

De Adviescommissie is van mening dat indien de minister toch ook een strafbaarstelling wil verbinden aan illegaal verblijf, de minister er beter voor zou kunnen kiezen om de strafbaarstelling aan het zogenaamde inreisverbod te koppelen. Dit biedt als voordeel dat net als in het geval van ongewenstverklaring op grond van artikel 67 Vw het geval is, eerst bij de bestuursrechter kan worden opgekomen tegen het opleggen van een inreisverbod en er dan ook door de rechter in elk individueel geval kan worden getoetst of een strafrechtelijke reactie in het individuele geval vanwege een eventuele toekomstige overtreding van het inreisverbod gerechtvaardigd is.

De Adviescommissie acht het in het belang van de rechtsbescherming van de vreemdelingen dat sanctionering van niet rechtmatig verblijf individueel getoetst wordt net zoals het geval is voor overlastgevende en criminele vreemdelingen ingeval van ongewenstverklaring ex artikel 67 Vw. De Adviescommissie meent dat juist de groep die geen strafbare feiten begaan behoren te worden beschermd tegen een generieke maatregel zoals voorgesteld. Door individuele beoordeling van het inreisverbod wordt telkens bewerkstelligd dat een op de persoon toegesneden belangenafweging

<sup>4</sup> Voor personen die nooit rechtmatig hebben verbleven, en die ook nooit een aanvraag hebben ingediend geldt dat ze nooit een termijn voor vrijwillig vertrek hebben toegekend gekregen. Toch kan ook jegens die groep, net als jegens uitgeprocedeerde vreemdelingen in de praktijk eenvoudig een inreisverbod kan worden opgelegd. De praktijk laat zien dat personen die nooit een termijn hebben gekregen voor vrijwillig vertrek en die worden aangetroffen, een vertrekbesluit opgelegd krijgen met een zogenaamde 0-dagetermijn gelet op artikel 62 lid 3 Vw. Hoewel artikel 7 van de Terugkeerrichtlijn een belangenafweging voorschrijft bij het bepalen van een termijn voor vrijwillig vertrek, wordt deze belangenafweging in de Nederlandse implementatiewetgeving niet verwerkt, nu immers artikel 62 lid 3 onmiddellijk vertrek voorschrijft. Gelet op het vorenstaande moet de conclusie zijn dat elke niet rechtmatig verblijvende vreemdeling, of deze nu wel of niet een vertrekbesluit heeft gekregen bijvoorbeeld in de vorm van een beschikking waarbij de verblijfsaanvraag is afgewezen, maar ook de vreemdeling die nooit een aanvraag heeft ingediend, strafbaar zal zijn op grond van artikel 108a.

wordt gemaakt alvorens de aangezegde strafbaarstelling in werking treedt. Als de vreemdeling zich dan niet houdt aan het inreisverbod kunnen sancties worden opgelegd.

Het generieke strafbaar stellen van illegaal verblijf heeft niet deze 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 Adviescommissie acht correctie op dit punt door de strafrechter middels beoordeling van strafuitsluitingsgronden onvoldoende. Immers bij de individuele beoordeling van de rechtmatigheid van een inreisverbod, kan de normstelling op zichzelf ter discussie worden gesteld ten opzichte van het geval van de vreemdeling, terwijl de strafrechter de normstelling al als gegeven moet beschouwen en alleen op basis van omstandigheden die strafbaarheid betreffen, moet beoordelen of strafoplegging achterwege zou moeten blijven.

De Adviescommissie is van mening dat ook op dit punt, eerst zal moeten worden gekeken naar hoe strafbaarstelling in het kader van de invoering van het inreisverbod in de praktijk, zal uitwerken. De Adviescommissie denkt dat uitbreiding van het instrumentarium van handhaving en toezicht ineens, inclusief de strafbaarstelling van illegaal verblijf, overhaast is, en bovendien de forse aanscherping die wordt bewerkstelligd door de implementatie van de Terugkeerrichtlijn met het inreisverbod, miskent. De Adviescommissie verwacht dat de invoering van het inreisverbod een adequaat middel zal blijken te zijn, ten behoeve van de beleidsdoelstelling zoals geformuleerd in het regeerakkoord. De Europese regelgeving biedt de minister een zwaar instrument om op te treden tegen niet rechtmatig verblijf van de vreemdeling en de Adviescommissie is van mening dat de minister eerst zou moeten bekijken hoe dit instrument uitpakt in de praktijk, alvorens over te gaan tot invoering van de generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf.

#### **El Dridi**

Tenslotte is de Adviescommissie van mening dat de strafbaarstelling van illegaal verblijf in strijd is met het arrest *El Dridi vs. Italië* van het Hof van Justitie van de EU (JV2011/242, HvJEU, c-61/11, 28 april 2011). De Adviescommissie is van mening dat vrijheidsbenemende straffen vanwege illegaal verblijf niet in overeenstemming zijn met de Terugkeerrichtlijn. Zoals het Hof onder verwijzing naar artikel 4, lid 3, VEU, in rechtsoverweging 56 van de uitspraak overweegt, moeten de lidstaten zich onthouden van maatregelen die verwezenlijking van de doelstelling van de Unie in gevaar kunnen brengen. Het gebruik van dwangmiddelen is alleen toegestaan voor zover zij evenredig en doeltreffend zijn (punt 13 considerans Richtlijn 2008/115/EG). Het enkel opleggen van een vrijheidsbenemende straf omdat de vreemdeling zich niet aan zijn vertrektermijn heeft gehouden, zou de verwezenlijking van de Terugkeerrichtlijn in gevaar kunnen brengen (zie rechtsoverweging 58, 59 *El Dridi*). Het Hof erkent dat de lidstaten vrij zijn om dwangmaatregelen op te leggen als de instrumenten van de Terugkeerrichtlijn niet hebben kunnen leiden tot verwijdering van een illegaal op het grondgebied van de lidstaat verblijvende persoon afkomstig uit een derde land.

In rechtsoverweging 62 overweegt het Hof dat een generieke strafbaarstelling krachtens welke aan de illegaal verblijvende onderdaan van een derde land waarbij aan hem een gevangenisstraf wordt opgelegd op de enkele grond dat deze persoon in strijd handelt met het bevel het grondgebied te verlaten, niet in overeenstemming is met de Richtlijn 2008/115 EG. De Adviescommissie meent dat het bepaalde in artikel 108a een generieke strafbaarstelling is die anders dan de richtlijn voorschrijft enkel op grond van het louter illegaal verblijven een vrijheidsbenemende strafsanctie stelt.

De Adviescommissie heeft in het kader van de advisering ook kennis genomen van het standpunt van de afdeling Advies van de Raad van State op dit punt en de uitleg die de Afdeling geeft aan het arrest *El Dridi*. Gelet op het vorenstaande moet duidelijk zijn dat de Adviescommissie het standpunt van de Afdeling niet deelt. De Afdeling is van mening dat het in het kader van artikel 108a Vw niet gaat om een zelfde soort strafbaarstelling als waarmee de Italiaanse overheid illegaal verblijvende vreemdelingen bedreigt, omdat het hier niet gaat om een strafbaarstelling met een strafminimum en het bovendien gaat om een strafbedreiging die als het gaat om de vrijheidsbeneming maar de helft van de minimum straf bedraagt die volgens de Italiaanse regeling dwingend moest worden opgelegd. De Adviescommissie wil evenwel verwijzen naar de tekst van het arrest, die hierboven geparafraseerd is aangehaald. Er is geen aanleiding om te denken dat het Hof enkel de Italiaanse regeling in strijd acht met de terugkeerrichtlijn vanwege de minimum vrijheidsstraf in samenhang met de voorgeschreven minimumduur. Het arrest is naar zijn strekking breder geformuleerd. Dit miskent de Afdeling.

Immers, uit hetgeen het Hof voor recht heeft verklaard, blijkt dat de Richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de richtlijn zich verzet tegen een regeling van een lidstaat op grond waarvan het illegaal verblijf van een onderdaan van een derde land een gevangenisstraf wordt opgelegd enkel en alleen omdat die persoon in strijd met het bevel om het grondgebied van de staat de verlaten, heeft gehandeld. De Adviescommissie meent dat uit deze uitspraak helder blijkt dat het niet alleen gaat om de Italiaanse regeling, maar ook om soortgelijke regelingen die generieke strafbaarstellingen formuleren enkel en alleen omdat de niet legaal verblijvende vreemdeling de lidstaat niet binnen de aan hem opgelegde termijn heeft verlaten.

Ook de Afdeling benadrukt dat er telkens een belangenafweging zou moeten worden gemaakt, alvorens over te gaan tot bestraffing. Echter, deze belangenafweging komt niet tegemoet aan de strekking van de uitspraak omdat de Afdeling ten onrechte alleen maar een belangenafweging noodzakelijk acht door de strafrechter, terwijl het Hof nu juist van mening is dat de normstelling aan de vreemdeling pas mag worden geëffectueerd indien aan de normstelling eerst een individuele belangenafweging vooraf is gedaan. Dit komt ook overeen met hetgeen hierboven reeds door de Adviescommissie is bepleit ten aanzien van het inreisverbod.

Daar komt bij dat het Hof zich heeft uitgesproken over het geval waarbij een aan de illegaal verblijvende vreemdeling individueel bekend gemaakt bevel om het grondgebied van de lidstaat te verlaten is gegeven. Omdat een dergelijk bevel noodzakelijk is mag in de visie van de Adviescommissie een generieke strafbaarstelling niet. Immers die is niet individueel kenbaar gemaakt aan de vreemdeling. In de visie van de Adviescommissie is er altijd een inreisverbod nodig, alvorens tot strafbaarstelling van illegaal verblijf kan worden overgegaan. Het Hof heeft verklaard dat het zonder meer straffen van personen die zich niet hebben gehouden aan een inreisverbod met een vrijheidsbenemende straf niet mag. De Adviescommissie constateert dat de minister zelfs zonder inreisverbod een strafbaarstelling wenst waartegen een vrijheidsbeneming als sanctie is gesteld. Hoewel het Hof zich niet over zo een kwestie heeft uitgelaten, gaat een generieke strafbaarstelling verder dan hetgeen het Hof al heeft gelaakt.

In de voorgestelde bepaling van artikel 108a is een dergelijk bevel dat individueel wordt betekend aan de niet rechtmatig verblijvende vreemdeling niet nodig, hetgeen de voorgestelde praktijk ex artikel 108a van de vreemdelingenwet juist ook op het punt van de rechtsbescherming in strijd doet zijn met de Terugkeerrichtlijn. In feite gaat de voorgestelde regeling van 108a Vw nog verder dan de Italiaanse wetgeving nu een individueel besluit gericht aan de vreemdeling omtrent diens sanctionering of diens sanctioneerbaarheid niet nodig is voor het kunnen opleggen van een vrijheidsbenemende straf. De Adviescommissie is dan ook van mening dat voorgestelde 108a Vw in strijd is met de Terugkeerrichtlijn.

### **Rechtsbescherming**

Zoals uit het arrest El Dridi blijkt, kan de vrijheidsbeneming in strafrechtelijke zin het terugkeerproces belemmeren. Dit wordt overigens ook niet ontkent door de Afdeling noch de Minister. De Adviescommissie wil er op wijzen dat de praktijk in Nederland zodanig is dat tijdens strafrechtelijke detentie over het algemeen geen uitzetactiviteiten worden verricht. In de vreemdelingencirculaire is bepaald dat de Minister (waaronder de onder hem ressorterende Dienst Terugkeer en Vertrek die zich bezig houden met het vertrekproces) slechts een inspanningsverplichting hebben om hangende strafrechtelijke detentie te werken aan de uitzetting van de vreemdeling<sup>5</sup>.

Ook wat dat aangaat is de rechtsbescherming van de vreemdeling in het geding. Immers de bewaringrechter kan en mag het voortvarend handelen tijdens strafrechtelijke detentie slechts marginaal toetsen<sup>6</sup> en de strafrechter kan bij oplegging uiteraard nog niet iets overwegen met betrekking tot de voortvarendheid op het moment dat hij de straf oplegt. De rechtsbescherming wegens het eventueel onvoldoende voortvarend handelen in de vreemdelingenketen hangende het ten uitvoer leggen van de hechtenis, is marginaal. De Adviescommissie merkt op dat in geval van strafrechtelijke hechtenis wegens illegaal verblijf zou zijn toegelaten, de beoordeling van de voortvarendheid en het gehele vertrekproces wel aan een rechter moet kunnen worden voorgelegd, anders dan thans het geval is. De MvT signaleert zelf een mogelijke spanning tussen strafrechtelijke hechtenis wegens illegaal verblijf en onbelemmerde werking van de

<sup>5</sup> A6/5.3.7.1 Vc 2000

<sup>6</sup> De afdeling bestuursrechtspraak van de raad van State heeft overwogen dat aan een te traag handelen gedurende strafrechtelijke detentie geen zelfstandige betekenis wordt gehecht bij de beoordeling van de voortvarendheid. Kernthema's vreemdelingenbewaring. mr B. van Dokkum p. 127, verwijzend o.a. ABRVS 22 december 2008, JV 2009/92 m nt Baudoin.

terugkeerrichtlijn. Dit moet uiteraard vol kunnen worden getoetst door de rechter. Hierin is niet voorzien terwijl er uiteraard wel adequate rechtsbescherming mogelijk moet zijn ingeval er wel sprake is van feiten en omstandigheden die duiden op belemmering door de strafrechtelijke hechtenis.

### **Conclusie**

De Adviescommissie concludeert dan ook dat het voorgestelde artikel 108a op een aantal belangrijke punten in strijd is met de Terugkeerrichtlijn. De Adviescommissie wil er op wijzen dat over het algemeen de groep van overlastgevende en criminele vreemdelingen, mede gelet op het onlangs aangescherpte artikel 3:86 van het vreemdelingenbesluit relatief snel ongewenst kunnen worden verklaard, zodat het bepaalde in artikel 197 Sr op hen van toepassing is. Zoals het voorstel ook aangeeft; als artikel 197 Sr van toepassing is, dan prevaleert bestraffing op grond van die bepaling ten opzichte van artikel 108a Vw. Het voorstel treft mitsdien niet zo zeer de groepen overlast gevende en niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen die criminele antecedenten hebben, maar vooral de groep die geen overlast geeft maar niettemin niet rechtmatig in Nederland verblijft.

De Adviescommissie wil wijzen op het feit dat het terugkeerbeleid zoals ingezet door de vorige kabinetten zijn vruchten begint af te werpen en ziet dan ook niet in waarom strafbaarstelling van illegaal verblijf thans noodzakelijk zou zijn. Daar komt bij dat de minister in de vorm van een inreisverbod een extra en bovendien zwaar instrument heeft gekregen om illegaal verblijf tegen te gaan en te voorzien van sancties. In de visie van de Adviescommissie zou eerst moeten worden bekeken of met dit extra instrument nog effectiever dan reeds het geval is, kan worden gewerkt.

Ook wijst de Adviescommissie erop dat er instrumentarium ligt in de Vw in de vorm van het bepaalde in artikel 108 van de Vw, dat niet wordt gebruikt. De Adviescommissie meent dat eerst gebruik zal moeten worden gemaakt van deze instrumenten alvorens een hele groep personen generiek te criminaliseren. Tenslotte meent de Adviescommissie dat generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf in strijd is met de Terugkeerrichtlijn zoals een het arrest El Dridi ook lijkt te bevestigen.

De door de Afdeling advies van de Raad van State voorgestane lezing acht de Adviescommissie op belangrijke punten dubieus en betwistbaar, hetgeen ook blijkt uit hetgeen door diverse gezaghebbende schrijvers hierover opgemerkt wordt<sup>7</sup>. Dit zal ook zeker leiden tot veel procedures en de kans is niet gering dat het EG Hof de voorgestelde maatregel zal kapittelen. De Adviescommissie meent dan ook dat de maatregel zijn doel voorbij schiet en dat er goede redenen zijn om naar aanleiding van de implementatiewetgeving van de Terugkeerrichtlijn eerst te bekijken en te analyseren of de implementatie voldoende instrumenten biedt tot handhaving en aanscherping van het terugkeerbeleid. De Adviescommissie meent dat het bestaande instrumentarium reeds voldoende is en dat de terugkeerrichtlijn de Minister al dwingt om een fors nieuw instrument in te voeren in de vorm van het inreisverbod. Strafbaarstelling van illegaal verblijf levert daarom geen relevante bijdrage aan het terugkeerbeleid, zo meent de Adviescommissie. Dit geldt in het bijzonder voor de in het gedoogakkoord genoemde doelgroepen. De Adviescommissie raad invoering van artikel 108 a Vw dan ook af.

<sup>7</sup> Zie: G.N. Cornelisse, *Asiel&Migrantenrecht* 2011, nr. 4 - Uitspraak van de maand IIvJEU 28 april 2011 El Dridi - en P. Boeles in zijn noot bij El Dridi, JV 2011/242