

Ministerie van Veiligheid en Justitie

Aan de Koningin

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Schedeldoekshaven 100
2511 EX Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl/venj

Registratienummer
337997

Datum 21 december 2012
Onderwerp Nader rapport inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 21 oktober 2011, nr. 11.002536, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 6 januari 2012, nr. W04.11.0439/I, bied ik U hierbij aan.

1. Nut en noodzaak

Het advies van de Afdeling om het voorstel te heroverwegen, is niet overgenomen. De argumenten die de Afdeling aanvoert ter onderbouwing van haar oordeel dat de toegevoegde waarde van de generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf ten opzichte van de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van het inreisverbod in twijfel kan worden getrokken, overtuigen niet en gaan deels van een verkeerde vooronderstelling uit.

Zoals in de memorie van toelichting (paragraaf 1.3) uiteen is gezet, ziet de generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf in het bijzonder op de vreemdeling die voor de eerste keer illegaal in Nederland wordt aangetroffen en tegen wie derhalve nog geen inreisverbod is uitgevaardigd. Tegen deze vreemdeling kan op dit moment niet op grond van zijn illegale verblijf strafrechtelijk worden opgetreden. Weliswaar zal tegen hem als regel alsnog een inreisverbod worden uitgevaardigd, doch de strafrechtelijke handhaving daarvan is, anders dan de Afdeling veronderstelt, pas aan de orde als de desbetreffende vreemdeling, nadat de dwangmaatregelen van de Terugkeerrichtlijn zonder succes zijn toegepast, opnieuw illegaal verblijvend in Nederland wordt aangetroffen. De Afdeling miskent dat de voorgestelde generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf nu juist in het bijzonder ziet op illegale vreemdelingen die voor de eerste keer zijn opgepakt, en dus wel een degelijk een toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de strafbaarstelling van het handelen in strijd met het inreisverbod.

Uit het voorgaande volgt ook dat de Afdeling er ten onrechte van uitgaat dat het nut van de generieke strafbaarstelling ten opzichte van de strafbaarstelling van het handelen in het strijd met het inreisverbod alleen gelegen is in de

strafbaarstelling van vreemdelingen die wegens humanitaire of andere redenen geen inreisverbod hebben gekregen. Deze categorie vreemdelingen zal immers, zoals ook de Afdeling opmerkt, in geval van onrechtmatig verblijf veelal een gerechtvaardigd beroep kunnen doen op overmacht en dus niet worden geraakt door de generieke strafbaarstelling. Hieraan kan echter, anders dan de Afdeling doet, geen conclusie worden verbonden met betrekking tot het nut van de voorgestelde generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
21 december 2012

De generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf is, anders dan de Afdeling stelt, niet het sluitstuk van de procedure met als doel de verwijdering van de illegale vreemdeling. Integendeel, de generieke strafbaarstelling gaat als het ware aan deze procedure vooraf: zij heeft betrekking op het illegale verblijf in de periode voorafgaand aan de uitvaardiging van het terugkeerbesluit (het startpunt van het terugkeerproces). Iets anders is dat de handhaving van de generieke strafbaarstelling het terugkeerproces niet mag belemmeren of vertragen. Om deze reden is in het wetsvoorstel bepaald dat de tenuitvoerlegging van een strafbeschikking of vonnis wegens illegaal verblijf niet in de weg mag staan aan de uitzetting of het daadwerkelijk vertrek van de vreemdeling uit Nederland ("vertrek gaat voor straf").

Anders dan de Afdeling, ben ik van mening dat uit de toelichting niet kan worden afgeleid dat de voorgestelde strafbaarstelling alleen bedoeld zou zijn om criminele illegale vreemdelingen extra te kunnen bestraffen. De strafbaarstelling beoogt illegaal verblijf te ontmoedigen en richt zich daarom niet alleen op criminele en overlastgevendende illegalen, maar op alle onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen, dus ook op bijvoorbeeld uitgeprocedeerde asielzoekers, vreemdelingen die na afloop van hun vrije termijn of de geldigheidsduur van hun visum niet uit Nederland zijn vertrokken (*overstayers*) en illegalen die niet eerder in contact zijn geweest met de Nederlandse overheid.

Zoals in de toelichting wordt opgemerkt, is het niet nodig dat de politie en de Koninklijke marechaussee zelfstandige strafrechtelijke handhavingsactiviteiten verrichten die uitsluitend gericht zijn op het opsporen van illegale vreemdelingen. In de praktijk zullen deze vreemdelingen immers worden aangetroffen in het kader van het vreemdelingtoezicht of het toezicht op de naleving van de Wet arbeid vreemdelingen dan wel bij het verlaten van Nederland via de buitengrens. Indien in het kader van het toezicht een illegale vreemdeling wordt aangetroffen, zal de procedure tot verwijdering worden gestart en zal hij bovendien worden geverbaliseerd wegens illegaal verblijf.

Om de effectiviteit en de toegevoegde waarde van de strafbaarstelling van illegaal verblijf te versterken, is aan het wetsvoorstel een wijziging van artikel 66a van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw) toegevoegd. Hiermee wordt beoogd te bewerkstelligen dat tegen een vreemdeling die zich bij herhaling schuldig heeft gemaakt aan een van de strafbare feiten, bedoeld in artikel 108, zesde lid, of 108a Vw, dan wel achtereenvolgens aan beide strafbare feiten, een inreisverbod kan worden uitgevaardigd waaraan de rechtsgevolgen van artikel 66a, zevende lid, Vw zijn verbonden. Bij algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 66b, tweede lid, Vw zullen hieromtrent nadere regels worden gesteld. Overtreding van een dergelijk inreisverbod levert het misdrijf, bedoeld in artikel 197 Sr, op. In de memorie van toelichting wordt nader op deze wijziging ingegaan.

2. Delictsomschrijving en rechtszekerheid

Het advies van de Afdeling om de bepaling in het voorgestelde artikel 108a te preciseren in de door haar voorgestelde zin, is niet overgenomen. Het is niet mogelijk gebleken om in algemene zin de uitzonderingen op de strafbaarstelling zodanig in de delictomschrijving te beschrijven dat een dergelijke uitzonderingsbepaling voldoet aan het *lex certa* beginsel. Daarvoor is de groep te divers, hoewel in absolute aantallen niet groot. In plaats daarvan is in de toelichting verduidelijkt dat het openbaar ministerie beleidsregels zal opstellen inzake de vervolging van illegaal verblijf en daarin een nadere invulling zal geven aan de strafuitsluitingsgrond overmacht in relatie tot het voorgestelde strafbare feit van illegaal verblijf.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

Datum
21 december 2012

3. Verhouding tot de Terugkeerrichtlijn

a. doelstelling van de Terugkeerrichtlijn niet in gevaar brengen

Blijkens het Achughbabian-arrest verzet de Terugkeerrichtlijn zich niet tegen een regeling waarbij illegaal verblijf wordt tegengegaan met strafrechtelijke sancties, maar mag een dergelijke regeling niet toestaan dat aan een illegale vreemdeling een vrijheidsstraf wordt opgelegd voordat de in artikel 8 van de Terugkeerrichtlijn bedoelde dwangmaatregelen zijn toegepast en, in geval van vreemdelingenbewaring, de maximale duur van de bewaring nog niet is verstreken¹. Blijkens het recente Sagor-arrest (6 december 2012, C-430/11) verzet de Terugkeerrichtlijn zich niet tegen een wettelijke regeling waarbij illegaal verblijf wordt bestraft met een geldboete. Ook verzet de Terugkeerrichtlijn zich niet tegen vervangende hechtenis ingeval de boete niet wordt betaald, mits in de regeling wordt gewaarborgd dat de uitvoering van die straf een einde neemt zodra het mogelijk is de betrokkene fysiek uit de lidstaat te verwijderen. Deze jurisprudentie is mede aanleiding geweest om hechtenis als hoofdstraf uit het wetsvoorstel te schrappen. Daardoor is het niet nodig om, zoals de Afdeling adviseert, het element van opschorting van de tenuitvoerlegging van de straf in de tekst van het wetsvoorstel tot uitdrukking te brengen. In plaats daarvan is in de tekst van het wetsvoorstel tot uitdrukking gebracht dat de tenuitvoerlegging van een strafbeschikking of rechterlijke uitspraak waarbij een geldboete is opgelegd wegens illegaal verblijf in Nederland, niet in de weg mag staan aan de uitzetting of het daadwerkelijk vertrek van de illegale vreemdeling. De verplichting tot betaling van de geldboete wordt dus bij uitzetting of daadwerkelijk vertrek niet opgeschort, maar indien aan de verplichting tot betaling van de geldboete nog niet (geheel) is voldaan, mag zulks geen belemmering vormen voor de uitzetting of het daadwerkelijk vertrek van de vreemdeling. Ook de tenuitvoerlegging van vervangende hechtenis zal worden beëindigd zodra uitzetting van de vreemdeling mogelijk is. Op deze wijze wordt voldaan aan de voorwaarden voor strafbaarstelling van illegaal verblijf, zoals die zijn geformuleerd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Anders dan de Afdeling in noot 14 bij haar advies concludeert, geldt nog steeds dat de sanctionering van het illegaal verblijf plaats kan vinden voordat het bestuurlijke instrumentarium ter uitzetting is toegepast. Het Achughbabian-arrest en het Sagor-arrest staan hieraan niet in de weg, mits is gewaarborgd dat de tenuitvoerlegging van een wegens illegaal verblijf opgelegde straf geen belemmering kan vormen voor de uitzetting of het daadwerkelijk vertrek van de

¹ De maximale duur kan onder omstandigheden ook minder dan achttien maanden bedragen. Zie hiervoor de brief van de Minister voor Immigratie en Asiel aan de Tweede Kamer van 9 december 2011 (Kamerstukken II 2011/12, 32 317, nr. 94).

vreemdeling. Dat is gebeurd door het toevoegen van een nieuw vijfde lid aan het voorgestelde artikel 108a Vw.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Staats- en
Bestuursrecht

b. moment toepassing strafrechtelijke sancties

Het advies van de Afdeling om in het wetsvoorstel tot uitdrukking te brengen dat eerst de bestuurlijke (dwang)maatregelen ter uitvoering van de Terugkeerrichtlijn moeten zijn toegepast alvorens strafrechtelijke sancties worden opgelegd, is niet overgenomen. De generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf is immers niet het sluitstuk van het terugkeerproces, zoals hiervoor onder punt 1 is toegelicht. Het Achughbabian-arrest is wel aanleiding geweest hechtenis als hoofdstraf uit het wetsvoorstel te schrappen. Bovendien is in het wetsvoorstel tot uitdrukking gebracht dat de tenuitvoerlegging van een strafbeschikking of rechterlijke uitspraak waarbij een geldboete is opgelegd wegens illegaal verblijf in Nederland, niet in de weg mag staan aan de uitzetting of het daadwerkelijk vertrek van de illegale vreemdeling.

Datum
21 december 2012

4. Neveneffecten

Het advies van de Afdeling is aanleiding geweest om de toelichting op een aantal punten te verduidelijken. In de toelichting was al opgenomen dat het koppelingsbeginsel, met inbegrip van de uitzonderingen hierop, blijft bestaan. Kinderen van illegale vreemdelingen kunnen onderwijs blijven volgen en illegalen kunnen medisch noodzakelijke zorg blijven ontvangen en hebben recht op rechtsbijstand. Hier verandert het wetsvoorstel niets aan.

Een slachtoffer van mensenhandel kan net als nu aangifte doen bij de politie, daar verandert dit wetsvoorstel ook niets aan. In de toelichting is vermeld dat, als een verblijfsaanvraag wordt ingediend en de vreemdeling daarmee in afwachting van de beslissing op de aanvraag rechtmatig verblijf verkrijgt, de vreemdeling in afwachting van die beslissing niet zal worden beboet vanwege zijn eerdere illegale verblijf. Indien de aanvraag wordt afgewezen, kan echter alsnog worden beboet. Bovendien volgt bij afwijzing van de aanvraag een terugkeerbesluit en in voorkomend geval een inreisverbod. In de toelichting is bovendien opgenomen dat, ingeval een illegale vreemdeling aangifte doet van een misdrijf, vervolging wegens illegaal verblijf op dat moment niet aan de orde zal zijn. Het spreekt vanzelf dat, in het belang van de veiligheid van de Nederlandse samenleving en het dienen van de rechtsorde, de overheid kennis behoort te dragen van gepleegde misdrijven. Het spreekt eveneens vanzelf dat criminelen strafrechtelijk moeten worden aangepakt, óók als het slachtoffer een illegale vreemdeling is. De verblijfsstatus van de vreemdeling die het slachtoffer is van een misdrijf, mag het invoeren van bescherming door de Nederlandse staat niet in de weg staan.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,

F. Teeven