

Vergaderjaar 2012–2013

**33 512**

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

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **ALGEMEEN DEEL**

##### **1. Inleiding**

###### *1.1. Een restrictief en rechtvaardig immigratiebeleid, gericht op integratie*

Dit kabinet stelt hoge eisen aan mensen die uit vrije wil naar Nederland komen: een opleiding, beheersing van de taal, een gedegen voorbereiding en het vermogen om hier economisch zelfstandig te kunnen leven bieden het beste perspectief op succesvolle integratie. Wie aan die eisen voldoet en zijn of haar bijdrage levert aan de toekomst van ons allemaal, is en blijft welkom. In zo'n samenleving past illegaal verblijf niet. Illegale vreemdelingen nemen niet volwaardig deel aan onze samenleving en zijn daardoor vatbaar voor uitbuiting. 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 dient daarom in een zo vroeg mogelijk stadium te worden voorkomen. Dat begint nog voordat vreemdelingen toegang krijgen tot het Schengengebied. Een effectief en efficiënt visumbeleid en grenstoezicht zijn daarbij belangrijk, evenals het mobiel toezicht van de Koninklijke Marechaussee (KMar).

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. Bij een restrictief en rechtvaardig immigratiebeleid hoort daarom ook een actief en consequent terugkeerbeleid. Wie hier niet mag blijven, moet vertrekken of wordt uitgezet. Zelfstandige terugkeer wordt zo veel mogelijk bevorderd en waar nodig wordt terugkeer afgedwongen. Illegale vreemdelingen hebben zich onttrokken aan het toezicht en zullen daarom zoveel mogelijk ten behoeve van de terugkeer in vreemdelingenbewaring worden gesteld.

Om bovenstaande redenen is in het regeerakkoord afgesproken dat illegaal verblijf strafbaar zal worden gesteld en het terugkeerbeleid wordt geïntensiveerd.

Illegaal verblijf wordt strafbaar gesteld door middel van het voorliggende wetsvoorstel. Deze maatregel sluit aan bij de strafbaarstelling van overtreding van het inreisverbod. Een inreisverbod wordt op grond van Richtlijn 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) (hierna: de terugkeerrichtlijn) uitgevaardigd tegen illegaal in de Europese Unie verblijvende onderdanen van derde landen. De wet waarmee de terugkeerrichtlijn wordt geïmplementeerd en die tevens een strafbaarstelling van overtreding van het inreisverbod bevat, is op 31 december 2011 in werking getreden<sup>1</sup>.

### *1.2. Strafbaarstelling van illegaal verblijf*

In het regeerakkoord 2012<sup>2</sup> is omtrent de strafbaarstelling van illegaliteit het volgende afgesproken:

*«Illegaal verblijf wordt strafbaar gesteld. Daarbij zijn particulieren en particuliere organisaties die individuele hulp bieden niet strafbaar.»*

De strafbaarstelling van illegaal verblijf is een instrument om illegale komst naar en illegaal verblijf in Nederland te voorkomen en te bestrijden. Met deze strafbaarstelling wordt illegaal verblijf in Nederland onaantrekkelijker. Er gaat een preventieve en afschrikkende werking van uit. Er wordt een duidelijk 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 – naast de lik-op-stukbenadering – derhalve ook een normatieve werking.

De strafbaarstelling van illegaal verblijf wordt als overtreding neergelegd in een nieuw artikel 108a van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw), te sanctioneren met geldboete van de tweede categorie (ten hoogste € 3900). Artikel 108 Vw behelst al de strafbaarstelling van een aantal overtredingen van voorschriften, vastgelegd bij of krachtens de Vreemdelingenwet 2000, waaronder verblijf in weerwil van een inreisverbod. Op deze manier wordt aangesloten bij de bestaande systematiek.

Om illegaal verblijf effectiever te kunnen bestrijden, is voorts in het wetsvoorstel geregeld dat tegen een vreemdeling die tweemaal is beboet in verband met illegaal verblijf, overtreding van een eerder uitgevaardigd inreisverbod daaronder begrepen, een inreisverbod kan worden uitgevaardigd waaraan de gevolgen, bedoeld in artikel 66a, zevende lid, Vw, zijn verbonden (een zogenaamd «zwaar» inreisverbod). Verblijf in weerwil van een zwaar inreisverbod is, evenals verblijf als ongewenstverklaarde vreemdeling, strafbaar gesteld als misdrijf (artikel 197 Sr).

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

<sup>1</sup> Wet van 15 december 2011 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) (Stb. 2011, 663).

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33 410 nr. 15.

uitzetting, op grond van het risico dat zij zich aan het vreemdelingentoezicht zullen onttrekken dan wel omdat zij de voorbereiding van het vertrek of de uitzettingsprocedure ontwijken of belemmeren. Dit betreft alle vreemdelingen die geen rechtmatig verblijf (meer) hebben. Voorts wordt tegen illegale vreemdelingen, voor zover dat al niet was gebeurd, een 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 de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 28 april 2011 inzake El Dridi (C-61/11 PPU), 6 december 2011 inzake Achughbabian (C-329/11) en 6 december 2012 inzake Sagor (C-430/11).

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

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. Werkgevers en malafide verhuurders die met als oogmerk winstbejag illegale vreemdelingen te werk stellen of onderdak bieden zullen echter hard worden aangepakt. Ook hiermee wordt uitvoering gegeven aan het regeerakkoord.

Op grond van het koppelingsbeginsel kunnen illegalen geen aanspraak maken op verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen van een bestuursorgaan. Aan de hand 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*

Vreemdelingen tegen wie een inreisverbod is uitgevaardigd, kunnen op dit moment al strafrechtelijk worden aangepakt als zij in weerwil van het inreisverbod in Nederland verblijven (artikel 108, zesde lid, Vw respectievelijk artikel 197 Sr). Dat kan echter pas nadat de onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling in het kader van het vreemdelingen-toezicht of anderszins is aangetroffen en tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd, en nadat vervolgens 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 vreemdelingen-toezicht of anderszins voor de eerste keer als zodanig wordt aangetroffen, kunnen thans nog 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 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.

Zowel de preventieve werking als de signaalfunctie van het wetsvoorstel wordt versterkt door nog een andere mogelijke maatregel te verbinden aan (herhaaldelijk) illegaal verblijf. Op grond van artikel 67, eerste lid, onder a, Vw kan een vreemdeling ongewenst worden verklaard indien hij niet rechtmatig in Nederland verblijft en bij herhaling een bij de Vreemdelingenwet 2000 strafbaar gesteld feit heeft begaan. Volgens die bepaling zou, na inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel, een vreemdeling die tweemaal is beboet wegens illegaal verblijf en/of verblijf in weerwil van een inreisverbod, ongewenst kunnen worden verklaard. Sinds de implementatie van de terugkeerrichtlijn is de reikwijdte van artikel 67 Vw evenwel beperkt tot gemeenschapsonderdanen en derdelanders die zich op het tijdstip van toepassing van artikel 67 Vw niet in Nederland bevinden. Op derdelanders die zich in Nederland bevinden, is artikel 66a Vw (inreisverbod) van toepassing. Het equivalent van de ongewenstverklaring is het inreisverbod waaraan de rechtsgevolgen van artikel 66a, zevende lid, Vw zijn verbonden (het «zware» inreisverbod). Verblijf in weerwil van een zwaar inreisverbod is, evenals verblijf in weerwil van een ongewenstverklaring, een misdrijf, strafbaar gesteld in artikel 197 Sr.

In het wetsvoorstel wordt aan de criteria voor uitvaardiging van het zware inreisverbod een grond toegevoegd. Een zwaar inreisverbod kan ook worden uitgevaardigd indien de vreemdeling bij herhaling is beboet in verband met illegaal verblijf, dat wil zeggen op grond van het nieuwe artikel 108a Vw (enkel illegaal verblijf) of op grond van artikel 108, zesde lid (verblijf in weerwil van een opgelegd inreisverbod). In de praktijk betekent dit dat na twee boetes wegens illegaal verblijf een zwaar inreisverbod kan worden opgelegd dan wel het bestaande inreisverbod kan worden omgezet in een zwaar inreisverbod. Indien de vreemdeling daarna nogmaals illegaal verblijvend in Nederland wordt aangetroffen, pleegt hij het misdrijf van artikel 197 Sr, waarvoor een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie kan worden opgelegd. Hiermee wordt de effectiviteit van de strafbaarstelling van illegaal verblijf vergroot.

Met de bevoegdheid om na twee overtredingen wegens illegaal verblijf een zwaar inreisverbod uit te vaardigen, zal terughoudend worden omgegaan. De uitvaardiging van een zwaar inreisverbod in deze gevallen is geen automatisme. In ieder geval zal rekening worden gehouden met factoren als eventuele andere strafbare feiten die de vreemdeling heeft begaan, de inspanningen die de vreemdeling al dan niet heeft verricht om te vertrekken en zijn eventuele bereidheid om alsnog aantoonbaar aan vertrek mee te werken. In een algemene maatregel van bestuur op basis van artikel 66b, tweede lid, zal dit nader worden uitgewerkt.

Bovenstaande factoren zullen ook een rol spelen in het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie. Het openbaar ministerie zal hieromtrent beleidsregels vaststellen. Indien echter een vreemdeling met een zwaar inreisverbod wordt aangehouden als verdachte van een misdrijf, zal in beginsel ook vervolgd worden wegens verblijf in weerwil van het zware inreisverbod (artikel 197 Sr).

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, gelijk alleenstaande minderjarige vreemdelingen zijn uitgesloten van het uitvaardigen van een inreisverbod omdat het gaat om een kwetsbare groep, ligt ook uitsluiting van de strafbaarstelling in de rede. Daarbij komt dat het wetgevings- en uitvoeringstechnisch lastig is deze groep minderjarigen in de strafbepaling exact af te bakenen. 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 en de uitzondering op de 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, bevestigd in het El Dridi-arrest (C-61/11 PPU), het Achughbabian-arrest (C-329/11) en recentelijk het Sagor-arrest (C-430/11), behoort het strafrecht in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten, zij het dat dit rechtsgebied 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). In het bijzonder 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 enkel betrekking heeft op de terugkeer van illegaal in een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen en dus niet tot doel heeft alle nationale voorschriften inzake het verblijf van vreemdelingen te harmoniseren (Sagor, r.o. 31). In het Achughbabian-arrest bevestigt het Hof dat de terugkeerrichtlijn zich er niet tegen verzet dat illegaal verblijf in het recht van een lidstaat wordt aangemerkt als een strafbaar feit en dat daarop strafrechtelijke sancties, daaronder begrepen gevangenisstraf, worden gesteld teneinde illegaal verblijf tegen te gaan (Achughbabian, r.o. 28 en 32). Het Hof acht het evenwel evident dat de oplegging en de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf tijdens de terugkeerprocedure niet bijdraagt aan de fysieke verwijdering van de betrokkene uit de lidstaat, en dus niet kan worden beschouwd als een maatregel of dwangmaatregel in de zin van artikel 8 van de terugkeerrichtlijn (Achughbabian, r.o. 37).

Het Hof is voorts van mening dat een nationale regeling (in casu betrof het een Franse regeling) waarin is bepaald dat een gevangenisstraf wordt opgelegd aan iedere meerderjarige derdelander die illegaal in de desbetreffende lidstaat verblijft na het verstrijken van een termijn van drie maanden sinds zijn binnenkomst op het grondgebied van die lidstaat, afbreuk kan doen aan de nuttige werking van de terugkeerrichtlijn omdat volgens die richtlijn tegen een dergelijke vreemdeling voor alles een terugkeerprocedure moet worden gevolgd (Achughbabian, r.o. 38 en 39). In het Sagor-arrest onderschrijft het Hof evenwel het standpunt van onder andere de Nederlandse regering, dat een wettelijke regeling die voorziet in een strafvervolgning die kan leiden tot de oplegging van een geldboete, duidelijk andere gevolgen heeft dan een wettelijke regeling die voorziet in een strafvervolgning die ertoe kan leiden dat tijdens de terugkeerprocedure een gevangenisstraf wordt opgelegd (Sagor, r.o. 34). Daarbij is in de eerste plaats van belang dat de vaststelling en de uitvoering van de in de terugkeerrichtlijn bedoelde terugkeermaatregelen geen vertraging oplopen of anderszins worden belemmerd door het feit dat een strafvervolgning loopt. De terugkeer kan immers los van de strafvervolgning worden

uitgevoerd en zonder dat die vervolging moet zijn afgerond (Sagor, r.o. 35). In de tweede plaats is van belang dat het feit dat een geldboete kan worden opgelegd, niet belet dat een terugkeerbesluit wordt genomen en uitgevoerd waarbij de voorwaarden van de artikelen 6 tot en met 8 van de terugkeerrichtlijn integraal worden nageleefd, en evenmin afbreuk doet aan de gemeenschappelijke normen die de artikelen 15 en 16 van die richtlijn op het gebied van vrijheidsberoving formuleren (Sagor, r.o. 36). Op grond hiervan oordeelt het Hof dat de terugkeerrichtlijn zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat waarbij het illegale verblijf van onderdanen van derde landen wordt bestraft met een geldboete. Uit de jurisprudentie kan ook worden afgeleid dat er geen bezwaar is om, indien de vreemdeling de aan hem opgelegde boete niet betaalt, over te gaan tot tenuitvoerlegging van vervangende hechtenis, mits gegarandeerd is dat een verwijdering, indien deze mogelijk is, wordt uitgevoerd. De in het Sagor-arrest in het geding zijnde Italiaanse wetgeving kent de mogelijkheid van vervangend huisarrest ingeval de veroordeelde vreemdeling insolvent is. Het Hof stelt vast dat het huisarrest de terugkeermaatregelen kan vertragen en daardoor belemmeren. Dit gevaar op ondermijning van de terugkeerprocedure bestaat, aldus het Hof, met name indien de toepasselijke regelgeving niet bepaalt dat de uitvoering van het huisarrest dat wordt opgelegd aan de onderdaan van een derde land die illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijft, een einde moet nemen zodra de betrokkene kan worden verwijderd (Sagor, r.o. 45). De nationale regelgeving dient derhalve een bepaling te bevatten die de verwijdering van de betrokkene voorrang geeft boven de uitvoering van het beval tot huisarrest (Sagor, r.o. 46). Er mag van uit worden gegaan dat hetgeen het Hof opmerkt over het huisarrest, ook geldt voor andere vervangende vrijheidsstraffen zoals vervangende hechtenis.

Op grond van het El Dridi-arrest en het Achughbadian-arrest kan worden geconcludeerd dat de terugkeerrichtlijn zich niet verzet tegen een regeling waarbij illegaal verblijf wordt tegengegaan met stafrechtelijke sancties, daaronder begrepen gevangenisstraf. Een dergelijke regeling mag evenwel niet toestaan dat aan een illegale vreemdeling gevangenisstraf wordt opgelegd voordat de in artikel 8 van de terugkeerrichtlijn bedoelde dwangmaatregelen zijn toegepast en, in geval van vreemdelingenbewaring, de maximale duur van die bewaring nog niet verstreken. Er mag daarbij van uit worden gegaan dat de maximale duur van de bewaring ook is verstreken als de vreemdeling zijn uitzetting frustreert en op basis daarvan, wegens het ontbreken van zicht op uitzetting binnen een redelijke termijn, de vreemdelingenbewaring moet worden opgeheven. Op grond van het Sagor-arrest kan worden geconcludeerd dat de terugkeerrichtlijn zich niet verzet tegen een regeling waarbij illegaal verblijf van onderdanen van derde landen wordt bestraft met een geldboete, en zich evenmin verzet tegen een regeling waarbij de boete kan worden vervangen door vervangende hechtenis, mits gewaarborgd is dat de uitvoering van die straf een einde neemt zodra het mogelijk is om de betrokkene fysiek uit de lidstaat te verwijderen.

De strafbaarstelling van illegaal verblijf zoals uitgewerkt in het onderhavige wetsvoorstel voldoet aan de voorwaarden die in de hiervoor genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie zijn ontwikkeld. Daarvoor zijn de volgende overwegingen van belang:

- Illegaal verblijf in Nederland wordt geclassificeerd als een overtreding, die wordt bestraft met geldboete van de tweede categorie (ten hoogste € 3900). Het College van procureurs-generaal heeft op basis van het advies van de Commissie feiten en tarieven de in de praktijk toe te passen boetetarieven vastgesteld, onder voorbehoud dat het voorliggende wetsvoorstel tot wet zal worden verheven. De op te leggen

boetes zullen in hoogte variëren van € 130 tot € 1200, afhankelijk van de duur van het illegale verblijf (zie paragraaf 2.2).

- Indien de boete door de rechter is opgelegd en niet of niet volledig wordt betaald, kan vervangende hechtenis worden toegepast (artikel 24c Sr). Ook vervangende hechtenis mag niet in de weg staan aan het daadwerkelijk vertrek of de uitzetting van de vreemdeling. In het wetsvoorstel is daarom uitdrukkelijk vastgelegd dat de tenuitvoerlegging van een strafbeschikking of rechterlijke uitspraak waarbij een geldboete is opgelegd wegens illegaal verblijf, niet in de weg mag staan aan het daadwerkelijk vertrek of de uitzetting uit Nederland («vertrek gaat voor straf»). Omdat de mogelijkheid vervangende hechtenis toe te passen, rechtstreeks voortvloeit uit de rechterlijke uitspraak waarbij een geldboete wordt opgelegd, geldt deze bepaling ook voor de toepassing van vervangende hechtenis.

Na inwerkingtreding van het voorliggende wetsvoorstel zal een vreemdeling die na afloop van de eventuele vertrektermijn voor de eerste maal onrechtmatig verblijvend in Nederland wordt aangetroffen, kunnen 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 of indien een eerder uitgevaardigd terugkeerbesluit niet meer van kracht is, wordt tegen hem op dat moment een terugkeerbesluit uitgevaardigd, waarmee het onrechtmatige verblijf rechtens is vastgesteld (artikel 62a, tweede lid, Vw). Tevens wordt, behoudens een beperkt aantal wettelijke uitzonderingen, tegen hem een inreisverbod uitgevaardigd.

Het onrechtmatige verblijf van de vreemdeling is aldus vastgesteld en gesanctioneerd. Krachtens de terugkeerrichtlijn en in lijn met het El Dridi-arrest en het Achughbabian-arrest 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 (artikel 76 Sr).

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. Bovendien zal tegen hem een nieuw inreisverbod worden uitgevaardigd waaraan de rechtsgevolgen van artikel 66a, zevende lid, Vw zijn verbonden.

In het kader van de aanpak van criminele en overlastgevende illegalen is het belangrijk dat, in geval van samenloop van een misdrijf met een overtreding, voor de overtreding zonder vermindering een boete 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 hogere strafmaat (ten hoogste zes maanden hechtenis of geldboete van de tweede categorie). Dit is anders indien het inreisverbod is uitgevaardigd in verband met herhaaldelijk illegaal verblijf, het plegen van een misdrijf of 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 (bij vreemdelingen die niet onder de werkingssfeer van de terugkeerrichtlijn vallen).

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 herhaaldelijk illegaal verblijf, het plegen van een misdrijf of 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 eens 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 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. Hiermee wordt uitvoering gegeven aan het regeerakkoord. Dit laat onverlet dat degenen

die zich 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 classificatie als overtreding heeft eveneens tot gevolg dat noch de voor eenieder geldende aangifteplicht, bedoeld in artikel 160 Sv, noch de voor openbare colleges en ambtenaren geldende aangifteplicht, bedoeld in artikel 162 Sv, van toepassing is ten aanzien van een vreemdeling die zich schuldig maakt aan illegaal verblijf.

De delictomschrijving van artikel 108a Vw bevat geen expliciete schuldbestanddelen. Voor de strafbaarheid behoeft slechts te worden vastgesteld dat de vreemdeling meerderjarig is en in Nederland verblijft zonder alhier rechtmatig verblijf te hebben. Met meerderjarig wordt bedoeld meerderjarig in civielrechtelijke zin: behoudens enkele uitzonderingen betreft dit personen van achttien jaar of ouder. Indien de vreemdeling niet over documenten beschikt om zijn leeftijd aan te tonen en de staat in een asielprocedure heeft vastgesteld dat niet van minderjarigheid hoeft te worden uitgegaan, dient die vaststelling in de bestuursrechtelijke procedure ook voor de vervolging van het voorgestelde artikel 108a Vw leidend te zijn. 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 moet worden 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 (artikel 61, eerste lid, Vw). Als regel hebben vreemdelingen tegen wie een terugkeerbesluit is uitgevaardigd, daarvoor vier weken de tijd (artikel 62, eerste lid, Vw). De minister kan in individuele gevallen de vertrektermijn verkorten of verlengen. Ook kan hij bepalen dat een vreemdeling Nederland onmiddellijk moet verlaten. Het verkorten of onthouden van de vertrektermijn is onder meer mogelijk indien een risico bestaat dat de vreemdeling zich aan het toezicht zal onttrekken. In artikel 6.1 juncto artikel 5.1b van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb) worden de feiten en omstandigheden genoemd op grond waarvan kan worden aangenomen dat er sprake is van een zodanig risico.

Hoewel de vreemdeling gedurende de voor hem geldende vertrektermijn geen rechtmatig verblijf 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 en kan zolang niet worden uitgezet. 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.

De vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft en die niet binnen de voor hem geldende termijn Nederland uit eigen beweging heeft verlaten, kan door de Minister van Veiligheid en Justitie worden uitgezet (artikel 63 Vw). Op deze regel bestaan enkele uitzonderingen. Zo wordt in artikel 64 Vw bepaald dat uitzetting achterwege blijft zolang het gelet op de gezondheidstoestand van de vreemdeling of die van een van zijn gezinsleden niet verantwoord is om te reizen. Indien het verzoek van de vreemdeling om toepassing van deze bepaling door de minister wordt

ingewilligd, heeft de vreemdeling rechtmatig verblijf op grond van artikel 8, onder j, Vw en is hij niet strafbaar. Daarnaast worden in de artikelen 3.1 tot en met 3.1b Vb enkele gevallen genoemd waarin uitzetting achterwege blijft. Dat is onder andere als regel het geval indien de vreemdeling een aanvraag tot het verlenen, wijzigen of verlengen van een verblijfsvergunning indient. Ook in die gevallen verkrijgt de vreemdeling rechtmatig verblijf totdat op de aanvraag is beslist (artikel 8, onder f en g, Vw), tenzij het een reguliere aanvraag betreft van de vreemdeling tegen wie een inreisverbod is uitgevaardigd. Hetzelfde geldt indien de rechter bepaalt dat de beslissing op een aanvraag of een bezwaar- of beroepsschrift in Nederland mag worden afgewacht (artikel 8, onder f, g en h, Vw). In al deze gevallen heeft de vreemdeling rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8 Vw en is hij derhalve niet strafbaar.

Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat het niet zo is dat een onrechtmatig verblijvende vreemdeling vervolging wegens illegaal verblijf kan voorkomen door bijvoorbeeld een verblijfsaanvraag in te dienen. Weliswaar verkrijgt hij daardoor rechtmatig verblijf in afwachting van de beslissing op de aanvraag, maar dat doet niets af aan de strafbaarheid van zijn eerdere onrechtmatige verblijf. Niettemin ligt het in de rede in een dergelijk geval, zeker als het een (eerste) aanvraag asiël of een (eerste) aanvraag regulier op humanitaire gronden betreft, niet onmiddellijk tot vervolging over te gaan, maar de beslissing op de aanvraag af te wachten. Na afwijzing van de aanvraag kan dan zo nodig alsnog een boete worden opgelegd wegens het eerdere illegale verblijf. In de door het openbaar ministerie vast te stellen beleidsregels zal hieraan aandacht worden besteed.

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 geveerd teneinde aan zijn verplichting om Nederland te verlaten, te voldoen<sup>3</sup>. Ernstige ziekte kan overmacht opleveren<sup>4</sup>, evenals de

<sup>3</sup> HR 28 oktober 2008, NJ 2008, 570; HR 20 januari 2009, NJ 2009, 235.

<sup>4</sup> Hof Arnhem 13 november 2008, NJFS 2009, 5).

mogelijkheid door het volgende land van verblijf te worden uitgezet naar een land waar bij terugkeer schending van artikel 3 EVRM dreigt<sup>5</sup>. 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. Ingeval een illegale vreemdeling aangifte doet van een jegens hem gepleegd misdrijf of zich meldt als getuige van een ernstig misdrijf, zal vervolging wegens illegaal verblijf op dat moment niet aan de orde zijn. In het belang van de bescherming van de Nederlandse samenleving en rechtsorde is het van belang dat de overheid kan optreden tegen gepleegde misdrijven, ongeacht de verblijfsstatus van het slachtoffer of de getuige.

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, ondanks hun vertrekplicht, om beleidsmatige of uitvoeringstechnische redenen tijdelijk niet worden uitgezet en derhalve feitelijk en met medeweten van de overheid in Nederland verblijven. Daarbij kan onder meer 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 die naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek van een VN-Comité waarvan Nederland het individueel klachtrecht heeft erkend, niet zullen worden uitgezet hangende de behandeling van een door hen bij die instantie ingediende klacht. Omdat het in deze en vergelijkbare gevallen gaat om vreemdelingen die weliswaar geen rechtmatig verblijf hebben en voor wie formeel de vertrekplicht blijft gelden, maar die wel feitelijk en met medeweten van de overheid tijdelijk in Nederland verblijven, zal het openbaar ministerie beleidsregels opstellen waarin wordt vastgelegd dat tegen dergelijke vreemdelingen in beginsel geen vervolging zal worden ingesteld. Het gaat hier vanzelfsprekend om een groep van beperkte omvang en om een uitzondering die per definitie tijdelijk van aard is.

Wanneer een feit meer dan één vergriep 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 ongewenstverklaring of in weerwil van een inreisverbod dat is uitgevaardigd wegens herhaaldelijk illegaal verblijf, het plegen van een misdrijf of 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 herhaaldelijk illegaal verblijf, het plegen van een misdrijf of gevaar voor de openbare orde en veiligheid, zal hem overtreding van artikel 197 Sr ten laste worden gelegd, met dien verstande dat er in het geval van een zwaar inreisverbod dat enkel is uitgevaardigd wegens herhaald illegaal verblijf een terughoudend vervolgingsbeleid zal worden gevoerd. Dit neemt overigens niet weg dat het mogelijk zal zijn primair overtreding van artikel

<sup>5</sup> Rechtbank 's-Gravenhage 2 november 2009, LJN: BK6644.

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 dus een onbeperkte cumulatie in het geval van 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. Bovendien kan in dat geval een nieuw, zwaar inreisverbod worden uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, Vw, hetgeen ertoe leidt dat hij, als hij daarna wederom in Nederland wordt aangetroffen, zal worden vervolgd wegens het misdrijf, bedoeld in artikel 197 Sr. Overigens zal van de bevoegdheid om wegens herhaald illegaal verblijf een zwaar inreisverbod uit te vaardigen, terughoudend gebruik worden gemaakt. Bij algemene maatregel van bestuur zullen hieromtrent nadere regels worden gesteld. 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 kunnen 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 geldboete van de tweede categorie (ten hoogste € 3900). Deze strafmaat voldoet aan de eis van proportionaliteit. Hiertoe is het volgende redengevend. De strafmaat ligt

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 hechtenis niet opgenomen als hoofdstraf.

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. Het openbaar ministerie heeft voorgesteld de boetes voor onrechtmatig verblijf als een zogenaamd p-feit op te nemen in de bijlage bij het Besluit OM-afdoening, zodat artikel 108a Vw zonder tussenkomst van het openbaar ministerie door de politie en de KMar met een zogenaamde «politiestrafbeschikking» (artikel 257b Sv) zal kunnen worden afgedaan. Indien de verdachte het niet eens is met de opgelegde strafbeschikking, kan hij hiertegen verzet aantekenen bij de strafrechter (kantonrechter). 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.

Onrechtmatig verblijf zal, zoals gezegd, worden bestraft met geldboete van de tweede categorie. De daadwerkelijk bij strafbeschikking op te leggen boetebedragen, vast te stellen door het College van procureurs-generaal, zullen afhankelijk zijn van de duur van het illegale verblijf. Vooralnog worden de volgende feitelijk op te leggen boetebedragen voorzien:

– illegaal verblijf van 1 tot 15 dagen	€ 130;
– illegaal verblijf van 15 dagen tot 3 maanden	€ 260;
– illegaal verblijf van 3 tot 6 maanden	€ 390;
– illegaal verblijf van 6 maanden tot 1 jaar	€ 500;
– illegaal verblijf van 1 jaar tot 2 jaar	€ 700;
– illegaal verblijf van langer dan 2 jaar	€ 1.200.

Indien de verblijfsduur niet is vast te stellen en de vreemdeling geen verklaring aflegt over de verblijfsduur, wordt een boete van € 390 opgelegd.

Uitgangspunt is dat bij constatering van illegaal verblijf een aankondiging van een strafbeschikking zal volgen indien de vreemdeling direct kan en wil betalen. Als de vreemdeling niet direct betaalt, zal hij gedagvaard worden om te verschijnen voor het kantongerecht met een zogenaamde oproepingsprocedure. Bij de oproepingsprocedure krijgt de verdachte bij aanhouding direct een dagvaarding mee met daarop de datum, plaats en tijdstip van de zitting. Als de vreemdeling niet verschijnt, dan volgt een onherroepelijk verstekvonnis dat ter fine van executie in het opsporingsregister (OPS) kan worden opgenomen.

Nog niet alle parketten werken met een oproepingsprocedure. In de arrondissementen waar niet wordt gewerkt met een oproepingspro-

cedure, zal een aankondiging van een strafbeschikking volgen. Indien het adres van de vreemdeling niet bekend is, wordt meteen gedagvaard. Als de vreemdeling niet ter zitting verschijnt omdat hij bijvoorbeeld al is uitgezet, leidt dagvaarding tot een niet-onherroepelijk verstekvonnis dat ter fine van betekening in het OPS kan worden opgenomen.

De hiervoor genoemde boetebedragen zijn van toepassing indien een strafbeschikking wordt opgelegd. Indien de vreemdeling verzet aantekent of wordt gedagvaard, zal het openbaar ministerie zijn strafeis bepalen met behulp van de BOS/Polaris-systematiek. Het is vervolgens 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 in dat geval dus altijd een individuele beoordeling plaats aan de hand van concrete feiten en omstandigheden.

Voor enkel illegaal verblijf kan geen hechtenis als hoofdstraf worden opgelegd. Van de hechtenis als hoofdstraf moet evenwel worden onderscheiden de vervangende hechtenis (artikel 24c Sr). Vervangende hechtenis kan aan de orde zijn 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. Indien bij strafbeschikking een boete is opgelegd, is geen vervangende hechtenis mogelijk. Indien de boete niet wordt betaald, kan de officier van justitie de strafbeschikking intrekken en de zaak alsnog aan de kantonrechter voorleggen.

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 geldboete als voor de eventuele vervangende hechtenis. Dit betekent dat, als een illegale vreemdeling vertrekt of wordt uitgezet voordat de geldboete is voldaan, deze boete open blijft staan tot vier jaar na de dag waarop de rechterlijke uitspraak of de strafbeschikking ten uitvoer kan worden gelegd. De tenuitvoerlegging wordt niet geschorst en derhalve blijft de vreemdeling verplicht de boete te voldoen. Indien hij binnen die periode wederom in het kader van het vreemdelingentoezicht 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 El Dridi-arrest en het Sagor-arrest volgt dat een sanctie wegens illegaal verblijf geen 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. Dit uitgangspunt is vastgelegd in het voorgestelde artikel 108a, vijfde lid, Vw. 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. Bovendien kan zijn inreisverbod worden omgezet in een «zwaar» inreisverbod op grond van artikel 66a, zevende lid, Vw. De overtreding daarvan zal worden vervolgd als misdrijf. 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.

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 van Veiligheid en Justitie verzoeken het inreisverbod tijdelijk op te heffen voor de duur van de strafzaak. Artikel 66b, eerste lid, Vw 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. Indien de vreemdeling de boete vrijwillig betaalt voordat de verzettermijn is verstreken, doet hij daarmee afstand van de bevoegdheid verzet te doen.

Tot slot kan worden opgemerkt dat in die gevallen waarin wegens herhaald illegaal verblijf een zwaar inreisverbod is uitgevaardigd, een terughoudend vervolgingsbeleid zal worden gevoerd indien de vreemdeling in weerwil van dat zware inreisverbod in Nederland wordt aangetroffen. Indien het een vreemdeling betreft die wordt aangehouden als verdachte van een (ander) misdrijf, zoals diefstal of beroving, zal als regel ook worden vervolgd wegens verblijf in weerwil van een zwaar inreisverbod (artikel 197 Sr). Indien de vreemdeling bijvoorbeeld in het kader van het vreemdelingentoezicht wordt aangetroffen, maar niet wordt verdacht van andere strafbare feiten, zal vervolging alleen plaatsvinden als dat opportuun is. Zo ligt het in de rede van vervolging af te zien als de vreemdeling aantoonbaar bereid is alsnog te vertrekken en ook daadwerkelijk vertrekt. Het openbaar ministerie zal hieromtrent beleidsregels vaststellen.

Het bovenstaande geldt uitsluitend voor die gevallen waarin het zware inreisverbod enkel is uitgevaardigd wegens herhaald illegaal verblijf. Indien het zware inreisverbod is uitgevaardigd bijvoorbeeld omdat de vreemdeling is veroordeeld wegens een misdrijf of omdat hij een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid, zal uiteraard geen sprake zijn van een terughoudend vervolgingsbeleid.

### *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 genomen<sup>6</sup>. 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. Gegevens die worden verzameld in het kader van toezicht mogen overigens wel gebruikt worden in een daarop volgende strafzaak<sup>7</sup>. 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 vreemdelingentoezicht – 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 vreemdelingentoezicht 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.

<sup>6</sup> HR 26 april 1988, NJ 1989, 390.

<sup>7</sup> HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605.

### 3. Relatie tot het bestaande instrumentarium

#### 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 vreemdelingentoezicht 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.

Ook de bevoegdheid van de minister om tegen een vreemdeling een inreisverbod uit te vaardigen, behoort tot het bestuurlijke instrumentarium (artikel 66a Vw). Het inreisverbod is een Europese maatregel, voortvloeiend uit de terugkeerrichtlijn, en is van toepassing op niet-gemeenschapsonderdanen (derdelanders) die zich illegaal in Nederland bevinden. Het gaat om 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 rechtsgevolg van een inreisverbod is dat de desbetreffende vreemdeling geen rechtmatig verblijf kan hebben, met uitzondering van het rechtmatig verblijf tijdens de behandeling van een asielerzoek, het rechtmatig verblijf wegens de toepasselijkheid van artikel 64 Vw en het rechtmatig verblijf omdat de rechter heeft bepaald dat de vreemdeling de uitkomst van zijn bezwaar- of beroepsprocedure in Nederland mag afwachten. De beide laatste uitzonderingen gelden niet indien het inreisverbod is opgelegd aan een vreemdeling met criminele antecedenten of een vreemdeling die herhaaldelijk een strafbaar feit wegens illegaal verblijf (artikel 108a en/of artikel 108, zesde lid, Vw) heeft begaan.

Een ander onderdeel van het bestuurlijke instrumentarium is de bevoegdheid van de minister om een vreemdeling ongewenst te verklaren (artikel 67 Vw). Sinds de invoering van het inreisverbod is de reikwijdte van de ongewenstverklaring beperkt tot gemeenschapsonderdanen en tot derdelanders die zich op het moment waarop de maatregel wordt opgelegd, niet in Nederland bevinden. Het rechtsgevolg van de ongewenstverklaring is dat de desbetreffende vreemdeling geen rechtmatig verblijf kan hebben, met uitzondering van het rechtmatig verblijf tijdens de behandeling van een asielaanvraag<sup>8</sup>. Dit betekent dat de ongewenstverklarde vreemdeling geen recht heeft op een vrije termijn, geen titel tot verblijf kan verkrijgen anders dan een verblijfsvergunning asiel, geen geslaagd beroep kan doen op artikel 64 Vw, de behandeling van een aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning regulier niet in Nederland mag afwachten en geen procesbelang heeft bij een beroep tegen de afwijzing, niet-verlenging of intrekking van een verblijfsvergunning.

In de wet van 24 mei 2012 tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met nationale visa en enkele andere onderwerpen (Stb. 2012, 258) ten slotte wordt geregeld dat, uitzonderingen daargelaten, een

<sup>8</sup> ABRS 25 juni 2012, LJN: BX0050.

aanvraag voor een verblijfsvergunning wordt afgewezen als de aanvrager eerder illegaal in Nederland heeft verbleven of bij een eerdere verblijfsaanvraag heeft gefraudeerd.

#### *Het strafrechtelijke instrumentarium*

Het strafrechtelijke instrumentarium in het kader van onrechtmatig verblijf beperkte zich tot voor kort 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 ingang van 31 december 2011 is het strafrechtelijke instrumentarium uitgebreid, omdat overtreding van het inreisverbod ook strafrechtelijk wordt gehandhaafd (artikel 108, zesde lid, Vw respectievelijk artikel 197 Sr). 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 terugkeerrichtlijn<sup>9</sup> 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 wegens overtreding van het inreisverbod inspanningen blijft verrichten die zijn gericht op vertrek 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 vervangende hechtenis of hechtenis 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 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).

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 14.

#### 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 geldt de afwijzing van een aanvraag alsmede de intrekking of niet-verlenging van de geldigheidsduur van een verblijfsvergunning als terugkeerbesluit en heeft deze beschikking van rechtswege tot gevolg dat de vreemdeling Nederland dient te verlaten binnen de in de wet gestelde termijn. Indien een vreemdeling, niet zijnde gemeenschapsonderdaan, onrechtmatig verblijvend in Nederland wordt aangetroffen, stelt de minister deze vreemdeling op grond van artikel 62a Vw schriftelijk in kennis van de verplichting Nederland uit eigen beweging te verlaten en van de voor hem geldende vertrektermijn. Ook deze kennisgeving geldt als terugkeerbesluit. Geen kennisgeving wordt gedaan indien reeds eerder een terugkeerbesluit tegen de vreemdeling is uitgevaardigd (bijvoorbeeld in de vorm van een afwijzende beschikking) en aan de daaruit voortvloeiende verplichting nog niet is voldaan.

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 zijn twee uitzonderingen mogelijk:

- De minister kan de vertrektermijn verkorten dan wel bepalen dat een vreemdeling Nederland onmiddellijk moet verlaten, indien een risico bestaat dat de vreemdeling zich aan het toezicht zal onttrekken. De gronden voor het vaststellen van dit risico zijn nader uitgewerkt in artikel 6.1 juncto artikel 5.1b Vb. Dezelfde bevoegdheid bestaat indien de aanvraag van de vreemdeling om (verlenging van) een verblijfsvergunning is afgewezen als kennelijk ongegrond of wegens het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens, of indien de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid.
- De minister kan de vertrektermijn verlengen in verband met de specifieke omstandigheden van het individuele geval. Op grond van artikel 6.3 van het Voorschrift Vreemdelingen 2000 (Vv) bedraagt de verlenging van de vertrektermijn in beginsel maximaal 90 dagen en worden bij het besluit omtrent verlenging onder meer de aanwezigheid van schoolgaande kinderen en het bestaan van andere gezinsbanden of sociale banden betrokken.

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 vreemdelingenbe-

waring 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 asielverzoek (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.

Ten slotte is artikel 3.1 Vb van belang, waarin is bepaald dat het indienen van een aanvraag tot het verlenen, wijzigen of verlengen van een verblijfsvergunning tot gevolg heeft dat de uitzetting achterwege blijft. In deze gevallen verkrijgt de vreemdeling rechtmatig verblijf totdat op de aanvraag is beslist (artikel 8, onder f en g, Vw). Dit geldt niet indien het een herhaalde aanvraag betreft of indien de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde of nationale veiligheid. Dit geldt evenmin indien tegen de vreemdeling een inreisverbod is uitgevaardigd, omdat het inreisverbod in de weg staat aan rechtmatig verblijf, met uitzondering van rechtmatig verblijf gedurende de behandeling van een asielverzoek.

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 op grond van artikel 5.1a Vb het geval indien een risico bestaat dat de vreemdeling zich aan het toezicht zal onttrekken of indien de vreemdeling de voorbereiding van het vertrek of de uitzettingsprocedure ontwijkt of belemmert. Aan deze voorwaarden wordt voldaan indien ten minste twee van de in artikel 5.1b, eerste lid, Vb genoemde feiten of omstandigheden op de vreemdeling van toepassing zijn.
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.

De maximumduur van de bewaring is op zes maanden gesteld, met dien verstande dat de bewaring met nog eens ten hoogste twaalf maanden mag worden verlengd, indien de uitzetting, alle redelijke inspanningen ten spijt, wellicht meer tijd zal vergen omdat de vreemdeling niet meewerkt of de benodigde documentatie uit derde landen nog ontbreekt (artikel 59, vijfde en zesde lid, Vw).

### *Inreisverbod*

Met ingang van 31 december 2011 is ter implementatie van de terugkeerrichtlijn het inreisverbod in de Vreemdelingenwet 2000 geïntroduceerd (artikelen 66a en 66b Vw). Het inreisverbod is «een administratieve of rechterlijke beslissing of handeling, waarbij de betrokkene de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor een bepaalde termijn wordt verboden, samen met een terugkeerbesluit» (artikel 3, punt 6, van de terugkeerrichtlijn). In Nederland wordt het inreisverbod uitgevaardigd door de Minister van Veiligheid en Justitie (tot 5 november 2012 door de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel). Een inreisverbod moet worden uitgevaardigd tegen de vreemdeling die geen gemeenschapsonderdaan is, en die Nederland ingevolge artikel 62, tweede lid, Vw onmiddellijk moet verlaten of die Nederland niet uit eigen beweging binnen de daarvoor geldende termijn heeft verlaten. De minister kan om humanitaire of andere redenen afzien van het uitvaardigen van een inreisverbod.

Naast de hiervoor genoemde gevallen waarin de uitvaardiging van een inreisverbod dwingend is voorgeschreven, is de minister bevoegd een inreisverbod uit te vaardigen tegen een vreemdeling die geen gemeenschapsonderdaan is en die Nederland niet onmiddellijk moet verlaten. De duur van het inreisverbod, die wordt berekend met ingang van de datum waarop de vreemdeling Nederland daadwerkelijk verlaten heeft, bedraagt als regel twee jaar. Aan specifieke categorieën vreemdelingen, in het bijzonder vreemdelingen met criminele antecedenten, kan een inreisverbod met een duur van drie of vijf jaar worden uitgevaardigd. Een inreisverbod voor de duur van vijf jaar kan ook worden uitgevaardigd indien het betreft een vreemdeling die reeds het onderwerp is geweest van meer dan één terugkeerbesluit of die zich op het grondgebied van Nederland heeft begeven terwijl een inreisverbod van kracht was. Als het gaat om vreemdelingen die een ernstige bedreiging vormen voor de

openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid, kan de duur van het inreisverbod ten hoogste tien dan wel twintig jaar bedragen. De duur van het inreisverbod is nader uitgewerkt in artikel 6.5a Vb<sup>10</sup>. Opheffing van het inreisverbod is mogelijk indien de vreemdeling sinds zijn vertrek uit Nederland een ononderbroken periode van ten minste de helft van de duur van het inreisverbod buiten Nederland heeft verbleven en zich in die periode niet schuldig heeft gemaakt aan misdrijven (artikel 6.5b, tweede lid, Vb). Daarnaast is opheffing van het inreisverbod mogelijk om humanitaire of andere redenen (artikel 6.5, vijfde lid, Vb). Rechtsgevolg van het inreisverbod is dat de vreemdeling geen rechtmatig verblijf kan hebben, behoudens een beperkt aantal in de wet genoemde uitzonderingen (artikel 66a, zesde en zevende lid, Vw). Dit betekent dat geen verblijfstitel kan worden verkregen alvorens de geldigheidsduur van het inreisverbod is verstreken of het inreisverbod is opgeheven, en dat het enkele indienen van een reguliere verblijfsaanvraag geen rechtmatig verblijf oplevert.

Het inreisverbod wordt strafrechtelijk gehandhaafd (artikel 108, zesde lid, Vw respectievelijk artikel 197 Sr). Op 10 juni 2011 heeft de Afdeling advisering van de Raad van State op verzoek van de Tweede Kamer voorlichting uitgebracht over deze strafbaarstelling van verblijf in Nederland in weerwil van een inreisverbod<sup>11</sup>, die door middel van de tweede nota van wijziging<sup>12</sup> is opgenomen in het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn. De Afdeling besteedt in haar voorlichting ook nadrukkelijk aandacht aan het reeds eerder genoemde El Dridi-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

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. Straffbaarstelling 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.

#### *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

<sup>10</sup> Zie hiervoor ook de brief van 28 oktober 2011 van de Minister voor Immigratie en Asiel (Kamerstukken II 2011/12, 32 420, nr. 33).

<sup>11</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 14.

<sup>12</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 12.

bedreigd, dan wel ter beschikking zijn gesteld. Dit betreft vreemdelingen van wie de verblijfsvergunning wegens gevaar voor de openbare orde met toepassing van de glijdende schaal (artikel 3.86 Vb) is ingetrokken of 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.

Nieuwe ongewenstverklaringen zijn sinds 31 december 2011 alleen mogelijk met betrekking tot vreemdelingen die niet onder het toepassingsbereik van de terugkeerrichtlijn vallen. In concreto gaat het dan alleen nog om gemeenschapsonderdanen en om derdelanders die op het moment van de ongewenstverklaring niet in Nederland verblijven. 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), met uitzondering van rechtmatig verblijf in afwachting van de beslissing op een aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel. Uit dien hoofde hebben ongewenstverklarde vreemdelingen geen recht op een vrije termijn, kunnen zij geen titel tot verblijf verkrijgen anders dan een verblijfsvergunning asiel, kunnen zij geen geslaagd beroep doen op artikel 64 Vw en mogen zij de behandeling van een aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning regulier 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 € 7800). Dit strafbare feit is geclassificeerd als misdrijf.

Het «zware» inreisverbod, bedoeld in artikel 66a, zevende lid, Vw, is met betrekking tot derdelanders het equivalent van de ongewenstverklaring. Ook overtreding van het inreisverbod dat is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, Vw, wordt vervolgd op grond van artikel 197 Sr. Het voorliggende wetsvoorstel maakt het mogelijk het zware inreisverbod ook uit te vaardigen tegen een vreemdeling die ten minste tweemaal is beboet wegens illegaal verblijf (op grond van artikel 108, zesde lid, of 108a Vw). Zoals eerder is opgemerkt, zal terughoudend worden omgegaan met de bevoegdheid om na herhaald illegaal verblijf

een zwaar inreisverbod uit te vaardigen, en zal er sprake zijn van een terughoudend vervolgingsbeleid waar het gaat om een vreemdeling die wordt aangetroffen in weerwil van een zwaar inreisverbod dat is uitgevaardigd op de enkele grond van herhaald illegaal verblijf.

#### *Afwijzingsgrond «eerder illegaal verblijf»*

De wet van 24 mei 2012 tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met nationale visa en enkele andere onderwerpen (Stb. 2012, 258) 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). Bij algemene maatregel van bestuur<sup>13</sup> worden nog andere categorieën vreemdelingen uitgezonderd voor wie het tegenwerpen van eerder illegaal verblijf van een onevenredige hardheid zou kunnen getuigen (artikel 3.77, negende lid, Vb). Dit betreft: vreemdelingen die als echtgenoot of kind in het land van herkomst zijn achtergelaten, slachtoffers van huiselijk of eergegerelateerd geweld, vreemdelingen die buiten hun schuld niet kunnen terugkeren en vreemdelingen die door de minister zijn ontheven van de mvv-plicht omdat toepassing daarvan zou leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard. Eerder illegaal verblijf wordt evenmin tegengeworpen indien het onrechtmatige verblijf uitsluitend tijdens de minderjarigheid van de vreemdeling heeft plaatsgevonden. Eerder illegaal verblijf zal niet langer worden tegengeworpen indien de vreemdeling sinds de laatste uitzetting of het laatste gecontroleerde vertrek een ononderbroken periode van ten minste vijf jaar buiten Nederland heeft verbleven (artikel 3.78, achtste lid, Vb).

#### *Standhouding en ophouding in het kader van het vreemdelingentoezicht*

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 vreemdelingentoezicht 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.

<sup>13</sup> Besluit van 29 juni 2012 (Stb. 308).

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 vreemdelingtoezicht onttrekt, zodat onderzoek kan worden gedaan naar zijn identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie en voorbereidingen kunnen worden getroffen voor zijn inbewaaringstelling.

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.

#### **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 2002<sup>14</sup> 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 2003<sup>15</sup> 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 de zogenaamde «Illegalennota» aan de Tweede Kamer aangeboden<sup>16</sup>. 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*

<sup>14</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 375, nr. 5.

<sup>15</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28 637, nr. 19.

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 537, nrs. 1 en 2.

*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 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 2004<sup>17</sup> 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 daarvan<sup>18</sup>.

Ter uitvoering van de motie-Van Fessem/Nawijn zond de minister op 4 maart 2005 een brief aan de Tweede Kamer<sup>19</sup>. 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.

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.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2003/04, nr. 15.

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 537, nr. 3.

<sup>19</sup> Kamerstukken II 2004/05, 29 537, nr. 23.

*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 meerderjarige 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 de onrechtmatigheid van zijn verblijf in vreemdelingrechtelijke zin 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.

Er zijn inderdaad situaties denkbaar waarin ondanks het feit dat de vreemdeling geen rechtmatig verblijf heeft, het niet opportuun is om de vreemdeling te vervolgen, bijvoorbeeld in de gevallen waarin een beslissing op een verzoek om een voorlopige voorziening in Nederland mag worden afgewacht. In zo'n situatie kan sprake zijn van overmacht in de zin van noodtoestand. In de beleidsregels die door het openbaar ministerie worden vastgesteld, zal dit nader worden uitgewerkt.

*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. Een geldboete wegens illegaal verblijf is geen herstelsanctie, maar een punitieve (of bestraffende) sanctie. Dat geldt ook voor eventuele vervangende hechtenis. 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 handavings- en vervolgingsbeleid zeer selectief zal zijn.*

De strafbaarstelling van illegaal verblijf vergt geen substantiële extra capaciteit of handelingen van de politie of de KMar. De handhaving zal zich in de praktijk richten op illegalen die worden aangetroffen in het kader van het vreemdelingtoezicht of die anderszins tegen de lamp lopen, bijvoorbeeld omdat zij verdacht worden van een misdrijf. De strafbaarstelling zelf wijzigt de mogelijkheden om toezicht uit te oefenen niet. Pas indien blijkt van een naar objectieve maatstaven gemeten redelijk vermoeden van illegaal verblijf, kan een persoon op basis van artikel 50 Vw staande worden gehouden. Als daarbij blijkt dat sprake is van illegaal verblijf, is de vreemdeling voortaan strafbaar.

De afdoening van de strafbaarstelling van illegaal verblijf zal wel tot meer instroom van zaken bij het openbaar ministerie en de rechter leiden. 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 mensen-smokkel.*

Van belang is dat het koppelingsbeginsel, maar ook de uitzonderingen hierop, blijft bestaan. Kinderen kunnen onderwijs blijven volgen en illegalen kunnen medisch noodzakelijke zorg blijven ontvangen. Hier verandert niets aan. De strafbaarstelling van illegaal verblijf zal een afschrikkende werking hebben op illegalen en op mensen die illegalen naar Nederland willen halen zoals mensenhandelaren. De aanpak van illegaal verblijf behelst meer dan alleen het strafbaar stellen van illegaal verblijf. Onderdeel van deze aanpak zijn ook de 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 uitvaardigen 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 2007<sup>20</sup> bevatte geen passage over strafbaarstelling van illegaliteit.

#### *Het kabinet-Rutte/Verhagen*

In het regeerakkoord van het kabinet-Rutte/Verhagen (VVD-CDA) d.d. 30 september 2010<sup>21</sup> was afgesproken in te zetten op strafbaarstelling van illegaliteit en de handhaving hiervan vooral te richten op criminele en overlastgevende personen met het oogmerk deze zo snel mogelijk het land uit te zetten. Het daartoe strekkende wetsvoorstel is voor advies voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State, maar is vanwege de voortijdige val van het kabinet niet meer onder diens verantwoordelijkheid bij de Tweede Kamer ingediend.

### **5. Gevolgen voor het openbaar ministerie, de zittende magistratuur, politie, KMar, de DJI en de IND**

In paragraaf 2.2 is beschreven hoe de handhaving in de praktijk vorm zal worden gegeven. De afdoening is zo effectief en efficiënt mogelijk ingericht. Voor de gekozen wijze van afdoening was uitgangspunt dat er wordt voldaan aan de volgende voorwaarden: een zo groot mogelijke kans op een onherroepelijke sanctie, een zo groot mogelijke kans op een executabel vonnis, melding in het opsporingsregister, directe betaling en procedurele eenvoud. Hieraan is met de vastgestelde wijze van afdoening voldaan. Immers, het is voor de vreemdeling mogelijk de boete direct te betalen en er wordt zo veel mogelijk met de oproepingsprocedure gewerkt. Voorzien is dat van de directe betaling met name door personen op uitreis die op termijn opnieuw naar Nederland willen komen, gebruik zal worden gemaakt. Als van deze mogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt, wordt in de arrondissementen waar gewerkt wordt met van de oproepingsprocedure, de zaak op korte termijn op zitting gebracht. Het voordeel hiervan is dat, omdat de gemiddelde duur van vreemdelingenbe-

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2006/07, 30 891, nr. 4.

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 15.

waring drie maanden is, met deze snelle procedure naar verwachting een groot deel van de vreemdelingen vanuit vreemdelingenbewaring de zaak bij de kantonrechter zal kunnen bijwonen. Doet de vreemdeling dit niet, dan is het vonnis echter wel onherroepelijk en wordt dit in het opsporingsregister opgenomen.

Aangezien de handhaving van de strafbaarstelling van illegaal verblijf primair zal plaatsvinden jegens illegalen die in het kader van het vreemdelingentoezicht of anderszins – bijvoorbeeld als zij worden aangehouden op verdenking van een ander delict – tegen de lamp lopen, zal het handhavingsbeleid niet of nauwelijks extra of nieuwe inspanningen van de (vreemdelingen)politie en de KMar vergen.

De gevolgen voor het openbaar ministerie en zittende magistratuur zijn afhankelijk van het aantal zaken dat direct voor de rechter wordt gebracht, dan wel van het aantal zaken dat vanwege het niet betalen van de boete door de vreemdeling alsnog voor de rechter wordt gebracht.

Doordat de uitzetting voor de executie van de straf gaat, zal met name ingeval wordt gedagvaard nadat de boete niet is betaald, naar verwachting slechts een klein percentage vreemdelingen de zaak in persoon bijwonen. In die gevallen zijn de bijkomende kosten voor tolken en vervoer van en naar zitting vanuit vreemdelingenbewaring niet aanwezig. Dit is zoals gezegd anders in de gevallen waarin met een oproepingsprocedure wordt gewerkt. Dit is voornamelijk zo in de parketten Amsterdam, Dordrecht en Rotterdam.

Ingeval de overtredingen direct voor de rechter worden gebracht, is de kans op vervangende hechtenis in principe groter. Er kan echter van uit worden gegaan dat dit in praktijk niet om grote aantallen zal gaan. Immers, vervangende hechtenis komt pas in beeld nadat het CJIB heeft getracht de boete te incasseren. Er wordt driemaal de mogelijkheid geboden binnen dertig dagen de boete te betalen. Op het moment dat dat niet gebeurt, komt vervangende hechtenis in beeld. Op basis van de doorlooptijden van vreemdelingenbewaring kan worden gesteld dat in veel gevallen de vreemdeling zich op dat moment niet langer in vreemdelingenbewaring zal bevinden. Indien uitzetting mogelijk is, zal eventuele vervangende hechtenis worden opgeschort of geschorst. Op het moment dat de vreemdeling opnieuw Nederland inreist dan wel in Nederland wordt aangetroffen, zal de vervangende hechtenis echter alsnog worden geëffectueerd. Hoe groot die groep is, is moeilijk vast te stellen, omdat van de werking van de strafbaarstelling van illegaal verblijf, maar ook van de werking van het inreisverbod, wordt verwacht de vreemdelingen te weerhouden illegaal naar Nederland te komen of illegaal in Nederland te verblijven.

Het wetsvoorstel leidt ertoe dat er sneller dan voorheen kan worden overgegaan tot uitvaardiging van een zwaar inreisverbod. Op grond van artikel 6.5, tweede lid, van het Voorschrift Vreemdelingen 2000 is de IND belast met het uitvaardigen van zware inreisverboden. Het voorstel leidt aldus tot een taakverzwaring voor de IND. Het gaat daarbij niet alleen om het uitvaardigen van een zwaar inreisverbod onder intrekking van een reeds uitgevaardigd gewoon inreisverbod, maar ook om het uitvaardigen van het zware inreisverbod als eerste inreisverbod. Tevens moet rekening worden gehouden met de behandeling van de rechtsmiddelen die worden ingesteld tegen het uitvaardigen van een zwaar inreisverbod, en met de behandeling van verzoeken om opheffing.

## 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, waardoor minder illegalen staande zullen worden gehouden of zullen worden aangehouden en dus minder illegalen in bewaring worden gesteld.

Het uitgangspunt is dat de strafbaarstelling van de illegaliteit niet zal leiden tot een substantiële toename van extra uitvoerende handelingen van de politie en de KMar, 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 overlastgevende illegalen, die reeds door de vreemdelingenpolitie zijn geprioriteerd in het kader van de aanpak van illegaal verblijf.

In 2010 zijn door de politie 6050 vreemdelingen overgedragen aan de Dienst terugkeer en vertrek. De KMar heeft in 2010 tijdens het mobiel toezicht veiligheid 3220 illegale vreemdelingen aangetroffen. In totaal komt dit op 9270 illegale vreemdelingen. In 2011 was dit 5140 respectievelijk 1600 (in totaal 6740). Om de kosten van het wetsvoorstel voor vervolgings-, zittings- en detentiecapaciteit, alsmede voor het vervoer en tolken in beeld te brengen, is het gemiddelde van deze aantallen als uitgangspunt genomen, te weten circa 8000. De illegaal aangetroffen vreemdelingen zullen echter niet allemaal op grond van dit wetsvoorstel strafbaar zijn. Daarbij moet worden aangetekend dat een deel van deze groep illegaal aangetroffen vreemdelingen een inreisverbod zal hebben, waardoor zij thans reeds strafbaar zijn op grond van artikel 108, zesde lid, Vw.

Uitgangspunt is hetgeen in paragraaf 5 is opgenomen ten aanzien van doorlooptijden. Ter dekking van de kosten is een bedrag van structureel € 2 mln. gereserveerd in aanvulling op de eerdere budgetten. Deze kosten worden gedekt binnen de begroting van Veiligheid en Justitie. Hierbij is voldaan aan de toezegging van 6 oktober 2011 waarbij mijn ambtsvoorganger heeft toegezegd de Tweede Kamer bij het wetsvoorstel strafbaarstelling illegaliteit te informeren over de kosten daarvan<sup>22</sup>.

## 7. Adviezen<sup>23</sup>

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 delictomschrijving en de samenhang tussen uitsluitingsgronden voor toepassing van de met dit voorstel uitgebreide sanctiebepalingen.

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2011/12, 19 637, nr. 1470.

<sup>23</sup> De ontvangen adviezen zijn Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

### *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 onrechtmatig 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 vreemdelingen-toezicht 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 handavingsbeleid 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. In het vreemdelingentoezicht heeft de aanpak van criminele en overlastgevende illegalen, maar ook gericht toezicht op «gewone» illegalen prioriteit.

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. Ter vergroting van de afschrikkende werking en ter versterking van de effectiviteit van het wetsvoorstel, is in het wetsvoorstel opgenomen dat tegen een vreemdeling die tweemaal is beboet wegens illegaal verblijf (op grond van artikel 108a Vw dan wel op grond van artikel 108, zesde lid, Vw) een inreisverbod kan worden uitgevaardigd waaraan de rechtsgevolgen van artikel 66a, zevende lid, Vw zijn verbonden. Verblijf in weerwil van een dergelijk «zwaar» inreisverbod) is een misdrijf als bedoeld in artikel 197 Sr. Dit betekent dat de vreemdeling, als hij voor de derde keer onrechtmatig verblijvend in Nederland zou worden aangetroffen, kan worden vervolgd voor dit misdrijf.

#### *Ongewenste neveneffecten*

De ACVZ noemt drie mogelijke, ongewenste neveneffecten:

- a. Versturende invloed op het bestuursrechtelijk handavingsmechanisme.  
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 voor de ACVZ onduidelijk hoe wordt voorkomen dat dit neveneffect het voornemen om onrechtmatig verblijf te ontmoedigen, doorkruist.
- b. Waarschijnlijk extra belasting zittende magistratuur, 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 volgens de ACVZ 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 zittende magistratuur en eventueel de Dienst justitiële inrichtingen.
- c. Verdere marginalisering illegale vreemdelingen.  
De ACVZ acht het 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 slot is het volgens de ACVZ 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.  
In het voorgestelde artikel 108a, vijfde lid, is het uitgangspunt uitgewerkt dat de tenuitvoerlegging van de straf die is opgelegd voor onrechtmatig verblijf, het daadwerkelijk vertrek of de uitzetting van de vreemdeling niet mag belemmeren (vertrek gaat voor straf). Indien de vreemdeling daadwerkelijk vertrekt of wordt uitgezet voordat de boete is voldaan, komt de betalingsverplichting echter niet te vervallen. De opgelegde boete blijft vier jaar «openstaan». In geval van vervangende hechtenis kan de tenuitvoerlegging worden opgeschort of geschorst. 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 wegens het eerdere illegale verblijf. Bovendien kan tegen hem dan een «zwaar» inreisverbod worden uitgevaardigd. Indien de vreemdeling daarna nogmaals in Nederland wordt aangetroffen, kan hij, zoals hiervoor beschreven, worden vervolgd voor het misdrijf, bedoeld in artikel 197 Sr. 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. Vergroting van de werklast van de zittende magistratuur, het openbaar ministerie en de uitvoerende diensten (het Centraal justitieel incassobureau en eventueel de Dienst justitiële inrichtingen) is onvermijdelijk. Voor de gekozen wijze van afdoening is echter niet enkel de werklast uitgangspunt. Het is wenselijk om de handhaving zo in te richten dat wordt voldaan aan de volgende voorwaarden: een zo groot mogelijke kans op een onherroepelijke sanctie, een zo groot mogelijke kans op een executabel vonnis, melding in het opsporingsregister, directe betaling en procedurele eenvoud. Dat is gebeurd met de wijze waarop de handhaving nu wordt vormgegeven.
- 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 of van een misdrijf, 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 El Dridi-arrest, 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 en onder andere wordt toegelicht waarom ervan is afgezien hechtenis als hoofdstraf voor illegaal verblijf mogelijk te maken. Bovendien wordt onder verwijzing naar het recente Sagor-arrest toegelicht dat de terugkeerrichtlijn zich niet verzet tegen vervangende hechtenis ingeval een boete wegens illegaal verblijf niet wordt betaald, mits is gewaarborgd dat deze straf het terugproces niet belemmert of vertraagt. Deze waarborg is opgenomen in het voorgestelde artikel 108a, vijfde lid, Vw. 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 delictomschrijving 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 altijd 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, ondanks hun vertrekplicht, 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 delictomschrijving van het voorgestelde artikel 108a Vw. In beleidsregels van het openbaar ministerie zal dit nader worden uitgewerkt.

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.

Het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn is inmiddels tot wet verheven (wet van 15 december 2011, Stb. 663) en met ingang van 31 december 2011 in werking getreden. Als ook het onderhavige wetsvoorstel tot wet wordt verheven en in werking treedt, 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 (artikel 6.5, tweede en vijfde lid, Vb), komen evenwel over het algemeen in aanmerking voor een verblijfsvergunning op humanitaire gronden. Het ligt voor de hand dat in die gevallen van (verdere) vervolging wegens illegaal verblijf zal worden afgezien. Ook dit zal in beleidsregels van het openbaar ministerie nader worden uitgewerkt. Ook het wetsvoorstel nationale visa is inmiddels tot wet verheven (wet van 24 mei 2012, Stb. 258). 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 de wet van 24 mei 2012 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 werklust 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 El Dridi-arrest anderzijds, en daarbij onder meer te betrekken de annotatie van P. Boeles bij voornoemd arrest<sup>24</sup>.

De regering is ervan op de hoogte dat de rechtbank Amsterdam op enig moment heeft overwogen in een procedure waarin een vreemdeling wordt vervolgd ter zake van artikel 197 Sr, prejudiciële vragen te stellen. Nu de rechtbank Amsterdam inmiddels in deze zaak uitspraak heeft gedaan, is dit echter niet meer aan de orde<sup>25</sup>. Ik acht het uitstellen van het wetgevingstraject dan ook niet nodig of wenselijk. Inmiddels is er meer nationale jurisprudentie tot stand gekomen over de verenigbaarheid van artikel 197 Sr met de terugkeerrichtlijn. Voor een overzicht van deze jurisprudentie kan worden verwezen naar de conclusie van advocaat-generaal Machielse in een strafzaak die thans voorligt bij de Hoge Raad<sup>26</sup>.

Op de verhouding tussen het wetsvoorstel enerzijds en het El Dridi-arrest en het recentere arresten inzake Achughbabian en Sagor anderzijds is

<sup>24</sup> HvJ EU 28 april 2011 C-61/11 PPU, JV 2011/242.

<sup>25</sup> Rechtbank Amsterdam 23 maart 2012, LJN: BW0007 en BW0009.

<sup>26</sup> Overweging 3.28 van de conclusie van advocaat-generaal Machielse van 13 november 2012, CPG 11/03075, LJN: BY3151.

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. Ik wijs erop dat het nieuwe artikel 62 Vw, dat met ingang van 31 december 2011 in werking is getreden, in overeenstemming is met artikel 7 van de terugkeerrichtlijn. Verwezen wordt naar de toelichting bij de derde nota van wijziging op het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn<sup>27</sup>.

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 El Dridi-arrest 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 vreemdelingentoezicht – zal worden opgespoord naar het delict «illegaal verblijf», en het vrijwel altijd zal gaan om ontdekking op heterdaad dan wel om ontdekking bij de aanhouding wegens een commuun delict. De formulering van deze passage laat onverlet de mogelijkheid dat het vreemdelingentoezicht als zodanig wel wordt versterkt. De RvdR begrijpt dat er inderdaad sprake zal zijn van een

<sup>27</sup> Kamerstukken II 2011/12, 32 420, nr. 16, pag. 5.

(substantiële) intensivering van het vreemdelingtoezicht en adviseert dit in de toelichting tot uitdrukking te laten komen. Naar aanleiding van deze opmerking van de RvdR merk ik op dat de strafbaarstelling van illegaliteit op zichzelf niet noopt tot een intensivering van het vreemdelingtoezicht.

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 terugkeerrichtlijn<sup>28</sup>, 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 is 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 prevaleren boven de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis. De vervangende hechtenis zal dan blijven staan en zal alsnog (verder) 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.

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 mijn mening miskent de RvdR dat het dwangmiddel gijzeling alleen wordt 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 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.

<sup>28</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 12, p. 6.

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, behoren de Minister van Veiligheid en Justitie niet te beperken in zijn bevoegdheid over te gaan tot uitzetting van de vreemdeling alvorens de straf ten uitvoer is gelegd. Om ieder misverstand hierover weg te nemen, is in het voorgestelde artikel 108a, vijfde lid, Vw neergelegd dat de tenuitvoerlegging van een strafbeschikking of rechterlijke uitspraak waarbij een boete is opgelegd wegens illegaal verblijf, niet in de weg staat aan de uitzetting (of het vrijwillig vertrek) van de vreemdeling. 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 kostenverhoging 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 opgaaf 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 zal tijdens de zitting over het algemeen een tolk 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 het 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. Zoals ook in de toelichting wordt benadrukt, heeft deze strafbaarstelling zowel een 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. 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.

In reactie hierop kan worden opgemerkt dat de gevolgen van het opleggen van een inreisverbod, mede in relatie tot de strafbaarstelling van illegaal verblijf, in de toelichting reeds op verschillende plaatsen aan de orde komen.

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 sanctio-nering 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 eventueel beroep op overmacht. De strafbaarheid van verblijf in weerwil van een inreisverbod of een ongewenstverklaring (gekwaliificeerde 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 El Dridi-arrest. 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.

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is aanleiding geweest hechtenis als hoofdstraf uit het wetsvoorstel te schrappen.

#### *7.4. College van procureurs-generaal*

Het College onderschrijft de noodzaak om beleidsregels 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)*

De VNG wijst op de mogelijk negatieve consequenties van strafbaarstelling van illegaal hier verblijvenden. Zij verwacht dat illegaal hier verblijvenden als gevolg van gedragseffecten die de maatregel veroorzaakt, nog verder naar de marge van de samenleving worden gedrongen en dat zij officiële instanties, maatschappelijke instellingen, scholen voor hun kinderen en gezondheidszorg gaan mijden.

Ook de ACVZ wijst in haar advies op mogelijke ongewenste neveneffecten. De regering verwijst daarom naar hetgeen zij hierover heeft opgemerkt in reactie op het advies van de ACVZ.

De VNG ziet niet in wat de meerwaarde van strafbaarstelling is. Er zijn immers ook bestuursrechtelijke middelen om doelstellingen op asielterrein te bereiken en terugkeer te bevorderen. Bovendien is het, na inwerkingtreding van het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn, mogelijk een inreisverbod uit te vaardigen en de vreemdeling die zich in weerwil van het inreisverbod in Nederland bevindt, strafrechtelijk aan te pakken.

De regering wijst erop – zoals zij dat ook heeft gedaan in reactie op het advies van de ACVZ – dat de strafbaarstelling van illegaliteit 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 strafbaarstelling van illegaliteit is primair gericht op de voorkoming van illegaal verblijf. Het bestuursrechtelijk instrumentarium dient een ander doel: beëindiging van het onrechtmatige verblijf, bij voorkeur door vertrek uit eigen beweging en zo nodig door middel van uitzetting.

De strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod hangt rechtstreeks samen met de implementatie van de terugkeerrichtlijn en strekt tot ondersteuning van het terugkeerbeleid. De strafbaarstelling van illegaal verblijf daarentegen staat geheel los van de terugkeerrichtlijn. De strafbaarstelling van illegaal verblijf heeft niet tot doel het vertrek van de illegale vreemdeling te bevorderen, maar maakt het mogelijk de vreemdeling te bestraffen voor het feit dat hij voor kortere of langere tijd onrechtmatig in Nederland heeft verbleven. Het verwijderings- en terugkeerbeleid komt daarna pas in beeld.

De VNG merkt op dat op dat de straf wegens illegaal verblijf bij gebreke van financiële middelen in de praktijk zal leiden tot (vervangende) hechtenis.

De regering wijst erop dat de VNG ervan uit lijkt te gaan dat altijd het maximale boetebedrag van € 3900 zal worden opgelegd. In praktijk zal dit bedrag echter een stuk lager uitvallen (minimaal € 130 en maximaal € 1200, afhankelijk van de duur van het illegale verblijf). Bovendien gaat de regering er, anders dan de VNG, niet per definitie van uit dat de illegale vreemdeling niet over middelen beschikt.

Hoewel minderjarigen worden uitgezonderd van de strafbaarstelling, acht de VNG het niet denkbeeldig dat kinderen wel de gevolgen hiervan zullen merken omdat hun ouders permanent straf boven het hoofd hangt.

De regering merkt hierover op dat het in algemene zin niet valt uit te sluiten dat kinderen gevolgen ondervinden van ongewenst of onrechtmatig gedrag van hun ouders. De primaire verantwoordelijkheid hiervoor ligt evenwel niet bij de overheid, maar bij de ouders zelf, ook als het gaat om onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen. Dit neemt niet weg dat minderjarige kinderen van illegale vreemdelingen in een afhankelijke en kwetsbare positie verkeren. De overheid houdt daarmee terdege rekening, in het bijzonder ook bij de uitvoering van het terugkeerbeleid. Zo zal tegen minderjarigen als regel geen inreisverbod worden uitgevaardigd (artikel 6.5, tweede lid, onder f, Vb). In dit verband kan ook worden gedacht aan de terughoudendheid die wordt betracht bij het in bewaring stellen van (gezinnen met) kinderen. Het feit dat een vreemdeling onrechtmatig in Nederland verblijft tezamen met zijn minderjarige kinderen, is echter op zichzelf geen reden om af te zien van uitzetting of sanctionering wegens onrechtmatig verblijf.

## 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.

Met de wensen en adviezen van het Kbb is bij de vaststelling van de hoogte van de boetes en wijze van afdoening door het openbaar ministerie rekening gehouden.

Er is echter door het openbaar ministerie voor gekozen om niet met één vast boetebedrag te werken, maar met zes treden, omdat door deze differentiëring beter met de ernst van de overtreding rekening kan worden gehouden. Een korte periode van illegaal verblijf na een periode van rechtmatig verblijf op basis van bijvoorbeeld een Schengenvisum voor kort verblijf, wordt minder zwaar beboet dan wanneer sprake is van langdurig illegaal verblijf. Door het feit met de politiestrafbeschikking en met de oproepingsprocedure af te doen, waarbij met de zogenaamde combibon zal worden gewerkt, wordt tegemoetgekomen aan de wens het Kbb. Als er geen vaste woon- of verblijfplaats van de vreemdeling bekend is, zal worden gedagvaard. Dat is onvermijdelijk, omdat in die gevallen het CJIB de boete niet kan verzenden.

### **ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING**

#### *Artikel I*

#### A

Met de wijziging van artikel 66a, zevende lid, Vw wordt bewerkstelligd dat tegen een vreemdeling die bij herhaling een van de strafbare feiten, bedoeld in de artikelen 108, zesde lid, en 108a Vw, heeft begaan, een inreisverbod kan worden uitgevaardigd waaraan de rechtsgevolgen van artikel 66a, zevende lid, Vw zijn verbonden. Als regel zal tegen een vreemdeling die één keer is beboet wegens illegaal verblijf (artikel 108a Vw) een inreisverbod worden uitgevaardigd. Als hij vervolgens wederom in Nederland wordt aangetroffen, pleegt hij het strafbare feit, bedoeld in artikel 108, zesde lid, Vw. Ook in dat geval – waarin dus binnen een in beleid vast te leggen periode (gedacht wordt aan vijf jaar) achtereenvolgens het strafbare feit, bedoeld in artikel 108a Vw, en het strafbare feit, bedoeld in artikel 108, zesde lid, Vw, worden begaan – kan tegen de vreemdeling een inreisverbod als bedoeld in artikel 66a, zevende lid, worden uitgevaardigd. Dit betreft een zogenaamd «zwaar» inreisverbod. Het belangrijkste verschil met het gewone inreisverbod (artikel 66a, zesde lid, Vw) is dat verblijf in weerwil van een zwaar inreisverbod wordt gekwalificeerd als misdrijf en wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie (artikel 197 Sr). Met dit voorstel worden de effectiviteit en de afschrikkende werking van de strafbaarstelling van illegaal verblijf vergroot.

Om naar aanleiding van de tweede overtreding tot uitvaardiging van een zwaar inreisverbod over te kunnen gaan, is vereist dat er proces-verbaal is opgemaakt of dat er sprake is van een uitgevaardigde strafbeschikking ter zake van de gepleegde overtredingen. Bij het opmaken van het proces-verbaal of het uitvaardigen van een strafbeschikking ter zake van de eerste overtreding wegens illegaal verblijf, wordt de vreemdeling gewaarschuwd

dat bij verblijf in weerwil van dat inreisverbod tegen hem een zwaar inreisverbod kan worden uitgevaardigd.

Zoals gezegd, zal tegen een vreemdeling die voor de tweede keer onrechtmatig verblijvend in Nederland wordt aangetroffen, in de regel reeds een inreisverbod zijn uitgevaardigd. Dit betreft dan in de meeste gevallen het gewone inreisverbod, bedoeld in artikel 66a, zesde lid. In dat geval kan, onder intrekking van dit reeds geldende inreisverbod, een nieuw inreisverbod worden uitgevaardigd waaraan de gevolgen van het zevende lid zijn verbonden. De duur van dat zware inreisverbod bedraagt ten hoogste vijf jaar (artikel 6.5a, vierde lid, onder d, Vb). Ook indien een vreemdeling voor de tweede maal onrechtmatig verblijvend wordt aangetroffen zonder dat er een inreisverbod is uitgevaardigd, zal de duur van het alsdan met toepassing van artikel 66a, zevende lid, Vw uit te vaardigen inreisverbod ten hoogste vijf jaren bedragen. Het Vreemdelingenbesluit 2000 zal hiertoe worden aangepast.

Daarnaast zullen in het Vreemdelingenbesluit 2000 nadere regels worden gesteld omtrent de gevallen waarin tot het uitvaardigen van een zwaar inreisverbod zal worden overgegaan wegens herhaald illegaal verblijf. In ieder geval zal rekening worden gehouden met factoren als: eventuele andere strafbare feiten die de vreemdeling heeft begaan, de inspanningen die de vreemdeling al dan niet heeft verricht om te vertrekken en zijn eventuele bereidheid om alsnog aantoonbaar aan vertrek mee te werken.

## B

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 Vw nog de gelegenheid heeft Nederland uit eigen beweging te verlaten.

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.

Voor de tenuitvoerlegging van sancties gelden verjaringstermijnen (artikelen 76 en 76a Sr). Voor de tenuitvoerlegging van een straf wegens een overtreding bedraagt de verjaringstermijn vier jaar.

De verjaringstermijn is vooral van belang indien de vreemdeling wordt uitgezet voordat de boete is voldaan. Dit kan zich voordoen, omdat uit het El Dridi-arrest en het Sagor-arrest volgt dat een sanctie wegens illegaal verblijf geen beletsel mag vormen voor uitzetting of de uitzetting mag vertragen. Daarmee zou immers het nuttig effect van de terugkeerrichtlijn worden aangetast. Met andere woorden: uitzetting gaat altijd vóór tenuitvoerlegging van de straf wegens enkel illegaal verblijf. Dit uitgangspunt is vastgelegd in het vijfde lid. De betalingsverplichting komt daarmee echter niet te vervallen. De boete blijft vier jaar «openstaan».

De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,  
F. Teeven