

## 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/2066/53798>

Please be advised that this information was generated on 2019-01-16 and may be subject to change.

## FORUM

Deze rubriek biedt ruimte aan discussie over actuele en 'tijdloze' onderwerpen. De lezers worden nadrukkelijk uitgenodigd (korte) bijdragen in te zenden.

# Vervolging van ongewenste vreemdelingen

## Over ne bis in idem en juridische overmacht bij art. 197 Sr

*P.H.P.H.M.C. van Kempen en B. Pieters<sup>1</sup>*

### 1. Inleiding

Illegaal verblijf vormt als zodanig geen strafbaar feit in Nederland. Wel is het ingevolge art. 197 Sr strafbaar als vreemdeling in Nederland te verblijven, terwijl men weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat men ongewenst is verklaard. Ongewenstverklaring is een administratieve maatregel die de Minister van Justitie kan nemen op grond van art. 67 Vreemdelingenwet 2000. De maatregel heeft ten doel bepaalde vreemdelingen aan wie het niet of niet langer is toegestaan in Nederland te verblijven te weren. De minister kan een vreemdeling bijvoorbeeld ongewenst verklaren omdat hij illegaal in Ne-

derland verblijft en zich bij herhaling schuldig maakt aan strafbare feiten uit de Vreemdelingenwet 2000 of omdat hij strafrechtelijk is veroordeeld en daardoor een gevaar voor de openbare orde vormt.<sup>2</sup> Uit cijfers van het CBS blijkt dat het aantal schuldigverklaringen door rechtbanken wegens overtreding van art. 197 Sr de laatste jaren een aanzienlijk stijgende lijn kent.<sup>3</sup> Daar komt bij dat de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken nog tamelijk kort geleden stelden dat de maatregel van ongewenstverklaring bovendien in het kader van terrorismebestrijding vaker toepassing verdient.<sup>4</sup> Los daarvan is het ook nog eens de bedoeling art. 197 Sr ter handhaving van het vreemdelingenbeleid in te zetten.<sup>5</sup> Daarnaast zijn eind 2004

1 Piet Hein van Kempen is universitair hoofddocent straf(proces)recht Radboud Universiteit Nijmegen en rechter-plv. Rechtbank 's-Hertogenbosch en Bregje Pieters is docent en onderzoeker straf(proces)recht aan dezelfde universiteit.

2 Navraag bij de IND leert dat in 2004 in totaal 1257 personen ongewenst zijn verklaard.

3 Navraag bij het CPB leverde het volgende op: in 2000 waren er 235 schuldigverklaringen; in 2002, 304; in 2003, 364; in 2004, 423. Overigens ligt het aantal werkelijke schuldigverklaringen waarschijnlijk nog veel

hoger, aangezien deze cijfers slechts betrekking hebben op zaken waarin art. 197 Sr het delict met de zwaarste strafdreiging was (6 maanden).

4 Brief van de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en koninkrijksrelaties, Den Haag, 24 januari 2005, Kamerstukken II 2004-2005, 29 754, nr. 5, p. 9.

5 Terugkeernota van Directoraat-Generaal Internationale Aangelegenheden en Vreemdelingenzaken, Den Haag 21 november 2003, p. 22. Ook: Kamerstukken II 2004-2005, 29 537, nrs. 2 en 23.

de gevallen waarin tot ongewenstverklaring kan worden overgegaan verruimd.<sup>6</sup>

Gelet op deze ontwikkelingen rondom de maatregel, zal het nog vaker komen tot vervolging op basis van deze thans al regelmatig in strafprocessen aan de orde zijnde bepaling. Daarmee is er reden te meer nu kort stil te staan bij enkele bijzondere problemen die zich voordoen indien een vreemdeling voor art. 197 Sr wordt vervolgd terwijl hij niet in staat was Nederland op rechtmatige wijze te verlaten. Kan hij zich dan met succes op een strafuitsluitingsgrond beroepen, en zo ja welke? Maar nog gecompliceerder is de vraag wat geldt indien een ingevolge art. 197 Sr veroordeelde vreemdeling die Nederland daarop niet verlaat omdat hij daartoe niet een legale mogelijkheid had, vervolgens opnieuw op grond van deze bepaling wordt vervolgd. Kan die tweede vervolging dan zonder meer tot een veroordeling leiden? In verband hiermee zullen wij ingaan op twee kwesties die in de rechtspraktijk op nogal uiteenlopende wijze blijken te worden opgelost. De ene daarvan is onder welke omstandigheden zo'n tweede of volgende veroordeling niet mogelijk is. De andere hangt hier nauw mee samen: welke einduitspraak is dan het meest aangewezen? Daarbij gaat het er vooral om of niet-ontvankelijkheid dan wel ontslag van alle rechtsvervolging systematisch en dogmatisch het meest passend is. In het verlengde hiervan komen we weer terug op de vraag of de vreemdeling onder omstandigheden ook reeds bij een eerste vervolging voor art. 197 Sr een beroep op een strafuitsluitingsgrond toekomt.

## 2. Het verwijtbaar niet verlaten van Nederland

Een ongewenste vreemdeling kan het strafbare feit van art. 197 Sr plegen door ondanks een ongewenstverklaring na vertrek weer terug te keren ofwel niet te vertrekken. Hierbij is in de praktijk relevant dat een groep vreemdelingen niet kan vertrekken, simpelweg omdat zij vallen onder de categorie die niet uitzetbaar is. Dit kan zich voordoen indien de illegale vreemdeling over geen enkel verblijf-, reis- dan wel identiteitsdocument beschikt of omdat het land waarnaar hij wil of moet terugkeren hem weigert binnen te laten. Op zichzelf behoeft dit echter nog niet te betekenen dat een tweede of volgende veroordeling van de vreemdeling op basis van art. 197 Sr niet mogelijk is. Vooral van belang daartoe is of voor de vreemdeling alternatieven beschikbaar zijn om aan zijn verblijf in Nederland te ontsnappen (subsidiariteit) en of hij daartoe ook illegale mogelijkheden tot vertrek moet benutten. Een arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 10 november 1998 (NJ 1999, 454) impliceert dat alleen legale mogelijkheden tot vertrek van betekenis zijn. Haaks hierop staat een politierechtervonniss van de Rechtbank 's-Gravenhage van 18 januari 2005 (parketnr. 09/925052-05, niet gepubliceerd). Daarin oordeelt de rechter dat de verdachte vreemdeling met particulier vervoer vrij de grens kan passeren en dat het risico dat hij daarbij problemen krijgt met de lokale autoriteiten indien zijn verblijf aldaar een rechtsgrond voor rechtmatig verblijf ontbeert, voor zijn rekening moet blijven. Deze invalshoek is bezwaarlijk. Het is op zijn minst genomen opmerkelijk dat een rechter tot een veroordeling van iemand komt op grond van de tegenwerping

6 Stcrt. 2004, 207, p. 10. Toelichting art. 67 eerste lid, onder c Vreemdelingenwet. Een vreemdeling kan nu voortaan reeds ongewenst worden verklaard indien hij is veroordeeld voor een misdrijf tot een gevangenis-

straf van (in totaal) één maand onvoorwaardelijk. De uitspraak hoeft overigens niet onherroepelijk te zijn geworden.

dat deze er niet toe over wilde gaan in strijd met het recht van een ander land te handelen. Maar eigenlijk moet men vaststellen dat die rechter – met de verplichting die hij hiermee de facto aan de vreemdeling oplegt – in strijd handelt met vooral het internationale vreemdelingenrecht, dat op dit punt niet slechts rechtsbescherming wil bieden aan individuen maar juist ook een goede rechtsbedeling tussen staten beoogt.<sup>7</sup> De conclusie is dan ook dat mogelijkheden tot verlaten van Nederland die conflicteren met het (internationale) recht juridisch niet van belang zijn voor de vraag of de vreemdeling in staat was Nederland te verlaten. Indien zo'n mogelijkheid niet in legale vorm voorhanden is of is geweest, rijst de vraag of (herhaalde) veroordeling voor art. 197 Sr moet afstuiten en zo ja waarop. Daar-toe gaan wij nu in op de volgende rechtsfiguren: ne bis in idem, overmacht en afwezigheid van alle schuld (avas).

### 3. Niet-ontvankelijkheid ingevolge het beginsel-ne bis in idem bij herhaalde vervolging

Voor de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging voor art. 197 Sr is ten eerste relevant het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 10 november 1998 (NJ 1999, 454). De verdachte in deze zaak was al zesmaal op basis van art. 197 Sr veroordeeld en was bereidwillig Nederland te verlaten en had daartoe zijn medewerking verleend en ook zelf reeds een groot aantal pogingen ondernomen. Omdat bovendien ook de Nederlandse autori-

teiten niet konden bewerkstelligen dat verdachte op legale wijze Nederland verliet, oordeelde het hof dat “het steeds opnieuw vervolgen van verdachte geen enkel redelijk strafrechtelijk doel” meer diende. Het hof stelde dat vervolging van de verdachte in redelijkheid niet meer ‘opportuun’ was te achten en verklaarde het Openbaar Ministerie daarom niet-ontvankelijk. Daarvoor was volgens het hof geen belemmering dat de verdachte de toestand waarin hij zat aan zichzelf te wijten had doordat hij zonder geldige identiteitspapieren en zonder opgaaf van redenen naar Nederland was gekomen.

Met dit laatste oordeel kunnen wij ons zonder meer verenigen, waarover verderop nader, maar de niet-ontvankelijkheid op grond van de buitenwettelijke reden van het niet meer opportuun zijn van vervolging is problematischer. Dat die opportuniteit in dergelijke gevallen ontbreekt, is discutabel en wordt daarmee in elk geval niet duidelijk. Dit wringt temeer nu de opportuniteitsvraag toekomt aan het Openbaar Ministerie en niet aan de rechter. Het hof had daarom de niet-ontvankelijkheid eerder in de sleutel moeten zetten van beginselen van behoorlijke procesorde. Maar onzes inziens dient de rechter – gelet op het rechtszekerheidsbeginsel – ook daartoe hooguit toevlucht te nemen voor zover niet-ontvankelijkheid niet op wettelijke gronden valt te baseren. Juist bij herhaalde vervolging wegens art. 197 Sr lijkt van zo'n wettelijke niet-ontvankelijkheidsgrond sprake te kunnen zijn. In elk geval kan ononderbroken verblijf in Nederland door een ongewenst verklaarde

7 Vgl. Benelux Gerechtshof 15 april 1992, NJ 1992, 618, m.nt. AHJS. Overigens is hier ook nog van belang dat herhaalde uitzetting van iemand naar landen waarvan het niet zeker is dat deze die persoon zullen toelaten op bezwaren in de zin van art. 3 EVRM kan stuiten. Aldus is verdedigbaar dat hetzelfde geldt wanneer de

staat (c.q. de rechter) steeds van iemand verlangt dat hij op eigen gelegenheid in die landen tracht binnen te komen. Zie ECieRM 17 juli 1980, *Giama/België* (appl. nr. 7612/76), en ECieRM 5 maart 1986, *Harabi/Nederland* (appl. nr. 10798/84).

vreemdeling als een voortdurend delict gelden.<sup>8</sup> De vraag is of een nieuwe vervolging voor dat verblijf dan op grond van het beginsel-ne bis in idem is uitgesloten indien de permanente verboden toestand reeds onderwerp is geweest van een onherroepelijke strafrechterlijke beslissing. Het antwoord op die vraag blijkt afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij ook een zekere redelijkheid van belang is.<sup>9</sup> De bestaande jurisprudentie maakt duidelijk dat daarbij doorslaggevend kan zijn of het voor de veroordeelde mogelijk was de verboden toestand tussen de veroordeling en de daaropvolgende vervolging op te heffen.<sup>10</sup> Wat betreft art. 197 Sr is die mogelijkheid er in elk geval niet indien de ongewenst verklaarde vreemdeling al die tijd niet in staat was het land te verlaten. Wij zijn dan ook van mening dat een tweede vervolging in dat geval op niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie moet stuiten wegens bis in idem (art. 68 Sr).

Dat de vreemdeling zijn illegale status en/of ongewenstverklaring aan zichzelf heeft te wijten, behoeft aan die niet-ontvankelijkheid niet af te doen. Weliswaar is daardoor sprake van culpa in causa, maar die omstandigheid is de vreemdeling reeds (terecht) tegengeworpen bij de eerste veroordeling, zodat die daarmee is verwerkt – hetgeen ook voormelde uitspraak van het Hof Amsterdam impliceert. Een andere opvatting zou inhouden dat meerdere veroordelingen steeds op een en dezelfde (culpa in causa-)gedraging worden gefundeerd. Bestond na de veroordeling echter een mogelijkheid

Nederland te verlaten, terwijl de vreemdeling daarvan verwijtbaar geen gebruik heeft gemaakt, dan genereert dit onzes inziens een nieuwe culpa in causa. Ook als die mogelijkheid inmiddels weer is komen te vervallen, is er dan dus toch ruimte voor een nieuwe succesvolle vervolging voor art. 197 Sr. Omdat de vreemdeling de verboden toestand dan had kunnen opheffen, vormt het beginsel-ne bis in idem daarvoor immers geen belemmering. Wanneer een vreemdeling een niet-ontvankelijkheidsverweer voert op basis van bis in idem, ligt het overigens op zijn weg aannemelijk te maken dat voor hem geen legale mogelijkheden bestonden Nederland te verlaten.

#### 4. **Geen klassieke overmacht en evenmin afwezigheid van alle schuld (avas)**

Andere oplossingen dan niet-ontvankelijkheid komen naar voren in een politierechterzaak over art. 197 Sr van de Rechtbank Rotterdam van 7 februari 2005 (parketnr. 10/641029/05, niet gepubliceerd). De verdediging voerde aan dat sprake was van avas in de zin van verontschuldgbare onmacht omdat de vreemdeling niet in staat was Nederland te verlaten. De rechter opteerde in zijn vonnis voor overmacht in een niet nader gespecificeerde vorm.

Voor overmacht geldt dat deze zich hier in elk geval niet voordoet in de vorm van absolute overmacht oftewel fysieke overmacht, daar er in beginsel geen volstreekte onmogelijkheid is

8 Wij menen overigens dat hetzelfde kan opgaan ingeval de vreemdeling Nederland wel verliet maar door het land van aankomst werd gedwongen terug te keren. Ook dan is er immers een voortdurende situatie waarin de vreemdeling geen legale mogelijkheden heeft Nederland daadwerkelijk te verlaten.

9 Zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Kluwer: Deventer 2003, p. 542.

10 Zie HR 7 mei 1923, NJ 1923, 932, waarin dat wel het geval is en waarin dan ook geen ne bis in idem-werking werd aangenomen.

Nederland te verlaten.<sup>11</sup> Evenmin valt hier op zichzelf een zodanige druk op de psyche om in Nederland te blijven aan te nemen dat psychische overmacht aan de orde is.<sup>12</sup> En ten slotte lijkt ook voor noodtoestand weinig ruimte. Weliswaar zou men op zichzelf een conflict van plichten kunnen zien in het niet in Nederland begaan van een strafbaar feit door daar niet langer te verblijven (vooral art. 197 Sr) tegenover het niet overtreden van buitenlandse wetgeving door niet naar een ander land te gaan. Maar de keuze in dat conflict voor naleving van de buitenlandse wetgeving zal binnen de Nederlandse context niet snel als redelijk, laat staan als juist kunnen worden aangemerkt. Daartoe telt vooral ook dat die buitenlandse regelgeving – die daarmee door de vreemdeling wordt ontzien – vanuit Nederlands gezichtspunt doorgaans een minder zwaar rechtsbelang zal waarborgen dan art. 197 Sr doet, dan wel een rechtsbelang beschermt dat Nederland als zodanig zelfs niet erkent (bijvoorbeeld het delict van illegaal verblijf). Om noodtoestand te kunnen aannemen zal het ontziene belang echter juist meerwaardig aan de geschonden strafwet moeten zijn.<sup>13</sup> Aldus zal herhaalde veroordeling voor art. 197 Sr bij de onmogelijkheid Nederland te verlaten niet op deze overmachtvormen behoeven stuk te lopen en dat geldt trouwens evenzeer voor een eerste veroordeling.

Dient de strafuitsluiting hier dan te worden gevonden in één van de vier thans in de jurisprudentie erkende vormen van avas? Wij menen

van niet. In elk geval is noch van rechtsdwaling noch van feitelijke dwaling sprake, terwijl ook de in bovenstaande zaak door de verdediging voorgestelde avas-grond verschuldigbare onmacht hier niet goed past. Voor die laatste grond geldt immers dat het daarbij in de grond een vorm van dwaling betreft. Dat het voor een vreemdeling onmogelijk is Nederland te verlaten, heeft echter weinig met dwaling van doen – niet op het moment dat de plicht tot vertrek bestaat en evenmin daar voor, toen de vreemdeling Nederland binnenkwam. Daarnaast ziet verontschuldigbare onmacht tot dusver op situaties waarin het feitelijk onmogelijk is anders te handelen en niet op het geval dat daartoe vooral juridisch de mogelijkheid ontbreekt, zoals zich in verband met art. 197 Sr voordoet. Ten slotte is ook het aannemen van avas omdat de maximaal te vergen voorzorg is betracht hier moeilijk. Van vóór zorg is geen sprake. Bovendien geldt ook los daarvan dat de grondslag van eventuele strafuitsluiting hier in de kern niet bestaat in de zorg die de vreemdeling wel onderneemt om het land te verlaten (al zal dat wel als voorwaarde voor strafuitsluiting een rol moeten spelen) doch juist in de onmogelijkheid te vertrekken.

Meer in het algemeen geldt nog dat toepassing van avas enigszins miskent dat wanneer het voor een vreemdeling onmogelijk is Nederland te verlaten dat niet alleen de verwijtbaarheid maar ook de wederrechtelijkheid raakt. Weliswaar zullen de omstandigheden die dat onmogelijk maken uitermate specifiek en grotendeels

11 Dat zou anders kunnen zijn als de vreemdeling – vanwege bijvoorbeeld vreemdelingenbewaring, voorarrest of een vrijheidsstraf – steeds van zijn vrijheid beroofd is geweest.

12 Dat laat onverlet dat er mogelijk – zeer marginaal – ruimte is voor psychische overmacht wanneer de vreemdeling er niet toe kon komen Nederland te verlaten vanwege een hevige angst dit te doen waartegen

hij geen weerstand kon en behoefde te bieden. Maar dat is niet het vraagstuk waarop dit artikel ziet, daar dat immers handelt over de situatie dat de vreemdeling juridisch dan wel feitelijk niet weg kan uit Nederland.

13 R.C.P. Haentjens & Ch. Haffmans, *Overmacht in het strafrecht nader beschouwd*, DD 1981, p. 822; W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Gouda Quint: Arnhem 1991, p. 258.

persoonsgebonden zijn (in welk land is hij het eerste binnengekomen, uit welk land is hij afkomstig, heeft hij inkomen of vermogen, wat is zijn leeftijd, geslacht en opleiding enzovoort). In dat opzicht wordt inderdaad de verwijtbaarheid geraakt en ligt het minder voor de hand strafuitsluiting te zoeken in de rechtvaardigingsgronden. Die hebben immers een minder persoonlijke en meer algemene werking. Maar daar staat tegenover dat de onmogelijkheid voor de vreemdeling het land te verlaten ook voortvloeit uit de rechtssystemen van de (potentieel) betrokken landen. Wanneer het juridisch onmogelijk is Nederland te verlaten doet dat iets af aan het wederrechtelijkheidsgehalte van het op zichzelf onrechtmatige verblijf alhier. Andersom impliceert het bovendien dat er dan tot op zekere hoogte een algemeen geldende rechtvaardiging is voor de aanwezigheid in ons land. Juist deze omstandigheid valt moeilijk binnen avas te plaatsen aangezien dat een echte schulduitsluitingsgrond is.

##### 5. Een nieuwe pure strafuitsluitingsgrond: juridische overmacht

In onze ogen komt het erop aan een exceptie te vinden die zowel voornoemde verwijtbaarheids- als wederrechtelijkheidsproblemen kan absorberen: een pure strafuitsluitingsgrond dus. Die grond kan volgens ons worden gevonden door toch weer bij het overmachtartikel 40 Sr aan te sluiten (en daarmee tot op zekere hoogte bij voormeld vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 7 februari 2005). Daartoe is van belang dat de wetgever het overmachtbegrip in deze bepaling bewust niet begrensd maar de invulling en toepassing ervan juist aan de rechter wenste te laten.<sup>14</sup> Maar niet alleen in dat opzicht biedt deze bepaling een goed aanknopingspunt. Dat is

namelijk ook het geval doordat art. 40 Sr excepties biedt op de terreinen van verwijtbaarheid én wederrechtelijkheid. Hierdoor wringt ook het onder deze bepaling brengen van een pure strafuitsluitingsgrond niet met de aard ervan. Belangrijker is echter nog dat juist de situatie dat het voor een vreemdeling juridisch onmogelijk is naar een ander land te vertrekken in beginsel prima onder deze bepaling past. Behalve dat zo'n situatie naar algemeen spraakgebruik gemakkelijk als een overmachtsituatie valt aan te merken, bestaat daartoe immers ook meer juridisch bekeken de ruimte, aangezien de kern van overmacht is dat "de naleving van een wettelijk voorschrift door de betrokken persoon redelijkerwijze niet te vergen is".<sup>15</sup> Tot slot heeft toepassing van de overmachtgrond in verband met art. 197 Sr – vanuit legaliteitsoogpunt – onze voorkeur omdat daarmee bij een wettelijke in plaats van een buitenwettelijke exceptie wordt aangesloten.

De nieuw te formuleren strafuitsluitingsgrond zou men kunnen aanduiden als juridische overmacht. De exceptie is van toepassing indien het voor de vreemdeling buiten diens eigen schuld onmogelijk is op rechtmatige wijze Nederland te verlaten. Op zichzelf kan juridische overmacht zich voordoen bij zowel herhaalde vervolging voor art. 197 Sr als een eerste vervolging op grond van deze bepaling. Niettemin zal de ruimte voor toepassing van de grond in het laatstgenoemde geval beperkter zijn dan in het eerste. De reden daarvoor is dat er bij een eerste vervolging waarschijnlijk meer omstandigheden zijn die ingevolge de rechtsfiguur culpa in causa aan een geslaagd beroep op juridische overmacht door de vreemdeling in de weg moeten staan. Wanneer de vreemdeling bijvoorbeeld documenten heeft weggegooid

14 Zie C. Bronkhorst, *Overmacht in het strafrecht*, Utrecht 1952, p. 179-180 en 182.

15 Aldus Bronkhorst, met instemming geciteerd door J. de Hullu, *a.w.*, p. 312.

of telkens wisselende verklaringen heeft afgelegd over zijn nationaliteit, dan zal de daaruit voortvloeiende onmogelijkheid uit Nederland te vertrekken hem niet kunnen disculperen. Voor zover deze omstandigheden zich hebben voorgedaan vóór de eerste (althans eerdere) veroordeling, kunnen deze – zoals gezegd (in par. 3) – echter niet opnieuw aan de vreemdeling worden tegengeworpen bij een daarna volgende vervolging. Die eigen schuld van de vreemdeling is dan immers reeds in de eerdere veroordeling verwerkt. Aldus zijn de mogelijkheden voor een succesvol beroep op juridische overmacht bij een herhaalde vervolging voor art. 197 Sr in beginsel ruimer dan bij een eerste vervolging op grond van deze bepaling. Maar dat wil niet zeggen dat die mogelijkheden er helemaal nooit zullen zijn. Goed denkbaar is immers dat de onmogelijkheid voor de vreemdeling naar een ander land te gaan ontbreekt omdat hij buiten zijn schuld geen paspoort of andere identiteitsdocumenten heeft of zelfs ooit had. Een belangrijke vraag bij vooral een eerste art. 197 Sr-vervolging is nog wel of ook de reden voor ongewenstverklaring van de vreemdeling culpa in causa terzake de onmogelijkheid Nederland te verlaten kan opleveren. In onze ogen is dat in beginsel niet het geval. Zelfs niet indien de minister de vreemdeling ongewenst verklaarde vanwege een veroordeling voor (terroristische) misdrijven en andere staten hem om die reden evenmin op hun grondgebied willen laten verblijven. Voor de desbetreffende strafbare feiten is de vreemdeling dan immers reeds veroordeeld en die mogen onzes inziens dan ook niet indirect tot een nieuwe veroordeling leiden (maar nu op grond van art. 197 Sr) doordat zij een geldig beroep op juridische overmacht zouden uitsluiten. Dit zou bijvoorbeeld echter anders kunnen zijn indien de vreemdeling de feiten beging met het doel afreismogelijkheden naar andere landen te dwarsbomen.

Met het oog op de handhaving van het vreemdelingenrecht zal de rechter de toepassingsruimte

voor de strafuitsluitingsgrond juridische overmacht beperkt dienen te houden. Ook om die reden zal men van de vreemdeling moeten verlangen dat hij aannemelijk maakt dat voor hem geen legale mogelijkheden voor vertrek uit Nederland bestaan of bestonden. Daarnaast zal de vreemdeling in beginsel steeds volledige medewerking moeten verlenen en hebben verleend aan pogingen van de Nederlandse staat hem uit te zetten.

## 6. Conclusie

Een ongewenst verklaarde vreemdeling die ingevolge art. 197 Sr wordt vervolgd wegens verblijf in Nederland zal onder omstandigheden aan een veroordeling kunnen ontkomen indien voor hem geen legale mogelijkheden voorhanden waren Nederland te verlaten. Indien het daarbij gaat om de eerste vervolging voor dat verblijf kan hem een beroep toekomen op zogenoemde juridische overmacht. Voor een succesvol beroep op deze pure strafuitsluitingsgrond is van belang dat de vreemdeling geen eigen schuld (culpa in causa) heeft aan de situatie dat hij het land niet op legale wijze kan verlaten. Van zodanige eigen schuld zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn ingeval hij zelf debet is aan het verloren gaan van de benodigde documenten om legaal uit Nederland te vertrekken.

Enigszins anders ligt het wanneer de art. 197 Sr-vervolging voor dat verblijf een tweede of meerdere keer betreft. Op zichzelf bezien valt ook dan juridische overmacht aan te nemen, hetgeen in beginsel tot ontslag van alle rechtsvervolging van de vreemdeling zou leiden. Maar er is ook een andere invalshoek mogelijk. Indien sprake is van een ononderbroken verblijf in Nederland, ten minste durende van voor de eerdere veroordeling tot aan de herhaalde vervolging, dan kan dat onrechtmatige verblijf een voortdurend delict omvatten. Daarvoor lijkt dan vereist dat het voor de veroordeelde al die tijd niet mogelijk was de verboden toestand op te heffen, terwijl



---

ook verder niet (langer) een verwijtbare eigen schuld aan de kant van de vreemdeling mag bestaan. Is dat inderdaad het geval, dan kan het beginsel-ne bis in idem een belemmering vormen voor de nieuwe vervolging, aangezien de permanente verboden toestand dan reeds onderwerp was van een onherroepelijke straf-rechterlijke beslissing. Hoewel deze benadering inhoudelijk gezien zeker niet aantrekkelijker is dan die van de juridische overmacht, heeft niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie wegens bis in idem systematisch de voorkeur, gelet op het rechtelijk beslisschema van de artikelen 348 en 350 Sv.

Nu pure strafuitsluitingsgronden vaak gebonden zijn aan specifieke strafbare feiten, zou men het om redenen van rechtzekerheid wenselijk

kunnen achten de door ons gepresenteerde juridische overmacht in een bijzondere exceptie in art. 197 Sr te verwerken. Maar omdat de ruimte voor de exceptie bij een eerste vervolging op grond van deze bepaling zeer beperkt is, terwijl bij herhaalde vervolging niet-ontvankelijkheid vanwege ne bis in idem onzes inziens veeleer aangewezen is, zou de toegevoegde waarde van die codificatie tamelijk gering zijn. Dat neemt niet weg dat hier wel degelijk behoefte is aan meer rechtseenheid en dus rechtszekerheid. Van primair belang vinden wij dan ook dat in elk geval de rechterlijke macht uniformiteit laat zien in de toepassing van vervolgings- en strafuitsluitingsgronden bij vervolging van ongewenste vreemdelingen voor art. 197 Sr – bij voorkeur conform bovenstaande uiteenzetting.

# Richtlijnen voor Strafvordering

Een artikelsgewijs overzicht van de uitgangspunten van strafvordering bij delicten uit het Wetboek van Strafrecht



Onder redactie van:  
Dr. A.R. Hartmann  
B.J.G. Leeuw

Omvang:  
300 pagina's

ISBN:  
90 5409 454 0

Prijs:  
€ 26,50

Onze uitgaven zijn  
ook verkrijgbaar  
via de boekhandel

Strafvordering wordt in belangrijke mate bepaald door de ruime mogelijkheden van het Openbaar Ministerie tot het al dan niet vervolgen van de verdachte en door de grote vrijheid van de strafrechter bij het opleggen van straf. Deze ruimte in strafvordering wordt de laatste jaren steeds verder ingebed in regels. Daarmee worden de inzichtelijkheid en voorspelbaarheid van beslissingen van het Openbaar Ministerie en de strafrechter vergroot.

*Richtlijnen voor Strafvordering* tracht aan die inzichtelijkheid en voorspelbaarheid een bijdrage te leveren. Aan de hand van een artikelsgewijs overzicht van de actuele richtlijnen en regels van strafvordering bij delicten uit het Wetboek van Strafrecht wordt een helder en inzichtelijk beeld geschetst van de huidige uitgangspunten van strafvordering.

**Bestel via  
www.sdu.nl  
of bel  
(070) 378 9880**

de snelste link naar uw vakgebied

**Sdu** UITGEVERS

**Wist u dat  
Het Praktijkboek Ontneming - 2e druk  
nu verkrijgbaar is bij Sdu Uitgevers?**



Auteur:  
Mr. H.G. Punt

ISBN:  
90 12 11208 7

Prijs:  
€ 41,50

Onze uitgaven zijn  
ook verkrijgbaar  
via de boekhandel

### **Volledig aangepast**

In deze tweede druk van het *Praktijkboek Ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel*, is de tekst aangepast en aangevuld. De na september 2003 tot en met oktober 2005 verschenen wetswijzigingen en jurisprudentie zijn opgenomen.

### **Een echt praktijkboek**

De materie in dit praktijkboek wordt per onderwerp behandeld. Het strafrechtelijk ontnemen van het wederrechtelijk verkregen voordeel heeft zowel strafrechtelijke als strafvorderlijke en civielrechtelijke aspecten. Deze aspecten van ontneming komen dan ook aan bod. U vindt een uiteenzetting van de huidige regelgeving met bijbehorende relevante jurisprudentie en literatuur. De herkomst van de diverse artikelen vindt u in de voetnoten.

**Bestel via  
[www.sdu.nl](http://www.sdu.nl)  
of bel  
(070) 378 98 80**

de snelste link naar uw vakgebied

**Sdu** UITGEVERS

## De boekenserie voor de strafrechtjurist

# Praktijkcahiers Strafrecht

### Antwoorden, raadgeving en tips

De naam zegt het al, de *Praktijkcahiers Strafrecht* zijn vanuit de praktijk geschreven en dienen ook voor de praktijk. Met de afzonderlijke delen baant u zich snel een weg door verschillende onderwerpen over het nationale en internationale strafrecht. U krijgt antwoorden op praktische vragen, raadgevingen over onderwerpen en vraagstukken uit uw praktijk en handige tips.

### Gerennommerde redactie en auteurs

De redactie wordt gevormd door de Nederlandse Vereniging van Strafrecht Advocaten (NVSA) en voorziet samen met Sdu Uitgevers de strafrechtspraktijk met de *Praktijkcahiers Strafrecht* van relevante informatie. Alle auteurs en medewerkers hebben zich op de door hen behandelde onderwerpen gespecialiseerd en bewezen.

### Reeds verschenen

- *De praktijk van het voorarrest* door Pieter van der Kruijs
- *De Overleveringswet* door Vincent Glerum en Victor Koppe
- *Analyse, strategie en getuigenverhoor* door Tjarda van der Spoel

### Verwacht in 2006

- *Gratie* door Leo Hendriks
- *Valkuilen* door Peter van der Kruijs en Rob Milo

Bestelcode serie: PRAKSTR

Gemiddelde prijs per deel: € 32,50

Ook in abonnement verkrijgbaar

Prijzen zijn inclusief BTW en exclusief verzend- en administratiekosten. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar via de boekhandel

Bestel via [www.sdu.nl/strafrecht](http://www.sdu.nl/strafrecht)  
of bel (070) 378 9880

de snelste link naar uw vakgebied

**Sdu** UITGEVERS

## Strafblad

### Redactieadres

Sdu Uitgevers  
t.a.v. Redactie Fonds Juridisch  
*Strafblad*  
Postbus 20025  
2500 EA Den Haag

### Redactie

prof. mr. C.P.M. Cleiren, hoogleraar straf- en procesrecht Universiteit Leiden  
mr. P.W. van der Kruijs, advocaat te 's-Hertogenbosch  
prof. A. de Lange, raadsheer Hof 's-Hertogenbosch  
prof. mr. G.P.M.F. Mols, hoogleraar strafrecht Universiteit Maastricht  
prof. mr. J.M. Reijntjes, hoogleraar strafrecht Universiteit van de Nederlandse Antillen  
prof. mr. Th.A. de Roos, hoogleraar strafrecht Universiteit Tilburg/  
advocaat te Amsterdam  
mr. T.J.E. van der Spoel, advocaat te Rotterdam  
mr. R.E. de Winter, raadsheer Hof Amsterdam

### Abonnementen

*Strafblad* verschijnt 6 keer per jaar.

Paginasprijs € 0,27 exclusief BTW en inclusief verzend- en administratiekosten.

Bij het aanmelden als abonnee ontvangt u eenmalig een verzamelband a € 23,50 voor de lopende jaargang.

Aan het einde van ieder jaar ontvangt u tevens een jaarband a € 23,50 waarin u de afgelopen jaargang kunt bewaren.

Prijswijzigingen voorbehouden.

### Abonnementen kunnen worden opgegeven bij:

Sdu Klantenservice  
o.v.v. *Strafblad*  
Postbus 20014  
2500 EA Den Haag  
telefoon: (070) 378 98 80  
fax: (070) 378 97 83  
e-mail: [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl)  
internet: [www.sdu.nl](http://www.sdu.nl)

Een abonnement kan op elk gewenst tijdstip ingaan en geldt tot wederopzegging tenzij anders overeengekomen. Partijen kunnen ieder schriftelijk opzeggen tegen het einde van de abonnementsperiode, met inachtneming van een opzegtermijn van één maand.

### Alle rechten voorbehouden.

*Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopieën, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, tel.: 023-7997810. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemzettingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet 1912 dient men zich te wenden tot de Stichting PRO, Postbus 3060, 2130, 2130 KB Hoofddorp, tel. 023-7997809. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever. Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements) overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op [www.sdu.nl](http://www.sdu.nl). Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolkomenheden.*

Artikelen zonder bronvermelding zijn gebaseerd op eigen nieuwsgaring van de redactie. De rubriek Rechtspraak bevat een eigen selectie van uitspraken door de redactie.

Citeertitel: *Strafblad* 2006, 1, (nr. 001), p. 9

Internet: [www.sdu.nl/strafrecht](http://www.sdu.nl/strafrecht)

ISSN 1387-1587

© 2006 Sdu Uitgevers, Den Haag

Nederlands  
**uitgeversbond**  
Groep uitgevers voor  
vak en wetenschap

**Sdu** UITGEVERS