

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/106302>

Please be advised that this information was generated on 2019-06-26 and may be subject to change.

Vrij verkeer van personen

Het arrest *Achughbabian* en de strafbaarstelling van illegaal verblijf

Mr. dr. M.H.A. Strik*

De EU-Terugkeerrichtlijn heeft het detineren en verwijderen van illegaal verblijvende derdelanders aan voorschriften gebonden en onder het toezicht van het Hof van Justitie gebracht. In Nederland is illegaal verblijf sindsdien verdergaand strafbaar gesteld. Hoe verhoudt deze nationale ontwikkeling zich tot de richtlijn? Staat de richtlijn strafbaarstelling toe en zo ja, op welke voorwaarden? Het arrest *Achughbabian* geeft hierop het begin van een antwoord.

HeJ EU 6 december 2011, zaak C-329/11, Achughbabian, JV 2012/75 m.nt. B. van Dokkum.

Introductie

Sinds december 2010 zijn lidstaten gebonden aan gemeenschappelijke normen en procedures bij het uitzetten van derdelanders die illegaal in de EU verblijven.¹ In Nederland is het terugkeerbeleid volop in beweging: bij de implementatie van de richtlijn is illegaal verblijf met een inreisverbod strafbaar gesteld, en een wetsontwerp om illegaal verblijf als zodanig (dus ook van personen die geen inreisverbod hebben opgelegd gekregen) strafbaar te stellen is in voorbereiding. In dit artikel onderzoek ik hoe deze ontwikkeling zich verhoudt tot de Terugkeerrichtlijn. Centraal daarbij staat het arrest *Achughbabian*, waarin het Hof van Justitie de strafbaarstelling van illegaal verblijf toetst aan de richtlijn. Voordat ik op de analyse van het Hof van Justitie inga, zal ik kort de inhoud schetsen van de Terugkeerrichtlijn en van de arresten die voorafgingen aan *Achughbabian*. Daarna beschrijf ik de wijze waarop Neder-

land de richtlijn heeft geïmplementeerd, om vervolgens te beoordelen of de Nederlandse regels en voornemens de toets aan de richtlijn kunnen doorstaan.

De Terugkeerrichtlijn

De Terugkeerrichtlijn is voortgekomen uit de wens om illegaal verblijf tegen te gaan; de afwezigheid van interne grenscontroles heeft dit tot een gezamenlijk belang van de lidstaten gemaakt. Zij stoelt daarom op het uitgangspunt dat een geloofwaardig migratiebeleid slechts twee antwoorden heeft op illegaal verblijf: (gedwongen) terugkeer of het verlenen van een verblijfsvergunning. Het doel van de richtlijn, neergelegd in considerans 2, is tweeledig: een effectief terugkeerbeleid bevorderen en procedurele waarborgen vastleggen voor derdelanders die illegaal op het grondgebied van de lidstaten verblijven.

Effectief terugkeerbeleid

De richtlijn verplicht lidstaten in artikel 6 om in een terugkeerbesluit de derdelander die illegaal op hun grondgebied verblijft op te dragen terug te keren naar zijn herkomstland, een transitland of een derde land dat hem toelaat. Vrijwillig vertrek heeft voorrang boven gedwongen uitzetting (zie ook considerans 10). Daarom moeten lidstaten op grond van artikel 7 van de richtlijn de betrokkene een vrijwillige vertrektermijn gunnen, tenzij er sprake is van een risico op onderduiken of een gevaar voor de openbare orde. Artikel 8 kadert de mogelijkheid van dwangmaatregelen in: ze zijn slechts toegestaan als laatste middel om de terugkeer uit te voeren, dienen proportioneel te zijn en de grondrechten, waardigheid en fysieke integriteit dienen te worden geëerbiedigd. Artikel 15 staat lidstaten toe om als uiterste dwangmiddel een derdelander in vreemdelingenbewaring te nemen om de terugkeer voor te bereiden of uit te voeren, in het bijzonder bij een risico op onderduiken of als de betrokkene de terugkeer belemmert. De bewaring is zo kort mogelijk en alleen rechtmatig zolang er voort-

195

* Mr. dr. M.H.A. Strik is Universitair docent migratierecht, Centrum voor Migratierecht, Radboud Universiteit Nijmegen en lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal.

1. 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, *Pb. EU* 2008, L 348/98. De implementatietermijn bedroeg twee jaar.

varend aan de verwijdering wordt gewerkt. Als er geen redelijk vooruitzicht meer is op verwijdering of als bovenstaande criteria niet meer van toepassing zijn, dan dient de vreemdeling onmiddellijk te worden vrijgelaten. Lidstaten dienen een maximale bewaringsduur vast te leggen die niet langer is dan zes maanden. Ze mogen vastleggen dat deze termijn met maximaal een jaar verlengd kan worden als de derdelander de terugkeer tegenwerkt of als de benodigde documentatie uit het buitenland moet worden afgewacht.

Als vrijwillig vertrek niet (meer) aan de orde is, laten lidstaten op grond van artikel 11 een terugkeerbesluit vergezeld gaan van een inreisverbod, dat de derdelander de toegang verbiedt tot het grondgebied van alle lidstaten. De maximale duur van een inreisverbod bedraagt vijf jaar, tenzij er sprake is van een ernstige bedreiging voor de openbare orde of nationale veiligheid. Artikel 11 geeft lidstaten tevens de mogelijkheid om in individuele gevallen om humanitaire of andere redenen af te zien van een dergelijk verbod, of om een al opgelegd verbod in te trekken of te schorsen.

Waarborgen

Terwijl de verplichting tot het uitvaardigen van een terugkeerbesluit en een inreisverbod het doel van een effectief terugkeerbeleid dienen, beoogt de verplichte proportionaliteit de waarborgen voor de derdelander te beschermen. Daarnaast gelden er procedurele waarborgen in de vorm van een recht op een gemotiveerd besluit, rechtshulp en beroep.

Omdat de lidstaten rekening moeten houden met individuele omstandigheden en met name de belangen van het kind, het gezinsleven en kwetsbare personen, is het niet uitvoeren van de verplichtingen steeds mogelijk (zie ook considerans 6). Op grond van artikel 6 lid 4 mogen lidstaten een illegaal verblijvende derdelander in elk stadium van de terugkeerprocedure alsnog een verblijfsvergunning verstrekken. Het is zelfs denkbaar dat het evenredigheidsbeginsel, de fundamentele rechten van de Unie of waarborgen in andere richtlijnen tot gevolg hebben dat lidstaten in bepaalde omstandigheden imperatieve bepalingen van de richtlijn niet kunnen toepassen. De rechtsgrondslag voor de richtlijn (art. 63 lid 3 sub b EG-Verdrag) biedt slechts ruimte voor het stellen van minimumnormen.² Dit komt tot uitdrukking in de bepaling dat lidstaten gunstiger normen mogen hantieren, waaraan is toegevoegd: 'mits deze bepalingen verenigbaar zijn met de richtlijn'.³ De tweeledige doelstelling van de richtlijn biedt ruimte voor een verschillende uitleg van deze laatste zinsnede. Wanneer verplicht het beoogde effectieve terugkeerbeleid tot het nemen van dwangmaatregelen en wanneer dwingen de procedurele waarborgen hen ertoe om juist af te zien van deze dwangmaatregelen? De drie inmiddels gewezen en hieronder besproken arresten werpen enig licht op de onderlinge verhouding van de twee doelen en op reikwijdte van de richtlijn.

2. Momenteel vormt art. 79 lid 2 sub c VWEU de basis voor EU-maatregelen op dit terrein.
3. Art. 4 lid 3 Terugkeerrichtlijn.

Het Hof van Justitie spreekt: drie arresten

Kadzoev

In 2009 gaf het Hof van Justitie uitleg aan artikel 15 van de richtlijn in het arrest *Kadzoev*.⁴ Het Hof van Justitie maakte daarin duidelijk dat de maximale bewaringstermijn fataal is: verstrijken van deze termijn betekent onmiddellijke vrijlating van de derdelander. Dit impliceert voor het vereiste vooruitzicht op verwijdering dat binnen die maximale termijn de verwijdering moet kunnen worden geëffectueerd. Als dat weinig waarschijnlijk is, is de detentie niet rechtmatig. De vreemdelingenbewaring is bovendien ook alleen rechtmatig als ze ten dienste staat van de verwijdering, en niet om de vreemdeling alsnog tot medewerking te dwingen.

Dat de maximumduur absoluut is, onderstreepte het Hof van Justitie nog eens in zijn ontkennende antwoord op de vraag of de derdelander wel langer mag worden vastgehouden als hij agressief is en niet in het bezit van geldige documenten, bestaansmiddelen of een woning. Het Hof van Justitie merkte daarbij op dat redenen van openbare orde of nationale veiligheid hoe dan ook geen grondslag vormen voor detentie op grond van de Terugkeerrichtlijn.

El Dridi

In de *El Dridi*-zaak beantwoordde het Hof van Justitie de (door een Italiaanse rechter gestelde) vraag of de Terugkeerrichtlijn toelaat dat overtreding van een voorschrift in een bestuurlijke terugkeerprocedure met een strafsanctie wordt bestraft, ook als die procedure nog niet is voltooid.⁵ El Dridi was vanwege het niet voldoen aan de vertrekplicht veroordeeld tot een gevangenisstraf van een jaar. Het Hof van Justitie werd de vraag voorgelegd of het weigeren van medewerking aan uitzetting mag worden bestraft met een gevangenisstraf van maximaal vier jaar, in het bijzonder wanneer het gaat om niet-naleving van het eerste bevel tot terugkeer.

Volgens het Hof van Justitie komt het evenredigheidsbeginsel tot uiting in de volgorde van de stappen die de richtlijn, met name artikel 8, voorschrijft. Bij elke stap is het aan de lidstaat om te overwegen of met een minder dwingende maatregel de terugkeer kan worden geëffectueerd. Alleen als in het individuele geval blijkt dat de verwijdering in gevaar komt door het gedrag van betrokkene, mogen lidstaten de zwaarste vrijheidsbeperkende maatregel opleggen, namelijk vreemdelingenbewaring, beperkt tot de maximumduur.

Alleen als het met de toegestane dwangmaatregelen niet lukt de vreemdeling te verwijderen, mag een lidstaat volgens het Hof van Justitie ook strafrechtelijke maatregelen treffen die de vreemdeling kunnen aanzetten

4. HvJ EG 30 november 2009, zaak C-357/09, *Kadzoev*, JV 2010/30 m.nt. G. N. Cornelisse, zie de bespreking door A. Pahladsingh, 'Snel helderheid van het Hof over de bewaring, het arrest Kadzoev', *NTER* 2010/3, p. 83-89.
5. HvJ EU 28 april 2011, zaak C-61/11, *El Dridi*, JV 2011/242 m.nt. P. Boeles.

om het land te verlaten. Ook dan echter is het evenredigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel van toepassing. Het Hof van Justitie oordeelde dat beide principes zich verzetten tegen het opleggen van een gevangenisstraf louter vanwege het niet voldoen aan het bevel om het land te verlaten. Omdat een vrijheidsstraf een effectieve terugkeer juist bemoeilijkt, wordt het nuttig effect van de richtlijn hiermee ondermijnd.

Achughbabian

De zaak *Achughbabian* vormt in veel opzichten een vervolg op het arrest *El Dridi*. Het Hof van Justitie bevestigde het in de zaak *El Dridi* geformuleerde uitgangspunt dat het opleggen van een vrijheidsstraf nog voordat de verwijderingsprocedure is voltooid, in strijd is met de Terugkeerrichtlijn.⁶

De heer Achughbabian was in Frankrijk vertrek aangezegd na afwijzing van zijn asielaanvraag. Toen hij opnieuw illegaal was aangetroffen in Frankrijk, werd hij in verzekering gesteld wegens verdenking van illegaal verblijf, dat in Frankrijk strafbaar is. Achughbabian betoogde dat de inverzekeringstelling onrechtmatig was vanwege de mogelijke oplegging van een vrijheidsstraf en beriep zich daarbij op het arrest *El Dridi*.

Het Franse *Cour d'Appel de Paris* wilde daarop van het Hof van Justitie weten of de richtlijn zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan een derdelander een vrijheidsstraf wordt opgelegd louter op de grond dat hij illegaal het grondgebied was binnengekomen en daar verbleef. In dat geval zou de Franse regeling die de grondslag biedt voor deze inverzekeringstelling in strijd zijn met de richtlijn.

Het Hof van Justitie gaf in zijn beantwoording in drie opzichten opheldering over de reikwijdte van de Terugkeerrichtlijn: (1) wanneer de toepasselijkheid van de richtlijn aanvangt, (2) of de tenuitvoerlegging van sancties op grond van illegaal verblijf toepassing van de richtlijn uitsluit en (3) wanneer de toepasselijkheid van de richtlijn eindigt.

• *Begin van toepasselijkheid*

Volgens het Hof van Justitie wordt de aanhouding van derdelanders die worden verdacht van illegaal verblijf nog steeds door het nationale recht geregeld. Lidstaten mogen een derdelander voor een korte periode in verzekering stellen als dat nodig is om zijn identiteit en zijn verblijfsrecht vast te stellen. Als voorwaarde geldt dat de autoriteiten voortvarend te werk gaan en zodra het illegaal verblijf is vastgesteld, een terugkeerbesluit uitvaardigen. Op dat moment is de toepassing van de richtlijn verzekerd.⁷

• *Verwijdering vanwege strafvervolgning buiten de richtlijn?*

Het Hof van Justitie gaf ook een nadere uitleg aan artikel 2 lid 2 sub b, dat lidstaten de mogelijkheid geeft om de richtlijn buiten toepassing te laten voor derdelanders

die hun grondgebied moeten verlaten als (of als gevolg van) strafrechtelijke sanctie. Volgens het Hof van Justitie mogen lidstaten deze mogelijkheid alleen benutten ten aanzien van derdelanders die strafbare feiten hebben begaan die geen verband houden met hun illegaal verblijf. Een andere uitleg zou het lidstaten bijzonder gemakkelijk maken om door middel van strafbaarstelling van illegaal verblijf de werking van de richtlijn te omzeilen.⁸

• *Toepassing: doeltreffend en evenredig*

De Unietrouw vereist dat lidstaten een verwijdering zo spoedig mogelijk uitvoeren. Het Hof van Justitie noemt het evident dat een strafrechtelijke vervolging, eventueel gevolgd door het opleggen van een vrijheidsstraf, daar niet toe bijdraagt en daarom niet is op te vatten als een 'maatregel' of 'dwangmaatregel' zoals bedoeld in artikel 8 van de richtlijn.⁹ Omdat een gevangenisstraf zelfs kan leiden tot vertraging in plaats van bevordering van de verwijdering, doet een dergelijke sanctie afbreuk aan het nuttig effect van de richtlijn, zo redeneerde het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie gaat in zijn beantwoording iets verder dan in de zaak *El Dridi* door ook een bedreiging met een gevangenisstraf in strijd te verklaren met de Terugkeerrichtlijn. Hoe vaak de straf daadwerkelijk wordt opgelegd, doet volgens het Hof van Justitie niet ter zake.¹⁰

• *Einde van toepasselijkheid*

Ten slotte ging het Hof van Justitie nader in op het moment waarop de toepasselijkheid van de richtlijn eindigt en lidstaten meer nationale beleidsvrijheid toekomt bij de bestrijding van illegaal verblijf. Het Hof van Justitie refereerde aan zijn in het arrest *El Dridi* ingenomen standpunt dat lidstaten de bevoegdheid houden om strafrechtelijke regelingen vast te stellen voor situaties waarin de door de richtlijn toegestane dwangmaatregelen niet tot terugkeer hebben kunnen leiden. Dat is het geval indien: (a) alle dwangmaatregelen van artikel 8 van de richtlijn zijn toegepast en in het geval van vreemdelingenbewaring, de maximale duur daarvan is verstreken en (b) de vreemdeling daarna zonder geldige reden niet terugkeert.¹¹

Het Hof van Justitie benadrukte echter dat ook in deze situatie de lidstaten het Unierecht moeten respecteren en niet de verwezenlijking van het doel van de richtlijn in gevaar mogen brengen. Bovendien moeten bij het opleggen van sancties de grondrechten volledig worden geëerbiedigd, met name die van het EVRM.¹²

De conclusie van advocaat-generaal Mázak had een gelijke strekking als die van het Hof van Justitie, met als verschil dat Mázak zich mede baseerde op het tweede doel van de richtlijn, namelijk het eerbiedigen van de grondrechten van de illegaal verblijvenden. De advocaat-generaal redeneerde dat het recht van de derdelan-

8. R.o. 41.

9. R.o. 37 en 45.

10. R.o. 38-40.

11. R.o. 46 en 48 en dictum.

12. R.o. 33 en 49.

6. HvJ EU 6 december 2011, zaak C-329/11, *Achughbabian*, JV 2012/75 m.nt. B. van Dokkum.

7. R.o. 29-31.

der op de voorgeschreven terugkeerprocedure de pendant vormt van de plicht voor een lidstaat om een terugkeerbesluit te nemen. Door de lidstaat te dwingen tot toepassing van de richtlijn, is de vreemdeling ervan verzekerd dat zijn persoonlijke vrijheid zo min mogelijk wordt beperkt en alleen voor zover nodig voor de voorbereiding of uitvoering van zijn vertrek.¹³ Anders dan de advocaat-generaal repte het Hof van Justitie niet over de rechten van de derdelander zelf. Het benadrukte alleen het doel van de effectieve terugkeer, maar kwam via het evenredigheidsbeginsel toch tot dezelfde uitkomst.

Conclusies

Het Hof van Justitie hecht consequent veel waarde aan het evenredigheidsbeginsel dat bij elke beslissing om een dwangmaatregel toe te passen, een individuele afweging vergt. Automatische toepassing is dus niet geoorloofd. Vreemdelingenbewaring vormt het uiterste dwangmiddel om de terugkeer te realiseren; (dreiging met) gevangenisstraffen laat de richtlijn niet toe. Lidstaten kunnen niet de werking van de richtlijn vermijden door illegaal verblijf strafbaar te stellen of door het uitvaardigen van een terugkeerbesluit te vertragen. Strafrechtelijke maatregelen kunnen pas volgen als de stappen waarin de richtlijn voorziet, volledig zijn doorlopen en de derdelander zonder geldige reden toch nog in de lidstaat verblijft.

Deze twee criteria zijn bedrieglijk eenvoudig. Want hoe is vast te stellen dat alle dwangmaatregelen zijn uitgeput? De wettelijke maximumduur van de detentie vormt geen maatstaf: deze kan in het individuele geval immers veel korter zijn. Ter illustratie: als de vreemdelingenbewaring eindigt vanwege het ontbreken van uitzicht op terugkeer en dit te wijten is aan de derdelander zelf, dan zou het opleggen van een gevangenisstraf toelaatbaar zijn. Als het verband houdt met het stilzitten van de autoriteiten van de lidstaat, dan heeft de lidstaat naar mijn mening het recht verspeeld om over te gaan op strafrechtelijke sancties. In dat geval is de Terugkeerrichtlijn feitelijk nog steeds van toepassing, omdat alle verwijderingsmogelijkheden nog niet zijn benut. Het begrip geldige reden is eveneens voor meerdere interpretaties vatbaar. Kunnen dat medische of humanitaire redenen zijn? Het niet bij machte zijn geweest om reisdocumenten te verkrijgen van het herkomstland?

Als aan beide criteria is voldaan, kunnen lidstaten weliswaar strafrechtelijke maatregelen nemen, maar blijven ze gebonden aan het doel van de richtlijn en aan de Unierechtelijke beginselen. Ook deze scheidslijn roept vragen op: is het opleggen van een gevangenisstraf dan wel geoorloofd, ondanks de vertragende werking van het vertrek? Het evenredigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel zullen een grotere rol gaan spelen naarmate de gevangenisstraf langer wordt. De duur van de vrijheidsstraf louter vanwege illegaal verblijf wordt bepaald door jurisprudentie van het EHRM, waarin het proportionaliteitsbeginsel eveneens tot uitdrukking

komt.¹⁴ Een langdurige gevangenisstraf die niet tot verwijdering leidt, dient bovendien niet langer het doel van de verwijdering en heeft slechts nog een punitief karakter. Met name ten aanzien van langdurig verblijvende illegalen is het de vraag of de terugkeerprocedure bestaat uit een eenmalig traject, waarna de vreemdeling voor onbepaalde tijd aan het strafrecht is onderworpen, of dat de richtlijn opnieuw van toepassing wordt als de vreemdeling na enkele jaren weer wordt aangetroffen. De duidelijkheid die het Hof van Justitie met het arrest *Achughbaban* heeft gecreëerd, biedt vooral de mogelijkheid om te formuleren welke punten nog opheldering behoeven.

Nederlandse strafbaarstelling illegaal verblijf

Ongewenstverklaring

Op grond van artikel 197 Wetboek van Strafrecht (Sr) vormt illegaal verblijf in weerwil van een ongewenstverklaring een misdrijf waarvoor een gevangenisstraf van hoogstens zes maanden of een geldboete van de tweede categorie kan worden opgelegd. Een vreemdeling kan ongewenst worden verklaard vanwege het niet naleven van toezichtbepalingen van de Vreemdelingenwet, of als gevolg van een strafrechtelijke veroordeling voor een misdrijf.¹⁵ Naar een andere EU-lidstaat uitwijken is geen optie, omdat een ongewenstverklaring leidt tot een signalering in het Schengen Informatie Systeem en als gevolg daarvan weigering van de toegang tot het grondgebied van de lidstaten.¹⁶ De praktisch automatische signalering in het SIS voldoet volgens de Nationale ombudsman niet aan het evenredigheidsbeginsel. De SIS II-Verordening legt lidstaten namelijk de verplichting op om per individueel geval vooraf na te gaan of het belang en de relevantie van de zaak een signalering rechtvaardigt.¹⁷

Strafbaarstelling van illegaal verblijf van een persoon die ongewenst is verklaard louter omdat hij of zij de Vreemdelingenwet heeft overtreden (bijv. het niet hebben

13. R.o. 28.

14. Het Hof van Justitie verwees expliciet naar het EHRM-arrest 29 januari 2008, zaak nr. 13229/03, *Saadi/Verenigd Koninkrijk*, par. 72 en 74, zie r.o. 43 van HvJ EU 28 april 2011, zaak C-61/11, *El Dridi*, JV 2011/242 m.nt. P. Boeles. Voor een overzicht van de internationaalrechtelijke grenzen aan vreemdelingendetentie zie G. Cornelisse, 'Internationaalrechtelijke grenzen aan immigratiedetentie. Een "noodzakelijke toevoeging" aan een "onbetwistbaar soeverein recht"?' , *Migrantenrecht* 2008, nrs. 9-10, p. 331-337.

15. Art. 67 Vreemdelingenwet 2000.

16. Zie art. 5 lid 1 sub d en art. 13 lid 1 Verordening (EG) nr. 562/2006 (Schengengrenscodes), Pb. EU 2006, L 105/1, en art. 24 lid 4 Verordening (EG) nr. 1987/2006 (SIS II), Pb. EU 2006, L 381/4. Met uitzondering van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk nemen alle EU-lidstaten deel aan SIS II, alsmede IJsland, Noorwegen en Zwitserland.

17. Art. 21 en art. 24 lid 1 SIS II-Verordening. Rapport no. 2010/115 van de Nationale ombudsman van 17 juni 2010. Zie verder P. Boeles, 'Wat betekent de Terugkeerrichtlijn voor ongewenstverklaring?', *Migrantenrecht* 2010, nr. 10, p. 531-537 en S. Schuitemaker, 'De signalering in SIS gesignaleerd', *Migrantenrecht* 2009, nr. 5, p. 202-203.

opgevolgd van een meldplicht of vertrekplicht) heeft veel weg van een indirecte vorm van strafbaarstelling van illegaal verblijf. Het enige verschil is dat aan de strafbaarstelling al een ongewenstverklaring vooraf is gegaan.

Daarnaast bepaalt artikel 108 Vreemdelingenwet 2000 dat iemand die niet voldoet aan een voorschrift in het kader van het vreemdelingtoezicht (zoals een meldplicht) een overtreding begaat. Ook hier is voorzien in een vrijheidsstraf in de vorm van hechtenis voor hoogstens zes maanden of een geldboete van de tweede categorie.

Strafbaarstelling van illegaal verblijf met een inreisverbod

In aanvulling op deze mogelijkheden heeft het demissionaire kabinet-Rutte twee nieuwe vormen van strafbaarstelling van illegaal verblijf uitgewerkt. Een ervan is inmiddels verheven tot wet bij de implementatie van de Terugkeerrichtlijn. De implementatiewet bepaalt dat een derdelander die Nederland moet verlaten in principe altijd een inreisverbod krijgt, dat wordt gesignaleerd in de EU-informatie- en signaleringssystemen.¹⁸

Niet-naleving van een inreisverbod heeft twee consequenties: er wordt een nieuw inreisverbod opgelegd voor maximaal vijf jaar, terwijl een eerste inreisverbod als hoofdregel voor twee jaar wordt uitgevaardigd. Daarnaast is illegaal verblijf in weerwil van het inreisverbod strafbaar gesteld.¹⁹ Voor deze strafbaarstelling vereist de wet niet dat de betrokken persoon eerst is uitgereisd: al snel na de oplegging van het verbod kan de strafrechtelijke vervolging in gang worden gezet als de derdelander Nederland niet heeft verlaten.

De sanctie is afhankelijk van de strafbare gedraging: voor een vreemdeling die een gevaar vormt voor de openbare orde of is veroordeeld wegens een misdrijf, vormt niet-naleving van het inreisverbod een misdrijf.²⁰ In overige gevallen vormt het niet-naleven van het inreisverbod een overtreding.²¹ In beide situaties is de vrijheidsstraf zes maanden, zij het dat de vrijheidsstraf bij de overtreding als vervangende hechtenis wordt opgelegd, indien de boete van 3800 euro niet wordt betaald. Deze hechtenis is volgens de minister pas aan de orde als het door toedoen van de vreemdeling zelf onmogelijk blijkt om hem uit te zetten.²²

• Unietrouw

De Terugkeerrichtlijn voorziet niet in een straf op illegaal verblijf in weerwil van een inreisverbod; het verbod zelf vormt veeleer de straf en is bedoeld als een prikkel om een persoon te bewegen vrijwillig en op tijd terug te keren. De mogelijkheid om na de terugkeer weer legaal de EU te kunnen binnenreizen, is hiervoor de beloning; het inreisverbod vormt de stok achter de deur. Deze

vorm van strafbaarstelling heeft het Hof van Justitie nog niet op verenigbaarheid met de richtlijn kunnen toetsen. Wel was deze vraag aan de orde tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn. Het arrest *El Dridi* vormde voor de Tweede Kamer de aanleiding om de Raad van State te verzoeken dit onderdeel van de wet, dat bij nota van wijziging was toegevoegd, te toetsen aan de Terugkeerrichtlijn.²³

De afdeling Advisering van de Raad van State onderschrijft in haar voorlichting volledig het standpunt van de regering. Volgens de Afdeling is de Nederlandse sanctionering niet te vergelijken met de Italiaanse die onderworpen was aan de toets door het Hof van Justitie: de hoogte van de vrijheidsstraf is aanzienlijk lager en in Nederland is er geen sprake van een minimumstraf. Met het onderscheid tussen de sanctionering louter vanwege het overtreden van het inreisverbod en de sanctionering als daarnaast ook sprake is van een gevaar voor openbare orde, zou zijn voldaan aan het evenredigheidsbeginsel. Ook acht de Afdeling de implementatiewet in overeenstemming met de plicht om een individuele belangenafweging te maken, nu artikel 11 lid 3 van de richtlijn, dat bepaalt dat om humanitaire of andere redenen kan worden afgezien van een inreisverbod, letterlijk in de Vreemdelingenwet is overgenomen.²⁴ De Nederlandse sancties ondersteunen volgens de Afdeling wel degelijk het terugkeerbeleid, met name omdat vertrek voorrang heeft boven de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf. De Afdeling concludeert niet alleen dat de strafbaarstelling in overeenstemming is met de richtlijn, maar stelt zich ook op het standpunt dat het beginsel van de Unietrouw Nederland hiertoe verplicht, omdat met de strafrechtelijke handhaving van het inreisverbod het nuttig effect van de richtlijn wordt gewaarborgd.²⁵

Deze conclusie is opmerkelijk in het licht van de uitleg die het Hof van Justitie gaf over de verenigbaarheid van strafbaarstelling van illegaal verblijf met de richtlijn. Het Hof van Justitie ging daarbij niet in op de hoogte van de straf en gaf dus ook geen indicaties bij welke hoogte een strafbaarstelling geen afbreuk meer zou doen aan de richtlijn. Toch acht de Raad van State de hoogte van de straf bepalend bij de toets aan de richtlijn. Het Hof van Justitie verklaarde klip en klaar dat een vrijheidsstraf een effectieve terugkeer ondermijnt. Hoewel de Afdeling van mening is dat de strafbaarstelling juist ten dienste staat van een effectief terugkeerbeleid, bevat ze volgens de regering wel degelijk ook een vergeldingselement. De straf zou moeten stimuleren om het inreisverbod na te leven, maar ook leed toevoegen als gevolg van de overtreding.²⁶ Door het afbreken van de vrijheidsstraf wanneer terugkeer mogelijk is, neemt de regering volgens de Raad van State het bezwaar het Hof van Justitie volledig weg. Het Hof van Justitie geeft in het arrest *Achughbaban* geen uitsluitsel over de juistheid van dit argument.

18. Ook hier is de plicht tot een individuele toets aan de evenredigheid van art. 21 en 24 lid 1 SIS II-Verordening van belang.

19. Art. 66a Vreemdelingenwet 2000.

20. Art. 197 Sr.

21. Art. 108 lid 6 Vreemdelingenwet 2000.

22. *Kamerstukken I* 2011/12, 32 420, nr. D, p. 12.

23. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 420, nr. 12.

24. Art. 66a lid 8 Vreemdelingenwet 2000.

25. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 420, nr. 14.

26. *Kamerstukken I* 2011/12, 32 420, nr. F.

Directe strafbaarstelling illegaal verblijf

Naast de huidige vormen van strafbaarstelling heeft minister Leers ter uitvoering van het coalitieakkoord een wetsvoorstel uitgewerkt om illegaal verblijf als zodanig strafbaar te stellen.²⁷ In antwoord op Kamervragen over de consequenties van het arrest *El Dridi* voor dit voornemen, stelde de regering zich op het standpunt dat ze binnen de kaders van de richtlijn en de jurisprudentie blijft, omdat bij de tenuitvoerlegging van de sanctie het vertrek van de vreemdeling steeds voorrang zal hebben. Net als bij de niet-naleving van het inreisverbod zou de strafbaarstelling hierdoor niet het nuttig effect aan de richtlijn ontnemen.²⁸

Aanvankelijk was het plan om illegaal verblijf als misdrijf op te nemen in het Wetboek van Strafrecht, maar als gevolg van het *El Dridi*-arrest is gekozen voor een overtreding. De mogelijkheid van de vervangende hechtenis was echter wel de reden voor de minister om de strafrechtelijke boete te verkiezen boven de bestuursrechtelijke boete.²⁹

Doorstaat de Nederlandse rechtspraak de toets?

Ongewenstverklaring

De meervoudige strafkamer van de Rechtbank Amsterdam boog zich over de vraag of de toepassing van artikel 197 Sr (ongewenstverklaring) onder de reikwijdte valt van de Terugkeerrichtlijn en welke implicaties dat heeft voor de toepassing.³⁰ In deze zaak stond de strafrechtelijke vervolging centraal van een man die in 1998 tot ongewenst vreemdeling was verklaard vanwege een overtreding van artikel 21 Vreemdelingenwet (het huidige artikel 67 Vreemdelingenwet), maar niettemin in 2012 illegaal werd aangetroffen in Nederland. Het Openbaar Ministerie was van mening dat de Terugkeerrichtlijn niet op deze zaak van toepassing was, omdat de beschikking van ongewenstverklaring dateerde van vóór de inwerkingtreding van de Terugkeerrichtlijn. Bovendien leidde het Openbaar Ministerie uit het arrest *Achughbabian* af dat de richtlijn niet van toepassing is op personen aan wie als gevolg van een strafrechtelijke sanctie het verblijfsrecht op het grondgebied van een lidstaat is ontzegd. Volgens de verdediging is de Terugkeerrichtlijn wel van toepassing, omdat de strafbaarstelling in de kern draait om illegaal verblijf en de ongewenstverklaring een inreisverbod omvat. De verdediging voerde aan dat de richtlijn geen ruimte biedt voor inreisverboden voor onbepaalde tijd, en dat de duur van een verbod direct na de oplegging ervan gaat lopen, niet

pas na het vertrek uit de lidstaat. Op basis van het arrest *El Dridi* concludeerde de verdediging dat artikel 197 Sr onverbindend is omdat de richtlijn zich verzet tegen een nationale regeling die voorziet in de oplegging van een gevangenisstraf louter vanwege het niet voldoen aan de plicht het land te verlaten.³¹

Hoewel hier wel redenen waren om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie, achtte de rechtbank dat na enig beraad niet noodzakelijk voor een juiste uitleg van de richtlijn. De rechtbank concludeerde dat de strafbaarstelling van illegaal verblijf ondanks een ongewenstverklaring, zoals neergelegd in artikel 197 Sr, valt onder de reikwijdte van de Terugkeerrichtlijn. Volgens de rechtbank heeft Nederland bij de implementatie van de richtlijn geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die artikel 2 lid 2 sub b biedt om de richtlijn niet toe te passen op derdelanders die verplicht moeten terugkeren als strafrechtelijke sanctie of als gevolg daarvan. In de betreffende zaak was er zestien jaar verstreken voordat de vreemdeling werd vervolgd op grond van artikel 197 Sr naar aanleiding van zijn ongewenstverklaring. De rechtbank achtte het verstrijken van de tijd niet van belang, omdat betrokkene Nederland nog steeds niet had verlaten. De door de richtlijn begrensde duur van het inreisverbod was niet verstreken, omdat deze termijn volgens de rechtbank pas gaat lopen nadat de betrokkene het land heeft verlaten.³² Deze uitspraak impliceert dat inreisverboden die zijn opgelegd voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Terugkeerrichtlijn of zijn gebaseerd op een ongewenstverklaring, onder de reikwijdte van de richtlijn vallen.

De rechtbank oordeelde verder dat artikel 197 Sr niet onverbindend is, omdat uit het arrest *Achughbabian* zou blijken dat onder bepaalde omstandigheden de oplegging van gevangenisstraf is toegestaan. De rechtbank achtte de strafbaarstelling van ongewenstverklaring toelaatbaar als aan de twee criteria is voldaan die het Hof van Justitie had geformuleerd voor de mogelijkheid van het toepassen van strafbepalingen, namelijk dat de terugkeerprocedure die de richtlijn voorschrijft volledig is doorlopen en de vreemdeling desondanks zonder geldige reden nog steeds op het grondgebied van de lidstaat verblijft.

Enkele weken later oordeelde het Hof Den Bosch dat de ongewenstverklaring, zoals bedoeld in artikel 197 Sr, heeft te gelden als een terugkeerbesluit in de zin van de Terugkeerrichtlijn. Volgens het hof sluit de richtlijn illegaal verblijvende derdelanders die een gevaar vormen voor de openbare orde niet uit van toepassing, omdat ze voor deze groep bijzondere bepalingen bevat. Het hof wees erop dat uit de Terugkeerrichtlijn volgt dat de Nederlandse overheid een inspanningsverplichting heeft om de derdelander via het toepassen van een terugkeerprocedure terug te laten keren. Met verwijzing naar het arrest *Achughbabian* merkte het hof op dat oplegging van

27. Het wetsvoorstel dat illegaal verblijf strafbaar stelt ligt momenteel voor advisering bij de Raad van State. Demissionair minister Leers verklaarde in de Eerste Kamer in mei 2012 dat het kabinet nog de afweging moest maken of het wetsvoorstel nog zou indienen in de Tweede Kamer, zie *Handelingen I* 2011/12, nr. 29, p. 27.

28. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 317, nr. 75.

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

30. Rb. Amsterdam 23 maart 2012, LJN BW0007.

31. HvJ EU 28 april 2011, zaak C-61/11, *El Dridi*, JV 2011/242 m.nt. P. Boeles.

32. Op grond van art. 11 lid 2 Terugkeerrichtlijn bedraagt de maximale termijn vijf jaar, tenzij er sprake is van een ernstige bedreiging van de openbare orde, openbare veiligheid of nationale veiligheid.

een gevangenisstraf in strijd is met de richtlijn, als de overheid niet aan die inspanningsverplichting heeft voldaan. Met een dergelijke straf wordt immers een spoedige terugkeer gefrustreerd.³³

Niet uitzetbaar en toch strafbaar?

In beide zaken toetste de Nederlandse rechter aan de twee criteria die het Hof van Justitie in de zaak *Achugh-babian* had geformuleerd. Deze criteria voor een beroep op de nationale soevereiniteit, fungeren tevens als criteria voor de toepassing van de richtlijn: (1) als de terugkeerprocedure nog niet volledig is doorlopen of (2) als ondanks het volledig hebben doorlopen daarvan de persoon met een geldige reden nog in de lidstaat verblijft. In veel gevallen is de uitkomst van de toets aan met name het tweede criterium niet zo helder, omdat niet vaststaat of de vreemdeling wel de mogelijkheid heeft om de benodigde reisdocumenten te bemachtigen. Uit jurisprudentie blijkt geregeld naar welke herkomstlanden terugkeer niet mogelijk is vanwege weigerachtige autoriteiten.³⁴ Toch stelt de regering zich op het standpunt dat iedereen die wil, in beginsel kan terugkeren.³⁵ De problematiek van niet meewerkende autoriteiten wordt hiermee afgewenteld op de vreemdeling, inclusief de bewijslast over de verwijtbaarheid.

Het is de vraag of de Terugkeerrichtlijn dit toestaat. De plicht om alle mogelijkheden voor vertrek te benutten, ligt niet alleen bij de vreemdeling maar ook bij de lidstaat. Het al te lichtvaardig concluderen dat het niet verkrijgen van reisdocumenten voortkomt uit een weigerachtige houding van de vreemdeling, zou een oneigenlijke methode zijn om op basis van de twee criteria van het Hof van Justitie de richtlijn niet toe te hoeven passen en de weg van het strafrecht te mogen bewandelen. Een dergelijke werkwijze zou het nuttig effect aan de richtlijn ontnemen en juist tegen de Unietrouw indruisen.

De reden van het niet verkrijgen van reisdocumenten bepaalt het lot van de vreemdeling. Ligt de oorzaak bij het herkomstland, dan is considerans 12 van belang, die lidstaten aanspoort een regeling te treffen voor burgers van derdelanden die niet kunnen worden uitgezet. Ligt de oorzaak wel in de tegenwerking van de vreemdeling, dan sluit het Hof van Justitie een strafrechtelijke aanpak niet langer uit. Dit grote verschil in consequenties schept een plicht voor de regering om de reden van niet-uitzetbaarheid serieus te onderzoeken.

Strafbaar maar wel evenredig

Het evenredigheidsbeginsel vergt dat Nederland een individuele beoordeling moet inbouwen en verantwoorden bij de dwangmaatregelen die het kiest. Er wordt momenteel weinig gebruik gemaakt van minder ingrijpende middelen dan vreemdelingenbewaring. Ook

wordt vrijwel automatisch het inreisverbod opgelegd en gesignaleerd.

Ook niet-meewerkende vreemdelingen kunnen zich op het Unierecht beroepen bij de bestraffing van niet-naleving van het inreisverbod. Het zou logisch zijn als de strafbaarstelling van illegaal verblijf ondanks een ongewenstverklaring die louter is opgelegd vanwege illegaal verblijf, wordt geschrapt of in elk geval als een overtreding wordt aangemerkt. Ook de duur van deze ongewenstverklaring zou in overeenstemming moeten worden gebracht met het evenredigheidsbeginsel. Dit beginsel stelt naar mijn mening tevens beperkingen aan de frequentie waarmee een sanctie op grond van hetzelfde illegale verblijf kan worden opgelegd.

De nationale bevoegdheid voor de bestrijding van illegaal verblijf buiten de reikwijdte van de richtlijn is weliswaar in stand gebleven, maar wel tot op zekere hoogte onder het wettige toezicht van het Hof van Justitie gebracht. Maar waar de Terugkeerrichtlijn precies eindigt en wanneer de toepassing ervan herleeft, is nog verre van duidelijk. Het wachten is op de eerste prejudiciële vraag uit Nederland. Daarin zou het Hof van Justitie onder andere kunnen worden verzocht om de precieze reikwijdte van de richtlijn expliciteren, maar ook het verwijtbaarheids criterium. Bij dit laatste zou een uitwerking van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de vreemdeling en de lidstaat door het Hof van Justitie een nieuw kader kunnen vormen voor het Nederlandse terugkeerbeleid.

33. Gerechtshof Den Bosch 10 april 2012, LJN BW 1281.

34. Zie B. van Dokkum, 'Vrijheidsontneming', *Asiel & Migrantenrecht* 2010, nr. 3, p. 151-158.

35. Zie onder andere *Handelingen I* 2011/12, nr. 29, p. 29. Tijdens dit debat gaf de minister wel aan te zullen bekijken hoe dit uitgangspunt in de praktijk uitwerkt.