

invloeden (zie arrest van 18 december 1997, Annibaldi, C 309/96, Jurispr. blz. I 7493, punten 21-23, en arrest Iida, punt 79).

42. De wet betreffende het vrije verkeer beoogt weliswaar het Unierecht ten uitvoer te brengen, maar dit neemt niet weg dat de situatie van verzoekers in het hoofdgeding niet door het Unierecht wordt beheerst aangezien Kreshnik Ymeraga noch als begunstigde van richtlijn 2004/38 en – voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanvragen – noch als begunstigde van richtlijn 2003/86 kan worden beschouwd en de weigering van een verblijfsrecht aan de familieleden van Kreshnik Ymeraga niet tot gevolg heeft dat hem het effectieve genot van de belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten wordt ontzegd.

43. In die omstandigheden valt de weigering van de Luxemburgse autoriteiten om de familieleden van Kreshnik Ymeraga een verblijfsrecht als familieleden van een burger van de Unie te verlenen niet onder de tenuitvoerlegging van het recht van de Unie in de zin van artikel 51 van het Handvest, zodat de verenigbaarheid van die weigering met de grondrechten niet aan de hand van de in het Handvest neergelegde grondrechten kan worden onderzocht.

44. Deze vaststelling loopt niet vooruit op de vraag of, op basis van een onderzoek tegen de achtergrond van de bepalingen van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, waarbij alle lidstaten partij zijn, de betrokken onderdanen van een derde land in het hoofdgeding een verblijfsrecht niet kan worden geweigerd.

45. Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 20 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het niet eraan in de weg staat dat een lidstaat een onderdaan van een derde land het verblijf op zijn grondgebied ontzegt wanneer deze onderdaan van een derde land wil verblijven bij een familielid dat burger van de Europese Unie is, dat woont in die lidstaat, waarvan het de nationaliteit bezit, en dat nooit van zijn recht van vrij verkeer als burger van de Unie gebruik heeft gemaakt, mits een dergelijke weigering niet tot gevolg heeft dat de betrokken burger van de Unie het effectieve genot van de belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten wordt ontzegd.

Kosten

46. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

Artikel 20 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het niet eraan in de weg staat dat een lidstaat een onderdaan van een derde land het verblijf op zijn grondgebied ontzegt wanneer deze onderdaan van een derde land wil verblijven bij een familielid dat burger van de Europese Unie is, dat woont in die lidstaat, waarvan het de nationaliteit bezit, en dat nooit van zijn recht van vrij verkeer als burger van de Unie gebruik heeft gemaakt, mits een dergelijke weigering niet tot gevolg heeft dat de betrokken burger van de Unie het effectieve genot van de belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten wordt ontzegd.

(...; red.)

218

Hoge Raad

21 mei 2013, nr. S 11.04246

(mr. Corstens, mr. Jörg, mr. Van den Brink)

Noot dr. C.A.F.M. Grütters

Richtlijn, Terugkeer- Ongewenstverklaring. Strafvervolgning.

[Richtlijn 2008/115/EG art. 2 lid 2 sub b, 3 lid 1; Sr art. 197; Vw 2000 art. 67]

Verenigbaarheid opleggen gevangenisstraf met Terugkeerrichtlijn.

1. *Het Hof heeft de verwerping van de buiten schuld verweren doen steunen op zijn oordeel dat niet aannemelijk is geworden dat de verdachte al hetgeen redelijkerwijze van haar mocht worden verwacht in het werk heeft gesteld teneinde te voldoen aan de op haar rustende verplichting om Nederland te verlaten. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd. Zie eerder HR 20 januari 2009, LJN BF8848.*

2. Zoals ook overwogen in zaak nr. 11/03075 (r.o. 4.7, ve13000984) verzet, gelet op de rechtspraak van het HvJ (El Dridi, «JV» 2011/242; Achughbabin, «JV» 2012/75; Sagor, «JV» 2013/61) de Terugkeerrechtlijn (Tri) zich niet ertegen dat op grond van art. 197 (oud) Sr een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een tot ongewenst vreemdeling verklaarde onderdaan van een derde land in de zin van art. 3 lid 1 Tri op wie de terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, hier illegaal verblijft. Het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf aan een dergelijke onderdaan van een derde land is evenwel strijdig met de Tri indien de stappen van de in de Tri vastgelegde terugkeerprocedure nog niet zijn doorlopen, nu die strafoplegging de verwezenlijking van de met de Tri nagestreefde doelstelling, te weten de invoering van een doeltreffend beleid van verwijdering en terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, in gevaar kan brengen. De rechter die een onvoorwaardelijke gevangenisstraf oplegt wegens handelen in strijd met art. 197 (oud) Sr, dient zich ervan te vergewissen dat de stappen van de terugkeerprocedure zijn doorlopen en daarvan in de motivering van zijn beslissing blijkt te geven. De opvatting dat het Hof na het verstrijken van de implementatietermijn van de Tri art. 197 (oud) Sr geheel buiten toepassing had moeten laten en het dus ten onrechte strafbaarheid op grond van deze bepaling heeft aangenomen, is onjuist. De klacht dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de Tri op grond van art. 2 lid 2 onder b Tri toepassing mist in een geval als het onderhavige waarin de rechtsplicht om Nederland te verlaten voortvloeit uit een ongewenstverklaring als bedoeld in art. 67 (oud) Vw 2000, is gegrond. Van de door art. 2 lid 2 onder b Tri geboden mogelijkheid de daar bedoelde personen van de toepasselijkheid van de Tri uit te sluiten heeft de wetgever geen gebruikgemaakt. Derhalve is niet relevant de omstandigheid dat aan de ongewenstverklaring mede ten grondslag lag een strafrechtelijke veroordeling. Het Hof heeft de strafoplegging ontoereikend gemotiveerd, nu het Hof in het midden heeft gelaten of de door de Tri voorgeschreven stappen van de terugkeerprocedure zijn doorlopen. De HR vernietigt Gerechtshof 's-Gravenhage (straf) 19 september 2011 («JV» 2012/131) voor wat betreft de strafoplegging; wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Den Haag, opdat de zaak in zoverre op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan; verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

Red. Conclusie Advocaat-Generaal Aben, ve13000037.

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 16 september 2011, nummer 22/004178-10, in de strafzaak tegen
Verdachte, geboren op (...) 1951.

1. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. Th.J. Kelder, advocaat te 's-Gravenhage, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal D.J.C. Aben heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden arrest doch uitsluitend wat betreft de strafoplegging en tot terugwijzing van de zaak naar het Hof teneinde op het bestaande hoger beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

2. Bewezenverklaring, bewijsvoering en juridisch kader

2.1. Ten laste van de verdachte is bewezenverklaard dat:

“zij op 19 april 2010 te Rotterdam als vreemdeling heeft verbleven, terwijl zij wist dat zij op grond van artikel 67 van de Vreemdelingenwet 2000 bij beschikking van 12 januari 2007 van de Minister van Justitie, nr. 170.007.6567, tot ongewenst vreemdeling was verklaard.”

2.2. Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsmiddelen:

“1. Het proces-verbaal van aanhouding, d.d. 19 april 2010, van de politie Rotterdam-Rijnmond, nr. PL17PO 2010127603-2, opgemaakt in de wettelijke vorm door daartoe bevoegde opsporingsambtenaren (p. 14 e.v.). Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven –:

als relaas van deze opsporingsambtenaren:

Op 19 april 2010 hielden wij, verbalisanten, in een woning aan de Persoonskade te Rotterdam, als verdachte van overtreding van artikel 197 Wetboek van Strafrecht aan [verdachte], geboren op [geboortedatum] 1951 te [geboorteplaats].

2. Het proces-verbaal van verhoor verdachte, d.d. 19 april 2010, van de politie Rotterdam-Rijnmond, nr. PL17PO 2010127603-4, opgemaakt in de wettelijke vorm door daartoe bevoegde opsporingsambtenaren (p. 3 e.v.). Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven –:

als de op 19 april 2010 tegenover deze opsporingsambtenaar afgelegde verklaring van [verdachte]: Ik weet dat ik tot ongewenst vreemdeling ben verklaard door Nederland. Dit is mij destijds duidelijk uitgelegd middels een tolk. Ik weet dat het strafbaar is om wanneer ik tot ongewenst vreemdeling word verklaard toch in Nederland te blijven.

3. Het proces-verbaal van bevindingen, d.d. 20 april 2010, van de politie Rotterdam-Rijnmond, PL17PO 2010127603-8, opgemaakt in de wettelijke vorm door een daartoe bevoegde opsporingsambtenaar (p. 12 e.v.). Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven –:

als relaas van deze opsporingsambtenaar:

Op 1 februari 2007 is aan de vreemdeling [verdachte] de beschikking tot ongewenst verklaring uitgereikt in persoon.

4. Een geschrift, inhoudende een beschikking van de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie d.d. 12 januari 2007, voorzien van V-nummer: 170.007.6567 (p. 22 e.v.)

Deze beschikking houdt onder meer in – zakelijk weergegeven –:

Besluit

Betrokkene, [verdachte], wordt ongewenst verklaard op grond van artikel 67, eerste lid, aanhef en onder c van de Vreemdelingenwet.

5. Het proces-verbaal van uitreiking beschikking ongewenstverklaring (ex artikel 67 Vreemdelingenwet), d.d. 1 februari 2007, van de politie Rotterdam-Rijnmond, met V-nummer: 1700076567, opgemaakt in de wettelijke vorm door daartoe bevoegde opsporingsambtenaren (p. 21). Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven –:

als relaas van deze opsporingsambtenaren:

Op donderdag 1 februari 2007 verscheen voor ons de vreemdeling, genaamd: [verdachte], geboren op [geboortedatum] 1951 te [geboorteplaats].

Vanwege de minister van Justitie is een beschikking ontvangen ter uitreiking aan betrokkene.

Wij hebben hem (het hof begrijpt: haar) deze beschikking, inzake zijn (het hof begrijpt: haar) ongewenstverklaring ex artikel 67 Vreemdelingenwet, op donderdag 1 februari 2007, in de Punjabi taal door middel van een tolk van de tolktelefoon, in persoon uitgereikt. De vreemdeling verklaarde de inhoud van deze beschikking volledig te hebben begrepen.”

2.3. Het hier toepasselijke juridisch kader is weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.2, 5.3 en 5.9.

3. Beoordeling van het tweede middel

3.1. Het middel klaagt dat het Hof het beroep op overmacht ten onrechte, althans ontoereikend gemotiveerd, heeft verworpen.

3.2. Het Hof heeft het in het middel bedoelde verweer als volgt samengevat en verworpen:

“De raadvrouw van de verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep het verweer gevoerd dat de verdachte behoort te worden ontslagen van alle rechtsvervolgning, nu haar een beroep op overmacht toekomt. In dit verband is gesteld dat sprake is van “bijzondere omstandigheden, met name het family life ten gevolge waarvan zij Nederland niet kon verlaten”, dat het Pakistaanse Consulaat niet bereid was een paspoort te verstrekken of een laissez passer af te geven en dat ook de Internationale Organisatie voor Migratie haar niet kon helpen om naar Pakistan terug te keren.

In het kader van de strafbaarheid van het bewezen verklaarde is reeds overwogen dat de verdachte – die blijkens meergenoemde beschikking van 12 januari 2007 tevens bekend is onder de persoonsgegevens:

[Alias verdachte], geboren op [geboortedatum] 1945 – bij haar komst naar Nederland gebruik heeft gemaakt van valse persoonsgegevens, op basis van welke gegevens aan haar in 1993 de Nederlandse nationaliteit is verleend. De situatie waarin de verdachte zich thans bevindt en ook op 19 april 2010 bevond – bedoeld Koninklijk Besluit mist rechtskracht, haar verblijf in Nederland wordt als onrechtmatig aangemerkt en zij is tot ongewenste vreemdeling verklaard – is uit het gebruikmaken van die valse persoonsgegevens voortgevloeid. Vooropgesteld kan dan ook worden dat die situatie door haarzelf in het leven is geroepen.

De stelling, inhoudende dat in dezen sprake is van ‘bijzondere omstandigheden, met name het family life tengevolge waarvan zij Nederland niet kon verlaten’, is ter terechtzitting in hoger beroep niet nader toegelicht. Het hof volstaat daarom met de constatering dat in de beschikking van 12 januari 2007 uitvoerig aandacht is besteed aan de vraag of ongewenstverklaring een schending van het recht van de verdachte op eerbiediging van haar familie- of gezinsleven met zich brengt en dat die vraag door de toenmalige Minister van Justitie

ontkennend is beantwoord. Het hof voegt daar nog aan toe dat op grond van het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep niet aannemelijk is geworden – het is zelfs niet door de raadvrouw van de verdachte gesteld – dat de omstandigheden in de periode, gelegen tussen 12 januari 2007 en 19 april 2010, zodanig zijn gewijzigd dat van de verdachte, gezien haar in artikel 8 van het EVRM gegarandeerde recht, vanaf enig moment in redelijkheid niet meer kon worden gevegd dat zij haar uit de ongewenstverklaring voortvloeiende verplichting om Nederland te verlaten zou nakomen. Waar het de beide overige aan het onderhavige verweer ten grondslag liggende stellingen betreft, overweegt het hof het navolgende.

In eerste aanleg heeft de raadvrouw van de verdachte een op de verdachte betrekking hebbend schrijven van de Pakistaanse ambassade d.d. 21 mei 2007 overgelegd. Dit schrijven houdt onder meer in (de cursiveringen zijn door het hof aangebracht):

‘2. Please note that in accordance with the Pakistan Citizenship Act, if a person is a citizen of Pakistan and at the same time a citizen or national of any other country (...), he/she shall, unless he/she makes a declaration according to the laws of that other particular country renouncing his/her status as a citizen or national thereof, ceases to be a citizen of Pakistan.

3. The above condition applies in this particular case. The Embassy, therefore, is not in a position to issue her a travel document.’

Voorts heeft de raadvrouw in eerste aanleg een op 7 april 2009 gedateerde notitie van de Internationale Organisatie voor Migratie (IOM) betreffende de verdachte overgelegd, inhoudende:

‘(-) is niet aan reisdocument kunnen komen. IOM kan daarom geen de terugkeer te faciliteren’ (sic). Of er na het schrijven van de Pakistaanse ambassade van 21 mei 2007 via bemiddeling van de IOM door de verdachte nog pogingen in het werk zijn gesteld om een Pakistaans paspoort dan wel een laissez passer van de Pakistaanse ambassade te verkrijgen – en, zo ja, welke – dan wel of de IOM het eerder verwoorde standpunt van de Pakistaanse ambassade zonder meer, gegeven het schrijven van 21 mei 2007, ook in april 2009 als een voldongen feit heeft aangenomen, valt uit de notitie van de IOM niet af te leiden.

Het hof begrijpt het schrijven van de Pakistaanse ambassade van 21 mei 2007 aldus, dat deze ambassade zich op grond van de Pakistan Citizenship

Act op het standpunt stelt dat de verdachte, gegeven eerdergenoemd Koninklijk Besluit van 16 november 1993, nadien het staatsburgerschap van Pakistan heeft verloren. Dat zij – in ieder geval – voordien staatsburger van Pakistan is geweest, wordt blijkens dat schrijven niet in twijfel getrokken.

Noch uit meergenoemd schrijven, noch uit enig ander processtuk, noch uit het onderzoek ter terechtzitting valt evenwel af te leiden op welke feiten en omstandigheden het op 21 mei 2007 door de Pakistaanse ambassade ingenomen standpunt is gebaseerd. Dit klemt temeer, nu blijkens het schrijven van die datum het verlies van het Pakistaanse staatsburgerschap op zich niet als een definitief en onomkeerbaar gegeven lijkt te worden aangemerkt. Als het al zo zou zijn dat de Pakistaanse ambassade op 21 mei 2007 bekend was met de omstandigheid dat het Koninklijk Besluit, waarbij aan de verdachte de Nederlandse nationaliteit is verleend, achteraf volgens de Nederlandse autoriteiten geen rechtskracht heeft en als het al zo zou zijn dat die omstandigheid naar het oordeel van de Pakistaanse ambassade ingevolge de Pakistaanse regelgeving niet met zich brengt dat het staatsburgerschap van Pakistan van rechtswege herleeft of zelfs als nimmer verloren wordt beschouwd, dan valt niet zonder meer uit te sluiten dat dit staatsburgerschap herleeft dan wel als nimmer verloren wordt beschouwd indien de verdachte uitdrukkelijk verklaard afstand te doen, voor zover nodig, van de Nederlandse nationaliteit, althans geen aanspraak op het bezit van die nationaliteit te maken, ook niet op grond van het Koninklijk Besluit van 16 november 1993. Dat de verdachte, al dan niet met tussenkomst van de IOM, pogingen in het werk heeft gesteld om met een verklaring van die strekking een paspoort dan wel een laissez passer van de Pakistaanse autoriteiten te verkrijgen, is gesteld noch gebleken.

Op grond van de processtukken en het onderzoek ter terechtzitting is ook overigens niet aannemelijk geworden dat de verdachte al hetgeen redelijkerwijze van haar mocht worden verwacht in het werk heeft gesteld teneinde te voldoen aan de op haar rustende verplichting om Nederland te verlaten. Het antwoord, dat zij op 19 april 2010 tijdens haar verhoor door de politie heeft gegeven op de vraag wat zij heeft ondernomen om die verplichting na te komen, is in dit verband veelzeggend: “Ik heb hiervoor niets ondernomen, jullie hadden mij maar moeten terugsturen toen

ik eerder” – de verdachte is na de executie van de haar bij arrest van 22 juni 2004 opgelegde gevangenisstraf blijkens de voorhanden processtukken op 12 maart 2007 in vreemdelingenbewaring gesteld, welke bewaring met ingang van 31 augustus 2007 is opgeheven – ‘vastzat’.

Uit hetgeen hiervoor is overwogen vloeit voort dat de verdachte zich niet met vrucht op de door de raadvrouw bedoelde schulduitsluitingsgrond kan beroepen.”

3.3. Art. 61 Vreemdelingenwet 2000 verplicht de vreemdeling die niet rechtmatig verblijf heeft, Nederland uit eigen beweging te verlaten. Dit betekent dat de vreemdeling die tot ongewenst vreemdeling is verklaard de rechtsplicht heeft het land te verlaten, terwijl van die verplichting slechts is uitgezonderd de vreemdeling van wie aannemelijk is geworden dat hij buiten zijn schuld niet in het bezit kan komen van reisdocumenten (vgl. HR 20 januari 2009, LJN BF8848, NJ 2009/235).

3.4. Het Hof heeft de verwerping van het in het middel bedoelde verweer doen steunen op zijn oordeel dat niet aannemelijk is geworden dat de verdachte al hetgeen redelijkerwijze van haar mocht worden verwacht in het werk heeft gesteld teneinde te voldoen aan de op haar rustende verplichting om Nederland te verlaten. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is – in aanmerking genomen dat het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte zelf niets heeft ondernomen – toereikend gemotiveerd.

3.5. Het middel faalt.

4. Beoordeling van het eerste en het derde middel

4.1. De middelen richten zich tegen het oordeel van het Hof dat 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 (PbEG L 348/98; hierna: de (terugkeer)richtlijn) er niet aan in de weg staat toepassing te geven aan art. 197 (oud) Sr en wegens het handelen in strijd met die bepaling een gevangenisstraf op te leggen.

4.2. Het Hof heeft het bewezenverklaarde feit gekwalificeerd als “als vreemdeling in Nederland verblijven, terwijl hij weet, dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenste vreemdeling is verklaard” en de verdachte te dier zake

veroordeeld tot een gevangenisstraf van een maand. De bestreden uitspraak houdt onder meer in:

“Strafbaarheid van het bewezenverklaarde

De verdachte is bij onherroepelijk geworden arrest van dit gerechtshof d.d. 22 juni 2004 veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van 18 maanden wegens het medeplegen van de misdrijven, voorzien in artikel 141, eerste lid, van de Algemene Bijstandswet, artikel 34 van de Algemene Kinderbijslagwet en artikel 225, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht, telkens meermalen gepleegd, alsmede wegens het plegen van het misdrijf, voorzien in artikel 231, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht. Deze straf is – afgaande op het op de verdachte betrekking hebbende uittreksel Justitiële Documentatie d.d. 17 augustus 2011 – geëxecuteerd in de periode van 17 maart 2006 tot en met 12 maart 2007.

Blijkens de in de bewezenverklaring genoemde beschikking van 12 januari 2007 is aan de verdachte op 3 april 1989 een vergunning tot verblijf voor bepaalde tijd verleend, welke vergunning een geldigheidsduur had tot 3 april 1990 en nadien is omgezet in een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. Bij Koninklijk Besluit van 16 november 1993 is aan de verdachte de Nederlandse nationaliteit verleend. Aangezien evenwel nadien is gebleken dat zij bij haar komst naar Nederland gebruik had gemaakt van valse persoonsgegevens heeft, aldus genoemde beschikking, voormeld Koninklijk Besluit geen rechtskracht en heeft de verdachte – gegeven het feit dat de eerste, op 3 april 1989 verleende verblijfsvergunning wegens het tijdsverloop niet meer kon worden ingetrokken – sedert 3 april 1990 geen rechtmatig verblijf op grond van artikel 8 onder a tot en met e dan wel l van de Vreemdelingenwet 2000 in Nederland gehad. Die omstandigheid, bezien in samenhang met de veroordeling van 22 juni 2004, op grond van welke veroordeling is aangenomen dat de verdachte een gevaar voor de openbare orde vormt, is ten grondslag gelegd aan de krachtens artikel 67, eerste lid, onder c, van de Vreemdelingenwet 2000 gegeven beschikking van 12 januari 2007. Op 1 februari 2007 is deze beschikking aan de verdachte uitgereikt en is haar de strekking daarvan met behulp van een tolk in de Punjabi taal – die zij machtig is – uitgelegd. Op 19 april 2010 is zij in Rotterdam aangehouden op grond van de verden-

king zich aan het misdrijf, voorzien in artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht, schuldig te hebben gemaakt.

Zoals reeds is overwogen, ligt in hetgeen de raadvrouw van de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep bij pleidooi naar voren heeft gebracht de stelling besloten dat artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht – welke bepaling aan de bewezenverklaring ten grondslag ligt – in strijd is met de zogeheten ‘Terugkeerrichtlijn’.

Het hof overweegt dienaangaande het navolgende. Ingevolge artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht wordt de vreemdeling die in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden, dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenste vreemdeling is verklaard, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de derde categorie, welke geldboete per 1 januari 2010, gezien artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht, een bedrag van maximaal € 7.600,= belooft.

Krachtens artikel 67, eerste lid, van de Vreemdelingenwet 2000 kan een vreemdeling ongewenst worden verklaard indien:

- a. hij niet rechtmatig in Nederland verblijft en bij herhaling een bij die wet strafbaar gesteld feit heeft begaan,
- b. hij bij onherroepelijk geworden rechterlijk vonnis is veroordeeld wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd dan wel hem ter zake de maatregel als bedoeld in artikel 37a van het Wetboek van Strafrecht is opgelegd,
- c. hij een gevaar vormt voor de openbare orde of nationale veiligheid en geen rechtmatig verblijf heeft als bedoeld in artikel 8 onder a tot en met e dan wel l van de Vreemdelingenwet 2000,
- d. ingevolge een verdrag of
- e. in het belang van de internationale betrekkingen van Nederland.

De procedure die ter zake dient te worden gevolgd is met waarborgen omkleed, waarbij ook in de mogelijkheden van bezwaar en beroep is voorzien. Het hof acht het niet noodzakelijk om, zoals de raadvrouw van de verdachte – naar het hof uit de inleiding van de door haar ter terechtzitting in hoger beroep voorgedragen pleitnotities begrijpt: subsidiair – heeft verzocht, een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie uit te lokken over de vraag of artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht met de ‘Terugkeerricht-

lijn’ in strijd is, aangezien het antwoord op die vraag naar het oordeel van het hof niet anders dan ontkennend kan luiden.

Het onrechtmatig verblijf in Nederland als zodanig is bij artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht immers niet strafbaar gesteld, noch – anders dan in de casus die heeft geleid tot het arrest van voornoemd Hof van Justitie van 28 april 2011 in de zaak El Dridi (C-61/11) – het voortzetten van dat verblijf, zonder geldige reden, in weerwil van een door de daartoe bevoegde autoriteit gegeven bevel het land te verlaten.

Artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht dient mede te worden gezien in het licht van artikel 67, eerste lid, van de Vreemdelingenwet 2000. Daarbij moet worden bedacht dat de lidstaten van de Europese Unie, niettegenstaande de Europese regelgeving, waaronder bedoelde richtlijn, de bevoegdheid behouden om bij wet – zoals in artikel 67, eerste lid, van de Vreemdelingenwet 2000, gezien de daargenoemde gronden voor ongewenstverklaring, alsmede middels de daarmee samenhangende strafbaarstelling, neergelegd in artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht is geschied – regels vast te stellen teneinde hun verantwoordelijkheden voor wat betreft de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid uit te oefenen.

Waar het meer in het bijzonder de verplichting voor een onrechtmatig in Nederland verblijvende, ongewenst verklaarde vreemdeling betreft om het land uit eigen beweging te verlaten indien die ongewenstverklaring en daarmee genoemde verplichting het gevolg is van een strafrechtelijke sanctie overeenkomstig de nationale wetgeving – in casu: de veroordeling van de verdachte bij eerdergenoemd arrest van 22 juni 2004, waar het gevaar voor de openbare orde in de beschikking van 12 januari 2007 op is gebaseerd – volgt vorenbedoelde bevoegdheid van de lidstaten van de Europese Unie meer expliciet uit hetgeen ten aanzien van de werkingssfeer van de “Terugkeerrichtlijn” in artikel 2, tweede lid, aanhef en onder b, van die richtlijn is geregeld. Artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht heeft mitsdien na de inwerkingtreding van de ‘Terugkeerrichtlijn’ zijn rechtskracht behouden.

(...)

Strafmotivering

Het hof heeft de op te leggen straf bepaald op grond van de ernst van het feit en de omstandigheden waaronder dit is begaan en op grond van

de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, zoals daarvan is gebleken uit het onderzoek ter terechtzitting.

Daarbij heeft het hof in het bijzonder het volgende in aanmerking genomen.

De verdachte wist dat zij tot ongewenst vreemdeling was verklaard. Niet aannemelijk is geworden dat zij de redelijkerwijs van haar te verlangen inspanningen heeft verricht om Nederland te verlaten. Zij heeft daarmee het Nederlandse vreemdelingenbeleid doorkruist en het belang dat door het bevoegd gezag genomen beslissingen worden nageleefd – en daarmee het belang van de openbare orde – geschonden.

Dit rechtvaardigt op zich, mede gezien de straffen die in de regel wegens het begaan van een misdrijf als het onderhavige worden opgelegd, een gevangenisstraf voor de duur van twee maanden, niet alleen vanuit een oogpunt van normhandhaving, maar ook vanuit een oogpunt van zowel generale als speciale preventie. Deze strafmodaliteit en strafmaat zijn ook bij het door de politierechter in de rechtbank Rotterdam op 28 juli 2010 in de onderhavige strafzaak gewezen vonnis aangehouden, met dien verstande dat de politierechter de helft van die straf voorwaardelijk heeft opgelegd. Het hof is evenwel met de advocaat-generaal van oordeel dat een deels voorwaardelijke gevangenisstraf meer in het bijzonder vanuit het oogpunt van speciale preventie in casu geen meerwaarde heeft en dat – alles overwegende en rekening houdend met de specifieke persoonlijke omstandigheden van de verdachte – een geheel onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van één maand in dezen een passende en geboden reactie vormt. Volledigheidshalve wordt nog overwogen dat de stelling van de raadvrouw van de verdachte – ten grondslag gelegd aan haar betoog om toepassing te geven aan artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht en inhoudende dat, indien aan de verdachte een straf wordt opgelegd, “eigenlijk” sprake is van een dubbele bestraffing, daarbij doelend op de door de verdachte in 2007 ondergane vreemdelingenbewaring – geen steun vindt in het recht en om die reden door het hof dan ook niet in het oordeel inzake de strafmodaliteit en strafmaat is betrokken.”

4.3.1. Bij de beoordeling van de middelen moet worden vooropgesteld dat de terugkeerrichtlijn zich niet er tegen verzet dat op grond van art. 197 (oud) Sr een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een tot ongewenst vreemdeling verklaarde onder-

daan van een derde land in de zin van art. 3, eerste lid, van de richtlijn op wie de bij die richtlijn voorziene terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal in Nederland verblijft. Het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf aan een dergelijke onderdaan van een derde land is evenwel strijdig met de richtlijn indien de stappen van de in de richtlijn vastgelegde terugkeerprocedure nog niet zijn doorlopen, nu die strafoplegging de verwezenlijking van de met deze richtlijn nagestreefde doelstelling, te weten de invoering van een doeltreffend beleid van verwijdering en terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, in gevaar kan brengen. Dat betekent dat de rechter die een onvoorwaardelijke gevangenisstraf oplegt wegens handelen in strijd met art. 197 (oud) Sr, zich ervan dient te vergewissen dat de stappen van de terugkeerprocedure zijn doorlopen en daarvan in de motivering van zijn beslissing dient blijk te geven. (Vgl. HR 21 mei 2013, LJN BY3151, rov. 4.7).

4.3.2. Ten tijde van de uitspraak van het Hof was de in art. 20 van de terugkeerrichtlijn gestelde termijn tot 24 december 2010, waarbinnen de lidstaten voor implementatie van de richtlijn benodigde wettelijke bepalingen in werking dienden te laten treden, reeds verstreken. De hiervoor onder 3.4 genoemde wetgeving is pas in werking getreden op 31 december 2011. Nu de formulering van de hier aan de orde zijnde bepalingen van de richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is, kon de verdediging zich in haar verweer bij een vervolging op grond van art. 197 (oud) Sr vanaf het verstrijken van de termijn op het in de richtlijn bepaalde beroepen en diende het Hof de zaak te beoordelen met inachtneming van de hiervoor besproken consequenties van de richtlijn. (Vgl. HR 21 mei 2013, LJN BY3151, rov. 4.8.1).

4.4. Voor zover de middelen berusten op de opvatting dat het Hof na het verstrijken van de implementatietermijn van de richtlijn art. 197 (oud) Sr geheel buiten toepassing had moeten laten en het dus ten onrechte strafbaarheid op grond van deze bepaling heeft aangenomen, falen ze. Gelet op hetgeen hiervoor is vooropgesteld is die opvatting onjuist.

4.5. Het eerste middel behelst voorts de klacht dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de terugkeerrichtlijn op grond van art. 2, tweede lid aanhef en onder b, van de richtlijn toepassing mist in een geval als het onderhavige waarin de

rechtsplicht van de verdachte om Nederland te verlaten voortvloeit uit een ongewenstverklaring als bedoeld in art. 67 (oud) Vreemdelingenwet 2000. Deze klacht is gegrond. Van de door art. 2, tweede lid aanhef en onder b, van de richtlijn geboden mogelijkheid de daar bedoelde personen van de toepasselijkheid van de richtlijn uit te sluiten heeft de wetgever geen gebruik gemaakt. Voor de toepassing van de richtlijnbevestigingen is derhalve niet relevant de omstandigheid dat aan de ongewenstverklaring van de verdachte mede ten grondslag lag een strafrechtelijke veroordeling van de verdachte.

4.6. Daarnaast behelzen de middelen de klacht dat het Hof in strijd met de terugkeerrichtlijn een onvoorwaardelijke gevangenisstraf heeft opgelegd. 4.7. Het oordeel van het Hof dat “een geheel onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van één maand in dezen een passende en geboden reactie vormt”, is in het licht van hetgeen onder 4.3.1 en 4.3.2 is vooropgesteld niet zonder meer begrijpelijk. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat het Hof in het midden heeft gelaten of de door de richtlijn voorgeschreven stappen van de terugkeerprocedure zijn doorlopen. De middelen klagen dan ook terecht dat het Hof de strafoplegging ontoereikend heeft gemotiveerd.

5. Slotsom

Nu de Hoge Raad geen grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden uitspraak ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, brengt hetgeen hiervoor is overwogen mee dat als volgt moet worden beslist.

6. Beslissing

De Hoge Raad: vernietigt de bestreden uitspraak maar uitsluitend wat betreft de strafoplegging; wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Den Haag, opdat de zaak in zoverre op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan; verwerpt het beroep voor het overige. (...; red.)

NOOT

Een zevenklapper bij de Terugkeerrichtlijn

1. Het zou toeval kunnen zijn, maar op het moment dat een publieke discussie over de strafbaarstelling van illegaal verblijf in Nederland

wordt gevoerd, oordeelde de Hoge Raad, de hoogste rechter in strafzaken, over de verhouding tussen de strafbaarstelling van (vormen van) illegaal verblijf en de Terugkeerrichtlijn (Tri).¹ De HR oordeelde daarover zelfs in vijf afzonderlijke uitspraken, allemaal op dezelfde dag: 21 mei 2013.² Vervolgens bleek dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), de hoogste rechter in vreemdelingenzaken, precies een dag later, op 22 mei 2013 eveneens uitspraak had gedaan over de betekenis van de Tri voor de strafbaarstelling van vormen van illegaal verblijf.³ En ten slotte gaf het Hof van Justitie van de EU op 30 mei 2013 in een prejudiciële beslissing een nadere duiding van de precieze werkingssfeer van de Tri voor wat betreft de toelaatbaarheid van vrijheidsbenemende maatregelen en asielzoekers.⁴

2. Aangezien de Tri een aantal op zijn minst niet heldere artikelen bevat met betrekking tot deze kwestie, is enige verheldering daaromtrent door de (hoogste) rechter zeker op zijn plaats. De in totaal zes uitspraken zijn dan ook een zeer welkome aanvulling op de interpretatie van de Tri, temeer omdat noch de HR noch de ABRvS zich eerder zo expliciet over deze kwestie hadden uitgelaten. Dat wil zeggen met betrekking tot de toelaatbaarheid van de strafbaarstelling in het kader van de ongewenstverklaring en de overtreding van het inreisverbod. De HR had zich weliswaar eerder uitgelaten over de betekenis van de Tri, maar dat was gedaan door de civiele kamer in het kader van de vraag in hoeverre het beëindigen van de opvang van een uitgeproceeerde asielzoekster met kleine kinderen toelaat-

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 (PbEU L 348/98), (de Terugkeerrichtlijn).

2 HR 21 mei 2013, LJN BZ3791; HR 21 mei 2013, LJN BY6906, «JV» 2013/218; HR 21 mei 2013, LJN BY3151, «JV» 2013/219; HR 21 mei 2013, LJN BZ3930 en HR 21 mei 2013, LJN BZ3928.

3 ABRvS 22 mei 2013, LJN CA1292, ve13001120.

4 HvJ EU 30 mei 2013, C-534/11 (*Arslan*), ve13001082.

baar was.⁵ De civiele kamer van de HR oordeelde in dat arrest dat de rechtsopvatting van het hof Den Haag juist was, namelijk:

“dat de primaire verantwoordelijkheid van ouders met betrekking tot het welzijn van hun kinderen niet wegneemt dat de Staat, indien ouders die verantwoordelijkheid niet of onvoldoende nemen, de verplichting heeft erop toe te zien dat de rechten en belangen van de kinderen niettemin worden beschermd en geborgd en daartoe desnoods maatregelen te nemen”.⁶ De juistheid van die opvatting, zo betoogde de HR:

“vindt steun in de rechtspraak van het EHRM, de aan de Opvangrichtlijn en de Terugkeerrichtlijn ten grondslag liggende beginselen en het op grond van het ESH ingenomen standpunt van het ECSR en Comité van Ministers”.⁷

En over de beginselen van de Tri stelde de HR in datzelfde arrest dat:

“de lidstaten dienen te voorzien in de elementaire levensbehoeften van onderdanen van derde landen die illegaal in die staat verblijven maar nog niet kunnen worden uitgezet”.⁸ De implicatie van deze opvatting behelst echter meer dan alleen maar een constatering met betrekking tot een zorgplicht van de overheid. Ik zal daar hieronder nog op terug komen.

3. Alvorens over te gaan tot bespreking van de uitspraken van beide rechterlijke colleges, zal ik eerst aangeven welke ‘losse eindjes’ er met betrekking tot de Tri nog zijn te signaleren. De onderhavige uitspraken geven overigens niet op alle vragen een antwoord. Dat is overigens geen onoverkomelijk probleem omdat de HR in alle vijf de uitspraken heeft geoordeeld dat de zaak moet worden teruggewezen naar de respectievelijke gerechtshoven ten einde op het bestaande hoger beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan. De vernietiging van die zaken betreft weliswaar telkens uitsluitend de strafoplegging maar die is onlosmakelijk verbonden met de Tri. Mooie bijkomstigheid is dat in deze vijf zaken maar liefst drie verschillen gerechtshoven betrokken zijn: Arnhem, Amsterdam en Den Haag. En

strikt genomen is het dan mogelijk dat tegen deze nieuwe uitspraken in hoger beroep wederom beroep in cassatie wordt ingesteld zodat de HR zich opnieuw over deze kwestie kan uitlaten. Hopelijk zal dat niet net zo veel tijd in beslag nemen als de onderhavige cassatieberoepen, want anders zouden we daar nog twee jaar of misschien wel langer op moeten wachten.⁹ Alvorens op de te bespreken uitspraken in te gaan ben ik genoodzaakt een aanloop te nemen omdat zowel de richtlijn zelf als enkele arresten van het HvJ EU enkele ongerijmdheden bevatten.

Wat regelt de Tri?

4. Zoals zovele richtlijnen is ook de Tri het resultaat van een complex onderhandelingsproces dat niet tot een glashelder resultaat heeft geleid en in ieder geval zowel bij de commentatoren als de betrokken rechterlijke colleges tot verschillende principiële vragen en uiteenlopende antwoorden heeft geleid.¹⁰ De Tri regelt gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van derdelanders (onderdanen van derde landen) die illegaal op hun grondgebied verblijven. Alhoewel de richtlijn feitelijk gaat over de *uitzetting* van derdelanders, die niet of niet meer *rechtmatig verblijf* hebben in een lidstaat, naar een staat buiten de EU, wordt in de Tri gesproken van *terugkeer* van *illegaal* verblijvende derdelanders. De Tri is in ieder geval gericht op het uiteindelijk fysiek (laten) vertrekken van de derdelander. Daartoe wordt in de Tri nauwgezet omschreven welke maatregelen een lidstaat moet en soms mag nemen om dit fysieke vertrek te realiseren. Dit stappenplan van de terugkeerprocedure is dwingend voorgeschreven in de Tri en begint met de vaststelling van het illegale verblijf van de derdelander middels een (schriftelijk) terugkeerbesluit dat onder meer een vertrekplicht

5 HR 21 september 2012, LJN BW5328, «JV» 2012/458, m.nt. C.H. Slingenberg.

6 R.o. 3.7.2.

7 R.o. 3.7.2.

8 R.o. 3.5.2.

9 De uitspraken in hoger beroep waarvan cassatie zijn gedaan op 20 september 2010, 5 juli 2011, 16 september 2011 en 11 oktober 2011 (twee maal). Dat wil zeggen dat de uitspraak in cassatie in de ‘oudste’ zaak maar liefst twee jaar en acht maanden op zich heeft laten wachten.

10 Zie voor een overzicht van de literatuur met betrekking tot de Tri: Groenendijk (red.) *Commentaar Europees Migratierecht*, Den Haag: Sdu, 2013.

bevat. Het uitgangspunt is vervolgens dat de derdelander een termijn wordt gegund om vrijwillig te vertrekken (art. 7 Tri). Mocht de derdelander niet binnen de gestelde termijn zijn vertrokken, dan kunnen er verplichtingen worden opgelegd om de terugkeer toch te realiseren. In laatste instantie kunnen er zelfs dwangmaatregelen worden genomen om het gedwongen vertrek (ook wel de 'verwijdering' genoemd) te realiseren. Die dwangmaatregelen mogen overigens niet onbeperkt duren. De maximale termijn van vreemdelingenbewaring is zes maanden en die termijn kan (art. 15(6) Tri) "slechts in beperkte mate en ten hoogste met nog eens twaalf maanden" verlengd worden "indien de verwijdering, alle redelijke inspanningen ten spijt, wellicht meer tijd zal vergen, omdat de betrokken onderdaan van een derde land niet meewerkt of de nodige documentatie uit derde landen op zich laat wachten".

5. Hetgeen nu opvalt is dat het doel niet naadloos aansluit bij middelen van de Tri. Het doel is het vertrek van de derdelander, vrijwillig of gedwongen. De middelen die daartoe gebruikt mogen worden zijn echter beperkt en, volgens nr. 13 van de considerans, uitdrukkelijk aan de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid onderworpen. Er zit derhalve een discrepantie tussen het doel van de Tri en de terugkeerprocedure uit de Tri om dit te realiseren. Dit probleem wordt onder meer duidelijk indien alle dwangmaatregelen zijn verbruikt die volgens de Tri zijn toegestaan terwijl het doel van de Tri nog niet is gerealiseerd. Welke maatregelen kunnen er dan nog worden genomen? De Tri bevat weliswaar een bepaling (art. 9) over een mogelijk *uitstel van verwijdering*, als er iets mis gaat tijdens de verwijdering, maar spreekt daarin van een *passende termijn*. Dat wil zeggen dat de veronderstelling wordt gehanteerd dat een uitstel van verwijdering een tijdelijk karakter heeft en niet voor onbepaalde tijd kan duren. De situatie die echter ontstaat als duidelijk is dat er sprake is van de onmogelijkheid van verwijdering wordt niet behandeld in de Tri.

6. Dit probleem van een niet complete of niet sluitende regeling in de Tri komt bij uitsteking naar voren indien het illegaal verblijf strafbaar is. Op dit moment is het niet-rechtmatige verblijf van een derdelander als zodanig (nog) niet strafbaar gesteld in Nederland. Wel strafbaar is een overtreding van een eventueel opgelegd inreis-

verbod en het verblijf van een vreemdeling in Nederland terwijl deze "weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenst vreemdeling is verklaard" (art. 197 Sr.). De derdelander die derhalve binnen de termijn van het inreisverbod toch weer in Nederland wordt aangetroffen, is nu al strafbaar. En de derdelander die in weerwil van zijn ongewenstverklaring in Nederland wordt aangetroffen, is eveneens strafbaar. De concrete vraag die dit nu oplevert is of de uitvoering van een vrijheidsstraf die is opgelegd in het kader van een van deze vormen van illegaal verblijf in strijd is met de Tri. Het doel van de Tri is immers het feitelijke vertrek van de derdelander en dat doel wordt niet bereikt door de tenuitvoerlegging van vervangende hechtenis of een gevangenisstraf. De legitieme vraag is daarmee geworden of strafrechtelijke vrijheidsbeneming wegens illegaal verblijf überhaupt mag.

7. Het HvJ EU heeft in de zaak *El Dridi* vastgesteld:

"dat staten geen regeling (mogen) toepassen, ook niet op strafrechtelijk gebied, die de verwezenlijking van de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen in gevaar kan brengen en deze haar nuttig effect kan ontnemen".¹¹

Dit verbod op het frustreren van het doel van de Tri, dat wil zeggen het feitelijke vertrek van de illegaal verblijvende derdelander, is nader uitgewerkt door het HvJ EU. In *Achughbaban* bepaalde het HvJ EU dat het ook niet in overeenstemming met de Tri is als de uitvoering van het terugkeerbesluit, of zelfs de vaststelling van dat besluit *voorafgegaan* zou worden door een strafrechtelijke vervolging, eventueel gevolgd door een gevangenisstraf.¹² Daarnaast oordeelde het HvJ EU in *Sagor* dat de oplegging van huis-arrest in strijd is met de Tri als er niet de garantie is "dat de uitvoering van deze straf onmiddellijk wordt opgeheven zodra het mogelijk is om de betrokkene fysiek uit de lidstaat te verwijderen".¹³

11 HvJ EU 28 april 2011, C-61/11 PPU (*El Dridi*) r.o. 55, «JV» 2011/242, m.nt. P. Boeles.

12 HvJ EU 6 december 2011, C-329/11 (*Achughbaban*) r.o. 45-46, «JV» 2012/75, m.nt. B. van Dokkum.

13 HvJ EU 6 december 2012, C-430/11 (*Sagor*) r.o. 50, «JV» 2013/61, m.nt. P. Boeles.

Boeles concludeert daaromtrent: “Wel mag een lidstaat illegaal verblijf strafbaar stellen, maar de op te leggen sanctie mag de fysieke overbrenging van de betrokkene uit de lidstaat niet belemmeren. De ten uitvoerlegging van strafrechtelijke vrijheidsbeneming moet in elk geval een einde nemen zodra het mogelijk is de betrokkene fysiek te verwijderen.”¹⁴

8. Als dus uit het voorafgaande mag worden geconcludeerd dat de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf niet voorafgaand aan de vaststelling van het terugkeerbesluit en ook niet tijdens de uitvoering van het terugkeerbesluit mogelijk is, dan resteert – bezien in de tijd – de periode ná de uitvoering van het terugkeerbesluit. Dat is echter een onmogelijkheid. Immers, een voltooide uitvoering van het terugkeerbesluit bestaat slechts in het fysieke vertrek van betrokkene. En als de betrokkene is vertrokken, is er geen mogelijkheid meer om hem op te sluiten. De enige mogelijkheid die nog resteert voor een tenuitvoerlegging van een strafrechtelijke vrijheidsbeneming is *tijdens* de uitvoering van het terugkeerbesluit, maar daarvan heeft het HvJ EU nu juist bepaald dat dit uitsluitend kan indien de uitvoering van de straf wordt beëindigd zodra het mogelijk is om de betrokkene fysiek te verwijderen. En die laatste situatie lijkt als twee druppels water op de vreemdelingenbewaring, die wordt immers ook onmiddellijk afgebroken indien er daadwerkelijk kan worden uitgezet. Het enige verschil daarbij is dat de vreemdelingenbewaring een niet-strafrechtelijke maatregel is die in principe voor zolang als het nodig is wordt opgelegd met een maximum van zes maanden, terwijl een strafrechtelijke vrijheidsstraf – in Nederland althans – altijd voor een bepaalde tijd wordt opgelegd. De voortijdige beëindiging van een vrijheidsstraf vanwege de mogelijke realisering van de verwijdering is vooralsnog onbekend in het Nederlandse strafrecht.

9. De uitweg die het HvJ EU in deze problematiek heeft gevonden is merkwaardig. Alhoewel het Hof eerst heeft vastgesteld dat de tenuitvoerlegging van een strafrechtelijke vrijheidsbeneming per definitie de door de richtlijn nagestreef-

de doelstellingen in gevaar kan brengen, stelt het Hof vervolgens in *Achughbabian* dat: “de richtlijn zich er niet tegen verzet dat strafrechtelijke sancties worden opgelegd, volgens de nationale regels van het strafprocesrecht, aan onderdanen van derde landen op wie de bij deze richtlijn ingestelde terugkeerprocedure is toegepast en die illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven zonder dat er een geldige reden om niet terug te keren is”.¹⁵

Deze formulering lijkt nog in lijn te zijn met de eerdere aanduiding dat vrijheidsbeneming als straf niet toegestaan is. Er staat immers dat de richtlijn zich niet verzet tegen het opleggen van strafrechtelijke *sancties* en dat kan ook in de vorm van boetes. De conclusie echter van ditzelfde arrest is dat de richtlijn “zich niet verzet tegen een dergelijke regeling voor zover deze toestaat dat een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een onderdaan van een derde land op wie de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal op dat grondgebied verblijft”.

Dat is vreemd. In het dictum van het arrest zijn de strafrechtelijke sancties omgevormd in gevangenisstraf. De conclusie die hieruit moet worden getrokken is ofwel dat het HvJ EU in de Tri een bevoegdheid leest tot de tenuitvoerlegging van gevangenisstraf die in strijd is met de Tri, dan wel dat de Tri dusdanig moet worden gelezen dat de doelstelling van de Tri niet is gelegen in de terugkeer van een betrokkene maar slechts in een poging om de terugkeer te realiseren. Alhoewel dit laatste niet in de Tri is te vinden geeft alleen deze interpretatie de mogelijkheid om na een niet succesvol verlopen terugkeerprocedure waarbij alle stappen zijn doorlopen alsnog een vrijheidsstraf ten uitvoer te leggen. Daarnaast levert deze interpretatie het probleem op dat derdelanders die niet kunnen worden verwijderd, na het doorlopen van alle stappen van de terugkeerprocedure, herhaaldelijk kunnen worden veroordeeld tot een gevangenisstraf. En dat lijkt me haaks staan op de doelstellingen zoals die ook in de considerans van de Terugkeerrichtlijn zijn geformuleerd.

14 P. Boeles, ‘Strafbaarstellingen van illegaal verblijf en het Unierecht’, in *A&MR* 2013 nr. 2, p. 64-68.

15 HvJ EU 6 december 2011, C-329/11 (*Achughbabian*) r.o. 48.

10. De vraag die centraal staat in de uitspraak van de ABRvS is wat het karakter is van een opgelegd inreisverbod.¹⁶ In de eerste grief wordt betoogd dat het inreisverbod als zodanig onrechtmatig is omdat uit de arresten *El Dridi* en *Achughbaban* van het HvJ EU volgt dat geen strafrechtelijke maatregelen, zoals een inreisverbod, in verband met de tenuitvoerlegging van een terugkeerbesluit kunnen worden genomen. Daarnaast wordt gesteld dat niet het inreisverbod ter beoordeling staat maar de bevoegdheid tot het uitvaardigen daarvan en dat betekent dat de vreemdelingenrechter de strafbaarstelling van het inreisverbod zou moeten toetsen.¹⁷

11. De ABRvS oordeelt daarover dat de vraag welke rechter dient te oordelen over de vraag of de strafbaarstelling van overtreding van het inreisverbod in een concreet geval verenigbaar is met de Tri, niet in het Unierecht wordt geregeld en dus een aangelegenheid is van de interne rechtsorde van Nederland.¹⁸ Volgens de ABRvS is die bevoegdheid toebedeeld aan de strafrechter en niet aan de vreemdelingenrechter. De vreemdelingenrechter beperkt zich tot de rechtmatigheidstoets van het inreisverbod. Het argument dat de Afdeling hierbij gebruikt is dat dit geheel in lijn is met eerdere jurisprudentie van de Afdeling.¹⁹ Dit argument overtuigt niet. Het handhaaft weliswaar een strikte afbakening tussen de taken van de strafrechter en de vreemdelingenrechter, maar het argument daartoe is een autoriteitsargument: “het is zo omdat ik al eerder heb gezegd dat het zo is”. Bovendien lijkt het op het argument dat gehanteerd wordt door de vreemdelingenrechter om zich niet te mogen uitspreken over de rechtmatigheid van een strafrechtelijke aanhouding als daarop vreemdelingenrechtelijke bewaring volgt.

Een situatie die problematisch is indien er strafrechtelijk niets meer gebeurt en daardoor de rechtmatigheid van de staandehouding niet door een rechter wordt getoetst.

12. De uitspraken van de HR betreffen allemaal de verenigbaarheid van strafoplegging van onvoorwaardelijke gevangenisstraf met de Tri. Daarnaast komt een aantal andere aspecten aan bod. Met betrekking tot de verenigbaarheid van gevangenisstrafoplegging en de Tri sluit de HR (uitgebreid in de zaak 11/03075)²⁰ aan bij de overweging van het HvJ EU in de zaak *Achughbaban*. De Tri verzet zich volgens de HR niet tegen het opleggen van een gevangenisstraf aan een vreemdeling die tot ongewenst vreemdeling is verklaard indien de terugkeerprocedure is toegepast. Alhoewel die redenering op gespannen voet staat met de inhoud en doelstelling van de Tri zelf, laat de HR zich daar niet over uit.

13. Daarnaast doet de HR uitspraak over de problematiek van een stateloze die niet heeft aangetoond dat deze staatloos is. In navolging van HR LJN BF8848 herhaalt de HR dat niet aannemelijk is geworden dat de verdachte staatloos is en zelf serieuze pogingen heeft ondernomen om Nederland te verlaten dan wel om aan identiteitspapieren te komen. Ingevolge art 61(1) Vw dient de vreemdeling die tot ongewenst vreemdeling is verklaard en de rechtsplicht heeft om Nederland te verlaten, ook aantoonbare inspanningen te verrichten teneinde dit vertrek te realiseren.²¹ In het midden blijft welke inspanningen een echte stateloze zou moeten betrachten om dit wel overtuigend te kunnen aantonen. Het lijkt me overigens zeer moeilijk omdat alleen een schriftelijke verklaring van de ambassades van alle staten, waarin staat dat de betrokkene geen onderdaan is van die staat, afdoende zou zijn.

14. De zaak 11/04246 betreft eveneens een veronderstelde stateloosheid.²² In dit geval is de verdachte op grond van valse persoonsgegevens tot Nederlander genaturaliseerd. Nadat dit ontdekt was is haar het Nederlanderschap ontnomen. De nadien door verdachte ondernomen inspanningen worden (ook) als onvoldoende

16 ABRvS 22 mei 2013, LJN CA1292, ve13001120.

17 R.o. 2.

18 R.o. 2.8.

19 Daarbij verwijst de ABRvS naar een eerdere uitspraak (ABRvS 7 augustus 2006, 200602402/1, «JV» 2006/371, m.nt. P. Boeles) waarin soortgelijk wordt geoordeeld dat de vraag hoe de strafrechtelijke gevolgen van een ongewenstverklaring zich verhouden tot de omstandigheid dat een vreemdeling niet naar het land van zijn herkomst uitgezet zal worden, door het OM en de strafrechter dient te worden beantwoord (r.o. 2.9).

20 HR 21 mei 2013, LJN BY3151, «JV» 2013/219.

21 R.o. 3.5.

22 HR 21 mei 2013, LJN BY6906, «JV» 2013/218.

aangemerkt temeer daar het niet onmogelijk wordt geacht dat zij haar oorspronkelijk Pakistaanse nationaliteit weer zou terug kunnen krijgen indien aan de Pakistaanse ambassade duidelijk zou zijn gemaakt dat zij niet meer de Nederlandse nationaliteit bezit.

15. De zaak 10/04369 betreft het cassatieberoep tegen een arrest van het Gerechtshof van 20 september 2010.²³ Op die datum was de implementatietermijn voor de inwerkingtreding van de benodigde wettelijke bepalingen met betrekking tot de Tri nog niet verstreken. Alhoewel het Hof het arrest heeft gewezen voor het verstrijken van de termijn, redeneert de HR dat de Tri zich ook tot de rechter richt die daarna naar de zaak kijkt. De HR dient derhalve te oordelen in overeenstemming met de richtlijn. En de conclusie is dan dat het Hof zich niet heeft uitgelaten over het al dan niet volledig hebben doorlopen van de terugkeerprocedure. Nu dit kennelijk niet door het Hof is gebeurd, althans daarvan niet in de beslissing op het hoger beroep blijkt van heeft gegeven, vernietigt de HR het arrest en wijst het de zaak terug naar het Hof om uitsluitend met betrekking tot dat aspect opnieuw af te doen. Overigens wordt dit oordeel in alle HR-zaken geformuleerd.

16. De zaken (11/04731 en 11/04684) betreffen beide de vraag in hoeverre de 'oude' ongewenstverklaring, die geen termijn kende, zich verdraagt met de Tri die wel een specifieke termijn kent.²⁴ De HR oordeelt daarover dat een dergelijke voor de inwerkingtreding van de Tri uitgesproken ongewenstverklaring niet automatisch haar rechtskracht verliest. Nu de vreemdeling in 2008 tot ongewenst vreemdeling is verklaard en in 2010 in Nederland is aangetroffen, kan een mogelijk toepasselijke termijn zoals die onder meer bij een inreisverbod geldt nog niet zijn verstreken aangezien een dergelijke termijn pas gaat lopen na vertrek uit Nederland.

17. Het gegeven dat de HR een aantal zaken heeft 'opgespaard' en aan twee verschillende AG's heeft voorgelegd voor advies getuigt van een gedegen voorbereiding. Ook de vrijwel gelijktijdige uitspraak van de Afdeling lijkt daarop

aan te sluiten: een eensgezind offensief om helderheid te scheppen rondom de toelaatbaarheid van strafbaarstelling en de Tri. De gelijkloendheid van de vijf arresten in de vorm van terugwijzing naar drie verschillende gerechtshoven laat echter in ieder geval ruimte voor enige reflectie door de hoven op de eerder door mij gesignaleerde ongerijmdheden in de Tri zelf en de wijze waarmee het HvJ EU daarmee creatief is omgegaan.

C.A.F.M. Grütters
Radboud Universiteit Nijmegen

219

Hoge Raad (Strafkamer)
21 mei 2013, nr. 11/03075, LJN BY3151
(mr. Corstens, mr. Splinter-van Kan, mr. Groos,
mr. Jörg, mr. Van den Brink)

Richtlijn, Terugkeer. Ongewenstverklaring. Strafvervolgning.

[Richtlijn 2008/115/EG art. 3 lid 1; Sr art. 197]

Verenigbaarheid opleggen gevangenisstraf met Terugkeerrichtlijn.

1. *Het Hof heeft de verwerping van de buiten schuld verwerpen doen steunen op zijn oordelen dat niet aannemelijk is geworden dat verdachte staatloos is en zelf serieuze pogingen heeft ondernomen om Nederland te verlaten dan wel om aan identiteitspapieren te komen. Die oordelen zijn toereikend gemotiveerd. Zie eerder HR 20 januari 2009, LJN BF8848.*

2. *De HR leidt uit de rechtspraak van het HvJ (El Dridi, «JV» 2011/242; Achughbabian, «JV» 2012/75; Sagor, «JV» 2013/61) af dat de Terugkeerrichtlijn (Tri) zich niet ertegen verzet dat op grond van art. 197 (oud) Sr een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een tot ongewenst vreemdeling verklaarde onderdaan van een derde land in de zin van art. 3 lid 1 Tri op wie de terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal in Nederland verblijft. Het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf aan een dergelijke onderdaan van een derde land is evenwel strijdig met de Tri indien de stappen van de in de Tri vastgelegde terugkeerprocedure nog niet zijn doorlopen, nu die strafoplegging de verwezen-*

²³ HR 21 mei 2013, LJN BZ3791.

²⁴ HR 21 mei 2013, LJN BZ3930 en HR 21 mei 2013, LJN BW3928.