

Strafbaarstelling van illegaal verblijf

Een onderzoek naar het wetsvoorstel van minister Leers
dat illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland
strafbaar wenst te stellen

Masterscriptie Rechtsgeleerdheid
Tilburg University
2012

Strafbaarstelling van illegaal verblijf

Een onderzoek naar het wetsvoorstel van minister Leers
dat illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland
strafbaar wenst te stellen

Isis van Geenen
ANR:353772

Universiteit van Tilburg
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Master Nederlands Recht
Accent strafrecht

Scriptiebegeleider: prof. dr. A.C.M. Spapens
Tweede beoordelaar: prof. dr. A.M. Van Kalmthout

Tilburg, Juli 2012

Voorwoord

Voor u ligt de masterscriptie die ik heb geschreven ter afronding van de opleiding Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit van Tilburg. Na zeven jaren met mooie, leerzame en soms zware momenten, is er een einde gekomen aan mijn studententijd. Hoewel ik toe ben aan een nieuwe uitdaging en ontzettend benieuwd naar het vervolg van mijn carrière, ervaar ik de afronding van mijn studie met dubbele gevoelens.

Op 16 jarige leeftijd stond ik voor de keuze mijn vervolgopleiding te kiezen en hoewel ik altijd van leren heb gehouden, het mij in de genen zit naar mensen te luisteren en hen te willen helpen, was de studie rechten ergens één grote gok. Nadat ik in de zomer van 2009 mijn hbo-diploma ter afronding van de opleiding HBO-rechten behaalde, was het voor mij duidelijk dat ik nog niet was uitgeleerd en mijn meester titel wilde behalen. Gelukkig kan ik zeggen dat ik geen spijt heb gehad van deze keuze en dat dit zelfs de leerzaamste en leukste periode was uit heel mijn studententijd! Naast al de juridische kennis die ik de afgelopen jaren heb opgedaan, ben ik gegroeid als persoon.

Graag zou ik een aantal personen bedanken die mij gedurende mijn studie en bij dit afstuderen hebben geholpen. Mijn eerste woorden van dank gaan uit naar mijn afstudeerbegeleider Toine Spapens voor zijn begeleiding bij het schrijven van mijn scriptie. Door onze gesprekken en het commentaar op mijn stukken ben ik gekomen tot de scriptie zoals deze er nu ligt. Ik bedank u voor u hulp bij het aanbrengen van structuur, uw snelle feedback en het weer op weg helpen als ik het even niet meer wist. Bedankt voor de plezierige samenwerking! Ook wil ik Anton van Kalmthout bedanken voor zijn rol als tweede afstudeerdocent en de tijd die hij heeft willen vrijmaken om hem te interviewen. Daarnaast een woord van dank aan Joanne van der Leun voor het interview dat ik bij haar heb mogen afnemen.

Last but not least wil ik natuurlijk ook mijn grote dank uitspreken naar mijn familie en alle vrienden die mij hebben geholpen en dank voor de steun en het vertrouwen die ik altijd van jullie heb mogen ontvangen!

Ik wens u veel leesplezier!

Isis van Geenen

Tilburg, juli 2012

Inhoudsopgave

1	Inleiding	pag. 1
1.1	Inleiding	pag. 1
1.2	Probleembeschrijving	pag. 1
1.3	Onderzoeksdoel en onderzoeksvraag	pag.2
1.4	Plan van aanpak	pag.3
1.5	Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie	pag.5
1.6	Theoretisch kader	pag.6
2	Het illegalenbeleid in Nederland	pag. 7
2.1	Inleiding	pag. 7
2.2	Immigratie in Nederland	pag. 7
2.3	Vreemdelingenrecht	pag. 8
2.3.1	Terugkeerproces	pag. 8
2.3.2	Vreemdelingenbewaring	pag. 9
2.3.3	Alternatieven voor vreemdelingenbewaring	pag. 10
2.4	Aanscherping van het vreemdelingenbeleid	pag. 11
2.5	Illegaliteit in Nederland	pag. 12
2.5.1	Rapportage Vreemdelingenketen	pag. 12
2.5.2	Illegale vreemdelingen in Nederlanden	pag. 14
2.6	Bestaande mogelijkheden om illegaal verblijf aan te pakken	pag. 16
2.6.1	Vreemdelingenwet 2000	pag. 16
2.6.2	Ongewenstverklaring	pag. 17
2.6.3	Europese Terugkeerrichtlijn	pag. 18
2.6.4	Samenloop inreisverbod met ongewenstverklaring	pag. 19
2.7	Deelconclusie	pag. 20

3	De inhoud van het wetsvoorstel	pag. 21
3.1	Inleiding	pag. 21
3.2	Geschiedenis van het wetsvoorstel	pag. 21
3.3	De inhoud van het wetsvoorstel	pag. 23
3.3.1	Doel	pag. 24
3.3.2	Doelgroep	pag. 25
3.4	Vormgeving	pag. 25
3.4.1	Toezicht- en opsporingsbevoegdheden	pag. 25
3.4.2	Strafbeschikking	pag. 26
3.4.3	Schuld- en strafuitsluitingsgronden	pag. 27
3.4.4	Samenloop	pag. 28
3.4.5	Verjaringstermijn	pag. 29
3.5	Deelconclusie	pag. 29
4	Rechtvaardiging van een nieuw strafrechtelijk middel	pag. 31
4.1	Inleiding	pag. 31
4.2	Maatschappelijke problematiek	pag. 31
4.3	Noodzaak tot invoering	pag. 34
4.3.1	Relatie tot het huidige instrumentarium	pag. 35
4.3.2	Onvoldoende inzet van bestaande middelen	pag. 37
4.4	Criminaliseringstrend	pag. 38
4.4.1	Ultimum remedium	pag. 38
4.4.2	Criminalisering	pag. 39
4.5	Deelconclusie	pag. 41
5	De gevolgen van strafbaarstelling	pag. 43
5.1	Inleiding	pag. 43
5.2	Relatie tussen illegaal verblijf en criminaliteit	pag. 43
5.2.1	Criminaliteitshypothesen	pag. 43
5.2.2	Marginalisering	pag. 44
5.3	Effectiviteit	pag. 45

5.4	Symboolpolitiek	pag. 49
5.4.1	Criteria strafbaarstelling	pag. 49
5.4.2	Oplossen van de gestelde problematiek	pag. 50
5.5	Belemmering in de uitzetting	pag. 51
5.5.1	Onuitzetbare vreemdelingen	pag. 51
5.5.2	El Dridi	pag. 52
5.5.3	Gevolgen van strafoplegging	pag. 54
5.6	Rechtsbescherming	pag. 56
5.6.1	Kwetsbare groepen	pag. 57
5.6.2	Belangenafweging	pag. 57
5.7	Deelconclusie	pag. 58
6	Conclusies en aanbevelingen	pag. 59
6.1	Inleiding	pag. 59
6.2	Conclusies	pag. 59
6.3	Aanbeveling	pag. 64
Literatuur		pag. 65

1 Inleiding

1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal een inleiding worden gegeven op het onderzoek. De probleembeschrijving en het onderwerp van dit rapport worden in paragraaf 1.2 behandeld. In paragraaf 1.3 wordt het onderzoeksdoel beschreven en wordt de onderzoeksvraag geformuleerd. In paragraaf 1.4 staat het plan van aanpak. De maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie komen in paragraaf 1.5 aan bod en in paragraaf 1.6 wordt het theoretisch kader van dit onderzoek beschreven.

1.2 Probleembeschrijving

Het verblijf van vreemdelingen in Nederland is al jaren een belangrijk thema voor de Nederlandse overheid. Vreemdelingen worden meer dan ooit tevoren gestimuleerd om zelfstandig terug te keren naar het land van herkomst en regels die betrekking hebben op de terugkeerprocedure worden strenger gehanteerd. Het kabinet besteedt veel aandacht aan vreemdelingen die hier onrechtmatig verblijven en door de jaren heen heeft dit geleid tot een steeds restrictiever illegalenbeleid.

De roep om een hardere aanpak ten aanzien van illegalen is steeds luider geworden. Deze wens is ook in het regeerakkoord en het gedoogakkoord van het minderheidskabinet VVD-CDA met de Partij voor de Vrijheid (PVV) d.d. 30 september 2010 (hierna regeer- en gedoogakkoord) terug te vinden. Minister President Rutte deed de belofte dat een stevige aanscherping van het uitzetbeleid zou plaatsvinden. Er werd een samenhangend geheel van maatregelen voorgesteld om het verblijf van illegale vreemdelingen in Nederland zo onaantrekkelijk mogelijk te maken, dit illegale verblijf te beperken en het kabinet zou zich gaan inzetten op de strafbaarstelling van illegale vreemdelingen. Minister Leers (Immigratie, Integratie en Asiel) schreef in het verlengde hiervan op 11 juli 2011 een brief aan de Tweede Kamer waarin hij maatregelen met betrekking tot de vrijblijvendheid in de vertrekprocedure van vreemdelingen aankondigde en hij stelde een wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland voor.¹ Dit wetsvoorstel is aanleiding geweest tot dit onderzoek.

¹ *Kamerstukken II 2010-2011, 19637, nr. 1436*

De wens om illegaal verblijf strafbaar te stellen wordt al jaren geuit, maar heeft nooit tot een daadwerkelijke wetswijziging geleidt. Ondanks het feit dat er al jaren getracht wordt het verblijf van illegale vreemdelingen in Nederland tegen te gaan en er reeds diverse mogelijkheden bestaan om dit illegale verblijf te beteugelen, is minister Leers van mening dat vreemdelingen die zich illegaal in Nederland schuilhouden een zodanige inbreuk op de openbare orde veroorzaken dat dit enkele verblijf met bestraffing moet worden hersteld.² Het wetsvoorstel van minister Leers zal in dit rapport centraal staan.

1.3 Onderzoeksdoel en onderzoeksvraag

De Nederlandse wetgeving biedt een uitgebreid arsenaal aan strafbaarstellingen die kunnen worden opgelegd aan illegale vreemdelingen die zich niet houden aan de aanwijzingen in verband met het vreemdelingentoezicht en het vertrek uit Nederland.³ Er bestaan daarnaast ook middelen om criminele en overlastgevende illegalen te bestraffen.

In dit onderzoek speelt de vraag of het wetsvoorstel van Minister Leers dat illegaal verblijf van Vreemdeling op Nederlands grondgebied strafbaar wil stellen, zal bijdragen aan de aanpak van de gestelde problematiek veroorzaakt door illegaal verblijvende vreemdelingen. Hierbij zal met name gekeken worden in hoeverre de doelstellingen die blijken uit de memorie van toelichting, realistisch zijn. Tevens zal onderzocht worden welke mogelijke neveneffecten het wetsvoorstel heeft. Het criminaliseren van illegaal verblijvende vreemdelingen kan namelijk ook averechtse gevolgen hebben.

Onderzoeksvraag

Het onderzoeksdoel laat zich verwoorden in de volgende vraagstelling;

In hoeverre kan het wetsvoorstel dat illegaliteit in Nederland strafbaar wenst te stellen gezien worden als bijdrage aan de aanpak van de problematiek die criminele en overlastgevende illegaal verblijvende vreemdelingen veroorzaken?

² Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p.6

³ Adviescommissie NOVA / vreemdelingenrechten (i.s.m. Adviescommissie Strafrecht), *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 vanwege de invoering van strafbaarstelling illegaal verblijf*; Deeladvies: 1 september 2011

1.4 Plan van aanpak

Aan de hand van literatuurstudie, analyse van beleidvoering en bestudering van beleidstukken, jurisprudentie en nationale wetgeving zal antwoord worden gegeven op de centrale onderzoeksvraag. Tevens zullen er interviews worden afgenomen om zodoende de mening te achterhalen van enkele toonaangevende respondenten die kennis en ervaring hebben van dit onderwerp.

Het onderzoek is opgedeeld in vier deelvragen die tezamen de hoofdvraag beantwoorden;

Deelvraag 1

Hoe heeft het beleid in Nederland zich de afgelopen jaren ontwikkeld ten opzichte van illegaal verblijvende vreemdelingen op Nederlands grondgebied?

Deelvraag 2

Hoe ziet de inhoud van het wetsvoorstel dat een generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf in Nederland wenst eruit?

Deelvraag 3

Rechtvaardigt de bestaande problematiek aangaande illegaal verblijvende vreemdelingen de greep naar een nieuw strafrechtelijk middel?

Deelvraag 4

In hoeverre zal de criminalisering van illegaal verblijf in Nederland bijdragen aan de doelstellingen die blijken uit het wetsvoorstel?

De eerste twee deelvragen staan in hoofdstuk 2 en 3 en zijn beide voornamelijk theoretisch van aard. In het eerste hoofdstuk zal een summier inleiding in het vreemdelingenrecht worden gegeven en een korte schets van de geschiedenis van dit beleid worden gegeven. De Nederlandse overheid zet zich al jaren in op het tegengaan van illegaal verblijf. Het gevoerde beleid ten opzichte van illegalen zal in dit hoofdstuk centraal staan en beschreven zal worden in hoeverre de rechtspositie van illegale vreemdelingen door de jaren heen is gewijzigd. Tevens zal er in dit hoofdstuk bekeken worden welke reeds bestaande mogelijkheden de Nederlandse wetgeving biedt om vreemdelingen die illegaal in Nederland verblijven en zich niet houden aan

de bevelen die hen worden gegeven aangaande het verblijf of het gedwongen vertrek uit Nederland. Hierbij zal ook de in december 2008 geïmplementeerde Europese Terugkeerrichtlijn besproken worden. Het is voor dit onderzoek van belang om het geldende asielbeleid en geschiedenis hiervan alvorens uiteen te zetten om het wetsvoorstel dat in dit rapport centraal staat goed in te kaderen.

In hoofdstuk 3 zal kennis worden gemaakt met het wetsvoorstel van minister Leers dat illegaal verblijf in Nederland strafbaar wenst te stellen en zal de inhoud hiervan uiteen gezet worden. Illegaliteit is al geruime tijd een speerpunt van het kabinet. Door de jaren heen is de regelgeving hieromtrent aangescherpt en zijn er diverse maatregelen genomen om het onrechtmatige verblijf van vreemdelingen tegen te gaan. De geschiedenis van het wetsvoorstel, de reden voor invoering en de doelstelling van een generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf zullen in dit hoofdstuk worden besproken.

Na een globale uiteenzetting van het beleid ten opzichte van illegaal verblijvende vreemdelingen in Nederland en de beschrijving van het wetsvoorstel zal in hoofdstuk 4 onderzocht worden of de gestelde problematiek aangaande het verblijf van illegale vreemdelingen de greep naar een nieuw strafrechtelijk middel rechtvaardigt. Het kabinet stelt dat illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland een groot probleem is en zeer belastend is voor de maatschappij. In het wetsvoorstel en de bijbehorende memorie van toelichting wordt meerdere malen aangehaald dat er sprake is van veel overlast van (criminele) illegalen.⁴ De gestelde overlast met betrekking tot illegaal verblijvende vreemdelingen zal in kaart worden gebracht en er zal bekeken worden in hoeverre daadwerkelijk gesproken kan worden van problematiek. Hierna zullen de mogelijke gevolgen van de strafbaarstelling worden onderzocht en zal er bekeken worden of de reeds bestaande middelen in de Nederlandse wetgeving de gestelde problematiek voldoende kunnen beteugelen. Hiermee wordt de noodzakelijkheid van het wetsvoorstel getoetst.

In hoofdstuk 5 zal allereerst uiteengezet worden wat de relatie is tussen illegaal verblijf en criminaliteit. Daarna zal de effectiviteit van het wetsvoorstel onderzocht worden en kan beoordeeld worden in hoeverre de criminalisering van illegaal verblijf daadwerkelijk zal

⁴ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p.3

bijdragen aan de aanpak van deze problematiek. Nadat de te verwachten consequenties van het wetsvoorstel onderzocht zijn, kan bekeken worden of de invoering van een generieke strafbaarstelling voor illegaal verblijf een toegevoegde waarde heeft voor de Nederlandse wetgeving.

1.5 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie

Al jaren is het vreemdelingenrecht in Nederland een politiek hot issue en staan de regels aangaande dit beleid vaak ter discussie. Dat dit onderwerp ook voor dit kabinet van groot belang is blijkt uit het regeer- en gedoogakkoord van 30 september 2010 waarin het hoofdstuk betreffende immigratie het meest omvattend is. Om een goed beleid te voeren is inzicht in mogelijke consequenties van een wetsvoorstel van groot belang. Nu er uit diversen hoeken kritiek is geuit op de gevolgen die het wetsvoorstel van minister Leers met zich mee kan brengen is dit onderzoek zowel maatschappelijk als wetenschappelijk van belang.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel staat dat het verblijf van (criminele en overlastgevende) illegalen in meerdere opzichten maatschappelijk zeer belastend is.

Dit onderzoek zal vanuit een juridisch oogpunt kijken naar het wetsvoorstel dat illegaliteit in Nederland strafbaar wenst te stellen. Het is bij de invoering van een wetsvoorstel van belang te weten in hoeverre dit wetsvoorstel haalbaar is en mogelijke consequenties dienen te worden afgewogen tegen de beoogde doelen. Na een grondige analyse van de resultaten kunnen de bevindingen van dit onderzoek een bijdrage leveren aan de kennis betreffende dit onderwerp en is dit onderzoek ook wetenschappelijk relevant.

Val van het kabinet

Het aanhangig zijnde wetsvoorstel is in het najaar van 2011 voor advies naar de Raad van State gestuurd. Op 23 april 2012 heeft premier Rutte het ontslag van zijn kabinet bij koningin Beatrix ingediend. Hiermee is het kabinet Rutte gevallen. Door deze val ligt het wetsvoorstel van ministers Leers nu stil. De wens om illegaal verblijf in Nederland strafbaar te stellen wordt al jaren geuit, maar heeft desondanks nog niet gezorgd voor een daadwerkelijke wetswijziging.

Ondanks dat het wetsvoorstel nu stil ligt, is een onderzoek naar de bijdrage van dit wetsvoorstel relevant aangezien er ondanks de vele kritieken er al meermalen geprobeerd is illegaal verblijf strafbaar te stellen.

1.6 Theoretisch kader

Dit onderzoek zal vanuit een rechtswetenschappelijke kant kijken naar het wetsvoorstel dat illegaal verblijf in Nederland strafbaar stelt. Het strafrecht en het vreemdelingenrecht zijn de rechtsgebieden die in dit onderzoek het meest belicht worden. Er is gekozen om het onderzoek te beperken tot Nederlandse wetgeving. Echter is er wel gebruik gemaakt van literatuur en onderzoeken uit het buitenland. Vanzelfsprekend is ook Europese wetgeving die in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd en of rechtstreekse werking heeft meegenomen bij de beantwoording van de deelvragen.

2 Het Illegalenbeleid in Nederland

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal een summiere inleiding in het vreemdelingenrecht worden gegeven en kennis worden gemaakt met het verblijf van illegalen in Nederland. In paragraaf 2 van dit hoofdstuk wordt een korte schets gegeven van de geschiedenis van het immigratiebeleid in Nederland. De feitelijke toegang en terugkeerprocedure van vreemdelingen komt in paragraaf 3 aan bod. In paragraaf 4 staat het vreemdelingenbeleid ten opzichte van illegalen centraal en wordt beschreven in hoeverre de rechtspositie van illegale vreemdelingen door de jaren heen is gewijzigd. In paragraaf 5 staan cijfers van het aantal illegale vreemdelingen dat zich in Nederland bevindt en in paragraaf 6 valt te lezen welke mogelijkheden de wetgeving in Nederland biedt om vreemdelingen die illegaal in Nederland verblijven te bestraffen en zich niet houden aan de bevelen die hen worden gegeven aangaande het verblijf of het gedwongen vertrek uit Nederland. Tot slot wordt in de laatste paragraaf een deelconclusie gegeven.

2.2 Immigratie in Nederland

Zolang de mensheid bestaat beweegt deze zich over de hele wereld op zoek naar een beter leven, welvaart en geluk. Wereldwijd zijn er ongeveer 200 miljoen migranten (VN 2005) en al decennia proberen immigranten een plaats te verwerven in de Nederlandse maatschappij. De toestroom van deze migranten is aan allerlei factoren onderhevig. Na de Tweede Wereldoorlog is de internationale migratie naar Nederland sterk gegroeid. Gebeurtenissen als de onafhankelijkheidswording van Indonesië en Suriname, de gastarbeiders uit Turkije en Marokko en de hierop volgende gezinshereniging, brachten grote immigratiestromen met zich mee. Om deze immigratiestroom in goede banen te leiden waren grote inspanningen, maatregelen en financiële middelen van de Nederlandse overheid vereist.⁵ Het vreemdelingenbeleid dat in Nederland gevoerd wordt zorgt ervoor dat er wordt toegezien op de toegang, toelating en uitzetting van vreemdelingen. Het vreemdelingenrecht probeert de migrantenstroom te reguleren en in de Vreemdelingenwet 2000 staat gegeven in welke gevallen een vreemdeling in Nederland mag verblijven. Het is van belang dat deze beleidvoering mensenrechten waarborgt,

⁵ Justitia et Pax Nederland, *Humaniteit in vreemdelingenbewaring, Ervaringen van het r.-k. justitiepastoraat*, mei 2010, p. 4

voldoet aan de sociale en economische behoeften en geen inbreuk maakt op (inter)nationale wet- of regelgeving.

2.3 Vreemdelingenrecht

Het vreemdelingenrecht in Nederland kent verschillende fasen en onderscheidingen.

De eerste fase betreft de feitelijke toegang tot Nederland. De vreemdeling die in Nederland aankomt en langer dan 90 dagen in Nederland wil verblijven, dient bij de Immigratie en Naturalisatiedienst een verblijfsvergunning aan te vragen. Er kan een verzoek worden gedaan om twee soorten verblijfsvergunningen; de verblijfsvergunning asiel en de verblijfsvergunning regulier. Een vreemdeling die bescherming wenst te krijgen tegen vervolging en andere onverantwoorde risico's bij terugkeer in het land van herkomst, dient een verblijfsvergunning asiel aan te vragen. Deze verblijfsvergunning dient ter bescherming tegen dreigende vervolging, marteling, onmenselijke behandeling of vernederende bestraffing. De verblijfsvergunning regulier heeft betrekking op vreemdelingen die om andere redenen dan bovenstaande in Nederland willen blijven.⁶ Hierbij kan gedacht worden aan studie of werk. Beide verblijfsvergunning kunnen voor bepaalde of onbepaalde tijd worden afgegeven.

Indien de aanvraag tot een verblijfsvergunning niet wordt gehonoreerd en wordt afgewezen, de vergunning wordt ingetrokken of niet wordt verlengd, verblijft de vreemdeling niet langer rechtmatig in Nederland. De vreemdeling is vanaf dat moment illegaal en heeft de verantwoordelijkheid om Nederland zelfstandig te verlaten.

2.3.1 Terugkeerproces

Het uitgangspunt in het Nederlandse terugkeerbeleid is zelfstandig vertrek. In beginsel krijgt een uitgeprocedeerde vreemdeling vier weken de tijd om Nederland te verlaten (artikel 61 lid 1 Vreemdelingenwet jo. artikel 62 lid 1 Vreemdelingenwet). De meeste vreemdelingen die Nederland dienen te verlaten worden in de gelegenheid gesteld dit zelf te regelen en er kan een vertrektermijn worden afgegeven waarin dit dient te gebeuren. Als regel wordt hiervoor een termijn van vier weken gegeven (artikel 62 lid 1 Vreemdelingenwet). Vreemdelingen waarvan de vrije termijn, bedoeld in artikel 12 Vreemdelingenwet is verlopen, vreemdelingen die vanaf de binnenkomst illegaal in Nederland verblijven en asielzoekers van wie de asielaanvraag eerder is

⁶ Mr. E.M. Kampstra, *Kernzaken, Staats- en bestuursrecht - Vreemdelingenrecht*, Kluwer 2008, p.2-3

afgekeurd of binnen acht dagen is afgewezen hebben geen recht op een vertrektermijn en dienen Nederland onmiddellijk te verlaten.⁷

Uitgeprocedeerde vreemdelingen hebben recht op financiële hulp en steun van de onafhankelijke Internationale Organisatie voor Migratie (IOM) en de Dienst Terugkeer en Vertrek. Ondanks deze hulp is het realiseren van de terugkeer van vreemdelingen vaak een uiterst moeilijke zaak die veel tijd in beslag neemt. Reden hiervoor kan zijn dat de vreemdeling niet over geldige identiteitspapieren beschikt, omdat hij deze bijvoorbeeld is verloren of zelfs nooit geregistreerd is in het land van herkomst. De terugkeer naar het land van herkomst is dan vaak onmogelijk. Daarnaast komt het geregeld voor dat vreemdelingen een valse naam of nationaliteit opgeven om te voorkomen dat zij worden uitgezet. Indien de identiteit van de vreemdelingen niet kan worden vastgesteld, is het voor een consulaat namelijk onmogelijk na te gaan waar de vreemdeling vandaan komt. Er kan dan geen laissez-passez worden afgegeven, waardoor de vreemdeling niet kan worden uitgezet. Een laissez passer is een vervangend reisdocument dat afgegeven dient te worden bij de diplomatieke vertegenwoordiging van het land van herkomst.

Een ander aspect dat bij de terugkeerprocedure vaak tot problemen leidt, is de kans dat de vreemdeling door terugkeer naar het land van herkomst risico loopt te worden gemarteld of vervolgd. Vreemdelingen die dit stellen beroepen zich op artikel 3 EVRM, het verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing. Omdat deze categorie vreemdelingen stelt bij terugkeer te vrezen voor het leven, zal zij proberen (rechtmatig) verblijf in Nederland te realiseren. Sommige van deze vreemdelingen prefereren zelfs illegaal verblijf op Nederlands grondgebied boven de terugkeer naar het land van herkomst. Toezicht op deze categorie is derhalve van groot belang. Als toezicht op deze groep vreemdelingen ontbreekt, is de kans groot dat zij terugkeren in de Nederlandse maatschappij als zij te horen hebben gekregen dat zij Nederland moeten verlaten of zelfs nadat zij (schriftelijk) zijn uitgezet.

2.3.2 Vreemdelingenbewaring

Hoe langer een vreemdeling (en diens gezinsleden) in Nederland verblijft, des te meer deze gehecht raakt aan de Nederlandse samenleving. Dit heeft vaak een negatieve uitwerking op de mate waarin vreemdelingen meewerken aan de terugkeer. Vanwege het risico op onttrekking

⁷ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p.8

aan toezicht zijn er verscheidene vrijheidsontnemende maatregelen zoals het ophouden of staande houden van vreemdelingen en vreemdelingenbewaring wordt hierbij gezien als ultimum remedium.⁸

Vreemdelingenbewaring is een vorm van detentie die gezien wordt als de meest ingrijpende maatregel welke dient ter controle en toezicht op illegalen en ten doel heeft over te gaan tot uitzetting. Vreemdelingen die in bewaring worden gesteld zijn niet strafrechtelijk veroordeeld maar worden in het kader van een administratieve maatregel uit de Vreemdelingenwet gedetineerd. In de Vreemdelingenwet staat gegeven dat zodra er sprake is van een reële dreiging dat de vreemdeling zich aan zijn uitzetting zal onttrekken, wanneer er sprake is van een gevaar voor de openbare orde of de nationale veiligheid, of indien de vreemdeling niet (langer) over de juiste reisdocumenten beschikt, deze in bewaring kan worden gesteld. Het idee is om gedurende deze bewaring de terugkeer naar het land van herkomst of een ander land waar hun toegang wordt gewaarborgd voor te bereiden.⁹ Het gros van de illegalen dat zich in vreemdelingenbewaring bevindt is op toevallige wijze ontdekt. In het kader van toezicht kan iedereen in Nederland namelijk worden gevraagd naar een identiteitsbewijs en zodra naar objectieve maatstaven een redelijk vermoeden bestaat dat er sprake is van onrechtmatig verblijf in Nederland heeft dit consequenties. Iedere vreemdeling die illegaal op Nederlands grondgebied verblijft, loopt het risico in bewaring te worden gesteld.

De wijze waarop vreemdelingenbewaring in Nederland wordt uitgevoerd is de afgelopen jaren vanuit verschillende hoeken bekritiseerd. In 2008 werd dit onder andere gedaan door Amnesty International, de RSJ (Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming) en het CPT (Het Europees Comité ter voorkoming van foltering, onmenselijke en vernederende behandeling en bestraffing).¹⁰ De geuite kritiek betrof met name de slechte en mensonwaardige omstandigheden waaronder de Nederlandse overheid vreemdelingen die het land moeten verlaten in bewaring stelt.¹¹ Gesteld werd dat het penitentiaire regime in bepaalde gevallen zelfs zwaarder was dan het strafrechtelijke regime en vreemdelingenbewaring in tegenstelling tot het uitgangspunt veel te weinig werd toegepast als ultimum remedium.¹²

⁸ Kamerstukken II, 2011-2012, 19637, nr 1483, p. 5

⁹ A.M. van Kalmthout ea., *Terugkeermogelijkheden van vreemdelingen in de vreemdelingenbewaring, Deel 1: De vreemdelingenbewaring in Tilburg en Ter Apel; Het dossieronderzoek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. xiii

¹⁰ Amnesty International, *The Netherlands: The detention of irregular migrants and asylum-seekers*, juni 2008,

¹¹ Ministerie van Justitie, Inspectie voor de Sanctietoepassing, *De tenuitvoerlegging van de vreemdelingenbewaring – Drie detentiecentra doorgelicht – Inspectiebericht*, september 2010, p.69

¹² Kamerstukken II, 2010-2011, 19637, nr 1396, p. 41

2.3.3 Alternatieven voor vreemdelingenbewaring

Nationale en internationale regels stellen dat vrijheidsbeperking slechts in uiterste gevallen mag worden opgelegd. In 2005 heeft de Raad van Europa overheden opgedragen alternatieven voor bewaring te ontwikkelen, welke zouden leiden tot een humaner, effectiever en zelfs goedkoper beleid. Tijdens het Algemeen Overleg Terugkeerbeleid van oktober 2011 heeft minister Leers de alternatieven voor vreemdelingenbewaring nader uiteengezet. Er kwam naar voren dat vertrekplichtige vreemdelingen die strafrechtelijk zijn veroordeeld, vreemdelingen welke de terugkeer belemmeren, vreemdelingen die aan de grens zijn geweigerd om te voorkomen dat zij onrechtmatig het land binnenkomen, vreemdelingen die zich eerder hebben onttrokken aan (alternatieve) toezichtmaatregelen of nooit eerder een toelatingsaanvraag hebben gedaan, niet in aanmerking komen voor deze alternatieve maatregelen.¹³ Het risico op onttrekking is voor deze categorie vreemdelingen namelijk te groot en aangezien voor een soepel verlopende terugkeer naar het land van herkomst medewerking van de vreemdeling is vereist, wordt direct ingezet op vreemdelingenbewaring om te voorkomen dat zij zich aan de vertrekplicht onttrekken.

2.4 Aanscherping vreemdelingenbeleid

De Nederlandse overheid richt zich al jaren op het tegengaan van illegaal verblijf. Om dit verblijf te ontmoedigen is het vreemdelingenbeleid ten opzichte van illegalen de laatste jaren echter nog flink aangescherpt.

Sinds de jaren negentig wordt in Nederland een restrictiever beleid gevoerd ten opzichte van migranten uit niet-westerse landen en wordt steeds frequenter gebruik gemaakt van de wettelijke mogelijkheden illegalen met het oog op uitzetting in bewaring te stellen. Al jaren zijn er vreemdelingen onrechtmatig op Nederlands grondgebied aanwezig, maar zolang zij niet in het vizier van politie of justitie kwamen werd dit verblijf door de overheid gedoogd. De politiek besteedt nu erg veel aandacht aan het illegaal verblijf van vreemdelingen en heeft de afgelopen jaren diverse nieuwe maatregelen doorgevoerd.

Een belangrijke wijziging in de rechtspositie van illegale vreemdelingen was de invoering van de Koppelingswet in 1998, welke het gelijknamige invoerde dat bepaald dat vreemdelingen die niet rechtmatig op Nederlands grondgebied verblijven geen aanspraak kunnen maken op sociale en

¹³ *Kamerstukken II, 2011-2012, 19637, nr 1483, p. 2*

collectieve voorzieningen. De verstrekkingen die de Nederlandse samenleving kent zijn enkel voor diegene die rechtmatig in Nederland verblijven en de Vreemdelingenwet sluit illegalen uitdrukkelijk uit voor voorzieningen als onderwijs, huisvesting en uitkeringen.¹⁴ De Nederlandse overheid zorgde er met deze wijziging voor dat vreemdelingen moeilijker, dan wel onmogelijk konden meedraaien in de samenleving.

Na de opkomst van de LPF vlak na de eeuwwisseling was een verdere verharding van het vreemdelingenbeleid te merken. Pim Fortuyn speelde een grote rol in het openbreken van het immigratie- en vreemdelingendebat in Nederland, en oud-minister van Integratie en Vreemdelingenzaken Verdonk (VVD) zorgde in de kabinetten Balkenende II en III ervoor dat het vreemdelingenbeleid opnieuw werd aangescherpt.¹⁵ Administratieve taken zoals de toelating van vreemdelingen werden sinds 2005 door de Immigratie- en Naturalisatiedienst uitgevoerd, waardoor de vreemdelingenpolitie zich meer kon toespitsen op handhaving in de vorm van toezicht en de opsporing van illegale vreemdelingen.¹⁶ Het aantal controles op illegale vreemdelingen steeg en de detentiecapaciteit groeide zichtbaar.¹⁷ Steeds meer illegalen werden in bewaring gesteld ter voorbereiding op de gedwongen uitzetting naar het land van herkomst. Dit terwijl vreemdelingenbewaring in beginsel bedoeld is om migranten zonder verblijfsvergunning bij hoge uitzondering en enkel voor een zo kort mogelijke periode ter beschikking te houden van de overheid.

2.5 Illegaliteit in Nederland

2.5.1 Rapportage Vreemdelingenketen

In mei 2012 is door minister Leers de Rapportage Vreemdelingenketen over de periode juli tot en met december 2011 aan de Tweede Kamer aangeboden. Het doel van deze rapportage is inzicht te geven in de instroom-, de doorstroom-, en de uitstroomcijfers van de processen Toegang en grensbewaking, Toelating, Toezicht en handhaving, Terugkeer, Opvang en

¹⁴ Artikel 10 Vreemdelingenwet 2000

¹⁵ Laagland e.a., *Het strafrecht als vicius sluitstuk van het beleid ten aanzien van criminele vreemdelingen*, Delikt en Delinkwent; Tijdschrift voor Strafrecht, Kluwer: Deventer, 30 september 2009, p. 2

¹⁶ Heijden, P.G.M. van der, Cruyff, M., Gils, G.H.C. van, *Schatting illegaal verblijvende vreemdelingen in Nederland 2009*, Universiteit Utrecht, WODC: 2011, p. 7

¹⁷ A.M. van Kalmthout ea., *Terugkeermogelijkheden van vreemdelingen in de vreemdelingenbewaring, Deel 1: De vreemdelingenbewaring in Tilburg en Ter Apel; Het dossieronderzoek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 1

Bewaring binnen de vreemdelingenketen.¹⁸ Uit de rapportage blijkt dat Nederland behoort tot de tien landen in de EU waar de meeste asielaanvragen worden gedaan. Het aantal asielaanvragen is sinds 2000 wel gedaald van 390.000 naar ongeveer 220.000 aanvragen. Het aantal tweede en volgende asielaanvragen is daarentegen met 68% gestegen.

Tabel 1: Overzicht asielinstroom (in behandeling genomen asielaanvragen) per jaar

	2008	2009	2010	2011
Eerste asielaanvragen	13.400	14.910	13.330	11.590
Tweede en volgende asielaanvragen	1.880	1.260	1.820	3.040
Totaal	15.280	16.170	15.150	14.630

Bron: IND¹⁹

Deze stijging is deels te wijten aan uitspraken van Europese rechters met betrekking tot de veiligheidssituatie in Somalië die de rechten op bescherming in Nederland vergrootten. Europese regelgeving, te weten het Dublin-Systeem, bepaalde dat asielzoekers asiel dienen aan te vragen in het eerste Europese land waar zij binnenkomen. Door de slechte detentieomstandigheden en ontoegankelijke procedures in Griekenland bepaalde het Europese Hof dat Nederland de asielverzoeken van mensen die via Griekenland naar Nederland waren gereisd, zelf moest gaan behandelen. Deze uitspraken hebben vanzelfsprekend bijgedragen aan de stijging van het aantal asielaanvragen in Nederland. Daarnaast is er ook een groot aantal asielzoekers in Nederland aanwezig dat het verblijf in Nederland wil verlengen en continu nieuwe procedures start.

Zoals eerder werd aangehaald is de terugkeerprocedure van vreemdelingen een lastig proces en van vele factoren afhankelijk. Een vreemdeling dient de mogelijkheid te hebben om terug te keren naar het land van herkomst en over geldige reisdocumenten te beschikken. Vreemdelingen die bereid zijn vrijwillig terug te keren krijgen van de overheid financiële hulp en worden ondersteund bij het vertrek en bij de wederopbouw van hun leven in het land van herkomst. De Rapportage Vreemdelingenketen laat zien dat de terugkeercijfers ten opzichte van 2010 lager zijn, echter keren wel steeds meer uitgeprocedeerde asielzoekers vrijwillig terug naar het land van herkomst.

¹⁸ *Kamerstukken II*, Kenmerk: 2012-0000262369, Rapportage Vreemdelingenketen periode juli – december 2011, 15 mei 2012, p.1

¹⁹ *Kamerstukken II*, Kenmerk: 2012-0000262369, Rapportage Vreemdelingenketen periode juli – december 2011, 15 mei 2012, p.2

Tabel 2: Overzicht uitstroom uit terugkeerproces naar categorie per half jaar

	2008-1	2008-2	2009-1	2009-2	2010-1	2010-2	2011-1	2011-2
Aantoonbaar vertrek	4.680	4.520	4.820	5.540	5.720	6.090	5.400	5.420
ww. Gedwongen	3.730	3.140	3.530	3.740	3.900	4.140	3.380	3.240
ww. Zelfstandig	950	1.380	1.290	1.800	1.830	1.960	2.020	2.180
Zelfstandig zonder toezicht	6.090	4.900	6.540	5.180	5.450	5.440	4.920	5.250
Totaal	10.770	9.400	11.360	10.720	11.170	11.530	10.320	10.670

Bron: KMI, peildatum 1 februari 2012²⁰

In 2010 keerde 3.790 vreemdelingen vrijwillig terug naar het land van herkomst en in 2011 was dit aantal gestegen naar 4.200. Deze stijgende cijfers zijn positief nu vrijwillige terugkeer vele malen goedkoper is dan gedwongen vertrek door de overheid en bovendien minder ingewikkeld. Vreemdelingen die gedwongen worden te vertrekken uit Nederland weigeren hier vaak aan mee te werken. Zij vragen geen reisdocumenten aan of de landen van herkomst werken niet mee aan de afgifte van deze papieren. Menig landen weigert uitgeprocedeerde vreemdelingen terug te nemen en op het moment dat vreemdelingen worden gedwongen en dus onvrijwillig moeten vertrekken wordt de terugkeer alleen maar bemoeilijkt.²¹

2.5.2 Illegale vreemdelingen in Nederland

Het is een moeilijke taak om precies vast te stellen hoe groot het aantal vreemdelingen is dat onrechtmatig op Nederlands grondgebied verblijft. Enkel diegenen die in aanraking komen met overheidsinstanties (zoals bijvoorbeeld vreemdelingenpolitie of arbeidsinspectie) worden geregistreerd. Naar schatting bevinden zich in Nederland 97.145 illegale vreemdelingen, met een betrouwbaarheidsinterval lopend van 60.667 tot 133.624.²² Jaarlijks worden er van dit aantal ongeveer 10.000 in vreemdelingenbewaring gesteld, omdat zij onrechtmatig in Nederland verblijven.²³ Het aantal vreemdelingen dat onrechtmatig in Nederland verblijft, is in verschillende categorieën te onderscheiden. Er zijn vreemdelingen die Nederland op een illegale wijze zijn binnengekomen en geen gebruik hebben gemaakt van een asielprocedure. Het komt geregeld

²⁰ *Kamerstukken II*, Kenmerk: 2012-0000262369, Rapportage Vreemdelingenketen periode juli – december 2011, 15 mei 2012, p.3

²¹ Rijksoverheid, Nieuwsbericht: *Meer vreemdelingen vrijwillig terug*, 15 mei 2012, <<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/terugkeer-vreemdelingen/nieuws/2012/05/15/meer-vreemdelingen-vrijwillig-terug.html>>

²² P.G.M. van der Heijden, M. Cruyff & G.H.C. van Gils, *Schatting illegaal verblijvende vreemdelingen in Nederland 2009*, Universiteit Utrecht, WODC: 2011, p. 5

²³ Justitia et Pax, *Mensenrechten Nederland: vreemdelingenbewaring*, geraadpleegd op 12 januari 2012 <<http://www.justitiaetpax.nl/project/mensenrechten-nederland-vreemdelingenbewaring>>

voor dat deze groep vreemdelingen hulp heeft gekregen van bijvoorbeeld mensenhandelaars of mensensmokkelaars. Er bestaan ook vreemdelingen die op zelfstandige en legale wijze binnentreden en de intentie hebben hier te gaan werken, of een gezin te stichten. Indien de termijn voor rechtmatig verblijf echter verlopen is en zij het verblijfsrecht verliezen, zijn ook zij illegaal en dienen Nederland zo spoedig mogelijk te verlaten. De legale status van deze groep vreemdelingen is mede afhankelijk van de fase waarin zij zich verkeren en indien een nieuwe aanvraag voor een verblijfsvergunning wordt ingediend, hebben zij gedurende deze procedure recht op (voortzetting van) verblijf in Nederland. De schatting van illegalen is zodoende van vele factoren afhankelijk.²⁴

De afgelopen jaren zijn diverse schattingen gemaakt en volgens het in juni 2011 uitgebrachte rapport van het WODC ziet het verloop van het aantal illegalen er in de afgelopen ja als volgend uit:

Tabel 3: Aantallen geobserveerde en geschatte illegale vreemdelingen in Nederland, 1997-2003, 2005 en 2009

	Geobserveerd IEE + INEE	Geobserveerd Europa	Geschat IEE + INEE + Europa	95% betrouwbaarheidsinterval
1997	8.618	5.523	194.304	(142.113, 246.495)
1998	7.708	5.189	181.198	(136.943, 225.453)
1999	7.335	5.381	144.081	(125.657, 162.505)
2000	7.827	5.686	162.788	(134.911, 190.665)
2001	8.287	6.018	192.373	(144.788, 239.958)
2002	9.345	8.513	211.990	(172.965, 251.015)
2003	7.747	6.520	159.077	(136.494, 181.655)
2005	5.795	2.694	128.907	(74.320, 183.912)
2009	3.909	421	97.145	(60.667, 133.624)

Bron: WODC²⁵

* IEE: Illegals effectively expelled (Effectief uitgezette illegalen)

*INEE: Illegals not effectively expelled, (Niet effectief uitgezette illegalen)

Het onderzoek van het WODC laat zien dat het geschatte aantal illegalen in Nederland over de jaren 1997 tot en met 2009 sterk is gedaald. Tot 2003 schommelde het geschatte aantal illegale vreemdelingen in Nederland tussen de 150.000 en 200.000. Het ging hierbij om ongeveer 1%

²⁴ M.H.C. Kromhout, H. Wubs, & E.M. Th. Beenackers, *Illegaal verblijf in Nederland*, Een literatuuronderzoek, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum 2008, p. 17

²⁵ P.G.M. van der Heijden, M. Cruyff & G.H.C. van Gils, *Schatting illegaal verblijvende vreemdelingen in Nederland 2009*, Universiteit Utrecht, WODC: 2011, p. 3

van de Nederlandse bevolking.²⁶ Vanaf 2003 daalde het aantal geobserveerde illegalen. Een reden voor deze daling was de uitbreiding van de Europese Unie in 2004 en 2007. Vanaf dat moment was legale migratie vanuit nieuwe lidstaten als Bulgarije en Roemenië mogelijk.²⁷ Na de uitbreiding van de Europese Unie in 2004 verminderde het aantal omdat vreemdelingen uit verschillende nieuwe lidstaten sindsdien een legale verblijfstatus hadden.

Tegelijkertijd werd de periode 1997-2003 gekenmerkt door een toename van het aantal verdachten en gedetineerde met een illegale status. Deze stijging is aan verschillende factoren te wijten. Een van deze factoren is de aanscherping van het vreemdelingtoezicht geweest en het feit dat illegale vreemdelingen na het plegen van relatief kleine misdrijven die doorgaans bestraft zouden worden met een geldboete of taakstraf, uit angst voor onttrekking aan deze straf sneller in bewaring werden gesteld dan burgers die legaal op Nederlands grondgebied verblijven.

2.6 Bestaande mogelijkheden om illegaal verblijf aan te pakken

Om illegale migratie en illegaal verblijf in Nederland zo goed mogelijk tegen te gaan is het van belang dat het onrechtmatige verblijf van vreemdelingen wordt voorkomen of in een zo vroeg mogelijk stadium wordt ontdekt. De wetgeving in Nederland biedt reeds diverse mogelijkheden om vreemdelingen die illegaal in Nederland verblijven te bestraffen en zich niet houden aan de bevelen die hen worden gegeven aangaande het verblijf of het gedwongen vertrek uit Nederland.²⁸

2.6.1 Vreemdelingenwet 2000

Sinds de jaren negentig wordt een actief ontmoedigingsbeleid gevoerd om illegaal verblijf tegen te gaan. Grofweg kan dit beleid worden onderverdeeld in uitsluiting en uitzetting.

Uitsluiting

Blijkens het in paragraaf 2.4 aangehaalde koppelingsbeginsel hebben illegaal verblijvende vreemdelingen geen recht op verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen van een

²⁶ A. Leerkes, M. van San, G. Engbersen, M. Cruijff & P. van der Heijden, *Wijken voor illegalen. Over ruimtelijke spreiding, huisvesting en leefbaarheid*. Den Haag: SdU Uitgevers 2004

²⁷ P.G.M. van der Heijden, M. Cruyff & G.H.C. van Gils, *Schatting illegaal verblijvende vreemdelingen in Nederland 2009*, Universiteit Utrecht, WODC: 2011, p. 3

²⁸ Mr. H.W. Groeneweg e.a., *Teksten en toelichting op de Vreemdelingenwet 2000*, SDU Uitgevers, editie 2001, p. 253

bestuursorgaan. Op basis van de vreemdelingenwetgeving wordt getoetst of iemand rechtmatig in Nederland verblijft en dus recht heeft op of gebruik mag maken van collectieve voorzieningen. Bij uitsluiting kan gedacht worden aan de toegang van vreemdelingen tot de arbeidsmarkt, het stelsel van collectieve voorzieningen en de gezondheidszorg.

Uitzetting

Het accent in de aanpak van illegaal verblijf in Nederland is de laatste jaren steeds meer verschoven naar de uitzetstrategie.²⁹ Oppakken, vastzetten en uitzetten. Het bestuursrechtelijke instrumentarium biedt de mogelijkheid om vreemdelingen uit te zetten en in bewaring te stellen. Het geen gehoor geven aan een aanzegging tot vertrek is reeds strafbaar gesteld. Op grond van artikel 5 lid 1 Vreemdelingenwet 2000 is een vreemdeling verplicht Nederland te verlaten zodra er geen sprake (meer) is van rechtmatig verblijf. Indien een vreemdeling niet voldoet aan deze verplichting, kan dit strafrechtelijk worden gehandhaafd middels artikel 108 Vreemdelingenwet 2000. De sanctie op overtreding van dit artikel is hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de tweede categorie.³⁰ Naast deze sanctionering biedt dit artikel de mogelijkheid handelingen te bestraffen in strijd met de verplichtingen zoals de naleving van regels van grensbewaking, het verstrekken van gegevens die van belang kunnen zijn voor de toepassing van de Vreemdelingenwet, kennisgeving van verandering van woon- en verblijfplaats en medewerking aan onderzoek naar de identificatie van de vreemdeling, (artikel 54 jo. 108 Vreemdelingenwet 2000). Overtreding van deze regels kan zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk worden aangepakt.

2.6.2 Ongewenstverklaring

Vreemdelingen die (hier onrechtmatig verblijven en) bij herhaling strafbare feiten plegen, vreemdelingen die worden veroordeeld voor misdrijven waar een gevangenisstraf van 3 jaren of meer op staat of vreemdelingen die een gevaar vormen voor de openbare rust, de openbare orde of de nationale veiligheid, kunnen reeds door de overheid worden aangepakt middels artikel 67 (lid1 a/c) Vreemdelingenwet 2000, en ongewenst verklaard worden. Hoe langer een vreemdeling in Nederland verblijft, des te groter moet zijn inbreuk op de openbare orde en dus de ernst van het misdrijf zijn om het verblijf te beëindigen.³¹ Dit wordt ook wel de glijdende

²⁹ R. van Griend, *Veel angst, weinig effect; Analyse; Twintig jaar illegalenbeleid*, Vrij Nederland, 16 februari 2008

³⁰ *Kamerstukken II 2007/08, 31 208, nr. 3, p. 12-13*

³¹ Artikel 3.86, tweede lid, Vreemdelingenbesluit 2000

schaal genoemd. De mogelijkheden om een vreemdeling ongewenst te verklaren zijn de laatste jaren flink uitgebreid. De criteria voor oplegging ervan zijn verruimd en de maatregel kan na steeds meer overtredingen worden opgelegd.³² Het rechtsgevolg van dit bestuurlijke instrument is dat de desbetreffende vreemdeling geen rechtmatig verblijf meer in Nederland kan hebben.³³ De oplegging van een ongewenstverklaring is een administratieve beslissing. Vreemdelingen die zich in weerwil van deze ongewenstverklaring op Nederlands grondgebied begeven, zijn strafbaar op grond van artikel 197 Wetboek van Strafrecht. Dit strafbare feit wordt geclassificeerd als misdrijf en de overtreder wordt bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie (ten hoogste €7.600).

2.6.3 Europese Terugkeerrichtlijn

In december 2008 hebben de Raad van Europa en het Europees Parlement een Terugkeerrichtlijn (Richtlijn 2008/115/EG) vastgesteld die de lidstaten van de Europese Unie verplicht gemeenschappelijke normen te implementeren aangaande de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven.³⁴ Sinds 1993 zijn de binnenlandse grenzen in Europa afgeschaft en is sprake van een vrij verkeer van personen. Er worden enkel nog controles uitgevoerd aan de buitengrenzen en om illegale immigratie na het oversteken van deze buitengrens daadwerkelijk aan te pakken en een effectief immigratiebeleid te voeren is samenwerking op Europees niveau noodzakelijk.³⁵ De Terugkeerrichtlijn wenst dat er duidelijke, transparante en billijke regels worden vastgesteld om een doeltreffend terugkeerbeleid te kunnen voeren dat illegaal verblijf beter aanpakt, ontmoedigd en terugkeer bevordert. Het idee is om in heel Europa dezelfde boodschap af te geven aan illegale vreemdelingen.

Om te voldoen aan de implementatie van de Terugkeerrichtlijn heeft de Nederlandse overheid regels vastgesteld die van toepassing zijn op alle onderdanen van derde landen die niet of niet meer voldoen aan de voorwaarden voor toegang tot of verblijf en vestiging in Nederland.³⁶ De

³² Kamerstukken II 1998/99, 26 646, nr.1, p. 11

³³ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p.15

³⁴ 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, Publicatieblad van de Europese Unie, 24 december 2008 (PbEU L348/98)

³⁵ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Position paper- Nederlandse inzet EU migratiebeleid*, maart 2011 p. 2

³⁶ Richtlijn 2008/115/EG (PbEU L348/98)

Terugkeerrichtlijn is niet specifiek gericht op maatregelen om illegale migratie tegen te gaan, maar wenst op uniforme wijze maatregelen te stellen die bedoeld zijn om tot uitzetting te komen. Naar aanleiding van deze te implementeren Terugkeerrichtlijn is in december 2011 het wetsvoorstel van oud-minister van Justitie Hirsch Ballin over de terugkeer van vreemdelingen aangenomen.³⁷ De belangrijkste instrumenten die middels de terugkeerrichtlijn en het wetsvoorstel van Hirsch Ballin in Nederland zijn doorgevoerd zijn het terugkeerbesluit en het inreisverbod. Uitgeprocedeerde asielzoekers en andere illegalen die Nederland moeten verlaten, krijgen vanaf de invoering van deze wetswijziging een zogenaamd terugkeerbesluit inhoudende een verlatingsbevel, welke onmiddellijk, of binnen een bepaalde termijn van kracht zal zijn. Het terugkeerbesluit betreft de vaststelling dat de vreemdeling onrechtmatig op Nederlands grondgebied verblijft en verplicht om onmiddellijk uit Nederland te vetrekken. Aan het terugkeerbesluit kan een Europees inreisverbod gekoppeld worden, welke betekent dat de betreffende vreemdeling gedurende een bepaalde periode verboden wordt in te reizen of te verblijven op het grondgebied van de Europese Unie. Nederland heeft ervoor gekozen vreemdelingen die in weerwil van dit uitgevaardigde inreisverbod toch in Nederland verblijven, te sanctioneren met een geldboete van de tweede categorie (ten hoogste €3.800), dan wel hechtenis van ten hoogste zes maanden. Indien een onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling in het kader van vreemdelingentoezicht of anderszins wordt ontdekt en blijkt dat zijn uitzetting is mislukt, kan tevens een inreisverbod worden afgegeven.

2.6.4 Samenloop inreisverbod met de ongewenstverklaring

Om samenloop tussen het inreisverbod met de ongewenstverklaring uit te sluiten is artikel 67, eerste lid, Vreemdelingenwet 2000 gewijzigd. De Minister voor Immigratie en Asiel kan de vreemdeling niet langer ongewenst verklaren als een inreisverbod van toepassing is.³⁸ Op grond van de terugkeerrichtlijn komt met betrekking tot onderdanen van derde landen, dit zijn landen die geen lid zijn van de Europese Unie, het (Europese) inreisverbod in de plaats van de (nationale) ongewenstverklaring.³⁹ De Nationale maatregel van ongewenstverklaring kan na deze wijziging enkel worden uitgevaardigd tegen vreemdelingen op wie de terugkeerrichtlijn niet

³⁷ Kamerstukken II, 2009/2010, 32420, nr. 2

³⁸ Mr. J.A. Raukema, Parlementaire behandeling, Lexplicatie, commentaar op artikel 67 Vreemdelingenwet 2000, bijgewerkt tot 7 april 2012

³⁹ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p.16

van toepassing is en heeft derhalve enkel betrekking op EU-onderdanen. Een ongewenstverklaring kan dus niet meer worden opgelegd aan derdelanders en de strafbaarstelling van de overtreding van het inreisverbod kan niet op EU-onderdanen worden toegepast.⁴⁰

2.7 Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn de ontwikkelingen aangaande het beleid ten opzichte van illegale vreemdelingen in Nederland uiteengezet. Geconstateerd kan worden dat het beleid ten aanzien van illegale vreemdelingen in de loop der jaren is aangescherpt om onrechtmatig verblijf in Nederland zoveel mogelijk te ontmoedigen. De overheid verricht grote inspanningen en heeft vele maatregelen om ervoor te zorgen dat de immigratiestroom in Nederland in goede banen wordt geleid. Het realiseren van de terugkeer van vreemdelingen wordt hierbij gezien als een uiterst moeilijke zaak, waarbij met het oog op uitzetting verscheidene vrijheidsbeperkende en vrijheidsontnemende dwangmaatregelen opgelegd kunnen worden. Als gekeken wordt naar de mogelijkheden die reeds bestaan om illegaliteit in Nederland aan te pakken, kan geconcludeerd worden dat er tal van middelen bestaan in het kader van toezicht, terugkeer en strafbaarstelling van (criminele) illegalen.

Om illegaal verblijf in Nederland tegen te gaan is het vreemdelingenbeleid de afgelopen jaren uitgebreid en heeft samenwerking op Europees niveau een grote rol gekregen. De Europese Terugkeerrichtlijn (Richtlijn 2008/115/EG) die op 13 december 2011 in de Nederlandse wetgeving werd geïmplementeerd en welke duidelijke, transparante en billijke regels in het kader van een gedegen terugkeerbeleid wenst, is hiervan een voorbeeld. Door de implementatie van deze richtlijn zijn de mogelijkheden om illegaal verblijf in Nederland tegen te gaan sterk vergroot en middels het inreisverbod kan illegaal verblijf worden gesanctioneerd.

⁴⁰ *Kamerstukken II*, Kenmerk: 32 420, Voortzetting van de behandeling van: ; het wetsvoorstel 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) (32420); (Zie vergadering van 25 oktober 2011.)

3 De inhoud van het wetsvoorstel

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de inhoud van het wetsvoorstel van minister Leers dat illegaal verblijf in Nederland strafbaar wenst te stellen centraal staan. Paragraaf 2 beschrijft de geschiedenis van het wetsvoorstel en wat de reden zijn voor invoering van een generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf. In paragraaf 3 wordt de inhoud van het wetsvoorstel uiteengezet en komen het doel en de doelgroep van de strafbaarstelling aan bod. Hierna wordt in paragraaf 5 beschreven hoe het wetsvoorstel vorm zal krijgen. Paragraaf 6 besluit dit hoofdstuk met een deelconclusie.

3.2 Geschiedenis van het wetsvoorstel

De wens om illegaal verblijf in Nederland strafbaar te stellen wordt al jaren geuit. Het voornemen stamt uit het strategisch akkoord van het eerste kabinet van Balkenende d.d. 3 juli 2002, waarin staat dat de regering illegaal verblijf actief wil tegengaan.⁴¹ Omdat het kabinet – Balkenende I echter al na reeds drie maanden viel, is het voornemen toentertijd op de plank blijven liggen.

Ten Tijde van het kabinet-Balkenende II in 2004 werd opnieuw naar de strafbaarstelling gekeken en onderzocht Verdonk, toenmalige VVD-minister van Vreemdelingenzaken en Integratie, de haalbaarheid van strafbaarstelling van illegaal verblijf. Verdonk kwam tot de conclusie dat er te weinig celcapaciteit was en dat invoering van het voorstel een te grote druk zou leggen op het toch al overbelaste strafrechtstelsel. Er werd getwijfeld aan de doeltreffendheid en er werden problemen voorzien in de handhaving van de strafbaarstelling. De angst bestond dat de overlast van illegalen zou toenemen en dat de op te leggen straf het terugkeerproces van de illegaal zou belemmeren en het verblijf in Nederland enkel zou rekken.⁴²

⁴¹ Regeerakkoord Balkenende I, *Werken aan vertrouwen, een kwestie van aanpakken, Strategisch akkoord voor kabinet CDA, LPF, VVD*, 3 juli 2002, p. 16

⁴² *Kamerstukken II 2003/04*, 29537 nrs. 1 en 2

In de illegalennota die op 23 april 2004 aan de Tweede Kamer werd aangeboden stond dat om praktische redenen werd afgezien om illegaal verblijf strafbaar te stellen:

“Het strafbaar stellen 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 worden verlengd. Gelet op de relatief geringe ernst van de strafbare gedraging en de beperkte capaciteit van het 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 het vervolgingsbeleid selectief zouden zijn. Daarom heeft het kabinet overwogen dat vooralsnog niet zou moeten worden overgegaan tot strafbaarstelling van illegaal verblijf.”

Nochtans gaf de CDA-fractie aan dat met de term “vooralsnog” niet uitgesloten was dat in de toekomst alsnog tot strafbaarstelling van illegaal verblijf zou kunnen worden overgegaan⁴³. In maart 2005 werd de motie Fessem/Nawijn⁴⁴ aangenomen waarin werd verzocht in te gaan op de voor- en nadelen van het strafbaar stellen van illegaal verblijf. Toenmalig Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie Donner, bepleitte waarom voor strafbaarstelling zou moeten worden gekozen:^{45 46}

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 zich ervan kunnen weerhouden zich illegaal in Nederland te vestigen.*
3. *Afschrikkende 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.”*

⁴³ Kamerstukken II, 2003/04, 29 537, nr. 15.

⁴⁴ Kamerstukken II, 2003/04, 29 537, nr 3.

⁴⁵ Kamerstukken II, 2003/04, 29 537, nr 23.

⁴⁶ Concept Memorie van Toelichting, Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland, p.23

Daaropvolgend werden ook bezwaren geuit. De maatregel zou naast criminele en overlastgevende illegalen ook vreemdelingen raken die meewerken aan het (gedwongen) vertrek. Daarnaast zou de strafbaarstelling leiden tot extra administratieve lasten, verdere marginalisering van de illegale vreemdeling en daardoor mogelijk verdere criminalisering.⁴⁷ De getoonde bezwaren zorgden ervoor dat de strafbaarstelling niet werd doorgezet.

In 2007 werd door het toenmalige VVD-Kamerlid Kamp in zijn nota “Immigratie en Integratie opnieuw gepleit voor strafbaarstelling en in 2008 deed de PVV dat in een motie nog eens over. Staatssecretaris van Justitie Albayrak van het kabinet-Balkenende IV wees echter al deze moties van de hand, volgens haar zou strafbaarstelling “illegalen in het strafsysteem brengen en de cellen bevolken, terwijl de inzet juist moet zijn hen uit te zetten”.

3.3 De inhoud van het wetsvoorstel

Om de regels omtrent illegaal verblijf verder aan te scherpen is door minister Leers in juli 2011 een wetsvoorstel gedaan dat de mogelijkheid creëert om ook die vreemdelingen strafbaar te stellen, die in het kader van vreemdelingentoezicht of anderszins voor het eerst illegaal in Nederland worden aangetroffen. Het wetsvoorstel wordt gezien als aanvulling op de bestaande mogelijkheden. Normconform gedrag zal middels deze strafbaarstelling worden afgedwongen door afwijkend gedrag te sanctioneren. Na invoering zal elke niet rechtmatig verblijvende vreemdeling door het enkele feit van verblijf op Nederlands grondgebied een strafbaar feit plegen. Het voorstel is een artikel, te weten artikel 108a, toe te voegen aan de Vreemdelingenwet welke de mogelijkheid biedt om meerderjarige vreemdelingen die niet rechtmatig in Nederland verblijven, en waarbij de vertrektermijn bedoeld in artikel 62 lid 1, lid 4 en lid 5 is verstreken, te bestraffen.

Artikel 108a Vreemdelingenwet 2000⁴⁸ :

- “1. De meerderjarige vreemdeling die niet rechtmatig in Nederland verblijft, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste vier maanden of geldboete van de tweede categorie.*
- 2. In afwijking van het eerste lid, is de vreemdeling niet strafbaar zolang de voor hem geldende vertrektermijn, bedoeld in artikel 62, eerste, vierde of vijfde lid, nog niet is verstreken.*

⁴⁷ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, p.23

⁴⁸ Raad voor de Rechtspraak, *Advies concept-wetsvoorstel Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 14 september 2011

3. *Het in het eerste lid strafbaar gestelde feit is een overtreding.*
4. *Artikel 108, vierde lid, is van overeenkomstige toepassing."*

De gronden voor rechtmatig verblijf in Nederland staan beschreven in artikel 8 Vreemdelingenwet 2000. Indien niet aan deze gronden wordt voldaan en geen sprake is van een schuld- of strafuitsluitingsgrond (zoals besproken zal worden in paragraaf 3.4.3) kan de vreemdeling strafrechtelijk worden aangepakt voor zijn onrechtmatige verblijf in Nederland.

De strafbaarstelling zal worden geclassificeerd als overtreding met maximale straf van 4 maanden hechtenis, dan wel een geldboete van de tweede categorie (ten hoogste €3800). Vreemdelingen die na de invoering van het wetsvoorstel in Nederland worden aangetroffen en niet beschikken over geldige verblijfsdocumenten kunnen na invoering van het wetsvoorstel worden beboet of in hechtenis worden gesteld.

3.3.1 Doel

De implementatie van de Europese Terugkeerrichtlijn (Richtlijn 2008/115/EG) in de Nederlandse wetgeving heeft ervoor gezorgd dat de beoogde strafbaarstelling uit het regeer- en gedoogakkoord, grotendeels is verwezenlijk. Echter regelt deze geïmplementeerde Terugkeerrichtlijn enkel de strafbaarstelling in weerwil van een uitgevaardigd inreisverbod en heeft deze als doel de terugkeer van vreemdelingen te bevorderen. Het wetsvoorstel van Minister Leers heeft niet het vertrek van illegale vreemdelingen voor ogen, maar wil dat illegale vreemdelingen die nog geen inreisverbod hebben gekregen en voor het eerst worden aangetroffen ook strafbaar zijn. Het verblijf in Nederland moet voor hen onaantrekkelijker worden.

Om de gestelde vormen van overlast en criminaliteit aan te pakken en zodoende de Nederlandse samenleving te beschermen heeft minister Leers een middel willen ontwikkelen dat een afschrikkende en daarmee preventieve werking zal hebben op vreemdelingen die illegaal in Nederland verblijven.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel staat dat;⁴⁹

“Het strafbaar stellen van illegaal verblijvende vreemdelingen geen doel op zichzelf is, maar een van de instrumenten om de illegale komst naar en illegaal verblijf in Nederland te voorkomen en te bestrijden.”

De memorie van toelichting beschrijft dat illegaal verblijf van vreemdelingen als een zodanige inbreuk op de openbare orde wordt gezien, dat dit met bestraffing moet worden hersteld. Minister Leers tracht middels deze wetswijziging vreemdelingen die niet volgens de toegangs- en/of toelatingsregels naar Nederland zijn gekomen of in strijd met hun vertrekplicht Nederland niet (tijdig) hebben verlaten, af te schrikken en hen een duidelijk signaal mee te geven dat illegaal verblijf in Nederland niet geaccepteerd wordt. De memorie van toelichting beschrijft dat het de bedoeling is dat na invoering van het wetsvoorstel de cijfers van illegaal verblijf, het aantal aanhoudingen en het aantal illegalen dat in bewaring wordt gesteld, zullen dalen.

3.3.2 Doelgroep

In het regeer- en gedoogakkoord staat dat handhaving van dit wetsvoorstel zich met name zal richten op criminele en overlastgevende vreemdelingen.⁵⁰ Het wetsvoorstel doelt op meerderjarige vreemdelingen die voor het eerst illegaal op Nederlands grondgebied worden aangetroffen. Met meerderjarig worden personen bedoeld die de leeftijd van achttien jaar of ouder hebben bereikt. De vertrekplicht voor minderjarigen vreemdelingen blijft wel bestaan, echter zullen zij volgens dit wetsvoorstel niet strafbaar zijn op het moment dat zij illegaal in Nederland worden aangetroffen.

3.4 Vormgeving

3.4.1 Toezicht- en opsporingsbevoegdheden

Na invoering van het wetsvoorstel zal het verblijf van illegalen in Nederland een strafbaar feit zijn en dit feit zal geclassificeerd worden als overtreding. Door de strafrechtelijke aanpak van het vreemdelingenbeleid kunnen naast de bestuursrechtelijke toezichtbevoegdheden als

⁴⁹ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p.6

⁵⁰ Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 14.

bedoeld in de Algemene wet bestuursrecht en de Vreemdelingenwet 2000, ook strafrechtelijke opsporingsbevoegdheden worden ingezet.

De aanpak van illegaliteit geschiedt zo langs twee sporen: het bestuursrechtelijke spoor en het strafrechtelijke spoor. Het is belangrijk het onderscheid tussen beide goed voor ogen te houden nu de bevoegdheden een ander doel dienen.

Vreemdelingrechtelijke bevoegdheden in het kader van toezicht en handhaving zijn over het algemeen gericht op het vertrek van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen, terwijl strafrechtelijke opsporingsbevoegdheden daarentegen zijn gericht op opsporing, daadwerkelijke veroordeling en leedtoevoeging aan de illegale vreemdeling.

Door de uitbreiding van de opsporingscapaciteit en de bepaling in de Vreemdelingenwet 2000 dat vreemdelingen mogen worden opgepakt bij een 'redelijk vermoeden' van illegaal verblijf in plaats van de voorheen gehanteerde 'concrete aanwijzing', heeft de politie aan slagkracht gewonnen. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel staat echter wel dat niet actief naar het strafbare feit van illegaal verblijf zal worden gezocht. Het zal over het algemeen enkel gaan om ontdekking van illegaal verblijf op heterdaad in het kader van vreemdelingentoezicht of ontdekking van illegaliteit op het moment dat de vreemdeling wordt aangehouden op verdenking van het plegen van een ander strafbaar feit.

Het uitgangspunt is dat de strafbaarstelling niet tot een grote toename van de overheidswerkzaamheden zal leiden, nu de handhaving zich zal richten op criminele en overlastgevende illegalen en dit reeds gedaan wordt door de vreemdelingenpolitie. Omdat beoogd wordt dat aanhouding op heterdaad zal geschieden wordt niet verwacht dat extra inspanningen van de (vreemdelingen)politie en KMar nodig zijn. De daadwerkelijke gevolgen voor het Openbaar Ministerie, de Rechterlijke Macht en andere betrokkenen kunnen echter in de praktijk pas gemeten worden.

3.4.2 *Strafbeschikking*

Het voorstel is de overtreding van artikel 108a Vreemdelingenwet 2000 af te gaan doen met een strafbeschikking. Dit houdt in dat een Officier van Justitie of opsporingsambtenaar zonder tussenkomst van de rechter zelf een straf mag opleggen. Pas als de bestrafte het niet eens is met de oplegde beschikking en verzet aantekent, zal de zaak in zijn geheel opnieuw bekeken worden door de rechter en is de opgelegde straf (nog) niet voor tenuitvoerlegging vatbaar.⁵¹

⁵¹ Artikel 257^e Wetboek van Strafvordering

Overtreding van de strafbaarstelling wordt bedreigd met zowel hechtenis als geldboete. Omdat het feit als overtreding wordt geclassificeerd, zal het Openbaar Ministerie in de praktijk vaak een financiële sanctie overwegen. Als te voorzien is dat een vreemdeling niet bereid of in staat is de opgelegde geldboete te betalen, kan worden afgezien van de strafbeschikking en kan de vreemdeling meteen worden gedagvaard voor te rechter te verschijnen.

De hoofdstraf hechtenis moet worden onderscheiden van vervangende hechtenis als bedoeld in artikel 24c Wetboek van Strafrecht. Hiervan zal sprake zijn als de opgelegde geldboete niet wordt betaald en geen verhaal bij de vreemdeling mogelijk is. Vervangende hechtenis moet worden gezien als stok achter de deur om onwilligheid tot betaling te voorkomen. Als maatstaf wordt door rechtbanken één dag vervangende hechtenis gehanteerd voor iedere volle €50 die als geldboete wordt opgelegd. Voor de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis is geen hernieuwde rechterlijke tussenkomst vereist. Artikel 382 Wetboek van Strafvordering bepaald dat de kantonrechter bevoegd zal zijn tot vervolging van de overtreding van artikel 108a Vreemdelingenwet 2000.

3.4.3 Schuld- en strafuitsluitingsgronden

Het wetsvoorstel bepaalt dat het enkele feit van onrechtmatig verblijf door een meerderjarige vreemdeling in Nederland voldoende is om tot een veroordeling te komen. Vreemdelingen die geen recht hebben op verblijf in Nederland, maar zich nog in de vertrektermijn als bedoeld in artikel 62, eerste, vierde of vijfde lid Vreemdelingenwet 2000 begeven, worden in de memorie van toelichting expliciet uitgesloten voor strafbaarstelling. Het voorgestelde artikel 108a Vreemdelingenwet 2000 bevat geen expliciete schuldbestanddelen en om tot een schuldigverklaring te komen is geen opzet of sterk vermoeden (culpa) ten aanzien van de vreemdeling nodig dat er sprake is van onrechtmatig verblijf. De strafbaarstelling op zichzelf veronderstelt dat de vreemdeling in de gelegenheid is geweest om Nederland te verlaten. In de memorie van toelichting wordt aangehaald dat vreemdelingen die zich in het kader van het verblijf in Nederland beroepen op de schulduitsluitingsgrond overmacht, worden verwezen naar jurisprudentie waarin het bestanddeel 'in Nederland verblijven' nader is toegelicht.⁵² Voorbeelden van gronden die de schulduitsluitingsgrond overmacht aannemen kunnen zijn dat de verdachte buiten zijn schuld geen documenten voor grensoverschrijding kon verkrijgen en dat door hem alle maatregelen zijn genomen die redelijkerwijs van hem konden worden gevergd

⁵² Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p.10

teneinde aan zijn verplichting om Nederland te verlaten te voldoen.⁵³ Daarnaast kan ziekte of schending van artikel 3 EVRM bij terugkeer overmacht opleveren.⁵⁴ Het Hof in 's-Gravenhage heeft echter ook bepaald dat ondanks er een vreemdeling tijdelijk niet uitgezet kan worden uit Nederland, hij wel inspanning moet verrichten om aan zijn illegale verblijf een eind te maken⁵⁵. Vreemdelingen dragen namelijk zelf de verantwoordelijkheid om naleving te geven aan de regels die zijn neergelegd in de Vreemdelingenwetgeving en vreemdelingen die geen recht (meer) hebben op verblijf in Nederland dienen het land daadwerkelijk te verlaten.

3.4.4 Samenloop

Vreemdelingen die voor het eerst illegaal in Nederland worden aangetroffen, zullen na invoering van het wetsvoorstel strafrechtelijk worden vervolgd voor overtreding van artikel 108a Vreemdelingenwet 2000. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel staat beschreven dat zolang het onrechtmatige verblijf niet wordt beëindigd door bijvoorbeeld vertrek of alsnog verlenen van een verblijfsvergunning, er sprake zal zijn van een voortdurend delict en één strafbaar feit. Men kan zich afvragen of de illegaal verblijvende vreemdeling door invoering van dit wetsvoorstel en de eerder geïmplementeerde Europese Terugkeerrichtlijn, dubbel gestraft zal worden. Dit zal volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel niet het geval zijn. Artikel 55 Wetboek van Strafrecht bepaalt dat indien sprake is van een feit dat in meer dan één strafbepaling valt, te weten de eendaadse samenloop, slechts die bepaling wordt opgelegd waarop de zwaarste hoofdstraf is gesteld. Nu de straf op overtreding van het inreisverbod hoger is dan de strafbaarstelling uit het wetsvoorstel dat illegaal verblijf in Nederland strafbaar wil stellen, te weten ten hoogste zes maanden in plaats van vier maanden hechtenis, zal deze worden aangehouden. Gesteld wordt dat onrechtmatig verblijvende vreemdelingen sinds de implementatie van de Europese Terugkeerrichtlijn een inreisverbod meekrijgen waarop een hogere straf staat. In de praktijk zal het over het algemeen dus niet zo zijn dat de illegaal verblijvende vreemdeling die reeds voor overtreding van artikel 108a Vreemdelingenwet 2000 is bestraft, nogmaals gesanctioneerd zal worden voor overtreding van dit artikel.

Volgens de memorie van toelichting zal de handhaving van de strafbepaling zich met name richten op criminele en overlastgevende vreemdelingen en bestaat de kans dat er sprake zal

⁵³ HR 28 oktober 2008, NJ 2008, 570; HR 20 januari 2009, NJ 2009, 235

⁵⁴ Rechtbank 's-Gravenhage 2 november 2009, LJN: BK6644

⁵⁵ Hof 's-Gravenhage 11 april 2006, LJN: AX0348.

zijn van samenloop met een misdrijf of andere overtreding. Artikel 62 Wetboek van Strafrecht, meerdaadse samenloop, bepaalt dan dat voor elke overtreding zonder vermindering straf wordt opgelegd. Een vreemdeling die zich schuldig maakt aan diefstal en daarnaast onrechtmatig in Nederland verblijft kan daardoor voor beide feiten worden vervolgd en hierbij geldt een onbeperkte cumulatie.

3.4.5 Verjaringstermijn

Door het op deze manier implementeren van de Europese Terugkeerrichtlijn heeft de overheid een extra middel gekregen om illegaal verblijf tegen te gaan. De inspanningen van de overheid beogen, krachtens deze richtlijn, het vertrek van de vreemdeling. De tenuitvoerlegging van de sanctie die wordt opgelegd in het kader van het wetsvoorstel van Minister Leers mag het vertrek van de vreemdeling derhalve niet belemmeren. Indien een vreemdeling wordt uitgezet voordat zijn straf ten uitvoer is gelegd of voordat hij de boete heeft betaald, zal deze straf blijven openstaan totdat de verjaringstermijn van vier jaar is verstreken. Dit houdt in dat als vreemdelingen nog een openstaande straf hebben aangaande het onrechtmatige verblijf en tevens de termijn van het inreisverbod die zij hebben meegekregen nog niet is verstreken, zowel het verblijf in weerwil van het inreisverbod kan worden gestraft, maar ook de openstaande straf aangaande het illegale verblijf alsnog kan worden opgeteld. Deze cumulatie wordt door Minister Leers als extra prikkel gezien.

3.5 Deelconclusie

Om het verblijf van illegalen nog onaantrekkelijker te maken, heeft minister Leers een nieuwe mogelijkheid willen creëren om illegale vreemdelingen die voor het eerst in Nederland worden aangetroffen ook strafbaar te kunnen stellen. Strafbaarstelling moet ervoor zorgen dat diegene welke geen recht hebben op verblijf vertrekken en niet meer terugkeren naar Nederland. Middels het wetsvoorstel wil het kabinet duidelijk maken dat wie illegaal in Nederland verblijft de wet overtreedt en strafbaar gesteld kan worden. Het wetsvoorstel beoogt afschrikwekkend en preventief te werken op de vreemdelingen die hier illegaal verblijven en tevens met betrekking tot de keuze tot illegaal verblijf in Nederland. Door het voorgestelde artikel 108a Vreemdelingenwet zal de situatie zo zijn dat elke illegale vreemdeling door het enkele feit van verblijf in Nederland een strafbaar feit pleegt. Vreemdelingen die na de invoering van het wetsvoorstel in Nederland worden aangetroffen en niet beschikken over geldige

verblijfsdocumenten kunnen na invoering van het wetsvoorstel worden beboet of in hechtenis worden gesteld voor deze overtreding. Deze straf kan door de Officier van Justitie of opsporingsambtenaar zonder tussenkomst van de rechter, middels een strafbeschikking worden opgelegd. Illegale vreemdelingen die het niet eens zijn met de opgelegde straf kunnen verzet aantekenen en hiermee het besluit aanvechten.

4 **Rechtvaardiging van een nieuw strafrechtelijk middel**

4.1 **Inleiding**

In dit hoofdstuk zal onderzocht worden of de bestaande problematiek aangaande illegaal verblijvende vreemdelingen de greep naar een nieuw strafrechtelijk middel rechtvaardigt. Minister Leers is, zo blijkt uit het wetsvoorstel met betrekking tot de strafbaarstelling van het illegale verblijf in Nederland, van mening dat personen die illegaal in ons land verblijven en die niet in bewaring worden gesteld een zodanige inbreuk op de openbare orde veroorzaken dat dit volgens hem met bestraffing moet worden hersteld.⁵⁶ Hij spreekt van een maatschappelijke problematiek. In dit hoofdstuk zal onderzocht worden hoe deze “problematiek” eruit ziet. In paragraaf 2 staat de overlast aangaande illegaal verblijvende vreemdelingen centraal. Nader zal worden ingegaan op deze overlast en beschreven zal worden of men daadwerkelijk kan spreken van een problematiek. Hierop volgend zal in paragraaf 3 bekeken worden of er nood is aan een nieuw middel, of de reeds bestaande instrumenten voldoende adequaat zijn om de gestelde problematiek te beteugelen. De laatste jaren is in de illegaliteitsbestrijding een ontwikkeling te bespeuren waarbij steeds vaker naar het strafrecht gegrepen wordt. Deze criminaliseringstrend komt in paragraaf 4 aan bod. Paragraaf 5 besluit dit hoofdstuk met een deelconclusie.

4.2 **Maatschappelijke problematiek**

In het wetsvoorstel en de bijbehorende memorie van toelichting wordt meerdere malen aangehaald dat illegaal verblijf in verschillende opzichten maatschappelijk zeer belastend is. Wat opvallend is, is dat hoewel overlast en criminaliteit veroorzaakt door illegale vreemdelingen belangrijke redenen zijn voor invoering van dit wetsvoorstel, in de memorie van toelichting of andere kamerstukken weinig tot geen (recente) informatie te vinden is over de omvang van deze problematiek. Om de noodzaak van invoering van dit wetsvoorstel te beoordelen is het juist van belang de aard en omvang van deze overlast in kaart te brengen.

⁵⁶ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011

Navolgend worden cijfers gepresenteerd uit verschillende studies. De literatuurstudie “*Illegaal verblijf in Nederland*”⁵⁷ geeft cijfers weer over het betreffende vraagstuk. Naast deze cijfers zal gebruik gemaakt worden van geanalyseerde politiecijfers uit het onderzoek van Leerkes e.a.⁵⁸ en Engbersen e.a.⁵⁹.

In onderstaande tabel staat het aantal aanhoudingen van illegale vreemdelingen gesplitst naar reden. Het gaat hierbij om verdenkingen, de vreemdelingen zijn (nog) niet veroordeeld.

Tabel 4: Aanhoudingen van illegalen naar reden van aanhouding (percentages)

Verdenking van:	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Illegaal verblijf	58,2	54,8	54,1	48,5	45,9	45,0	46,3
Overtredingen (zwart rijden, verstoring openbare orde)	9,6	10,2	9,7	10,8	7,8	8,0	8,2
Kleine delicten (winkeldiefstal, valse papieren)	18,2	19,8	21,7	27,1	31,4	29,8	28,4
Ernstige delicten (diefstal met geweld, bedreiging)	3,4	4,4	4,1	4,4	5,1	6,7	7,5
Drugsdelicten (van klein tot groot, bezit en handel)	9,3	9,9	9,2	8,4	8,9	9,7	8,8
Overige delicten	1,3	1,0	1,2	0,9	0,9	0,8	0,9
Totaal aantal aanhoudingen	15.034	13.730	13.282	14.164	14.943	19.295	15.313

Bron: Kromhout e.a.⁶⁰

⁵⁷ M.H.C. Kromhout, H. Wubs, & E.M. Th. Beenackers, *Illegaal verblijf in Nederland*, Een literatuuronderzoek, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum 2008, p. 60

⁵⁸ A. Leerkes, M. van San, G. Engbersen, M. Cruijff & P. van der Heijden, *Wijken voor illegalen. Over ruimtelijke spreiding, huisvesting en leefbaarheid*. Den Haag: SdU Uitgevers 2004

⁵⁹ G. Engbersen, R. Staring, J. van der Leun, J. de Boom, P. van der Heijden & M. Cruijff, *Illegale vreemdelingen in Nederland: omvang, overkomst, verblijf en uitzetting*. Rotterdam, RISBO 2002

⁶⁰ M.H.C. Kromhout, H. Wubs, & E.M. Th. Beenackers, *Illegaal verblijf in Nederland*, Een literatuuronderzoek, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum 2008, p. 60

Uit de tabel blijkt dat het overgrote deel van de illegale vreemdelingen dat in aanraking komt met de politie, wordt aangehouden op verdenking van illegaal verblijf. Deze aanhoudingen houden verband met overtredingen van de Vreemdelingenwet en of politieverordeningen en niet met het plegen van een strafbaar feit. De strafbare feiten die gepleegd worden door illegale vreemdelingen zijn in de meeste gevallen onder te verdelen in overtredingen of kleine delicten. Illegale vreemdelingen die niet uitgezet kunnen worden en op straat komen te staan hebben geen recht op sociale en collectieve voorzieningen en het criminele pad is dan een makkelijke en soms enige manier om aan geld te komen. Engbersen en Leerkes beschrijven in hun studies dat de toename van het aantal kleine delicten en dan met name diefstal en het in het bezit zijn van valse papieren, aan de verslechterde maatschappelijke en gemarginaliseerde positie van illegaal verblijvende vreemdelingen in Nederland te wijten is.⁶¹ In dit kader wordt gesproken over zogenaamde verblijfs- en overlevingscriminaliteit.⁶² Hierbij moet gedacht worden aan overtredingen zoals zwartrijden, rijden onder invloed en misdrijven zoals het in bezit zijn van valse papieren en drugs- en diefstalgerelateerde delicten.⁶³

Als de percentages aangaande de aanhoudingen betreffende overtredingen worden bekeken kan geconcludeerd worden dat deze cijfers in de onderzochte periode ongeveer gelijk zijn gebleven. Het aantal aanhoudingen op verdenking van kleine en ernstige delicten is echter gestegen. Een mogelijke verklaring voor de stijging van het aantal aanhoudingen is volgens Boekhoorn de toegenomen alertheid bij politie en justitie en de aanscherping van het vreemdelingenbeleid.⁶⁴ Door de toenemende aandacht voor criminele activiteiten gepleegd door illegalen, bestaat de kans dat ook de klachten over ondervonden overlast toenemen. De beeldvorming ten opzichte van deze groep vreemdelingen wordt immers negatiever en dit kan zorgen voor meer bezorgdheid bij de maatschappij.

Indien het wetsvoorstel van minister Leers wordt aangenomen zullen de cijfers met betrekking tot illegaal verblijf vermoedelijk stijgen. De focus van het vreemdelingtoezicht zal door de strafbaarstelling van illegaal verblijf namelijk worden verlegd. Minister Leers en Minister Opstelten (Veiligheid en Justitie) hebben zelfs afspraken gemaakt over het aantal illegalen dat

⁶¹ M.H.C. Kromhout, H. Wubs, & E.M. Th. Beenackers, *Illegaal verblijf in Nederland*, Een literatuuronderzoek, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum 2008, p. 61

⁶² A. Leerkes, *Illegaal verblijf en veiligheid in Nederland*, (diss. Amsterdam UvA), 2007

⁶³ G. Engbersen, R. Staring, J. van der Leun, J. de Boom, P. van der Heijden & M. Cruijff, *Illegale vreemdelingen in Nederland: omvang, overkomst, verblijf en uitzetting*. Rotterdam, RISBO 2002, p. 31

⁶⁴ P. Boekhoorn, *Operationeel toezicht vreemdelingen; evaluatie van de bevoegdheden in de Vreemdelingenwet 2000 voor het vreemdelingtoezicht door de politie. Evaluatie vreemdelingenwet 2000: terugkeerbeleid en operationeel vreemdelingtoezicht*. Commissie Evaluatie Vreemdelingenwet 2000. Meppel: Boom Juridische Uitgevers 2004 p.123-236.

zij willen oppakken per jaar. Zij willen een zogenaamd illegalenquotum instellen welke er voor zal zorgen dat de politie per jaar 4800 illegalen aanlevert bij de Dienst Terugkeer en Vertrek (DTenV).⁶⁵ Vanuit het kabinet komt veel kritiek op dit voorstel, er wordt zelfs gesproken over een illegalenjacht. Het quotum ligt ver boven het aantal illegalen dat daadwerkelijk overlast veroorzaakt en het oppakken van deze personen heeft daarnaast vaak geen zin omdat velen van hen onuitzetbaar zijn. De politievakbond ACP heeft tevens aangegeven dat er onvoldoende politieagenten beschikbaar zijn om dit quotum te realiseren.⁶⁶

Als bovenstaande aanhoudingscijfers vergeleken worden met het aantal illegalen in Nederland is op te merken dat hoewel de betrokkenheid van illegaal verblijvende vreemdelingen met criminaliteit de laatste jaren is gestegen, al met al gesteld kan worden dat deze beperkt is. De stigmatisering van illegalen vreemdelingen creëert echter voor de Nederlandse bevolking wel het beeld dat het hier om een groep “slechte” mensen gaat.⁶⁷ Als gevolg hiervan kan gesteld worden dat het woord illegaal bijna een synoniem voor crimineel is geworden. Deze ontwikkeling zorgt ervoor dat bij de maatschappij nog meer vrees ontstaat, zij sneller zullen spreken van overlast en al met al sneller gesproken zal worden van ‘maatschappelijke’ problematiek.

4.3 Noodzaak tot invoering

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat illegaal verblijf strafbaar wenst te stellen is opgenomen dat een consequente aanpak van illegaal verblijf essentieel is voor het immigratie- en asielbeleid in Nederland. Om het voorgaande te realiseren heeft het kabinet besloten illegaal verblijf strafbaar te stellen. Om de noodzaak van het wetsvoorstel van minister Leers te beoordelen zal hieronder beschreven worden in hoeverre de reeds bestaande wettelijke maatregelen bescherming kunnen bieden voor de gestelde problematiek en of daadwerkelijk sprake is van noodzaak tot een nieuw middel.

⁶⁵ Nieuwsuur, *Oppositie kwaad over quotum*, 19 maart 2012, <<http://nieuwsuur.nl/onderwerp/353146-oppositie-kwaad-over-quotum.html>>

⁶⁶ *Kamerstukken II 2011/2012*, 19637, nr. 1518

⁶⁷ M.C. Stronks, *De disciplineren van de illegaal, Het doel van de Nederlandse vreemdelingenbewaring*, NJB Aflevering 14, 4 april 2008

De strafbaarstelling van illegaal verblijf zal zich volgens de memorie van toelichting met name richten op criminele en overlastgevende illegalen. Zoals in paragraaf 2.6 beschreven is, bestaan in Nederland reeds tal van middelen om illegaal verblijf en de problemen die hiermee gepaard gaan aan te pakken. De onlangs geïmplementeerde Europese Terugkeerrichtlijn, de artikelen 67 en 108 Vreemdelingenwet 2000 en artikel 197 Wetboek van Strafrecht bieden diverse mogelijkheden om vreemdelingen die illegaal in Nederland verblijven en zich niet houden aan de aanwijzingen met betrekking tot het vreemdelingentoezicht en het gedwongen vertrek strafbaar te stellen.⁶⁸

4.3.1 *Relatie tot het huidige instrumentarium*

De strafbaarstelling van illegaal verblijf is volgens minister Leers een middel om illegaal verblijf in Nederland te bestrijden.⁶⁹ Als gekeken wordt naar de middelen die de Nederlandse wetgeving momenteel biedt om illegaal verblijf tegen te gaan, kan geconstateerd worden dat de medewerking van de vreemdeling om uit Nederland te vertrekken, middels artikel 108 Vreemdelingenwet 2000 al strafrechtelijk kan worden afgedwongen. Omdat dit artikel gedurende de terugkeerprocedure aan een vreemdeling kan worden opgelegd en overtreding van dit artikel met een hogere straf wordt bedreigd dan na overtreding van het voorgestelde artikel 108a Vreemdelingenwet 2000, kan dit instrument meer als prikkel worden gezien om mee te werken aan het proces van terugkeer dan een generieke strafbaarstelling. Menige vreemdeling die hier onrechtmatig verblijft, bevindt zich immers al jaren in de illegaliteit en de invoering van een wetsvoorstel dat dit verblijf strafbaar stelt, zal hen waarschijnlijk niet eerder aanzetten tot vrijwillig vertrek uit Nederland. De afschrikwekkende functie die minister Leers beoogt met zijn wetsvoorstel is derhalve discutabel aangezien al een soortgelijke strafbaarstelling bestaat.

Daarnaast krijgen vreemdelingen die zijn uitgeprocedeerd, die uitgezet worden of die zich anderszins illegaal in Nederland bevinden, sinds de implementatie van de Europese Terugkeerrichtlijn op 31 december 2011 een terugkeerbesluit mee waaraan een inreisverbod (ex artikel 108 lid 6 Vreemdelingenwet 2000) gekoppeld kan zijn. De Europese Terugkeerrichtlijn heeft het doel een doeltreffend beleid van verwijdering en terugkeer van

⁶⁸ *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 vanwege de invoering van strafbaarstelling illegaal verblijf*; Deeladvies: Adviescommissie NOVA / vreemdelingenrechten (i.s.m. Adviescommissie Strafrecht), 1 september 2011, p. 2

⁶⁹ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p.4

personen te ontwikkelen.⁷⁰ Na afgifte van een terugkeerbesluit is de verblijfstatus van de vreemdeling vastgesteld en als een inreisverbod is afgegeven is het verblijf op Nederlands grondgebied hierna verboden. Het inreisverbod verbiedt de toegang tot en het verblijf op Nederlands grondgebied voor een bepaalde termijn. Vreemdelingen die ondanks dit verbod in Nederland verblijven kunnen vanaf dat moment strafrechtelijk worden aangepakt.

Door de invoering van de Europese Terugkeerrichtlijn heeft de Nederlandse overheid een extra instrument gekregen dat illegaal verblijvende vreemdelingen die zich ondanks het inreisverbod in Nederland verhouden kan bestraffen. De implementatie heeft ervoor gezorgd dat de beoogde strafbaarstelling uit het regeer- en gedoogakkoord grotendeels is verwezenlijkt en voordat tot invoering van een generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf wordt overgegaan is het raadzaam om het effect van dit inreisverbod af te wachten nu deze maatregel immers ook ten doel heeft illegaal verblijf tegen te gaan.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is opgenomen dat de strafbaarstelling zich met name zal richten op criminele en overlastgevende illegalen. Naar verwachting zal het Europese inreisverbod ook worden opgelegd indien een illegale vreemdeling in aanraking komt met justitie.⁷¹ Hier moet gedacht worden aan vreemdelingen die een gevaar vormen voor de openbare orde of de nationale veiligheid. Naast dit middel, kunnen criminele en overlastgevende illegalen reeds worden aangepakt met de ongewenstverklaring. Het verblijf van (illegale) vreemdelingen op Nederlands grondgebied is na afgifte van een ongewenstverklaring namelijk verboden en kan middels artikel 197 Wetboek van Strafrecht strafbaar worden gesteld. De afgifte van deze verklaring levert voor de overheid een redelijk vermoeden op dat de vreemdeling een misdrijf pleegt, te weten overtreding van artikel 197 Wetboek van Strafrecht. Ongewenstverklaarde vreemdelingen lopen vanaf dat moment het risico strafrechtelijk te worden vervolgd en kunnen worden veroordeeld tot een gevangenisstraf van zes maanden of geldboete van de derde categorie, (ten hoogste €3.800).⁷² Deze straf is wederom hoger dan het voorgestelde artikel 108a Vreemdelingenwet 2000.

⁷⁰Richtlijn 2008/115/EG (PB L 348, blz. 98).

⁷¹ *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 vanwege de invoering van strafbaarstelling illegaal verblijf*; Deeladvies: Adviescommissie NOVA / vreemdelingenrechten (i.s.m. Adviescommissie Strafrecht), 1 september 2011, p. 3

⁷² Een geldboete van de derde categorie bedraagt maximaal € 7600. Voor feiten begaan tussen 1 januari 2008 en 1 januari 2010 geldt een geldboete van maximaal € 7400; voor feiten begaan tussen 1 februari 2006 en 1 januari 2008 geldt een geldboete van maximaal € 6700; voor feiten begaan voor 1 februari 2006 geldt een geldboete van maximaal € 4500.

De mogelijkheden om vreemdelingen onder het bereik van het strafrecht te laten vallen zijn door de invoering van de ongewenstverklaring vergroot en in het regeer- en gedoogakkoord staat dat het kabinet vaker gebruik zal gaan maken van de mogelijkheid tot ongewenstverklaring.⁷³ Toenmalig staatssecretaris van Justitie Albayrak gaf in 2007 reeds aan dat een ongewenstverklaring gezien kon worden als een indirecte vorm van strafbaar stellen.

4.3.2 Onvoldoende inzet van bestaande middelen

Minister Leers spreekt van een problematische situatie en stelt dat nieuwe middelen nodig zijn om deze problematiek verder aan te pakken. De Adviescommissie Vreemdelingenrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten stelt in haar commentaar op het wetsvoorstel op basis van de algemene ervaring binnen haar beroepsgroep vast dat de strafbaarstellingen op grond van artikel 108 Vreemdelingenwet en artikel 197 Wetboek van Strafrecht niet of nauwelijks worden aangewend.⁷⁴ Dit terwijl zij de overlast gepleegd door illegalen ook kunnen aanpakken. Met deze artikelen worden immers dezelfde doelstellingen nagestreefd als die in het nieuwe wetsvoorstel:

“Volgens het Hof Amsterdam staat art. 197 ten dienste aan de handhaving van het op basis van de Vreemdelingenwet gevoerde vreemdelingenbeleid. De strafbaarheid van het als vreemdeling in Nederland verblijven dient ertoe tegen te gaan dat vreemdelingen in Nederland verblijven of daarnaar terugkeren terwijl de openbare orde zich daartegen blijkens hun ongewenstverklaring verzet .”⁷⁵

Dat zich in Nederland nog steeds vreemdelingen bevinden omdat wij nog niet over de juiste middelen beschikken is een drogreden, aldus Joanne van der Leun.⁷⁶ Dat dit probleem nog niet is opgelost wil namelijk niet zeggen dat de Nederlandse wetgeving niet reeds de geschikte middelen hiervoor in handen heeft. Minister Leers gaf in de memorie van toelichting aan dat een consequente aanpak van illegaal verblijf essentieel is voor het immigratie- en asielbeleid in Nederland. Om aan deze uitspraak te voldoen, is het allereerst van belang dat de bestaande middelen meer ingezet worden. De minister heeft voldoende instrumenten voor handen en zou zich in plaats van een nieuw wetsvoorstel moeten richten op het consequent gebruik maken hiervan. Minister Opstelten van Veiligheid en Justitie gaf tijdens de beantwoording van

⁷³ Regeerakkoord en het gedoogakkoord van het minderheidskabinet VVD-CDA met de Partij voor de Vrijheid (PVV) d.d. 30 september 2010, p. 25

⁷⁴ *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 vanwege de invoering van strafbaarstelling illegaal verblijf*; Deeladvies: Adviescommissie NOVA / vreemdelingenrechten (i.s.m. Adviescommissie Strafrecht), 1 september 2011, p. 2

⁷⁵ Hof Amsterdam 9 december 1999, NbSr 2000, 74

⁷⁶ Interview met Joanne van der Leun, 20 juni 2012 te Leiden

Kamervragen betreffende criminele illegale vreemdelingen aan dat hij de bestaande mogelijkheden als de beëindiging van het verblijf van vreemdelingen, het afgeven van een ongewenstverklaring en het opleggen van bestuursrechtelijke middelen, voldoende adequaat acht om de criminaliteit onder illegale vreemdelingen terug te dringen.⁷⁷ Vanuit de Vreemdelingenketen komen ook geen indicaties dat er nood is aan extra instrumenten.

4.4 Criminaliseringstrend

4.4.1 *Ultimum remedium*

In 1879 gaf de toenmalige minister van Justitie Modderman, die medeverantwoordelijk was voor het schrijven van een nieuw Wetboek van Strafrecht, aan dat het strafrecht enkel mocht worden ingezet als andere middelen in de wetgeving ontoereikend waren.⁷⁸ Het strafrecht moest worden beschouwd als *ultimum remedium*.⁷⁹ Het beginsel van ultimum remedium staat uitgewerkt in de Vreemdelingencirculaire 2000 (A6/1) en de onlangs geïmplementeerde Europese Terugkeerrichtlijn. In de jaren zeventig werd dit begrip vertaald en werden door Van Bemmelen, hoogleraar in het strafrecht, de strafvordering en de criminologie, positieve criteria opgesteld voor strafbaarstelling. Hij stelde dat een regeling door de wetgever als noodzakelijk moest worden geacht en er onvoldoende bescherming zou moeten worden geboden door in andere delen van het recht voorziene sancties.⁸⁰

Hoewel het uitgangspunt van ultimum remedium aantrekkelijk lijkt, kan dit beginsel vaak moeilijk worden aanvaard als toetssteen aan de hand waarvan concrete voorstellen van de politiek aan kunnen worden gerechtvaardigd.⁸¹ Volgens de Hullu, raadsheer bij de Hoge Raad en oud-hoogleraar straf(proces)recht aan de Universiteit van Tilburg, laat de klassieke ultimum remedium-gedachte zich tegenwoordig beter vertalen in een oproep tot een zekere terughoudendheid en een goede argumentenafweging, vooral omdat de verwachtingen van de inzet van strafrechtelijke middelen vaak (te) hooggespannen lijken.⁸²

⁷⁷ *Kamerstukken II*, Kenmerk: 250517 – 2012Z066576, Beantwoording Kamervragen over criminele vreemdelingen, 23 april 2012

⁷⁸ M.S. Groenhuijsen, *Criteria voor strafbaarstelling, Delikt en Delinkwent*, 23(1), 1-6 (1993)

⁷⁹ J. Crijns, *Strafrecht als ultimum remedium, Levens leidmotief of archaisch desideratum?*, *Ars Aequi*, 61 (1)

⁸⁰ J.M. van Bemmelen, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 9

⁸¹ M.S. Groenhuijsen, *Criteria voor strafbaarstelling, Delikt en Delinkwent*, 23(1), 1-6 (1993), p. 1

⁸² J. de Hullu, *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vierde druk, Kluwer, Den Haag: 2009, p. 17

Wanneer het gaat om de vraag wanneer zou mogen worden overgegaan tot de grijp naar een strafrechtelijk middel, kan geconcludeerd worden dat de *ultimum remedium*-gedachte bij een toename van het punitieve bestuursrecht niet altijd meer het juist uitgangspunt is.⁸³ Als we deze vraag betrekken het vreemdelingenrecht in Nederland valt op te merken dat bij de handhaving van vreemdelingrechtelijke problematiek steeds vaker gekozen wordt voor strafrechtelijke middelen in plaats van de bestaande bestuursrechtelijke instrumenten. Het karakter van het *ultimum remedium* blijkt daarom in de hedendaagse praktijk steeds meer een lege frase te worden. Deze tendens is ook te bespotten in het wetsvoorstel van Minister Leers.

4.4.2 Criminalisering

Het beleid dat in Nederland gevoerd wordt om het verblijf van illegale vreemdelingen in Nederland tegen te gaan, vindt zijn origine in het vreemdelingenrecht. De laatste jaren is echter de tendens te ontdekken dat bij deze aanpak steeds vaker naar strafrechtelijke middelen wordt gegrepen. Zowel bij ernstige als bij minder ernstige problematiek wordt steeds sneller naar het strafrecht gegrepen op rechtsgebieden waar dit van oorsprong niet vanzelfsprekend is. Er komen nieuwe wetten met (indirecte) strafbaarstellingen bij en bestaande regelgeving wordt uitgebreid. De grip naar het strafrecht is mede te wijten aan het imago dat het strafrecht heeft nu veel mensen denken dat dit recht meer om het lijf heeft en problemen echt kan oplossen.

Nederland verandert steeds meer van een verzorgingsstaat naar een veiligheidsstaat. Criminaliteit wordt minder gezien als een uitzondering, maar meer als een sociaal probleem waarbij de overheid moet ingrijpen. De politieke aandacht voor veiligheid en normhandhaving stijgt de laatste jaren aanmerkelijk en dit roept de vraag op hoever men mag gaan bij het leveren van strafrechtelijke instrumenten om risico's te beperken.⁸⁴

De versmelting van het strafrecht in andere rechtsgebieden wordt criminalisering genoemd. In het vreemdelingenrecht is de laatste jaren ook sprake van criminalisering. Meer specifiek wordt aan de versmelting van het strafrecht in het immigratiebeleid de term *crimmigratie* gegeven. De grenzen tussen deze rechtsgebieden worden vager en het strafrecht neemt steeds vaker een dominante rol in.⁸⁵

⁸³ J. Crijns, *Strafrecht als ultimum remedium, Levens leidmotief of archaisch desideratum?*, *Ars Aequi*, 61 (1), pp. 11-18, p. 12

⁸⁴ J. de Hullu, *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vierde druk, Kluwer, Den Haag: 2009, p. 9

⁸⁵ T. Miller (2005) *Blurring the Boundaries Between Immigration and Crime Control after Sept 11th*, *Boston College Third World Law Journal* vol. 25: 81-123

Stephen Legomsky, professor aan de Washington University Law en gespecialiseerd in onder andere het immigratie- en vluchtelingenrecht, heeft onderzoek gedaan naar de versmelting van het strafrecht in het vreemdelingenrecht en de ongelijkheid die dit meebrengt voor de gegeven waarborgen uit de verschillende rechtsgebieden. In de Nederlandse wetgeving liggen diverse waarborgen verankerd welke rechtszekerheid bieden aan de burgers en het is van groot belang dat deze rechtszekerheid door eventuele versmelting van rechtsgebieden niet uit het oog verloren raakt. Zowel het strafrecht als het vreemdelingenrecht bevatten juridische middelen om naleving in concrete gevallen af te dwingen of niet-naleving achteraf te bestraffen. De karakters van deze rechtsgebieden zijn echter in hoge mate verschillend en dit mag de overheid niet vergeten. Het vreemdelingenrecht heeft een reparatoir, of wel herstelkarakter, en het strafrecht beoogt punitief te werken. De handhaving in het bestuursrechtelijke vreemdelingenrecht is gericht op het tegenhouden, dan wel ongedaan maken van een situatie, die in strijd is met wettelijke voorschriften. Deze handhaving heeft als zodanig niet de bestraffing met herstel van deze situatie voor ogen. Dit is het tegenovergestelde van wat het strafrecht beoogt, namelijk leed toevoeging aan de wetsovertreder.

Het huidige kabinet heeft omtrent de strafbaarstelling van illegaal verblijf afgesproken dat het oogmerk is criminele en overlastgevende illegalen te weren en hen zo snel mogelijk het land uit te zetten. Een illegaal verblijvende vreemdeling zal na invoering van het wetsvoorstel worden bestraft met hechtenis of een geldboete. Dit betreffen punitieve sancties die het doel hebben de illegale vreemdelingen leed toe te voegen. Dit is kenmerkend voor strafrechtelijke handhaving. Een strafrechtelijke sanctie wegens illegaal verblijf dient een ander doel als een bestuursrechtelijke sanctie, zoals bijvoorbeeld vreemdelingenbewaring. Vreemdelingenbewaring is een vorm van bestuursdwang en daarmee een herstelsanctie.⁸⁶ *Deze sanctie strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding* (artikel 5:2, eerste lid, onder b, Awb). Als gekeken wordt naar de doelstellingen die minister Leers beoogt met de strafbaarstelling van illegaal verblijf kan geconcludeerd worden dat dit artikel precies bedoeld wat minister Leers tracht te bereiken. De strafbaarstelling wordt namelijk

⁸⁶ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p.24

gezien als instrument om de illegale komst naar en illegaal verblijf in Nederland te voorkomen en te bestrijden en vreemdelingen af te schrikken.⁸⁷

Formeel gezien is het verblijf van illegale vreemdelingen op Nederlands grondgebied nog niet strafbaar (gesteld). Zoals reeds besproken bestaat echter wel tal van wet- en regelgeving die indirect voor bestraffing en dus criminalisering van vreemdelingen kan zorgen. In het regeer- en gedoogakkoord heeft het kabinet nog verdere intensiveringen van het bestaande vreemdelingenbeleid aangekondigd. De zelfstandige terugkeer van vreemdelingen zal worden bevorderd, de terugkeer van vreemdelingen zal vaker worden afgedwongen en de glijdende schaal bij ongewenstverklaringen zal verder worden aangescherpt. Vreemdelingen die een gevaar zijn voor de openbare orde en nationale veiligheid kunnen sneller dan voorheen worden uitgezet en sinds de implementatie van de Europese Terugkeerrichtlijn heeft de Nederlandse overheid een extra middel gekregen waardoor vreemdelingen die zich in weerwil van een afgegeven inreisverbod illegaal op Nederlands grondgebied begeven, strafbaar gesteld kunnen worden. Al deze ontwikkelingen impliceren dat er meer sprake is van strafrechtelijke repressie en dat het strafrecht eerder en vaker kan worden ingezet door aanpassingen die buiten het strafrecht om zijn doorgevoerd.⁸⁸

4.5 Deelconclusie

Minister Leers is, zo blijkt uit het wetsvoorstel van mening dat personen die illegaal in ons land verblijven en die niet in bewaring worden gesteld een zodanige inbreuk op de openbare orde veroorzaken dat dit volgens hem met bestraffing moet worden hersteld. Hij spreekt van maatschappelijke problematiek. In dit onderzoek zijn de meest recente cijfers met betrekking tot de overlast en gepleegde criminaliteit door illegalen onderzocht. Over het algemeen kan gesteld worden dat de problematiek beperkt is en dat het overgrote deel van de illegale vreemdelingen dat in aanraking komt met de politie wordt aangehouden op verdenking van illegaal verblijf. De strafbare feiten die gepleegd worden door illegale vreemdelingen zijn vaak te wijten aan de gemarginaliseerde maatschappelijke positie en het merendeel van de deze feiten kan ondergebracht worden in verblijfs- en overlevingscriminaliteit.

⁸⁷ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p.4

⁸⁸ J. van der Leun, *Criminigratie*, Apeldoorn – Antwerpen, Maklu 2010, p. 24

Naar aanleiding van het onderzoek kan gesteld worden dat de gestelde problematiek reeds aangepakt kan worden met de bestaande instrumenten. Er zijn voldoende middelen in de Nederlandse wetgeving aanwezig die illegaal verblijf en de problemen die hiermee gepaard gaan kunnen beteugelen en dezelfde doelen nastreven als die blijken uit het wetsvoorstel van minister Leers. Deze bestaande instrumenten worden als voldoende adequaat geacht om de criminaliteit onder illegale vreemdelingen terug te dringen. Bovendien zijn er geen geluiden uit de Vreemdelingenketen te horen die bevestigen dat er nood is aan extra instrumenten.

Daarnaast heeft de Nederlandse overheid door de invoering van de Europese Terugkeerrichtlijn een extra instrument gekregen dat (criminele en overlastgevende) illegale vreemdelingen kan bestraffen. De implementatie van deze richtlijn heeft er tevens voor gezorgd dat de beoogde strafbaarstelling uit het regeer- en gedoogakkoord grotendeels is verwezenlijkt.

Geconcludeerd kan worden dat de gestelde problematiek aangaande illegaal verblijvende vreemdelingen de greep naar een nieuw strafrechtelijk middel niet rechtvaardigt. De toegevoegde waarde van een strafbaarstelling van illegaal verblijf, die zich in de handhaving voornamelijk zal richten op criminele en overlastgevende illegalen, is te betwijfelen nu de Nederlandse wetgeving voldoende middelen biedt om deze groep vreemdelingen aan te pakken. Voordat gesproken kan worden van noodzaak tot een nieuw middel zal het bestaande instrumentarium meer ingezet moeten worden.

5 De gevolgen van strafbaarstelling

5.1 Inleiding

De strafbaarstelling van illegalen is volgens de memorie van toelichting geen doel op zich zelf, maar een instrument om de illegale komst naar en illegaal verblijf in Nederland te voorkomen en te bestrijden. Met de strafbaarstelling van illegaal verblijf wordt een afschrikkende werking beoogd en minister Leers wil een duidelijk signaal afgeven aan vreemdelingen die niet volgens de toegangs- en toelatingsregels naar Nederland zijn gekomen of in strijd met hun vertrekplicht Nederland niet (tijdig) hebben verlaten.⁸⁹ Na invoering van het wetsvoorstel zijn alle illegaal verblijvende vreemdelingen op Nederlands grondgebied strafbaar. De reden die hiervoor wordt aangevoerd is dat illegalen voor veel overlast zorgen. In deze deelvraag zal onderzocht worden of (een generieke) strafbaarstelling van illegaal verblijf het juiste middel is om de gestelde problematiek te beteugelen. In paragraaf 2 zal de relatie tussen illegaal verblijf en criminaliteit onder de loep worden genomen. Vervolgens wordt in paragraaf 3 beschreven wat voor effecten het wetsvoorstel kan hebben. De symbolische waarde van het wetsvoorstel zal in paragraaf 4 aan de orde komen. In paragraaf 5 wordt onderzocht welke gevolgen de oplegging van een straf kan hebben op de terugkeerprocedure van illegale vreemdelingen. Vervolgens zal in paragraaf 6 nader worden ingegaan op de rechtsbescherming van illegale vreemdelingen. Tot slot besluit paragraaf 7 dit hoofdstuk met een deelconclusie.

5.2 Relatie tussen illegaal verblijf en criminaliteit

De laatste jaren heeft bij de opeenvolgende regeringen de gedachte postgevat dat het bestraffen van illegale vreemdelingen hen zal ontmoedigen illegaal in Nederland te verblijven, hen zal bewegen tot vertrek, maar ook dat zij zich daardoor zullen weerhouden van het plegen van strafbare feiten.

⁸⁹ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p. 1

5.2.1 Criminaliteitshypothesen

Als gezocht wordt naar een relatie tussen illegaliteit en criminaliteit kunnen in de literatuur twee hypothesen worden aangetroffen.⁹⁰ De ene hypothese beweert dat illegale vreemdelingen zich uit angst voor ontdekking en uitzetting zullen onthouden van criminele activiteiten. Deze hypothese is ook terug te vinden in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van minister Leers nu hij een afschrikkende werking met artikel 108a Vreemdelingenwet 2000 beoogt. De andere hypothese stelt dat door de bestempeling als illegaal en de uitsluiting van enige voorziening in de maatschappij, de illegale vreemdeling de criminaliteit in wordt gedrukt.

Een recent onderzoek van Mieke Kox, waarbij zij tientallen uitgeprocedeerde en dus illegale vreemdelingen interviewde, spreekt deze beide hypothesen echter deels tegen. Ondanks de gemarginaliseerde positie waarin menig illegalen vreemdelingen zich bevinden, hoeft dit volgens haar niet automatisch te betekenen dat deze groep vreemdelingen zich schuldig maakt aan criminaliteit om op die manier in hun levensonderhoud te voorzien. De geïnterviewde vreemdelingen verkozen vaak honger of een dakloos bestaan boven het plegen van criminaliteit en boven de terugkeer naar het land van herkomst.⁹¹

Anders onderzoeken laten zien dat de strafbare feiten die gepleegd worden door illegale vreemdelingen, vaak wel te wijten zijn aan de marginale positie waarin zij zich begeven.

Er is een uitgebreide studie gedaan naar de verhouding tussen (illegale) vreemdelingen en criminaliteit waaruit bleek dat de gepleegde criminaliteit onder uitgeprocedeerde en dus illegale vreemdelingen procentueel hoger lag dan die van vreemdelingen met een (tijdelijke) verblijfsstatus of vreemdelingen die in afwachting waren op de uitslag in hun asielprocedure.⁹²

5.2.2 Marginalisering

Voorkomen dient te worden dat het signaal wordt afgegeven dat de Nederlandse overheid onrechtmatig verblijf tolereert. Het is echter de vraag in hoeverre strafbaarstelling van het verblijf op Nederlands grondgebied hierbij effectief is en zal bijdragen aan de doelstelling om illegaliteit in Nederland beter te reguleren, de overlast daadwerkelijk aan te pakken en niet zal zorgen voor vergroting van de “problemen” die nu bestaan.

⁹⁰ A. Leerkes, M. van San, G. Engbersen, M. Cruijff & P. van der Heijden, *Wijken voor illegalen. Over ruimtelijke spreiding, huisvesting en leefbaarheid*. Den Haag: SdU Uitgevers 2004

⁹¹ Mieke Kox, “Restrictief illegalenbeleid lijkt averechts te werken”, *BJU Tijdschriften – Proces* 2010 (89) 5, p.287

⁹² J. de Boom, G. Engbersen & A. Leerkes, *Asielmigratie en criminaliteit*. Apeldoorn: Police and Science 2006

De maatschappelijke en sociaal-economische positie van illegale vreemdelingen wordt door uitsluiting sterk verzwakt en de verleiding om over te gaan tot onwettige of criminele activiteiten en met name tot de zogenoemde overlevingscriminaliteit kan hierdoor toenemen. Juist door de zwakke positie waarin zij zich bevinden, zullen deze vreemdelingen sneller bereid zijn tot huisvesting onder slechte omstandigheden. De overbewoning of dakloosheid die het gevolg is van deze situatie, kan op zijn beurt zorgen voor overlast en gevoelens van onveiligheid bij omwonenden. Gezien het feit dat het voor illegale vreemdelingen onmogelijk is op legale wijze te werken en zij geen recht hebben op een uitkering maar toch in hun onderhoud moeten voorzien, is de bereidheid tot arbeid tegen geringe beloning in slechte arbeidsomstandigheden vaak groot. Illegale tewerkstelling ligt voor de hand bijvoorbeeld in sectoren waar regulering vanuit de overheid gering is, zoals bij de huishoudelijke hulp of (gedwongen) prostitutie. Illegalen lopen ook het risico ingeschakeld te worden bij de drugshandel, of bij het verzorgen van wietkwekerijen. Zij zijn ook een gemakkelijke prooi voor personen die van deze positie willen profiteren, zoals huisjesmelkers en malafide werkgevers en mensenhandelaren.⁹³

Uitsluiting uit de maatschappij en de kans van strafrechtelijke vervolging kan tot gevolg hebben dat vreemdelingen die onrechtmatig in Nederland verblijven eerder worden uitgebuit en ervan weerhouden worden aangifte bij de politie te doen van slachtofferschap van criminele activiteiten zoals mensenhandel, bedreiging of uitbuiting, uit angst om ontdekt te worden.⁹⁴ Dit isolement kan er ook voor zorgen dat de illegale vreemdelingen geen contact meer durven op te nemen met hulpinstanties of de personen die zij wellicht kennen in Nederland. De afhankelijkheid ten opzichte van malafide werkgevers of criminelen wordt hierdoor vergroot. Ook in het geval dat slachtoffers of getuigenaangevers van mensenhandel in de wet uitgezonderd zouden worden voor strafbaarstelling, is het aannemelijk dat het wetsvoorstel nog steeds afschrikt tot het doen van aangifte. Vergelijkbaar hierin is bijvoorbeeld de vraag om medische hulp door deze groep vreemdelingen. De Koppelingswet geeft hen het recht op deze hulp, maar zij zullen uit angst om opgepakt te worden hiervan vaak afzien.

⁹³ *Kamerstukken II*, Kenmerk: 5695713/11, Aanpak van illegaal verblijf in reactie op het WODC-rapport illegalenschatting 2009, p. 2

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 420, nr. 11 (in dit kamerstuk wordt deze stelling bevestigd door de disseraties van Leerkes uit 2007 en Schoevers uit 2011)

⁹⁴ Dissertaties van Leerkes 2007 en Schroevers 201

Instellingen die zich bezig houden met het tegengaan van uitbuiting van illegalen en mensenhandel uiten dan ook zorg over de voorgestelde strafbaarstelling. Zij zijn van mening dat de angst, die nu ook al bestaat, om hulp te zoeken zal toenemen aangezien illegale vreemdelingen door het wetsvoorstel een boete of celstraf riskeren.⁹⁵

5.3 Effectiviteit

Het marginaliserende effect van het wetsvoorstel en de mogelijke criminaliteit die hiervan het gevolg zij, waren in 2005 voor toenmalig minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie Donner een reden om af te zien van de strafbaarstelling van illegaal verblijf.⁹⁶ De overwegingen van toen, staan echter in schril contrast met recente beweringen van enkele leden van de Tweede Kamer dat strafbaarstelling van illegalen juist ten goede zal komen aan de maatschappij en aan bijvoorbeeld de slachtoffers van uitbuiting en mensenhandel. In de woorden van CDA-kamerlid Knops: *“Het (illegaal verblijf) is ook niet goed voor de mensen zelf, omdat zij het risico lopen te worden uitgebuit, slachtoffer te worden van mensenhandel, in de prostitutie terecht te komen.”* VVD-kamerlid Van Nieuwenhuizen zei: *“Ik noem het risico op het in aanraking komen met criminaliteit, op uitbuiting door malafide uitzendbureaus en op het in handen vallen van mensensmokkelaars of types die mensen tot prostitutie dwingen. Al die gevaren zijn levensgroot aanwezig. Dat sterkt ons erin dat we iets moeten doen aan illegaliteit.”*⁹⁷

Als we deze woorden als vertrekpunt nemen en er inderdaad van uitgaan dat de gemarginaliseerde positie van illegale vreemdelingen hen in zo een parket brengt dat zij worden uitgebuit of in aanraking komen met criminaliteit, wat zal strafbaarstelling van illegaal verblijf dan bijdragen aan de oplossing van deze problematiek? Zal strafbaarstelling illegalen weerhouden van het plegen van een strafbaar feit of hen prikkelen terug te keren naar het land van herkomst? Daarvoor moeten we eerst kort terug naar de discussie van 2004 en 2005.

⁹⁵ Brief van mevrouw Passchier e.a., gericht aan de leden van de commissie voor Immigratie en Asiel van de Eerste Kamer der Staten Generaal, 5 december 2011

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 537 nr. 23

⁹⁷ Brief van mevrouw Passchier (Federatiebestuurder FNV), de heer Limmens (Vice-voorzitter CNV) en de heer Van der Wal (Duo-voorzitter MHP mede namens CoMensha, Fairwork, Stichting Landelijk Ongedocumenteerden Steunpunt e.a., gericht aan de leden van de commissie voor Immigratie en Asiel van de Eerste Kamer der Staten Generaal, 5 december 2011

Op 1 juli 2004 werd door de Tweede Kamer de tijdens het notaoverleg ingediende motie Van Fessem/Nawijn aangenomen.⁹⁸ In deze motie werd door de Kamer verzocht onderzoek te doen naar de voor- en nadelen van de strafbaarstelling van illegaal verblijf en de mogelijke uitwerking daarvan. De Kamer wilde weten in hoeverre het strafbaar stellen van illegaal verblijf een bijdrage kon leveren aan het voorkomen en bestrijden van illegaliteit. Ter uitvoering van deze motie-Van Fessem/Nawijn zond toenmalig minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie Donner een brief aan de Tweede Kamer.⁹⁹ In deze brief stonden bezwaren tegen de strafbaarstelling van illegaal verblijf genoemd die ook in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van minister Leers aangehaald worden.¹⁰⁰

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

Opvallend is dat Minister Leers in de memorie van toelichting bij het huidige wetsvoorstel niet (specifiek) op dit mogelijke effect ingaat. Tijdens de beraadslaging van dit onderwerp heeft de minister aangegeven niet de mening te delen dat vreemdelingen dieper in de illegaliteit worden gedrukt.¹⁰¹ Dit terwijl de nadelige effecten van het wetsvoorstel zoals hierboven genoemd door meerdere deskundigen op dit gebied worden verwacht. Het enige dat de minister over de effectiviteit van het wetsvoorstel te melden heeft, is dat hiernaar nog geen onderzoek is geweest aangezien het beleid nog doorgevoerd moet worden. Dit is een interessante opmerking aangezien de effectiviteit van een wetsvoorstel een van de belangrijkste maatstaven is om de doelstellingen te bereiken. Onderzoek naar de mogelijke effecten is dus van groot belang voordat tot strafbaarstelling kan worden overgegaan.

In de memorie van toelichting staat beschreven dat de strafbaarstelling van illegaal verblijf niet moet worden beschouwd als aanvulling van het terugkeerbeleid en niet het doel heeft het vertrek van illegale vreemdelingen te bevorderen.¹⁰² Deze stelling is enigszins contrair aan het

⁹⁸ Kamerstukken II 2003/04, 29 537 nr. 3

⁹⁹ Kamerstukken II 2004/05, 29 537 nr. 23

¹⁰⁰ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p. 25

¹⁰¹ Kamerstukken II 2011/12, 31 549, nr. 4

¹⁰² Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p. 6

feit dat tevens in de memorie van toelichting beschreven staat dat de inspanningen van het kabinet primair gericht zijn en blijven op het vertrek van illegale vreemdelingen uit Nederland.¹⁰³

In het regeer- en gedoogakkoord is met betrekking tot deze strafbaarstelling namelijk afgesproken dat het wetsvoorstel ervoor moet zorgen dat het verblijf in Nederland onaantrekkelijker wordt en zodoende het illegale verblijf wordt bestreden. Het kabinet is van mening dat illegalen sneller terugkeren naar het land van herkomst als het verblijf in Nederland minder aantrekkelijk gemaakt wordt.

De hoop bestond dat door het uitsluiten van illegalen van toegang tot de eerste levensbehoeften, zij enerzijds zelf zouden vertrekken en dat anderzijds de immigratiecijfers zouden dalen. Dit bleek een enigszins naïeve gedachten en had in de praktijk zelfs averechtse gevolgen. Vice-Hoge Commissaris voor Mensenrechten van de VN Kyung-Wha Kang stelt dat geen empirisch onderzoek beschikbaar is dat kan aantonen dat detentie irreguliere migratie afschrikt en dat asielzoekers die zijn uitgeprocedeerd eerder terugkeren naar het land van herkomst op het moment dat hun verblijf strafbaar wordt gesteld.¹⁰⁴ Kang verzocht om die reden de staten in Europa en daarbuiten zelfs om illegaal verblijf niet te onderwerpen aan strafbaarstelling.

Het valt dus te betwijfelen of de beoogde afschrikkende werking van het wetsvoorstel gaat zorgen voor vertrek uit Nederland. De empirische onderbouwing van de aannames die in de politieke debatten worden gedaan ontbreekt. Het onderzoek dat wel beschikbaar is wijst er eerder op dat samensmelting van het strafrecht en het vreemdelingenrecht zal leiden tot een toenemende populatie van uitgesloten.¹⁰⁵

De illegalen die Mieke Kox (2010) interviewde, gaven aan dat de aanscherping van het vreemdelingenbeleid in Nederland het verblijf moeilijker maakt, maar dat het er over het algemeen niet voor zorgt dat zij vrijwillig uit Nederland vertrekken. De politieke, economische en sociale situatie in het land van herkomst is hiervoor vaak te ongewis.¹⁰⁶ Aldus kan gesteld worden dat de beslissing van illegalen om al dan niet terug te keren naar het land van herkomst niet of nauwelijks te beïnvloeden is door in Nederland maatregelen tegen hen te nemen.¹⁰⁷ Aanscherping van het beleid zal een illegale vreemdeling wellicht aan het denken zetten, maar vermoedelijk nog altijd minder bezwaarlijk worden gevonden dan terug te keren naar situatie in het land van herkomst, zeker als men in Nederland al een zeker bestaan heeft opgebouwd.

¹⁰³ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p. 4

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 420, nr. 11

¹⁰⁵ J. van der Leun, *Crimminigratie*, Apeldoorn – Antwerpen, Maklu 2010, p. 18

¹⁰⁶ Mieke Kox, "Restrictief illegalenbeleid lijkt averechts te werken", *BJU Tijdschriften – Proces* 2010 (89) 5, p.283

¹⁰⁷ Mieke Kox, "Restrictief illegalenbeleid lijkt averechts te werken", *BJU Tijdschriften – Proces* 2010 (89) 5, p.286

5.4 Symboolpolitiek

Er komen nieuwe wetten met (indirecte) strafbaarstellingen bij en bestaande regelgeving wordt uitgebreid. Vaak wordt hierbij niet of onvoldoende onderzocht of de bestaande wetgeving voldoende bijdrage kan leveren aan het oplossen of het verkleinen van de gestelde problematiek.¹⁰⁸ Hiervan lijkt ook sprake te zijn bij het wetsvoorstel van minister Leers.

5.4.1 Criteria strafbaarstelling

Strafrechtsgeleerde prof. dr. Hulsman formuleerde negatieve criteria voor strafbaarstelling.¹⁰⁹ Volgens hem mocht niet tot strafbaarstelling worden overgegaan als het daarbij enkel zou gaan om het uitdragen van een bepaalde overtuiging. De strafbaarstelling zou daarnaast geen doorgang mogen vinden als de capaciteit van het rechtssysteem onvoldoende was voor een effectieve rechtshandhaving en er zou niet tot strafbaarstelling moeten worden overgegaan als dit een schijnoplossing voor de aan de orde zijnde problemen zou betekenen.¹¹⁰

Als we deze criteria betrekken op het wetsvoorstel van minister Leers kan opgemerkt worden dat in de memorie van toelichting meerdere malen wordt benadrukt dat de regering met de strafbaarstelling een signaal wenst af te geven. Het gaat hierbij om het uitdragen van een overtuiging welke als volgt wordt beschreven; *“Onrechtmatig verblijf wordt beschouwd als een serieuze inbreuk op de openbare orde die met een bestraffing zal worden hersteld.”*¹¹¹

In de tweede plaats kan worden betwijfeld dat deze wet de gestelde problemen gaat oplossen, omdat die aanname niet op feiten is gebaseerd en daardoor onrealistisch is.¹¹² De Nederlandse overheid beschikt reeds over een arsenaal aan wetten die kunnen bijdragen aan het terugdringen van het aantal illegalen en de bijkomende problematiek binnen de perken trachten te houden. Het in zijn geheel oplossen van deze problematiek is niet realistisch en de strafbaarstelling van illegalen kan derhalve ook om die redenen als symboolpolitiek worden beschouwd.

¹⁰⁸ J. Crijns, *Strafrecht als ultimum remedium, Levens leidmotief of archaïsch desideratum?*, Ars Aequi, 61 (1), pp. 11-18, p. 11

¹⁰⁹ Hulsman, L. C. H., *Handhaving van recht, inaugurele rede*, Deventer/Antwerpen: 1965

¹¹⁰ M.S. Groenhuijsen, *Criteria voor strafbaarstelling, Delikt en Delinkwent*, 23(1), 1-6 (1993), p. 1

¹¹¹ Concept Memorie van Toelicht, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, p.23

¹¹² Interview met Joanne van der Leun, 20 juni 2012 te Leiden

Ten aanzien van de capaciteit van het rechtssysteem kan het volgende worden opgemerkt. Verdonk onderzocht in 2004 als toenmalig VVD-minister van Vreemdelingenzaken en Integratie de haalbaarheid van strafbaarstelling van illegaal verblijf. Zij kwam tot de conclusie dat er te weinig celcapaciteit was en dat het een te grote druk zou leggen op het toch al overbelast strafrechtssysteem. Volgens de memorie van toelichting bij het huidige wetsvoorstel wordt de prioriteit gelegd bij de aanpak bij criminele en overlastgevende vreemdelingen. Echter ligt het voor de hand dat ook de illegale vreemdelingen welke geen overlast veroorzaken ook getroffen worden door dit wetsvoorstel. De prioriteiten van het vreemdelingentoezicht zullen selectiever worden en zich meer richten op de constatering van dit mogelijke strafbare feit. Als de plannen van Minister Leers en Minister Opstelten wat betreft het illegalenquotum worden doorgevoerd, zal er helemaal een jacht op illegalen ontstaan welke zal leiden tot een toename van de oplegging van vrijheidsontnemende straffen aan illegalen. De capaciteit van justitiële instellingen zal hierdoor enorm worden belast en daarnaast zal het financiële gevolgen hebben voor de overheid.

5.4.2 Oplossen van de gestelde problematiek

Het is te gemakkelijk om te stellen dat invoering van de wet noodzakelijk is omdat de gestelde problematiek nog niet is opgelost. Volgens prof. dr. Van der Leun is er geen enkel internationaal voorbeeld te noemen waarin een democratische samenleving het illegaliteitsprobleem in zijn geheel heeft weten op te lossen. Elke willekeurige migratie-expert zou volgens haar kunnen bevestigen dat waar legale migratie is, ook sprake zal zijn van illegale migratie.¹¹³ De Nederlandse overheid kan er natuurlijk naar streven illegale migratie zoveel mogelijk tegen te gaan en binnen de perken te houden en als gekeken wordt naar Nederlandse illegaliteitscijfers kan geconcludeerd worden dat de overheid hierin een heleboel stappen heeft gezet. Over de jaren heen is de illegaliteit in Nederland gereduceerd.

Deze positieve resultaten worden niet of in ieder geval onvoldoende belicht waardoor het beeld ten opzichte van illegale vreemdelingen in Nederland niet (snel) zal veranderen. Er wordt enkel gekeken naar wat er nog niet is opgelost. Het is echter geen realistisch uitgangspunt om te denken dat de overheid ervoor kan zorgen dat er geen één illegale vreemdeling meer op Nederlands grondgebied verblijft. Het is voor sommige vreemdelingen om diverse redenen namelijk vaak onmogelijk om terug te keren naar het land van herkomst en de overheid zal dit moeten accepteren. Als de overheid zou durven toegeven dat de problematiek niet in zijn

¹¹³ Interview met Joanne van der Leun, 20 juni 2012 te Leiden

geheel op te lossen is, wat voor sommige politieke partijen electoraal natuurlijk erg onaantrekkelijk is, en zich in zou zetten op de verbetering van het terugkeerproces, zou dit de illegalencijfers en de gestelde problematiek wellicht beter kunnen terugdringen. De kans is echter klein dat de politiek, mede met het oog op de kiezers, zal durven toegeven dat sommige problemen simpelweg niet op te lossen zijn.

5.5 Belemmering in de uitzetting

In het regeer- en gedoogakkoord is het volgende afgesproken met betrekking tot de strafbaarstelling van illegaal verblijf:¹¹⁴

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

In de memorie van toelichting worden deze woorden herhaald. Tegelijkertijd staat in de memorie van toelichting ook dat de strafbaarstelling niet als doel heeft het vertrek van de vreemdeling te bevorderen, maar het doel heeft de vreemdeling te bestraffen voor zijn actuele onrechtmatige verblijf in Nederland.¹¹⁵ Het verwijderings- en terugkeerbeleid komen later pas in beeld. Zoals in de Vreemdelingencirculaire¹¹⁶ is vastgelegd, is de minister (waaronder de onder hem ressorterende Dienst Terugkeer en Vertrek die zich bezighouden met het vertrekproces) verplicht om gedurende de strafrechtelijke detentie aan de uitzetting van de vreemdeling te werken.¹¹⁷ De praktijk wijst echter uit dat er dan over het algemeen geen uitzetactiviteiten worden verricht.

5.5.1 Onuitzetbare vreemdelingen

De uitzetting van illegale vreemdelingen uit Nederland is vaak om diverse reden onmogelijk. Vele illegale vreemdelingen beschikken niet over de juiste identiteitspapieren, of het land van herkomst werkt niet mee aan de terugkeer en weigert een laissez passer te verstrekken. De

¹¹⁴ Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 14, p. 34

¹¹⁵ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p. 6

¹¹⁶ A6/5.3.7.1 Vc 2000

¹¹⁷ Adviescommissie NOVA / vreemdelingenrechten (i.s.m. Adviescommissie Strafrecht), *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 vanwege de invoering van strafbaarstelling illegaal verblijf*; Deeladvies: 1 september 2011, p. 5

vreemdeling kan het land dan buiten schuld om niet verlaten, omdat er geen land van herkomst is dat hem als onderdaan erkent of wil opnemen.¹¹⁸

Als het de politie niet lukt om een illegale vreemdeling het land uit te zetten, zullen zij de illegale vreemdeling verzoeken het land te verlaten. De kans is echter klein dat de laatstgenoemden daar gehoor aan zullen geven. De overheid kan middels een strafbaarstelling van illegaal verblijf de vreemdeling proberen af te schrikken en hem met dwang proberen te bewegen terug te keren naar het land van herkomst, maar als een vreemdeling niet uitzetbaar is, dient dit wetsvoorstel totaal geen nut. Uitzetting is namelijk enkel mogelijk als de identiteit van de vreemdeling bekend is en het land van herkomst achterhaald kan worden. Het land van herkomst moet daarnaast akkoord gaan met de terugkeer en de vreemdeling mag niet het gevaar lopen te worden onderworpen aan foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin van artikel 3 EVRM.

Volgens het Humanistisch verbond bevinden zich in Nederland tussen de 35.000 en 60.000 onuitzetbare vreemdelingen.¹¹⁹ Minister Leers gaf aan dat ongeveer 48% van de in totaal in Nederland verblijvende illegalen niet uitgezet kan worden.¹²⁰ Dit is een immens aantal waarvoor de strafbaarstelling van het illegale verblijf niet te rechtvaardigen is.

De detentie van een illegale vreemdeling zal, zeker voor de categorie die onuitzetbaar is, geen toegevoegde waarde hebben. Een punitieve sanctie voor het verblijf in Nederland draagt immers niets bij aan de terugkeer van deze groep vreemdelingen. Daar komt bij dat de Dienst Terugkeer en Vertrek tevens te kennen geeft dat landen van herkomst vreemdelingen vaak weigeren terug te nemen als zij als crimineel bestempeld zijn. Invoering van het wetsvoorstel zal voor deze bestempeling zorgen.

5.5.2 *El Dridi*

Het voeren van strafrechtelijk beleid behoort volgens Europese Wetgeving tot de bevoegdheid van lidstaten. Lidstaten moeten de wetgeving op het gebied van illegale migratie en illegaal verblijf echter zodanig vormgeven dat het Unierecht zoals de Europese Terugkeerrichtlijn en jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt gewaarborgd.¹²¹

¹¹⁸ M.F. Wijngaarden, *The dark side – Strafrechtelijke aspecten van ongewenstverklaring* – 10 december 2009

¹¹⁹ Humanistisch verbond, *Onuitzetbaar, en dan?* 15 juni 2010

<<http://www.humanistischverbond.nl/dossiers/mensenrechten/menswaardigvreemdelingenbeleid/onuitzetbaren>>

¹²⁰ Humanistisch Verbond, *Brief aan commissie immigratie en asiel*, 11 november 2011

<<http://www.humanistischverbond.nl/doc/briefaancommissieimmigratieenasiel.pdf>>

¹²¹ HvJEU, C-61/11 PPU (*El Dridi*) 04 april 2011

De verwezenlijking van de hierin bepaalde regelgeving en nagestreefde doelen mag door nieuwe wetgeving niet in gevaar worden gebracht en het nuttige effect hiervan mag niet ontnomen worden. De Europese Terugkeerrichtlijn heeft als doel dat er een effectief en gericht beleid van verwijdering en terugkeer van illegaal verblijvende vreemdelingen van derde landen gevoerd wordt. Zodra het terugkeerproces van de vreemdeling namelijk verhindert, dan wel vertraagd wordt door een opgelegde sanctie voor illegaal verblijf, wordt tenietgedaan aan het nuttig effect van de Europese Terugkeerrichtlijn, aldus artikel 15 en 16 van de richtlijn.

Op 28 april 2011 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest El Dridi bepaald dat de Europese Terugkeerrichtlijn zich verzet tegen: *“Oplegging van een gevangenisstraf aan een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land op de enkele grond dat die persoon, puur en alleen omdat die in strijd met een bevel om het grondgebied van die staat binnen een bepaalde termijn te verlaten, zonder geldige reden zijn verblijf op dat grondgebied voortzet”*.¹²²

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft bepaald dat aan illegaal verblijf geen gevangenisstraf kan worden gekoppeld. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel staat dat minister Leers van mening is dat invoering van de strafbaarstelling uit het besproken wetsvoorstel, de doelstellingen van de Terugkeerrichtlijn niet in gevaar brengt of frustreert.

Hij heeft hierbij een slimme omweg gevonden door het verblijf van illegale vreemdelingen te sanctioneren als overtreding met vier maanden hechtenis als maximale strafbedreiging.¹²³

Minister Leers acht het wetsvoorstel niet in strijd met de Europese Terugkeerrichtlijn, omdat er geen sprake is van een gevangenisstraf, maar een geldboete van de tweede categorie (maximaal €3.800) of hechtenis van ten hoogste vier maanden.¹²⁴

Nu het beide om vrijheidsontnemende straffen gaat, komen deze straffen feitelijk op hetzelfde neer. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft bepaald dat lidstaten geen vrijheidsbeperkende maatregelen mogen toepassen, louter en alleen omdat iemand illegaal verblijft, gevraagd is te vertrekken en dat niet heeft gedaan. Lidstaten moeten zich volgens het Europese Hof van Justitie richten op de uitvoering van vertrekbeslissingen.¹²⁵

¹²² HvJEU, C-61/11 PPU (El Dridi) 04 april 2011, r.o. 5.4

¹²³ Kamerstukken II 2011/2012, 19637, nr. 1470

¹²⁴ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p. 6

¹²⁵ Kamerstukken II 2011/2012, 19637, nr. 1470

Eurocommissaris Malmström heeft tevens een kritische reactie gegeven op het plan van minister Leers: "*Het algemeen criminaliseren en gevangen zetten van immigranten zonder verblijfsvergunning, inclusief kinderen, is in strijd met EU regels*".

Geconcludeerd kan worden dat ongeacht er een geldboete of hechtenis en geen formele gevangenisstraf als straf staat op illegaal verblijf in Nederland, illegale vreemdelingen door dit wetsvoorstel gecriminaliseerd worden en het wetsvoorstel dus strijdig is met de uitspraken die het Europese Hof van Justitie en Eurocommissaris Malmström deden. Mocht het wetsvoorstel worden ingevoerd is het van groot belang dat gewaarborgd wordt dat de tenuitvoerlegging van de straf voor illegaal verblijf niet leidt tot vertraging van het vertrek van de vreemdeling uit Nederland. Als het vertrek van de vreemdeling mogelijk is zal de opgelegde sanctie voor illegaal verblijf dan ook open moeten blijven staan. Terugkeer van de vreemdeling heeft immers de voorkeur en uitzetting zal altijd vóór tenuitvoerlegging van de straf wegens illegaal verblijf moeten gaan.

5.5.3 Gevolgen van strafoplegging

In de meeste gevallen zal sprake zijn van een zogenaamde ZSM-situatie. Dit is een nieuwe werkwijze van het Openbaar Ministerie in samenwerking met politie en ketenpartners om veelvoorkomende criminaliteit *Zo Spoedig Mogelijk* af te handelen. In de ZSM-werkwijze wordt na aanhouding van de verdachte zo spoedig mogelijk een beslissing genomen over het afdoeningstraject.¹²⁶ Omdat het voorgestelde artikel 108a Vreemdelingenwet 2000 wordt geclassificeerd als overtreding zal het Openbaar Ministerie volgens de memorie van toelichting in de praktijk vaak een financiële sanctie overwegen.¹²⁷ Deze sanctie zal bij voorkeur worden opgelegd als strafbeschikking.¹²⁸ Minister Leers geeft in de memorie van toelichting aan dat dit tegemoet zal komen aan de uitgangspunten van de Europese Terugkeerrichtlijn en het arrest El Dridi, omdat door deze keuze de terugkeer zo min mogelijk wordt belemmerd door een vrijheidsbenemende sanctie.¹²⁹

¹²⁶ Openbaar Ministerie, Factsheet ZSM, <<http://www.om.nl/onderwerpen/zsm/@158586/factsheet-zsm/>>

¹²⁷ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p. 12

¹²⁸ Krachtens een dergelijke beschikking kan het OM wel een geldboete of taakstraf opleggen, maar geen vervangende hechtenis.

¹²⁹ Raad voor de Rechtspraak, *Advies concept-wetsvoorstel Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 14 september 2011, p. 10

De vraag die automatisch oprijst, is of illegalen over (voldoende) financiële middelen beschikken om een geldboete te betalen. Het is voor hen namelijk onmogelijk om legaal werk te verrichten en wanneer zij dus over enige vorm van inkomsten beschikken, zal dit in het gros van de gevallen gaan om inkomsten van illegale werkzaamheden. Dit 'zwarte' geld zou dan ook nog eens afgepakt kunnen worden als wederrechtelijk verkregen voordeel. Tijdens de implementatie van de Europese Terugkeerrichtlijn, is dit vraagstuk ook aan de orde gekomen¹³⁰:

"Een strafrechtelijke boete verschilt van de bestuurlijke boete. Een bestuurlijke boete biedt weliswaar de mogelijkheid van verhaal, maar laat geen ruimte voor vervangende hechtenis. Juist de illegale vreemdeling heeft in veel gevallen geen vermogen om verhaal op te halen, waardoor een zuiver financiële sanctie niet het gewenste effect zal hebben."

De memorie van toelichting gaat er onterecht vanuit dat een illegale vreemdelingen in staat zal zijn de boete te kunnen betalen. Gezien de maatschappelijke positie waarin deze personen zich bevinden, zullen zij over het algemeen niet in staat zijn de strafrechtelijke boete te betalen en zal in veel gevallen (vervangende) hechtenis volgen. Als ondanks dit gegeven toch tot boeteoplegging wordt overgegaan kan het Openbaar Ministerie de vreemdeling dagvaarden of het dwangmiddel van gijzeling (ex. artikel 578b Wetboek van Strafvordering) toepassen. Een averechts gevolg van dit wetsvoorstel zal zijn dat het extra werk voor de betrokken partijen, zoals de kantonrechter of het Openbaar Ministerie oplevert. Ondanks dat dit in de memorie van toelichting weersproken wordt, zal het wetsvoorstel vanzelfsprekend leiden tot extra administratieve lasten en van invloed zijn op de celcapaciteit.¹³¹

Na oplegging van een strafrechtelijke geldboete kan door de illegale vreemdeling verzet aan worden getekend. De vreemdelingen die de Nederlandse taal machtig zijn, kunnen zich na oplegging van een boete enigszins verdedigen. Voor diegenen die dit niet kunnen is de oplegging van de geldboete een groot raadsel. Omdat de illegale vreemdeling geen vaste woon- en verblijfplaats heeft en geen GBA-adres, kan de boete niet worden toegestuurd, komt de vreemdeling vanzelfsprekend niet in verzet en wordt de afgegeven strafbeschikking gelijk gesteld met een gerechtelijk vonnis. De illegale vreemdeling zal vervolgens een boete moeten betalen aan het CJIB, maar hiervan in vele gevallen niet op de hoogte zijn. Het gevolg is dan dat de illegale vreemdeling op een gegeven moment bij de politie geregistreerd zal staan als iemand die zijn boete niet heeft betaald. Tijdens de eerste en beste gelegenheid dat hij wordt

¹³⁰ Kamerstukken II 2010/2011, 32 420, nr. 12, p. 6.

¹³¹ Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011, p. 25

aangetroffen zal de illegale vreemdeling naar het politiebureau of huis van bewaring worden gebracht om zijn gijzeling uit te zitten. Indien er zicht is op uitzetting kan de vreemdeling hierna (wederom) in vreemdelingenbewaring worden gesteld om de terugkeer naar het land van herkomst voor te bereiden. Zoals reeds eerder is besproken, is de terugkeer een moeizaam proces en zijn er vele illegalen vreemdelingen onuitzetbaar waardoor zij na dit proces wederom op straat komen te staan.

Een discussie die niet of nauwelijks gevoerd wordt betreft de celcapaciteit in Nederland. Als we cellen in Nederland beschikbaar hebben, waar willen wij deze dan voor gebruiken. Kan de categorie illegale vreemdelingen als zo problematisch worden geacht dat de Nederlandse overheid haar celcapaciteit daarvoor wil inzetten? Of zijn er wellicht andere problemen in de samenleving waarvoor deze cellen nodig zijn? Dit is nog een reden waarom het criminaliseren van illegale vreemdelingen onverstandig is.

5.6 Rechtsbescherming

Het besluit tot oplegging van een inreisverbod of de afgifte van een ongewenstverklaring aan overlastgevende en criminele vreemdelingen ex artikel 67 Vw, kan bij de bestuursrechter worden aangevochten en hier kan worden afgewogen of strafbaarstelling gezien de feiten en omstandigheden te rechtvaardigen is.

5.6.1 Kwetsbare groepen

Minister Leers gaf bij de invoering van het inreisverbod aan dat hij voor toepassing van dit verbod zou nagaan of hij te maken heeft met een kwetsbare groep zoals bijvoorbeeld slachtoffers van mensenhandel.¹³² Deze individuele toetsing wordt in het voorgestelde artikel 108a Vreemdelingenwet echter niet gegeven. Een Officier van Justitie of opsporingsambtenaar mag zonder tussenkomst van de rechter zelf een straf opleggen en er wordt geen mogelijkheid gegeven om vooraf standpunten naar voren te brengen die zouden pleiten voor het afzien van deze sanctieoplegging.

¹³² Eerste kamer, Nieuwsbericht: Fundamentele verschillen in Eerste Kamer over implementatie Europese Terugkeerrichtlijn, 8 december 2011, <http://www.eerstekamer.nl/eu/nieuws/20111208/fundamentele_verschillen_in_eerste>

Het strafbaar stellen van slachtoffers van mensenhandel is volgens het *Protocol tegen de smokkel van migranten over land, over de zee en in de lucht, tot aanvulling van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen transnationale georganiseerde misdaad* in bepaalde situaties uitdrukkelijk verboden.¹³³ Nederland is partij bij dit protocol en in artikel 6 valt te lezen dat strafrechtelijke vervolging van migranten die voorwerp zijn geweest van migrantensmokkel, zoals de slachtoffers van mensenhandel, verboden is. Mocht dit wetsvoorstel worden doorgevoerd is het derhalve zaak voor minister Leers dat hij nog duidelijk in gaat op deze groep vreemdelingen.

5.6.2 Belangenafweging

In de memorie van toelichting wordt meerdere malen aangehaald dat de strafbaarstelling zich voornamelijk zal richten op criminele en overlastgevende illegalen. Door het voorgestelde artikel 108a Vreemdelingenwet, zal de situatie echter zo zijn dat elke illegale vreemdeling door het enkele feit van verblijf in Nederland een strafbaar feit pleegt, zonder dat hiervoor een voorafgaand besluit jegens de vreemdeling nodig is.¹³⁴ De Nederlandse Orde van Advocaten heeft hier kritiek op geuit. Illegalen die zich niet in het criminele circuit bevinden en vaak tot een kwetsbare groep in de samenleving behoren worden door deze voorgestelde generieke maatregel namelijk onvoldoende beschermd. Enkel de correctiemogelijkheid door de strafrechter middels de toetsing aan eventueel aangevoerde strafuitsluitingsgronden is onvoldoende. Bij een individuele belangenafweging kan beoordeeld worden of oplegging van een norm, gezien de positie waarin de vreemdeling verkeerd, te rechtvaardigen is, terwijl een strafrechter de normstelling als gegeven moet beschouwen en enkel op grond van de omstandigheden die strafbaarheid betreffen moet beoordelen of tot strafoplegging moet worden overgegaan.^{135 136} Het is daarnaast onwenselijk dat geen onderscheid gemaakt wordt tussen illegale vreemdelingen die geen strafbare feiten plegen of anderszins overlast veroorzaken en vreemdelingen die dit wel doen en wellicht zelfs ongewenst zijn verklaard.

¹³³ Trb. 2001, 70

¹³⁴ Adviescommissie NOVA / vreemdelingenrechten (i.s.m. Adviescommissie Strafrecht), *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 vanwege de invoering van strafbaarstelling illegaal verblijf*; Deeladvies: 1 september 2011, p. 1

¹³⁵ Adviescommissie NOVA / vreemdelingenrechten (i.s.m. Adviescommissie Strafrecht), *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 vanwege de invoering van strafbaarstelling illegaal verblijf*; Deeladvies: 1 september 2011, p. 3

¹³⁶ J. Spoor & E. Meelker, *Vreemdeling behandeld als crimineel*, 22 oktober 2010

Een verbetering in de rechtspositie van illegale vreemdelingen zou zijn dat zij sneller dan in een bestuursrechtelijke procedure te horen krijgt wat de daadwerkelijke straf wordt en wat de rechten in het proces zijn.¹³⁷

5.7 Deelconclusie

Het wetsvoorstel dat illegaal verblijf in Nederland strafbaar wenst te stellen, wil de illegale komst en het illegale verblijf van vreemdelingen op Nederlands grondgebied voorkomen en bestrijden. De invoering van het wetsvoorstel zal ervoor zorgen dat elke illegale vreemdeling die zich op Nederlands grondgebied begeeft een strafbaar feit pleegt.

Na het wetsvoorstel te hebben onderzocht kan geconcludeerd worden dat een generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf er voor kan zorgen dat de vreemdeling juist verder de criminaliteit in wordt gedrukt. Het wetsvoorstel kan zorgen voor een verdere marginalisering en kan een verergering van de gestelde overlast tot gevolg hebben. Uitsluiting uit de maatschappij en de kans van strafrechtelijke vervolging kan tot gevolg hebben dat vreemdelingen die onrechtmatig in Nederland verblijven eerder worden uitgebuit, maar uit angst voor ontdekking van deze misstanden geen aangifte durven te doen of weerhouden worden hulp te zoeken. Een illegale vreemdeling zal uit angst voor ontdekking proberen zo onzichtbaar mogelijk voor de overheid te zijn. Desondanks zal dit hem of haar niet, meer dan nu het geval is, weerhouden van het plegen van strafbare feiten. Deze strafbare en overlastgevende feiten en andere overtredingen van de Vreemdelingenwet 2000 zijn immers nu ook al te bestraffen middels de reeds bestaande instrumenten. Er is geen empirisch onderzoek beschikbaar waaruit blijkt dat vreemdelingen na een veroordeling of de oplegging van vrijheidsbenemende straffen zodanig worden afgeschrikt dat zij geen strafbare feiten meer plegen of dat het hen aanzet tot terugkeer naar het land van herkomst. Het wetsvoorstel zal illegale vreemdelingen wellicht aan het denken zetten, maar er over het algemeen niet voor zorgen dat zij vrijwillig vertrekken uit Nederland. Deze beslissing is namelijk niet of nauwelijks te beïnvloeden. De politieke, economische en sociale situatie in het land van herkomst is vaak problematisch en menige vreemdeling kan hierdoor niet terugkeren naar het land van herkomst. Daarnaast beschikken illegale vreemdelingen veelal niet over de juiste reis- of identiteitspapieren of weigert het land van herkomst mee te werken aan de terugkeerprocedure.

¹³⁷ A. van Kalmthout, Nieuwsbrief SVW Haarlemmermeer, 27 oktober 2009, p.9

6 Conclusies en aanbevelingen

6.1 Inleiding

Op basis van het gedane onderzoek zullen in dit hoofdstuk de conclusies van dit rapport uiteengezet worden. Deze conclusies zijn gebaseerd op de bevindingen die zijn voortgekomen uit de beantwoording van de deelvragen in de voorgaande hoofdstukken. De conclusies beantwoorden de centrale vraagstelling van dit onderzoek, die als volgt luidt:

In hoeverre kan het wetsvoorstel dat illegaliteit in Nederland strafbaar wenst te stellen gezien worden als bijdrage aan de aanpak van de problematiek die criminele en overlastgevende illegaal verblijvende vreemdelingen veroorzaken?

In paragraaf 6.2 zal de hoofdvraag beantwoordt worden. Hierna zal in paragraaf 6.3 op basis van het verrichte onderzoek een aanbeveling worden gedaan.

6.2 Conclusies

Al geruime tijd wordt door de Nederlandse overheid getracht het verblijf van illegalen vreemdelingen zo onaantrekkelijk mogelijk te maken. Door de jaren heen zijn diverse middelen in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd die dit verblijf zoveel mogelijk willen terugdringen. De overheid beschikt over diverse middelen die ingezet kunnen worden in het kader van het toezicht op en het vertrek van illegale vreemdelingen. Tevens kunnen illegale vreemdelingen worden bestraft als zij de wet overtreden of anderszins overlast veroorzaken. Ondanks al deze maatregelen blijkt uit het regeerakkoord en gedoogakkoord van het minderheidskabinet VVD-CDA met de Partij voor de Vrijheid (PVV) d.d. 30 september 2010 dat illegaal verblijf als groot probleem wordt gezien. Het kabinet heeft een pakket aan maatregelen aangekondigd om het beleid ten aanzien van illegalen verder aan te scherpen en het illegale verblijf van vreemdelingen nadrukkelijker te ontmoedigen. Uit het regeer- en gedoogakkoord blijkt dat het kabinet zich onder andere zal gaan inzetten op strafbaarstelling van illegaal verblijf met het oogmerk deze zo snel mogelijk het land uit te zetten.¹³⁸

¹³⁸ Regeerakkoord en het gedoogakkoord van het minderheidskabinet VVD-CDA met de Partij voor de Vrijheid (PVV) d.d. 30 september 2010, p. 24

Als uitwerking van deze afspraak heeft minister Leers op 11 juli 2011 een wetsvoorstel ingediend dat illegaal verblijf strafbaar wenst te stellen.

Artikel 108a Vreemdelingenwet 2000¹³⁹ :

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

De strafbaarstelling zal worden geclassificeerd als overtreding met maximale straf van 4 maanden hechtenis, dan wel een geldboete van de tweede categorie (ten hoogste €3800). Vreemdelingen die na de invoering van het wetsvoorstel in Nederland worden aangetroffen en niet beschikken over geldige verblijfsdocumenten kunnen na invoering van het wetsvoorstel worden beboet of in hechtenis worden gesteld. Het wetsvoorstel doelt op meerderjarige vreemdelingen en de handhaving van dit wetsvoorstel zal zich blijkens de memorie van toelichting met name richten op criminele en overlastgevende illegale vreemdelingen.

Het strafbaar stellen van illegale vreemdelingen is geen doel op zichzelf, maar een instrument om de illegale komst naar en illegaal verblijf in Nederland te voorkomen en te bestrijden. Middels deze wet wil het kabinet het signaal afgeven dat illegaal verblijf gezien wordt als serieuze inbreuk op de openbare orde. Het wetsvoorstel beoogt preventief te werken met betrekking tot de keuze van illegaal verblijf in Nederland en wil dat vreemdelingen zich ervan weerhouden zich illegaal in Nederland te vestigen. De overheid wil de boodschap uitdragen dat zij onrechtmatig verblijf niet tolereert en dit verblijf met bestraffing zal worden hersteld. Er wordt gesteld dat indien zowel de pakkans als de strafmaat behoorlijk zijn, dit illegale vreemdelingen ertoe zou bewegen Nederland te verlaten. Het wetsvoorstel beoogt hiermee een afschrikkende werking. Strafbbaarstelling moet ervoor zorgen dat diegene welke geen recht hebben op verblijf vertrekken en niet meer terugkeren naar Nederland.

¹³⁹ Raad voor de Rechtspraak, *Advies concept-wetsvoorstel Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 14 september 2011

In dit rapport is onderzocht in hoeverre het wetsvoorstel van minister Leers dat illegaliteit in Nederland strafbaar wenst te stellen gezien kan worden als bijdrage aan de aanpak van de problematiek die criminele en overlastgevende illegaal verblijvende vreemdelingen in Nederland veroorzaken.

Voordat de waarde van dit voorstel is onderzocht is eerst bekeken hoe de problematiek aangaande illegaal verblijvende vreemdelingen eruit ziet. In het wetsvoorstel en bijbehorende memorie van toelichting wordt namelijk gesteld dat illegaal verblijf in verschillende opzichten maatschappelijk zeer belastend is. In dit onderzoek zijn de meest recente cijfers met betrekking tot de overlast en gepleegde criminaliteit door illegalen onderzocht. Over het algemeen kan gesteld worden dat de problematiek beperkt is en dat het overgrote deel van de illegale vreemdelingen dat in aanraking komt met de politie wordt aangehouden op verdenking van illegaal verblijf. De strafbare feiten die gepleegd worden door illegale vreemdelingen zijn vaak te wijten aan de gemarginaliseerde maatschappelijke positie en het merendeel van de deze feiten kan ondergebracht worden in verblijfs- en overlevingscriminaliteit.

Uit dit onderzoek is gebleken dat deze gestelde problematiek reeds aangepakt kan worden met de bestaande instrumenten. Er zijn namelijk voldoende middelen in de Nederlandse wetgeving aanwezig die illegaal verblijf en de problemen die hiermee gepaard gaan kunnen beteugelen en dezelfde doelen nastreven als die blijken uit het wetsvoorstel van minister Leers. De artikelen 67 en 108 Vreemdelingenwet 2000 en artikel 197 Wetboek van Strafrecht bieden de mogelijkheid om vreemdelingen die illegaal in Nederland verblijven en zich niet houden aan de aanwijzingen met betrekking tot het vreemdelingentoezicht en het gedwongen vertrek of criminele dan wel overlastgevende feiten plegen, strafbaar te stellen. Deze bestaande instrumenten worden als voldoende adequaat geacht om de criminaliteit onder illegale vreemdelingen terug te dringen. Daarnaast heeft de Nederlandse overheid door de invoering van de Europese Terugkeerrichtlijn een extra instrument gekregen dat (criminele en overlastgevende) illegale vreemdelingen kan bestraffen voor het verblijf in Nederland. De implementatie van deze richtlijn heeft er tevens voor gezorgd dat de beoogde strafbaarstelling uit het regeer- en gedoogakkoord grotendeels is verwezenlijkt.

Voordat gesproken kan worden van noodzaak tot een nieuw middel dat de problematiek aangaande illegale vreemdelingen beteugeld, zullen deze bestaande middelen eerst meer ingezet moeten worden. De strafbaarstellingen op grond van artikel 108 Vreemdelingenwet en artikel 197 Wetboek van Strafrecht worden namelijk nauwelijks of in ieder geval onvoldoende gebruikt. Bovendien zijn er geen geluiden uit de Vreemdelingenketen te horen die bevestigen

dat er nood is aan extra instrumenten. Het wetsvoorstel kan derhalve gezien worden als symboolpolitiek en zal de problematiek die er bestaat aangaande illegaal verblijvende vreemdelingen niet verder terugdringen dan de mogelijkheden die er reeds in de Nederlandse wetgeving bestaan.

Voorts zal worden ingegaan op de signaalfunctie die dit wetsvoorstel beoogt te hebben en de preventieve werking die hier het gevolg van zal zijn. Uit het gedane onderzoek blijkt dat het generiek strafbaar stellen van illegaal verblijf in Nederland, illegale vreemdelingen wellicht aan het denken zal zetten, maar er over het algemeen niet voor zal zorgen dat deze vrijwillig uit Nederland. Deze beslissing is namelijk niet of nauwelijks te beïnvloeden. De afschrikwekkende functie van het wetsvoorstel is derhalve discutabel. De politieke, economische en sociale situatie in het land van herkomst van de illegale vreemdelingen is vaak problematisch en menig vreemdeling kan hierdoor zelfs niet terugkeren naar het land van herkomst. Menig landen weigeren mee te werken aan de terugkeerprocedure en indien zij deze medewerking wel zouden verlenen zijn er vreemdelingen die ondanks dit feit het illegale bestaan in Nederland, gezien de situatie in het land van herkomst, prefereren boven de terugkeer. Daarnaast zijn er vele illegale vreemdelingen in Nederland die niet over de juiste reis- of identiteitspapieren beschikken waardoor terugkeer onmogelijk is. Het strafbaar stellen van illegale vreemdelingen die onuitzetbaar zijn zal niet bijdragen aan de problematiek die er bestaat. De voorgestelde wetswijziging zal een situatie creëren waarbij iedere illegale vreemdelingen door het enkele feit van het verblijf op Nederlands grondgebied een strafbaar feit pleegt.

Het wetsvoorstel beoogt de problematiek aangaande illegaal verblijvende vreemdelingen aan te pakken, maar er moet rekening worden gehouden met de onbedoelde neveneffecten die deze strafbaarstelling met zich mee kan brengen. Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is de hypothese terug te vinden dat illegale vreemdelingen zich uit angst voor ontdekking en uitzetting zullen onthouden van criminele activiteiten. Na onderzoek te hebben verricht naar dit vraagstuk, kan ook deze stelling worden weerlegd. Een illegale vreemdeling zal uit angst voor ontdekking proberen zo onzichtbaar mogelijk voor de overheid te zijn, desondanks zal dit hen niet weerhouden van het plegen van strafbare feiten. De strafbare en overlastgevende feiten en andere overtredingen van de Vreemdelingenwet 2000 zijn immers nu ook al te bestraffen middels de reeds bestaande instrumenten en de strafbedreiging uit deze artikelen is over het algemeen hoger dan die uit het wetsvoorstel van minister Leers. Er is daarnaast geen empirisch

onderzoek beschikbaar waaruit blijkt dat vreemdelingen na een veroordeling of de oplegging van vrijheidsbenemende straffen dermate worden afschrikt en hierdoor geen strafbare feiten meer plegen. Illegale vreemdelingen worden na invoering van dit wetsvoorstel automatisch bestempeld als wetsovertreder. Deze bestempeling en de uitsluiting van enige voorziening in de maatschappij kan er juist voor zorgen dat illegale vreemdelingen het criminele circuit in worden gezogen. Uit het verrichte onderzoek blijkt dat de strafbare feiten die gepleegd worden door illegalen mede het gevolg zijn van de marginale positie waarin zij verkeren. De verhouding ligt zelfs zo dat de gepleegde criminaliteit onder illegale vreemdelingen procentueel hoger ligt dan die van vreemdelingen met een (tijdelijke) verblijfstatus of vreemdelingen die in afwachting waren van hun procedure. Strafbaarstelling zal daarom geen toegevoegde waarde hebben, maar eerder het gevolg hebben van het vertrek naar een onbekende bestemming. Tevens bestaat een kans dat illegale vreemdelingen uit angst voor ontdekking geen hulp meer durven te zoeken en daardoor in een mensonterende leefsituatie gejaagd worden. Juist door de zwakke positie waarin illegale vreemdelingen verkeren zullen zij sneller slachtoffer worden van uitbuiting, malafide werkgevers, huisjesmelkers of zelfs mensenhandelaren en door angst ervan weerhouden aangifte te doen bij de politie van slachtofferschap van deze criminele activiteiten.

Het in zijn geheel oplossen van illegaal verblijf en de problematiek die hiermee gemoeid gaat is niet realistisch en de gedachte dat strafbaarstelling deze problematiek zal bestrijden is onjuist. Het is geen realistisch uitgangspunt om te denken dat de strafbaarstelling van illegaal verblijf er voor kan zorgen dat er geen illegalen vreemdelingen meer zullen zijn in Nederland. Invoering van het wetsvoorstel zal niet bijdragen aan de belofte die in het regeerakkoord werd gedaan, te weten een strafbaarstelling die zorgt voor een snelle uitzetting van illegale vreemdelingen. Strafbaarstelling kan daarentegen zelfs zorgen voor een belemmering in de uitzetting, extra administratieve lasten met zich meebrengen en gevolgen hebben voor de celcapaciteit. Daarnaast is het een drogreden dat er nieuwe middelen in Nederland nodig zijn omdat er zich nog steeds illegalen in Nederland bevinden en deze overlast veroorzaken. De vraag of strafbaarstelling een bijdrage zal leveren bij de aanpak van de problematiek aangaande criminele en overlastgevende illegalen kan naar aanleiding van dit onderzoek ontkennend worden beantwoord. Er is geen noodzaak tot de invoering van een nieuw strafrechtelijk middel en invoering van dit wetsvoorstel is derhalve niet opportuun. Daarnaast zal het wetsvoorstel meer averechtse gevolgen hebben dan bij te dragen aan de doelen die Minister Leers voor ogen heeft.

6.3 Aanbeveling

Het imago van het strafrecht brengt met zich mee dat veel mensen het idee hebben dat het strafrecht meer om het lijf heeft en problemen beter kan beteugelen, dan door middel van bestuursrechtelijke middelen. Als gekeken wordt naar de illegalenproblematiek, kan geconstateerd worden dat het bestaande beleid niet stukloopt op het gebrek aan strafrechtelijke middelen. Ondanks het feit dat het strafrecht een erg ingrijpend middel is, is de tendens aan het ontstaan dat zowel bij ernstige als bij minder ernstige problematiek steeds sneller naar het strafrecht gegrepen wordt, op rechtsgebieden waar dit van oorsprong niet vanzelfsprekend is. Dit wetsvoorstel brengt een negatieve stigmatisering van illegale vreemdelingen met zich mee en zij worden bijna doelbewust op een grote groep gegooid met illegale criminelen. Met name kwetsbare groepen illegale vreemdelingen verdienen hierbij de aandacht. Zij worden door dit wetsvoorstel namelijk gecriminaliseerd. Er wordt onvoldoende gekeken naar de praktische uitvoerbaarheid van het beleid en de consequenties die het zal hebben voor de praktijk. De eventuele lokale gevolgen en de gevolgen voor de verhoudingen tussen autochtonen en mensen met een migrantenachtergrond binnen de samenleving worden onderbelicht.

Voordat tot een generieke strafrechtsmaatregel voor illegaal verblijf zou worden overgegaan is het raadzaam de effectiviteit van dit beleid wetenschappelijk te onderzoeken. Criminaliteitsbeleid moet zich namelijk baseren op effidence en het moet aannemelijk gemaakt kunnen worden dat dit beleid ook daadwerkelijk effectief gaat zijn.

Literatuur

Boeken

Boekdoorn 2004

P. Boekhoorn, *Operationeel toezicht vreemdelingen; evaluatie van de bevoegdheden in de Vreemdelingenwet 2000 voor het vreemdelingentoezicht door de politie. Evaluatie vreemdelingenwet 2000: terugkeerbeleid en operationeel vreemdelingentoezicht*. Commissie Evaluatie Vreemdelingenwet 2000. Meppel: Boom Juridische Uitgevers 2004

De Boom 2006

J. de Boom, G. Engbersen & A. Leerkes, *Asielmigratie en criminaliteit*. Apeldoorn: Police and Science 2006

Engbersen e.a. 2002

G. Engbersen, R. Staring, J. van der Leun, J. de Boom, P. van der Heijden & M. Cruijff, *Illegale vreemdelingen in Nederland: omvang, overkomst, verblijf en uitzetting*. Rotterdam, RISBO 2002

Groeneweg e.a. 2001

H.W. Groeneweg e.a., *Teksten en toelichting op de Vreemdelingenwet 2000*, SDU Uitgevers, editie 2001,

Hullu

J. de Hullu, *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vierde druk, Kluwer, Den Haag: 2009

Kampstra 2008

E.M. Kampstra, *Kernzaken, Staats- en bestuursrecht - Vreemdelingenrecht*, Kluwer 2008

Kromhout e.a. 2008

M.H.C. Kromhout, H. Wubs, & E.M. Th. Beenackers, *Illegaal verblijf in Nederland*, Een literatuuronderzoek, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum 2008

Leerkes e.a. 2004

A. Leerkes, M. van San, G. Engbersen, M. Cruijff & P. van der Heijden, *Wijken voor illegalen. Over ruimtelijke spreiding, huisvesting en leefbaarheid*. Den Haag: SdU Uitgevers 2004

Michiels 2009

F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het Bestuursrecht*, Kluwer 2009

Van der Leun 2010

J. van der Leun, *Criminologie*, Apeldoorn – Antwerpen, Maklu 2010

Van Kamthout 2005

A.M. van Kalmthout, *Terugkeermogelijkheden van vreemdelingen in de vreemdelingenbewaring, Deel 1: De vreemdelingenbewaring in Tilburg en Ter Apel; Het dossieronderzoek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005

Van der Heijden e.a. 2011

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

Oraties en dissertaties

Hulsman 1965

Hulsman, L. C. H., *Handhaving van recht, inaugurele rede*, Deventer/Antwerpen: 1965

Leerkes 2007

A. Leerkes, *Illegaal verblijf en veiligheid in Nederland*, (diss. Amsterdam UvA), 2007

Schoevers 2011

M.A. Schoevers, M.A., *“Hiding and Seeking”. Health problems and problems in accessing health care of undocumented female immigrants in the Netherlands*, (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), 2011.

Rapporten

Amnesty International 2008

Amnesty International, The Netherlands: The detention of irregular migrants and asylum-seekers, juni 2008

Ministerie van Justitie 2010

Ministerie van Justitie, Inspectie voor de Sanctietoepassing, *De tenuitvoerlegging van de vreemdelingenbewaring – Drie detentiecentra doorgelicht – Inspectiebericht*, september 2010

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Position paper- Nederlandse inzet EU migratiebeleid*, maart 2011

Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

Justitiële verkenningen, jrg. 33, nr. 4 - 2007 – Detentieregiems, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag: WODC, juli 2007

Tijdschriften

Crijns (2012)

J. Crijns, *Strafrecht als ultimum remedium, Levens leidmotief of archaisch desideratum?*, Ars Aequi, 61 (1), pp. 11-18

Groenhuijsen (1993)

M.S. Groenhuijsen, *Criteria voor strafbaarstelling, Delikt en Delinkwent*, 23(1), 1-6 (1993)

Hogewind & Van Eeden 2004

W. Hogewind & F. van Eeden, *Verslag studiemiddag illegalen en strafrecht*, Proces 2004

Justitia et Pax Nederland

Justitia et Pax Nederland, *Humaniteit in vreemdelingenbewaring, Ervaringen van het r.-k. justitiepastoraat*, mei 2010

Kox 2010

Mieke Kox, "Restrictief illegalenbeleid lijkt averechts te werken", BJU Tijdschriften – Proces 2010 (89) 5,

Laagland e.a. 2009

D.C. Laagland, J.P. van der Leun, P.P.J. van der Meij & A.S. Leerkes, *Het strafrecht als vicius sluitstuk van het beleid ten aanzien van criminele vreemdelingen*, Delikt en Delinkwent; Tijdschrift voor Strafrecht, Kluwer: Deventer, 30 september 2009

Miller 2005

T. Miller (2005) *Blurring the Boundaries Between Immigration and Crime Control after Sept 11th*, Boston College Third World Law Journal vol. 25: 81-123

Spoor & Meelker

J. Spoor & E. Meelker, *Vreemdeling behandeld als crimineel*, 22 oktober 2010

Stronks 2008

M.C. Stronks, *De disciplinerende van de illegaal, Het doel van de Nederlandse vreemdelingenbewaring*, NJB Aflevering 14, 4 april 2008

Van Bemmelen 1973

J.M. van Bemmelen, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 9

Van Griend 2008

R. van Griend, *Veel angst, weinig effect; Analyse; Twintig jaar illegalenbeleid*, Vrij Nederland 16 februari 2008

Van Kalmthout 2009

A. van Kalmthout, Nieuwsbrief SVW Haarlemmermeer, 27 oktober 2009

Wijngaarden 2009

M.F. Wijngaarden, The dark side – Strafrechtelijke aspecten van ongewenstverklaring – 10 december 2009

Wetten en verdragen en richtlijnen

Algemene wet bestuursrecht

Vreemdelingenwet 2000

Vreemdelingenbesluit 2000

Vreemdelingencirculaire 2000

Wetboek van Strafrecht

Wetboek van Strafvordering

Mr. J.A. Raukema, Parlementaire behandeling, Lexplicatie, commentaar op artikel 67 Vreemdelingenwet 2000, bijgewerkt tot 7 april 2012

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

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, Publicatieblad van de Europese Unie, 24 december 2008 (PbEU L348/98)

Protocol tegen de smokkel van migranten over land, over de zee en in de lucht, tot aanvulling van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen transnationale georganiseerde misdaad

Kamerstukken

Adviescommissie NOVA / vreemdelingenrechten (i.s.m. Adviescommissie Strafrecht), *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 vanwege de invoering van strafbaarstelling illegaal verblijf*; Deeladvies: 1 september 2011

Brief van mevrouw Passchier (Federatiebestuurder FNV), de heer Limmens (Vice-voorzitter CNV) en de heer Van der Wal (Duo-voorzitter MHP mede namens CoMensha, Fairwork, Stichting Landelijk Ongedocumenteerden Steunpunt e.a., gericht aan de leden van de commissie voor Immigratie en Asiel van de Eerste Kamer der Staten Generaal, 5 december 2011

Concept Memorie van Toelichting, *Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 11 juli 2011

Raad voor de Rechtspraak, *Advies concept-wetsvoorstel Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland*, 14 september 2011

Regeerakkoord Balkenende I, *Werken aan vertrouwen, een kwestie van aanpakken, Strategisch akkoord voor kabinet CDA, LPF, VVD*, 3 juli 2002

Regeerakkoord en het gedoogakkoord van het minderheidskabinet VVD-CDA met de Partij voor de Vrijheid (PVV) d.d. 30 september 2010

Kamerstukken II, Kenmerk: 5695713/11, Aanpak van illegaal verblijf in reactie op het WODC-rapport illegalenschatting 2009

Kamerstukken II, Kenmerk: 32 420, Voortzetting van de behandeling van het wetsvoorstel 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) (32420); (Zie vergadering van 25 oktober 2011.)

Kamerstukken II, Kenmerk: 2012-0000262369, Rapportage Vreemdelingenketen periode juli – december 2011, 15 mei 2012

Kamerstukken II, Kenmerk: 250517 – 2012Z066576, Beantwoording Kamervragen over criminele vreemdelingen, 23 april 2012

Kamerstukken II 1998/99, 26 646 nr.1

Kamerstukken II 2003/04, 29537 nr. 1

Kamerstukken II 2003/04, 29537 nr. 2

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

Kamerstukken II 2003/04, 29 537, nr. 23

Kamerstukken II 2003/04, 29 537 nr. 15

Kamerstukken II 2004/05, 29 537 nr. 23

Kamerstukken II 2007/08, 31 208, nr. 3

Kamerstukken II 2009/2010, 32420, nr. 2

Kamerstukken II 2009/2010, 32420, nr. 12

Kamerstukken II 2010/2011, 19637, nr. 1396

Kamerstukken II 2010/2011, 19637, nr. 1436

Kamerstukken II 2010/2011, 19367 nr.1470

Kamerstukken II 2010/2011, 32 417, nr. 14

Kamerstukken II 2011/2012, 19637, nr. 1470

Kamerstukken II 2011/2012, 19637, nr. 1483

Kamerstukken II 2011/2012, 19637, nr. 1518

Kamerstukken II 2011/2012, 31 549, nr. 4

Kamerstukken II 2011/2012, 32 420, nr. 11

Jurisprudentie

HvJEU, C-61/11 PPU (El Dridi) 04 april 2011

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

Hof 's-Gravenhage 11 april 2006, LJN: AX0348

Hof Amsterdam 9 december 1999, NbSr 2000, 74

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

Internetsites

Eerste kamer, Nieuwsbericht: Fundamentele verschillen in Eerste Kamer over implementatie Europese Terugkeerrichtlijn, 8 december 2011, <http://www.eerstekamer.nl/eu/nieuws/20111208/fundamentele_verschillen_in_eerste>

Humanistisch verbond, *Onuitzetbaar, en dan?* 15 juni 2010 <<http://www.humanistischverbond.nl/dossiers/mensenrechten/menswaardigvreemdelingenbeleid/onuitzetbaren>>

Humanistisch Verbond, *Brief aan commissie immigratie en asiel*, 11 november 2011 <<http://www.humanistischverbond.nl/doc/briefaancommissieimmigratieenasiel.pdf>>

Justitia et Pax, *Mensenrechten Nederland: vreemdelingenbewaring*, geraadpleegd op 12 januari 2012 <<http://www.justitiaetpax.nl/project/mensenrechten-nederland-vreemdelingenbewaring>>

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Nieuwsbericht: *'Kabinet maakt einde aan gedogen illegaliteit'*, 8 juli 2011, <<http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2011/07/08/kabinet-maakt-einde-aan-gedogen-illegaliteit.html>>

Nieuwsuur, *Oppositie kwaad over quotum*, 19 maart 2012, <<http://nieuwsuur.nl/onderwerp/353146-oppositie-kwaad-over-quotum.html>>

Openbaar Ministerie, Factsheet ZSM, geraadpleegd op 30 juni 2012, <<http://www.om.nl/onderwerpen/zsm/@158586/factsheet-zsm/>>

Rijksoverheid, Nieuwsbericht: *Meer vreemdelingen vrijwillig terug*, 15 mei 2012, <<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/terugkeer-vreemdelingen/nieuws/2012/05/15/meer-vreemdelingen-vrijwillig-terug.html>>

