Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2012–2013

33 512 Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT[1]

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 6 januari 2012 en het nader rapport d.d. 21 december 2012, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 21 oktober 2011, no. 11.002536, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Immigratie en Asiel, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland, met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt ertoe niet rechtmatig verblijf in Nederland van vreemdelingen die meerderjarig zijn strafbaar te stellen in de vorm van een overtreding. De voorgestelde straffen zijn hechtenis van ten hoogste vier maanden of geldboete van de tweede categorie.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel een aantal opmerkingen met betrekking tot nut en noodzaak van het voorstel, de delictsomschrijving en de rechtszekerheid, de verhouding tot de Terugkeerrichtlijn[2] en neveneffecten. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel nader dient te worden overwogen.

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

---

[1] De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

[2] Richtlijn 2008/115/EG, Pb. L 348/98 van 16 december 2008.

kst-33512-4
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2013

1. Nut en noodzaak

De voorgestelde strafbaarstelling van illegaal verblijf is, blijkens de toelichting, één van de instrumenten ter voorkoming en bestrijding van illegale binnenkomst en illegaal verblijf in Nederland.[3] De veronderstelling is dat met deze strafbaarstelling illegaal verblijf in Nederland onaantrekkelijker wordt gemaakt, omdat hier een preventieve werking van uitgaat. De handhaving van de voorgestelde strafbepaling inzake illegaal verblijf zal vooral zijn gericht op criminele en overlastgevende vreemdelingen. Als een illegale vreemdeling zich bijvoorbeeld schuldig heeft gemaakt aan diefstal, dan kunnen de diefstal (misdrijf) en het onrechtmatig verblijf (overtreding) afzonderlijk worden gestraft.[4] De voorgestelde strafbaarstelling van illegaal verblijf zal bestaan naast de strafbaarstelling van het verblijf in weerwil van het inreisverbod.

De Afdeling is van oordeel dat de toegevoegde waarde van de voorgestelde generieke strafbaarstelling van het illegaal verblijf ten opzichte van de strafbaarstelling van het handelen in strijd met het inreisverbod[5] in twijfel kan worden getrokken. Tegen vreemdelingen die in Nederland illegaal zijn aangetroffen en die nog geen terugkeerbesluit in de zin van de Terugkeerrichtlijn hebben gekregen zal namelijk alsnog direct na het oppakken een dergelijk terugkeerbesluit worden uitgevaardigd. Daarbij zal geen termijn voor vrijwillig vertrek worden gegund.[6] Tegelijkertijd zullen zij, behoudens een beperkt aantal wettelijke uitzonderingen, een inreisverbod krijgen.[7] Door de combinatie van het terugkeerbesluit en het inreisverbod vallen vreemdelingen voor wie het onderhavige voorstel is bedoeld, dan ook onder de delictsomschrijving van de strafbaarstelling van het handelen in strijd met het inreisverbod en kunnen zij reeds voor dat delict worden vervolgd. In die zin is niet duidelijk hoe de onderhavige strafbaarstelling nut kan hebben voor illegale vreemdelingen die voor de eerste keer zijn opgepakt. Het nut van de generieke strafbaarstelling ten opzichte van de strafbaarstelling van het handelen in strijd met het inreisverbod lijkt daarom alleen gelegen te zijn in de strafbaarstelling van vreemdelingen die wegens humanitaire of andere redenen geen inreisverbod hebben gekregen.[8] In de toelichting ontbreekt informatie over de omvang van deze groep mensen, de omvang van het probleem met betrekking tot deze groep en de opportuniteit van strafbaarstelling van vreemdelingen die, bij wijze van uitzondering,[9] geen inreisverbod hebben gekregen. Dit klemt te meer nu in de toelichting wordt gesteld dat deze groep vreemdelingen grosso modo overeenkomt met de categorieën vreemdelingen voor wie de strafbaarstelling niet zou moeten gelden, omdat zij in geval van onrechtmatig verblijf een gerechtvaardigd beroep kunnen doen op overmacht. Het nut van de voorgestelde generieke strafbaarstelling wegens illegaal verblijf kan reeds om die reden ernstig worden betwijfeld.

In het verlengde hiervan merkt de Afdeling op dat voor zover de generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf een geschikt middel zou zijn om, naast andere maatregelen, illegale migratie en illegaal verblijf tegen te

---

[3] Toelichting, paragraaf 1.2.
[4] Toelichting, paragraaf 1.3.
[5] Stb. 2011, 663.
[6] Dit blijkt uit de toelichting, waarin wordt gesteld dat een illegaal aangetroffen vreemdeling een terugkeerbesluit krijgt en onmiddellijk in vreemdelingenbewaring wordt geplaatst op basis van aanwijzingen dat hij zich aan uitzetting zal onttrekken, Toelichting, paragraaf 1.2.
[7] Toelichting, paragraaf 1.3.
[8] Artikel 66a, achtste lid, Vw 2000.
[9] De regel is dat een inreisverbod wordt uitgevaardigd tegen de vreemdeling die Nederland onmiddellijk moet verlaten of die Nederland niet uit eigen beweging binnen de daarvoor gestelde termijn heeft verlaten, artikel 66a, eerste lid, Vw 2000.

gaan vanwege de veronderstelde preventieve werking die hiervan uitgaat, dit ook geldt voor de reeds bestaande strafbaarstelling van het handelen in strijd met het inreisverbod.

Daarnaast merkt de Afdeling op dat de voorgestelde generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf pas dan een rol speelt wanneer de in de Terugkeerrichtlijn voorgeschreven procedure met als doel de verwijdering van de illegale vreemdeling is doorlopen. In die zin vormt de generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf slechts het sluitstuk. De Afdeling gaat hier in punt 3b nader op in.

Ten slotte merkt de Afdeling op dat handhaving van de voorgestelde regeling beperkt zal zijn. Deze zal zich vooral richten op vreemdelingen die reeds strafbaar zijn wegens het plegen van een ander strafbaar feit. De voorgestelde strafbaarstelling, zo blijkt uit de toelichting, is bedoeld om deze criminele vreemdelingen extra te kunnen bestraffen.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling het voorstel te heroverwegen.

1. Nut en noodzaak

Het advies van de Afdeling om het voorstel te heroverwegen, is niet overgenomen. De argumenten die de Afdeling aanvoert ter onderbouwing van haar oordeel dat de toegevoegde waarde van de generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf ten opzichte van de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van het inreisverbod in twijfel kan worden getrokken, overtuigen niet en gaan deels van een verkeerde vooronderstelling uit. Zoals in de memorie van toelichting (paragraaf 1.3) uiteen is gezet, ziet de generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf in het bijzonder op de vreemdeling die voor de eerste keer illegaal in Nederland wordt aangetroffen en tegen wie derhalve nog geen inreisverbod is uitgevaardigd. Tegen deze vreemdeling kan op dit moment niet op grond van zijn illegale verblijf strafrechtelijk worden opgetreden. Weliswaar zal tegen hem als regel alsnog een inreisverbod worden uitgevaardigd, doch de strafrechtelijke handhaving daarvan is, anders dan de Afdeling veronderstelt, pas aan de orde als de desbetreffende vreemdeling, nadat de dwangmaatregelen van de Terugkeerrichtlijn zonder succes zijn toegepast, opnieuw illegaal verblijvend in Nederland wordt aangetroffen. De Afdeling miskent dat de voorgestelde generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf nu juist in het bijzonder ziet op illegale vreemdelingen die voor de eerste keer zijn opgepakt, en dus wel een degelijk een toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de strafbaarstelling van het handelen in strijd met het inreisverbod.
Uit het voorgaande volgt ook dat de Afdeling er ten onrechte van uitgaat dat het nut van de generieke strafbaarstelling ten opzichte van de strafbaarstelling van het handelen in het strijd met het inreisverbod alleen gelegen is in de strafbaarstelling van vreemdelingen die wegens humanitaire of andere redenen geen inreisverbod hebben gekregen. Deze categorie vreemdelingen zal immers, zoals ook de Afdeling opmerkt, in geval van onrechtmatig verblijf veelal een gerechtvaardigd beroep kunnen doen op overmacht en dus niet worden geraakt door de generieke strafbaarstelling. Hieraan kan echter, anders dan de Afdeling doet, geen conclusie worden verbonden met betrekking tot het nut van de voorgestelde generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf.

De generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf is, anders dan de Afdeling stelt, niet het sluitstuk van de procedure met als doel de verwijdering van de illegale vreemdeling. Integendeel, de generieke strafbaarstelling gaat als het ware aan deze procedure vooraf: zij heeft

betrekking op het illegale verblijf in de periode voorafgaand aan de uitvaardiging van het terugkeerbesluit (het startpunt van het terugkeerproces). Iets anders is dat de handhaving van de generieke strafbaarstelling het terugkeerproces niet mag belemmeren of vertragen. Om deze reden is in het wetsvoorstel bepaald dat de tenuitvoerlegging van een strafbeschikking of vonnis wegens illegaal verblijf niet in de weg mag staan aan de uitzetting of het daadwerkelijk vertrek van de vreemdeling uit Nederland («vertrek gaat voor straf»).

Anders dan de Afdeling, ben ik van mening dat uit de toelichting niet kan worden afgeleid dat de voorgestelde strafbaarstelling alleen bedoeld zou zijn om criminele illegale vreemdelingen extra te kunnen bestraffen. De strafbaarstelling beoogt illegaal verblijf te ontmoedigen en richt zich daarom niet alleen op criminele en overlastgevende illegalen, maar op alle onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen, dus ook op bijvoorbeeld uitgeprocedeerde asielzoekers, vreemdelingen die na afloop van hun vrije termijn of de geldigheidsduur van hun visum niet uit Nederland zijn vertrokken *(overstayers)* en illegalen die niet eerder in contact zijn geweest met de Nederlandse overheid.
Zoals in de toelichting wordt opgemerkt, is het niet nodig dat de politie en de Koninklijke marechaussee zelfstandige strafrechtelijke handhavingsactiviteiten verrichten die uitsluitend gericht zijn op het opsporen van illegale vreemdelingen. In de praktijk zullen deze vreemdelingen immers worden aangetroffen in het kader van het vreemdelingentoezicht of het toezicht op de naleving van de Wet arbeid vreemdelingen dan wel bij het verlaten van Nederland via de buitengrens. Indien in het kader van het toezicht een illegale vreemdeling wordt aangetroffen, zal de procedure tot verwijdering worden gestart en zal hij bovendien worden geverbaliseerd wegens illegaal verblijf.

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

2. Delictsomschrijving en rechtszekerheid

Het eerste lid van het voorgestelde artikel 108a Vw 2000 bevat een hoofdregel ten aanzien van strafbaarstelling van vreemdelingen die niet rechtmatig in Nederland verblijven. Volgens de toelichting refereert niet rechtmatig verblijf aan niet rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8 Vw 2000. In het tweede lid van het voorgestelde artikel 108a Vw 2000 wordt een uitzondering gemaakt voor vreemdelingen die, strikt genomen, geen rechtmatig verblijf hebben in de zin van artikel 8 Vw 2000, maar in Nederland mogen verblijven, omdat hun vertrektermijn nog niet is afgelopen. Er zijn echter meer categorieën van vreemdelingen die zich in vergelijkbare situatie als die laatste groep bevinden, maar in het voorstel van strafbaarstelling niet zijn uitgezonderd.

In de toelichting wordt, naar aanleiding van het advies van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (hierna: ACVZ), aandacht besteed aan vreemdelingen die geen rechtmatig verblijf hebben in de zin van artikel 8

Vw 2000, maar die om beleidsmatige of uitvoeringstechnische redenen tijdelijk niet worden uitgezet en derhalve feitelijk en met medeweten van de overheid in Nederland verblijven.[10] In dit kader wordt gewezen op vreemdelingen die, nadat hun asielaanvraag is afgewezen in de algemene asielprocedure, een beslissing op een verzoek om een voorlopige voorziening in Nederland mogen afwachten, vreemdelingen die een beslissing op een verzoek om toepassing van artikel 64 Vw 2000 mogen afwachten, en aan vreemdelingen aan wie te kennen is gegeven dat zij naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek van het Human Rights Committee (HRC) of het Committee Against Torture (CAT) niet worden uitgezet hangende de behandeling van een door hen bij die instanties ingediende klacht. Deze categorieën vreemdelingen vallen strikt genomen onder de reikwijdte van de voorgestelde strafbaarstelling. In de toelichting wordt gesteld dat deze vreemdelingen beroep kunnen doen op «overmacht», hetgeen een strafuitsluitingsgrond oplevert.[11]

De Afdeling wijst erop dat het strafrechtelijke lex certa beginsel vereist dat delictsomschrijving van een strafbepaling zo precies en zo beperkt mogelijk is. De Afdeling constateert dat de delictsomschrijving op zich duidelijk is, maar dat door de vele uitzonderingen en strafuitsluitingsgronden de bepaling een ruimer bereik suggereert dan zij in haar beoogde toepassing daadwerkelijk heeft. Naar het oordeel van de Afdeling is de bepaling te ruim en verdraagt zich daarom niet met dat beginsel.
De Afdeling adviseert de bepaling in het voorgestelde artikel 108a Vw 2000 te preciseren.

2. Delictsomschrijving en rechtszekerheid

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

3. Verhouding tot de Terugkeerrichtlijn

In de toelichting wordt terecht aandacht besteed aan de Terugkeerrichtlijn en de uitleg die het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) in het El Dridi-arrest daaraan heeft gegeven.[12] De Afdeling merkt echter met betrekking tot de verhouding tussen het onderhavige voorstel en de Terugkeerrichtlijn het volgende op.

a. doelstelling van de Terugkeerrichtlijn niet in gevaar brengen

De Terugkeerrichtlijn heeft tot doel om, op basis van gemeenschappelijke normen, een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid te ontwikkelen, zodat mensen op een humane manier, met volledige eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid, teruggezonden kunnen worden. [13]

---

[10] Toelichting, paragraaf 2.1.
[11] Idem.
[12] Inmiddels heeft de Minister zijn eerste reactie gegeven op het recente arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 6 december 2011, zaak C-329/11 *(Achughbabian)*, Kamerstukken II 2011/12, 32 420, H.
[13] Punt 2 van de considerans van de Terugkeerrichtlijn.

Het uiteindelijke doel is dat vreemdelingen die onder het bereik van de richtlijn vallen en tegen wie een terugkeerbesluit in de zin van de richtlijn is uitgevaardigd, de lidstaat waar ze illegaal verblijven verlaten, eventueel door middel van uitzetting.

In het El Dridi-arrest[14] en het recente Achughbabian-arrest[15] oordeelde het Hof dat de lidstaten geen regelingen mogen toepassen die de verwezenlijking van de door een richtlijn nagestreefde doelstellingen in gevaar kunnen brengen en deze haar nuttig effect kunnen ontnemen. In het El Dridi-arrest oordeelde het Hof dat een gevangenisstraf voor illegaal verblijf van één tot vier jaar, zoals in Italië gold, in strijd was met de doelstelling van de Terugkeerrichtlijn. In haar voorlichting over de nota naar aanleiding van het nader verslag bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet in verband met de implementatie van de Terugkeerrichtlijn,[16] heeft de Afdeling deze eis ten aanzien van strafbaarstelling van verblijf in weerwil van het inreisverbod benadrukt. De Afdeling concludeerde dat de ratio van de Terugkeerrichtlijn met zich brengt dat, zodra de uitzetting mogelijk is, de tenuitvoerlegging van de eventueel opgelegde hechtenis of gevangenisstraf dient te worden opgeschort en de uitzetting daadwerkelijk dient te worden geëffectueerd. De Afdeling adviseert het element van opschorting van de tenuitvoerlegging van de straf in de tekst van het wetsvoorstel tot uitdrukking te brengen.

b. moment toepassing strafrechtelijke sancties

In het Achughbabian-arrest bevestigt het Hof zijn oordeel in het El Dridi-arrest dat de Terugkeerrichtlijn zich niet verzet tegen het opleggen van strafrechtelijke sancties 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 is om niet terug te keren.[17] Het Hof oordeelt dat eerst de bestuursrechtelijke (dwang)middelen moeten worden gebruikt die door de Terugkeerrichtlijn zijn aangegeven. Pas wanneer die niet hebben geleid tot vertrek en de betrokkene geen geldige reden heeft om niet terug te keren, mogen strafrechtelijke sancties worden toegepast.
De Afdeling adviseert de door het Hof in het Achughbabian-arrest voorgeschreven volgorde, namelijk de toepassing van bestuurlijke (dwang)maatregelen ter uitvoering van de Terugkeerrichtlijn, voordat strafrechtelijke sancties worden opgelegd, in het voorstel tot uitdrukking te brengen.

3. Verhouding tot de Terugkeerrichtlijn

a. doelstelling van de Terugkeerrichtlijn niet in gevaar brengen

Blijkens het Achughbabian-arrest verzet de Terugkeerrichtlijn zich niet tegen een regeling waarbij illegaal verblijf wordt tegengegaan met strafrechtelijke sancties, maar mag een dergelijke regeling niet toestaan dat aan een illegale vreemdeling een vrijheidsstraf wordt opgelegd voordat de in artikel 8 van de Terugkeerrichtlijn bedoelde dwangmaatre-

---

[14] Hof van Justitie van de Europese Unie van 28 april 2011, zaak C-61/11 PPU *(El Dridi)*.
[15] Hof van Justitie van de Europese Unie van 6 december 2011, zaak C-329/11 *(Achughbabian)*. De Afdeling constateert dat de uitleg die de minister in Kamerstukken I 2011/12, 32 420, D, blz. 6 aan het voorliggende voorstel heeft gegeven, namelijk dat de sanctionering van het illegaal verblijf plaats zal vinden nog voordat het bestuurlijke instrumentarium ter uitzetting is toegepast, niet meer actueel is.
[16] Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 14.
[17] Idem, r.o. 48.

gelen zijn toegepast en, in geval van vreemdelingenbewaring, de maximale duur van de bewaring nog niet is verstreken[18]. Blijkens het recente Sagor-arrest (6 december 2012, C-430/11) verzet de Terugkeerrichtlijn zich niet tegen een wettelijke regeling waarbij illegaal verblijf wordt bestraft met een geldboete. Ook verzet de Terugkeerrichtlijn zich niet tegen vervangende hechtenis ingeval de boete niet wordt betaald, mits in de regeling wordt gewaarborgd dat de uitvoering van die straf een einde neemt zodra het mogelijk is de betrokkene fysiek uit de lidstaat te verwijderen.
Deze jurisprudentie is mede aanleiding geweest om hechtenis als hoofdstraf uit het wetsvoorstel te schrappen. Daardoor is het niet nodig om, zoals de Afdeling adviseert, het element van opschorting van de tenuitvoerlegging van de straf in de tekst van het wetsvoorstel tot uitdrukking te brengen. In plaats daarvan is in de tekst van het wetsvoorstel tot uitdrukking gebracht dat de tenuitvoerlegging van een strafbeschikking of rechterlijke uitspraak waarbij een geldboete is opgelegd wegens illegaal verblijf in Nederland, niet in de weg mag staan aan de uitzetting of het daadwerkelijk vertrek van de illegale vreemdeling. De verplichting tot betaling van de geldboete wordt dus bij uitzetting of daadwerkelijk vertrek niet opgeschort, maar indien aan de verplichting tot betaling van de geldboete nog niet (geheel) is voldaan, mag zulks geen belemmering vormen voor de uitzetting of het daadwerkelijk vertrek van de vreemdeling. Ook de tenuitvoerlegging van vervangende hechtenis zal worden beëindigd zodra uitzetting van de vreemdeling mogelijk is. Op deze wijze wordt voldaan aan de voorwaarden voor strafbaarstelling van illegaal verblijf, zoals die zijn geformuleerd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.
Anders dan de Afdeling in noot 14 bij haar advies concludeert, geldt nog steeds dat de sanctionering van het illegaal verblijf plaats kan vinden voordat het bestuurlijke instrumentarium ter uitzetting is toegepast. Het Achughbabian-arrest en het Sagor-arrest staan hieraan niet in de weg, mits is gewaarborgd dat de tenuitvoerlegging van een wegens illegaal verblijf opgelegde straf geen belemmering kan vormen voor de uitzetting of het daadwerkelijk vertrek van de vreemdeling. Dat is gebeurd door het toevoegen van een nieuw vijfde lid aan het voorgestelde artikel 108a Vw.

b. moment toepassing strafrechtelijke sancties

Het advies van de Afdeling om in het wetsvoorstel tot uitdrukking te brengen dat eerst de bestuurlijke (dwang)maatregelen ter uitvoering van de Terugkeerrichtlijn moeten zijn toegepast alvorens strafrechtelijke sancties worden opgelegd, is niet overgenomen. De generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf is immers niet het sluitstuk van het terugkeerproces, zoals hiervoor onder punt 1 is toegelicht.

Het Achughbabian-arrest is wel aanleiding geweest hechtenis als hoofdstraf uit het wetsvoorstel te schrappen. Bovendien is in het wetsvoorstel tot uitdrukking gebracht dat de tenuitvoerlegging van een strafbeschikking of rechterlijke uitspraak waarbij een geldboete is opgelegd wegens illegaal verblijf in Nederland, niet in de weg mag staan aan de uitzetting of het daadwerkelijk vertrek van de illegale vreemdeling.

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

4. Neveneffecten

In de toelichting wordt summier ingegaan op de gesignaleerde maatschappelijke effecten van het voorstel. Volstaan wordt met algemene beschouwingen over de behoefte aan een consequente aanpak van illegaal verblijf, de verwijzing naar het bestaan van het koppelingsbeginsel en de mogelijkheid van een beroep op overmacht door de illegale vreemdeling die bij de politie melding maakt van uitbuiting en geweld.[19] Daarnaast wijst de Afdeling op het risico dat illegale vreemdelingen die slachtoffer zijn van uitbuiting en geweld door de criminalisering van illegaal verblijf minder snel geneigd zullen zijn om dit te melden aan de politie, hetgeen de vervolging en opsporing van dergelijke misstanden zal bemoeilijken. Verder wijst de Afdeling op de gevolgen van het voorstel voor de bereidheid van de vreemdelingen om zich te melden voor vrijwillig vertrek of voor het alsnog doen van een aanvraag voor rechtmatig verblijf.[20]
De Afdeling is van oordeel dat in de toelichting onvoldoende is ingegaan op de mogelijke maatschappelijke gevolgen van de voorgestelde strafbaarstelling van illegaal verblijf. De Afdeling adviseert daar alsnog aandacht aan te schenken en overtuigend te motiveren waarom de regering van mening is dat deze gevolgen niet zullen intreden of indien de regering de verwachting over deze gevolgen deelt, aan te geven hoe deze zullen worden voorkomen of bestreden.

4. Neveneffecten

Het advies van de Afdeling is aanleiding geweest om de toelichting op een aantal punten te verduidelijken. In de toelichting was al opgenomen dat het koppelingsbeginsel, met inbegrip van de uitzonderingen hierop, blijft bestaan. Kinderen van illegale vreemdelingen kunnen onderwijs blijven volgen en illegalen kunnen medisch noodzakelijke zorg blijven ontvangen en hebben recht op rechtsbijstand. Hier verandert het wetsvoorstel niets aan.
Een slachtoffer van mensenhandel kan net als nu aangifte doen bij de politie, daar verandert dit wetsvoorstel ook niets aan. In de toelichting is vermeld dat, als een verblijfsaanvraag wordt ingediend en de vreemdeling daarmee in afwachting van de beslissing op de aanvraag rechtmatig verblijf verkrijgt, de vreemdeling in afwachting van die beslissing niet zal worden beboet vanwege zijn eerdere illegale verblijf. Indien de aanvraag wordt afgewezen, kan echter alsnog worden beboet. Bovendien volgt bij afwijzing van de aanvraag een terugkeerbesluit en in voorkomend geval een inreisverbod. In de toelichting is bovendien opgenomen dat, ingeval een illegale vreemdeling aangifte doet van een misdrijf, vervolging wegens illegaal verblijf op dat moment niet aan de orde zal zijn. Het spreekt vanzelf dat, in het belang van de veiligheid van de Nederlandse samenleving en het dienen van de rechtsorde, de overheid kennis behoort te dragen van gepleegde misdrijven. Het spreekt eveneens vanzelf dat criminelen strafrechtelijk moeten worden aangepakt, óók als het slachtoffer een illegale vreemdeling is. De verblijfsstatus van de vreemdeling die het slachtoffer is van een misdrijf, mag het inroepen van bescherming door de Nederlandse staat niet in de weg staan.

---

[19] Toelichting, paragraaf 7.
[20] Zie ook het advies van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) van 7 september 2011, blz. 6.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,
H.D. Tjeenk Willink

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

De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,
F. Teeven