

Commissie Meijers

Permanente commissie van deskundigen
In het internationaal vreemdelingen-,
Vluchtelingen- en strafrecht

Secretariaat

postbus 201, 3500 AE Utrecht/Nederland
telefoon 31 (30) 297 42 14/43 28
telefax 31 (30) 296 00 50
e-mail cie.meijers@forum.nl
www.commissie-meijers.nl

Aan De leden van de algemene commissie voor Immigratie en asiel
De leden van de vaste commissie voor Veiligheid en justitie
van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Kenmerk CM1018
Betreft Strafbaarstelling overtreding inreisverbod (TK 2010-2011, 32 420, nr. 9)
Datum Utrecht, 24 december 2010

Geachte leden van de Tweede Kamer,

Met deze brief reageert de Commissie Meijers op het voorstel van de regering een gekwalificeerde vorm van illegaal verblijf strafbaar te stellen langs de weg van implementatie van de EU Terugkeerrichtlijn (2008/115/EG). In onze 'Notitie immigratie en asiel in het Regeerakkoord VVD-CDA' van 8 november 2010 (CM1016) bespraken wij in algemene zin reeds de pragmatische problemen omtrent de strafbaarstelling van illegaal verblijf. De thans voorliggende brief gaat in op de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod als opgenomen in de Tweede Nota van Wijziging bij het wetsvoorstel ter implementatie van de Terugkeerrichtlijn (TK 32 420, nr. 9).

1. Inleiding

Aan het nieuwe inreisverbod, dat in beginsel verplicht zal worden opgelegd aan alle illegaal aangetroffen vreemdelingen en vreemdelingen aan wie verblijf is geweigerd, worden twee consequenties verbonden: strafbaarheid van verblijf in Nederland en de juridische onmogelijkheid om een nieuwe verblijfsvergunning, anders dan asiel, aan te vragen. Als dit wetsvoorstel wordt aangenomen zal de in het regeerakkoord voorziene strafbaarstelling van illegaliteit grotendeels zijn verwezenlijkt. Daarnaast zal een ingrijpende variant zijn ingevoerd van het omstreden voorstel van de vorige regering volgens welk een verblijfsvergunning kan worden geweigerd om de enkele reden van eerder illegaal verblijf¹.

Het heeft de Commissie Meijers verbaasd dat de regering ervoor kiest om langs de weg van een Nota van Wijziging bij een implementatiewet van een Europese richtlijn een ingrijpend voorstel als de strafbaarstelling van illegaliteit voor het grootste deel in te voeren. Nu de Terugkeerrichtlijn minimumwaarborgen bevat teneinde de belangen van de betrokken vreemdelingen te beschermen² is

¹ Zie art 2u, onder D, van wetsvoorstel 31 549, nr. 2, dat door uw Kamer hangende de kabinetsformatie als controversieel was aangemerkt (zie lijst zoals vastgesteld op 11 maart 2010, TK 32 333, nr. 14).

² Overweging 11 considerans van de richtlijn.

het Nederland niet toegestaan eenzijdig zwaardere voorwaarden aan niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen op te leggen dan door de richtlijn worden verlangd.

De Commissie Meijers meent dat de strafbaarstelling van illegaliteit, als die al door de richtlijn wordt toegestaan, niet noodzakelijk is voor implementatie van de Terugkeerrichtlijn en derhalve niet in een implementatiewet zou moeten worden ingevoerd (paragraaf 2).

Daarnaast is in de Tweede Nota van Wijziging de oplegging van het inreisverbod imperatief geformuleerd in het voorgestelde eerste lid van art. 66a Vw. De Commissie Meijers acht een automatische koppeling van een inreisverbod aan het terugkeerbesluit onjuist, omdat zij geen ruimte laat voor een individuele beoordeling van de gevolgen die specifiek samenhangen met het inreisverbod (paragraaf 3). Voorts is de Commissie Meijers van oordeel dat invoering van een ruime mogelijkheid tot strafrechtelijke detentie van personen op grond van overtreding van het inreisverbod zich slecht verstaat met het onder artikel 5 EVRM en de Terugkeerrichtlijn vigerende uitgangspunt dat detentie in het kader van vreemdelingenbewaring slechts beperkt en onder stringente voorwaarden zou moeten worden toegepast.

Dit geldt ook voor de in het implementatievoorstel geïntroduceerde juridische onmogelijkheid om een verblijfsvergunning - anders dan asiel - aan te vragen (paragraaf 4). Er is geen sprake van dat het beginsel van gemeenschapstrouw tot deze aanvullingen op de Terugkeerrichtlijn zou nopen, zoals in de toelichting wordt gesteld.

Verder moet de minimumbehandeling die wordt geboden aan derdelanders voldoen aan de beginselen zoals geformuleerd in art. 4 lid 4 van de richtlijn (paragraaf 5). Deze beginselen onderstrepen dat het loutere feit van de illegaliteit nooit de basis mag worden voor een automatische oplegging van de in de richtlijn genoemde maatregelen.

Tot slot is de Commissie Meijers van mening dat de ingrijpende wijzigingen die bij de tweede nota zijn voorgesteld alsnog aan de Raad van State dienen te worden voorgelegd (paragraaf 6).

2. Strafbaarstelling overtreding inreisverbod

De Tweede Nota van Wijziging bij het wetsvoorstel ter implementatie van de Terugkeerrichtlijn beoogt volgens de Minister nog niet om uitvoering te geven aan het in het Regeerakkoord opgenomen voornemen om illegaal verblijf strafbaar te stellen. Wel neemt de Nota van Wijziging daarop een aanmerkelijk voorschot. Personen die het inreisverbod overtreden worden strafbaar, hetzij op grond van een overtreding (art. 108 Vw), hetzij vanwege het plegen van een misdrijf (art. 197 Sr). Slechts gemeenschapsonderdanen en personen ten aanzien van wie een medisch uitzetbevel bestaat zijn uitgezonderd van het inreisverbod. Ten aanzien van personen zonder vertrekplicht geldt dat een inreisverbod kan worden opgelegd. Feitelijk wordt hierdoor de strafbaarstelling ingevoerd voor iedere vreemdeling afkomstig uit een derde land op wie een vertrekplicht rust.

De Commissie Meijers is van opvatting dat de strafbaarstelling van illegaliteit niet via een implementatie van de Terugkeerrichtlijn zou moeten worden ingevoerd. Dat volgt niet alleen uit het karakter van de richtlijn als een minimumstandaard, die in de weg staat aan minder gunstige nationale regelingen. Volgens Aanwijzing nr. 337 van de Aanwijzingen voor de regelgeving worden geen andere regels in implementatieregelgeving opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn. In de toelichting op de Tweede Nota van Wijziging wordt gesteld dat de richtlijn en het beginsel van gemeenschapstrouw de sanctionering van overtreding van het inreisverbod zouden verlangen, omdat de richtlijn anders haar nuttig effect zou verliezen. De vorige regering was evenwel van opvatting dat de richtlijn niet dwingt tot strafbaarstelling en dat de bevoegdheid ter zake ligt bij de lidstaten (Nota nav verslag, TK 32 420, nr. 7).

Uit de door de Raad van State in haar advies op het oorspronkelijke wetsvoorstel genoemde jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat, indien zulks niet is uitgewerkt in een richtlijn, de keuze en vaststelling van sancties aan de lidstaten is.³ In dit geval gaat het echter om een richtlijn die zelf reeds de instrumenten heeft geregeld die dienen te gelden als sancties op illegaal verblijf. Van de lidstaten wordt in art. 20 van de richtlijn vereist dat zij de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke (niet: strafrechtelijke) bepalingen scheppen om aan de richtlijn te voldoen, niet dat zij verdergaande sancties

³ HvJ EG 10 april 1984, *Von Colson and Kamann*, C-14/83.

invoeren. In de considerans wordt op diverse plaatsen benadrukt dat de in de richtlijn genoemde dwangmaatregelen prudent moeten worden toegepast.

Als Nederland al bevoegd zou zijn tot het invoeren van strafsancties ter implementatie van de richtlijn, geldt dat de sancties geschikt moeten zijn het beoogde resultaat van de richtlijn te bereiken. Het doel van de Terugkeerrichtlijn is blijkens de considerans een doeltreffend terugkeerbeleid via de vaststelling van duidelijke, transparante en billijke regels voor beslissingen die per geval vastgesteld worden en op objectieve criteria berusten, die zich niet beperken tot het *loutere feit van illegaal verblijf*⁴. In overweging 11 van de considerans wordt gesproken van gemeenschappelijke wettelijke minimumwaarborgen teneinde de belangen van de betrokkenen te beschermen. Blijkens overweging 13 van de considerans moet het gebruik van dwangmaatregelen uitdrukkelijk aan de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid worden onderworpen.

De Commissie Meijers merkt op dat het bewerkstelligen en bespoedigen van terugkeer reeds uitgangspunt is van het Nederlandse beleid. Daartoe bestaan een reeks specifieke handhavende instrumenten, in het bijzonder de vreemdelingenbewaring. Het inreisverbod dient te garanderen dat de vreemdeling zich niet wederom de toegang tot het Europese grondgebied verschaft. Het inreisverbod zal worden gehandhaafd door een gelijktijdige signalering in het SIS en het daarop bestaande grensbewakingstoezicht in de lidstaten. Overtreding van voorschriften ten aanzien van binnenkomst is reeds strafbaar onder art. 108 Vw. Uit de nota van wijziging blijkt niet op welke wijze de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een uitgevaardigd inreisverbod een verruiming oplevert van de bestaande mogelijkheden om personen uit te zetten of de toegang te weigeren of hoe zij anderszins een bijdrage zou leveren aan de doeltreffende omzetting van de richtlijn. De door de richtlijn vereiste noodzaak, noch de effectiviteit en proportionaliteit is door de regering aangetoond. Bovendien vindt de Commissie Meijers strafrechtelijke sanctionering van verblijf in weerwil van een inreisverbod een ongelukkige constructie, omdat het inreisverbod dient te verzekeren dat terugkeerbesluiten een Europees rechtsgevolg krijgen door de toegang tot alle lidstaten te ontzeggen. Indien een persoon aan wie een inreisverbod is opgelegd Nederland niet heeft verlaten is van deze Europese dimensie nog geen sprake.

De Commissie Meijers komt aldus tot het oordeel dat de strafbaarstelling van illegaliteit als uitgewerkt in de Tweede Nota van Wijziging ten onrechte dwangmaatregelen toevoegt aan de al in de richtlijn geregelde instrumenten en dat strafbaarstelling niet noodzakelijk is om het doel van de richtlijn te bereiken. Hieruit volgt dat implementatie van de Terugkeerrichtlijn niet de geëigende plaats is om het regeerakkoord uit te voeren.

Zeker als tenuitvoerlegging van de strafbaarstelling zou neerkomen op *vrijheidsbeneming* (hechtenis krachtens art. 108 Vw 2000 of gevangenisstraf krachtens art. 197 Sr) worden de doelstellingen van de richtlijn geraakt. In zo'n geval wordt immers naast de in de richtlijn geregelde vrijheidsbeneming in de vorm van vreemdelingenbewaring een extra vrijheidsbeneming via het strafrecht opgelegd, die niet aan de waarborgen is onderworpen waarmee de vreemdelingenbewaring door de Terugkeerrichtlijn is omkleed. De Terugkeerrichtlijn omschrijft reeds uitputtend onder welke voorwaarden vreemdelingendetentie mag worden toegepast. In het kader van een terugkeerprocedure mag bewaring slechts plaatsvinden om de terugkeer voor te bereiden en indien er geen andere minder dwingende maatregelen voorhanden zijn (art. 15 lid 1 Terugkeerrichtlijn). Dat de inbewaringstelling van personen zonder rechtmatig verblijf een zwaar middel is dat terughoudende toepassing vraagt volgt ook uit de overwegingen 13 en 16 van de considerans van de richtlijn. De Commissie Meijers benadrukt voorts dat onder art. 5, eerste lid, aanhef en onder f EVRM vrijheidsontneming van vreemdelingen slechts is toegestaan om de onrechtmatige binnenkomst in een land te voorkomen of om de verwijdering of uitlevering veilig te stellen. Detentie met het oog op uitzetting is volgens art. 15 lid 1 Terugkeerrichtlijn slechts toegestaan als ultimum remedium indien er een zicht op uitzetting bestaat en voor zover voortvarend aan de uitzetting wordt gewerkt.⁵ De strafbaarstelling van illegaal verblijf, indien gekoppeld aan de sanctie van vrijheidsontneming, dreigt de bescherming die art. 5 EVRM biedt te omzeilen door

⁴ Overwegingen 4 en 6 van de considerans.

⁵ Zie ook EHRM 8 oktober 2009, *Mikolenko t. Estland*, no. 10664/05, para. 64-65; EHRM 27 juli 2010, *Louled Massoud t. Malta*, no. 24340/08, para. 66-67

detentie van vreemdelingen, louter vanwege redenen van illegaal verblijf, toe te staan zonder dat in alle gevallen zicht bestaat op uitzetting.

3. Imperatieve oplegging en duur inreisverbod

Het wetsvoorstel waarborgt onvoldoende dat oplegging van een inreisverbod steeds op basis van een individuele belangenafweging plaatsvindt. Daardoor is het voorstel niet alleen in strijd met de Terugkeerrichtlijn zelf, maar ook met andere Europese en internationaalrechtelijke normen. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd ten aanzien van de uitvaardiging van het inreisverbod afgezien van imperatieve bepalingen, om de mogelijkheid te behouden, eventueel tijdelijk, af te zien van het uitvaardigen van een inreisverbod, op humanitaire of andere gronden. In de Tweede Nota van Wijziging is de oplegging van het inreisverbod imperatief geformuleerd in het voorgestelde eerste lid van art. 66a Vw, maar wordt een uitzonderingsmogelijkheid gecreëerd onder het achtste lid. De Commissie Meijers acht een automatische koppeling van een inreisverbod aan het terugkeerbesluit onjuist, omdat zij geen ruimte laat voor een individuele beoordeling van de gevolgen die specifiek samenhangen met het inreisverbod.

In overweging 6 van de considerans van de Terugkeerrichtlijn staat dat beslissingen op grond van de richtlijn per geval moeten worden genomen en op objectieve criteria moeten berusten die zich niet beperken tot het loutere feit van illegaal verblijf. Het gebruik van de in de richtlijn omschreven dwangmaatregelen wordt in overweging 13 van de considerans uitdrukkelijk onderworpen aan de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid. Blijkens overweging 24 worden de grondrechten en de beginselen die in het Handvest zijn neergelegd in acht genomen. Art. 11 lid 2 van de richtlijn herhaalt de noodzaak van een individuele toets waar het gaat om de duur van het inreisverbod. Een individuele beoordeling wordt voorts verlangd door het beginsel van zorgvuldig bestuur als uitgewerkt in artt. 3:2 en 3:4 Awb en art. 8 EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens weegt afzonderlijk de gevolgen van een onmogelijkheid van wedertoelating in het kader van art. 8 EVRM.⁶ Gezinsbelangen kunnen bijvoorbeeld vergen dat wedertoelating incidenteel wordt toegestaan. Naar het oordeel van de Commissie Meijers dient deze belangenafweging centraal te staan in ieder besluit ten aanzien van een mogelijk op te leggen inreisverbod. Zij zou aldus als regel in plaats van uitzondering in de wet opgenomen moeten worden.

Dat het opleggen van een inreisverbod een afzonderlijke toets vraagt naast die ten grondslag ligt aan terugkeerbesluit volgt ook uit de SIS-II verordening (1987/2006/EG). Immers, het inreisverbod gaat blijkens het derde lid van het voorgestelde art. 66a Vw steeds gepaard met een signalering in het SIS. Art. 24 lid 1 van de SIS II verordening vergt steeds een "individuele beoordeling". Volgens art. 21 van de SIS-II verordening moet een lidstaat voorafgaand aan een signalering nagaan of de gepastheid, de relevantie en het belang van de zaak opnemings van de signalering in SIS II rechtvaardigen. In onze brief van 3 september 2010 (CM1013) deden wij daarom reeds het voorstel om de criteria voor het opleggen van een inreisverbod duidelijker in de wet te omschrijven en wel zo dat daaraan directe rechtsbescherming kan worden ontleend. Daarin zou moeten worden aangesloten bij de criteria die de Nationale Ombudsman voor de signalering in het SIS heeft geformuleerd:⁷

- de begane misstap moet zodanig zijn dat het weren van deze persoon noodzakelijk is in het kader van de openbare orde en veiligheid na het wegvallen van binnenlandse grenscontroles;
- de begane misstap moet in beginsel rechtvaardigen dat iemand enkele jaren niet meer wordt toegelaten tot het Schengengebied;
- de inbreuk op de belangen van de vreemdeling om vrij te reizen mag niet onevenredig zijn aan het doel dat gediend wordt met het Schengen Informatie Systeem (veiligheid).

De uitzonderingsbepaling zoals die nu in art. 66a lid 8 is voorgesteld draagt teveel het karakter van een discretionaire uitzonderingsbevoegdheid van de Minister.

⁶ EHRM 13 februari 2001, *Ezzouhdi t. Frankrijk*, no. 47160/99, para. 35; EHRM 17 april 2003, *Yilmaz t. Duitsland*, no. 52853/99, para. 48-49; EHRM 22 april 2004, *Radovanovic t. Oostenrijk*, no. 42703/98, para. 37.

⁷ Rapport nr. 2010/115 van de Nationale ombudsman van 17 juni 2010, ve10000876.

Indien deze uitzonderingsbepaling toch wordt gehandhaafd zou het sterk de voorkeur hebben hierin een verwijzing naar art. 8 EVRM en de voorwaarden voor signalering in het SIS op te nemen. De Commissie Meijers geeft u voorts mee ook in de nader te stellen regels omtrent de duur van het inreisverbod ruimte te laten voor inachtneming van alle relevante omstandigheden van het individuele geval, zoals ook wordt voorgeschreven door art. 11 lid 2 van de richtlijn.

4. De juridische onmogelijkheid rechtmatig verblijf te herkrijgen

In het zesde en zevende lid van het voorgestelde art. 66a wordt rechtmatig verblijf tijdens een inreisverbod – behoudens enkele uitzonderingen – rechtens onmogelijk gemaakt. Een van rechtswege bestaande onmogelijkheid om rechtmatig verblijf te hebben heeft verstrekende gevolgen. Aan een van rechtswege bestaande onmogelijkheid tot rechtmatig verblijf bestaat naar de mening van de Commissie Meijers ook geen praktische behoefte. Het enkele feit dat toegang en verblijf verboden zijn geeft voldoende juridische duidelijkheid.

Weliswaar is de mogelijkheid om een asielverzoek in te dienen in het wetsvoorstel opengelaten, maar voor alle andere verblijfsdoelen wordt indiening van een verblijfsaanvraag effectief verhinderd nu de aanvrager onmiddellijk niet-ontvankelijk zal worden verklaard zonder dat de aanvraag op de inhoud wordt beoordeeld. De onmogelijkheid om een verblijfsvergunning aan te vragen blijft van kracht nadat de betrokkene Nederland heeft verlaten. Daardoor wordt het recht om een aanvraag voor een verblijfsvergunning in te dienen, zoals bijvoorbeeld gegeven in de Gezinsherenigingsrichtlijn 2003/86/EG, in hoofdstuk III van Richtlijn 2003/109/EG inzake de status van langdurig ingezetene derdelanders, de Studentenrichtlijn 2004/114/EG en de Richtlijn wetenschappelijke onderzoekers 2005/71/EG, in strijd met de bepalingen van die richtlijnen geblokkeerd. Ook het enkele aanvragen van Schengenvisa wordt aldus op voorhand onmogelijk gemaakt, waardoor de autoriteiten niet kunnen toekomen aan een afweging van de betrokken belangen. Procedures tegen het niet inhoudelijk behandelen van dergelijke aanvragen zullen volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak door de Nederlandse rechter moeten worden verworpen wegens gebrek aan belang.

Tegen een soortgelijke bepaling in wetsvoorstel 31 549 hebben de Burgemeesters van de vier grote steden en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten ernstige bezwaren geuit in brieven van 7 en 27 januari 2010 aan uw Kamer.

Ook hier gaat het om invoering van een aanvullend juridisch instrument ten opzichte van de instrumenten welke in de richtlijn zijn geregeld en welke niet noodzakelijk is voor de doeltreffende omzetting van de richtlijn. Daarmee wordt afbreuk gedaan aan het karakter van de richtlijn als minimumstandaard. Nu art. 4 lid 3 van de richtlijn niet toestaat dat de lidstaten bepalingen aannemen of handhaven die ongunstiger zijn voor de personen op wie de richtlijn van toepassing is, dient de juridische onmogelijkheid van rechtmatig verblijf uit het implementatievoorstel te worden geschrapt.

5. Basisbeginselen

De minimumbehandeling die moet worden geboden aan derdelanders, zelfs als wordt gekozen voor de optie van art. 2 lid 2 om de richtlijn op bepaalde categorieën niet toe te passen, staat in art. 4 lid 4 van de richtlijn:

- Het beginsel van non-refoulement moet worden geëerbiedigd;
- Dwangmiddelen moeten als laatste middel worden ingezet, proportioneel zijn en binnen redelijke grenzen blijven (art. 8 lid 4 van de richtlijn);
- Deze dwangmiddelen worden volgens de nationale wetgeving toegepast met inachtneming van de EU grondrechten en met eerbiediging van de waardigheid en fysieke integriteit van de betrokken derdelander (art. 8 lid 4 van de richtlijn);
- In geval van verwijdering door de lucht worden gemeenschappelijk richtsnoeren voor veiligheid in

- acht genomen (art. 8 lid 5 van de richtlijn);
- Uitstel van vertrek moet plaatsvinden op grond van specifieke omstandigheden, waarbij rekening wordt gehouden met fysieke of mentale gesteldheid van de betrokkene en technische redenen zoals ontbreken vervoermiddelen of mislukte uitzetting wegens onvoldoende identificatie (art. 9 lid 2 van de richtlijn);
- In afwachting van verwijdering moet worden gezorgd voor dringende medische hulp en essentiële behandeling van ziekte; rekening houden met de speciale behoeften van kwetsbare personen (art. 14 lid 2 sub b en d van de richtlijn);
- Minimum omstandigheden moeten in acht genomen worden ten aanzien van de bewaring (art. 16 van de richtlijn);
- Waarborgen gelden ook ten aanzien van niet begeleide minderjarigen en gezinnen (art. 17 van de richtlijn).

Deze beginselen onderstrepen dat het loutere feit van de illegaliteit nooit de basis mag worden voor een automatische oplegging van de in de richtlijn genoemde maatregelen.

6. Slotopmerking

De Commissie Meijers merkt tot slot op dat met de Tweede Nota van Wijziging het oorspronkelijke wetsvoorstel ter implementatie van de Terugkeerrichtlijn dusdanig ingrijpend is aangepast dat het wenselijk is deze wijziging op basis van art. 21a van de Wet op de Raad van State ter advisering aan de Raad van State voor te leggen.

Tot nadere toelichting steeds bereid,

Vriendelijk groetend,



Prof. mr. C.A. Groenendijk
Voorzitter

c.c. Eerste Kamer der Staten-Generaal
Minister voor Immigratie en Asiel
Minister van Veiligheid en Justitie