

Crimmigratie en de Hoge Raad – vreemdelingen(zaken) in de strafkamer

Heleen de Jonge van Ellemeet

‘Niet van hier,’ zei Budnik zacht.

‘Ik denk... arresteren,’ zei zijn collega.

‘Ja, ja,’ zei Budnik gedachteloos. Hij keek opzij. ‘Waarom eigenlijk?’

TOMMY WIERINGA, *Dit zijn de namen*

1 Inleiding

Migratie. Er zijn weinig beleidsterreinen die scherpere politieke tegenstellingen en een feller publiek debat losmaken. De één verwijt de overheid criminelen te trakteren op een verblijfsvergunning. De ander schaamt zich dat onschuldige mensen vastzitten in vreemdelingenbewaring. Terwijl opeenvolgende kabinetten laveren tussen een harde aanpak en de menselijke maat, blijft het beleid met dilemma's en drama's omgeven. Zo waren er in 2013 het protest van uitgeprocedeerde asielzoekers in de Vluchtkerk, de zelfdoding van de Russische asielzoeker Dolmatov en hongerstakingen in vreemdelingendetentie. PvdA-leden raakten diep verdeeld over de strafbaarstelling van illegaal verblijf, maar het voorstel daartoe ging niet van tafel. Juristen laken dat wetsvoorstel als *facts-free politics*.²

1 Met dank aan Y. Buruma, R. Kuiper, M. Smit en het VU MDC feedback forum van 25 juni 2013 voor de input. Voor een ingekorte versie van dit artikel, zie *NJB* 2014/2, p. 88-94.

2 Zie voor kritiek op het voorstel bv. Raad van State, Advies Wo4.11.0439/1, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 4; interview met T. de Roos, 'Deze bewindslieden vergroten het onbehagen', *NRC* 17 mei 2013; F. Jensma, 'Asielparadox: streng land kan best soepeler', *NRC* 1 juni 2013.

Juridische geschillen in dit politieke mijnenveld vallen onder het bestuursrecht en komen in beginsel niet terecht bij de Hoge Raad, maar bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling).³ Criminologen signaleren echter dat de strijd tegen irreguliere migratie en illegaal verblijf steeds meer met strafrechtelijke instrumenten wordt gevoerd. Deze ontwikkeling wordt crimmigratie genoemd. In dit artikel toets ik de crimmigratie-these aan recente rechtspraak van de Hoge Raad. Is daarin terug te zien dat straf- en vreemdelingrecht met elkaar verknoopt raken? En zo ja, hoe pakt dat uit voor de verdachte/vreemdeling?

2 Crimmigratie

Het begrip crimmigratie komt uit de Verenigde Staten. Het duidt op *'the merger of criminal and immigration law'*.⁴ Stumpf noemt verschillende voorbeelden. Zo biedt het Amerikaanse recht steeds ruimere mogelijkheden legaal verblijvende vreemdelingen uit te zetten vanwege het plegen van een strafbaar feit. Ook heet het inreizen met valse papieren tegenwoordig migratiecriminaliteit, waar dit voorheen slechts werd gezien als bijverschijnsel van ongereguleerde migratie. De ultieme vorm van crimmigratie is het strafbaar stellen van illegaal verblijf op zich. Stumpf waarschuwt voor een *crimmigration crisis*, waarin inzet van het strafrecht leidt tot maatschappelijke uitsluiting van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen.⁵ Het vervagen van de grens tussen vreemdelingenrecht en strafrecht past binnen het huidige veiligheidsdenken of *governing through crime*. Daarin geldt het strafrecht niet als ultimum remedium, maar als instrument van risicomanagement op allerlei beleidsterreinen.⁶

De Amerikaanse discussie over crimmigratie heeft de vraag doen rijzen of deze trend zich ook in Nederland voordoet. In 2009 constateerde Van der Leun een selectieve samensmelting van strafrecht en migratiewetgeving in Nederland. Sindsdien hebben de kabinetten Rutte I en II dit proces voortgezet,

3 Er zijn uitzonderingen, zie bv. HR (civiele kamer) 21 september 2012, LJN BW5328, NJ 2013/22 m.nt. Alkema.

4 J.P. Stumpf, 'The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power', *American University Law Review* 2006, Vol. 56, p. 367-419 (<http://ssrn.com/abstract=935547>).

5 J.P. van der Leun, *Crimmigratie*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010; M.A.H. van der Woude & J.P. van der Leun, 'Ten geleide: Crimmigratie', *PROCES* 2012/6, p. 393-395.

6 J. Simon, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, New York: Oxford University Press 2007; S. Wahedi, 'De strafbaarstelling van illegaliteit. Met een kanon op een mug schieten?', *NJB* 2013/23, p. 1516-1520.

met verschillende maatregelen gericht op het terugdringen van illegaal verblijf.⁷ Van der Leun wijst op de ‘complicatie’ dat illegaal verblijvende migranten wellicht slechter af zijn als zij punitief worden aangepakt, maar buiten het strafrecht vallen en niet de waarborgen van het straf(proces)recht genieten.⁸ Zo is een punt van kritiek op vreemdelingenbewaring dat de staat mensen die ‘niets hebben misdaan’ detineert, terwijl voor strafrechtelijke vrijheidsbenaming is vereist dat een strafbaar feit wordt bewezen en de straf in evenredigheid staat tot het vergrijp.⁹

3 Raakvlakken in de jurisprudentie

Recente rechtspraak van de strafkamer van de Hoge Raad bevestigt de crimmigrație-these. Dit zal ik aantonen aan de hand van vijf thema’s: de vervolging van asielzoekers met valse papieren; de vreemdelingenrechtelijke consequenties van strafoplegging; vervolging na onrechtmatige staandehouding aan de grens; het aanwezigheidsrecht van de uitgezette verdachte, en vrijheidsbenaming voor strafbaar verblijf in relatie tot de Terugkeerrichtlijn.

3.1 Verdragsrechtelijke bescherming tegen vervolging voor het bezit van valse documenten

Het is aan staten om te bepalen wie zij op hun grondgebied toelaten. Nederland heeft deze soevereiniteit vrijwillig beperkt op grond van onder meer het VN Vluchtelingenverdrag.¹⁰ Art. 31 lid 1 van het Vluchtelingenverdrag¹¹ vrijwaart vluchtelingen van bestraffing voor *illegal entry or presence*: verdragsstaten zullen hiervoor geen strafsancities toepassen op vluchtelingen die, rechtstreeks komend van een grondgebied waar hun leven of vrijheid in de zin van art. 1 werd bedreigd, zich onverwijld bij de autoriteiten melden en deze overtuigen dat zij geldige redenen hebben voor hun onrechtmatige binnenkomst of aanwezigheid. De gedachte achter deze bepaling is dat een vluchteling ‘whose

7 R. Staring, ‘Crimmigrație en de morele economie van illegale vreemdelingen’, *PROCES* 2012/6, p. 396-407, p. 396.

8 Van der Leun, a.w., p. 30.

9 P. Boeles, ‘Strafbaarstellingen van illegaal verblijf en het Unierecht’, *A&MR* 2013/2, p. 64-68, p. 64; R. Broeders, ‘Return to sender? Administrative detention of irregular migrants in Germany and the Netherlands’, *Punishment & Society* 2012, p. 169-186.

10 A.B. Terlouw, ‘Fundamentele rechten van niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen: een fata morgana’, *Themis* 2013/1, p. 9-16, p. 9.

11 Verdrag betreffende de status van vluchtelingen van 28 juli 1951, *Trb.* 1951, 131 en 1954, 88, goedgekeurd bij Wet van 22 maart 1956, *Stb.* 137.

*departure from his country of origin is usually a flight, is rarely in a position to comply with the requirements for legal entry (possession of national passport and visa) into the country of refuge.*¹²

Hoever strekt deze supranationale norm? Staat zij eraan in de weg dat het openbaar ministerie (OM) een vreemdeling vervolgt voor het bezit van een vals reisdocument? Volgens de Memorie van Toelichting bij de goedkeuringswet van het Vluchtelingenverdrag verbiedt het artikel het opleggen van straffen *enkel* voor het feit van de illegale binnenkomst of aanwezigheid.¹³ In 1987 zag advocaat-generaal (AG) Meijers hierin bevestigd 'het vanzelfsprekende gegeven dat naar Nederlandse opvatting art. 31 lid 1 Vluchtelingenverdrag een vreemdeling niet vrijwaart tegen een strafvervolging, indien bij binnenkomst in Nederland op hem de verdenking rust zich op Nederlands grondgebied al dan niet in verband met die binnenkomst te hebben schuldig gemaakt aan een commuun strafbaar feit.'¹⁴ Dit geldt niet meer onverkort.

De laatste jaren heeft de Hoge Raad verschillende vragen over het bereik van art. 31 Vluchtelingenverdrag beantwoord. Deze jurisprudentie draait om de verhouding tussen enerzijds de verdragsrechtelijke bescherming van vluchtelingen en anderzijds de vervolgingsvrijheid van het OM.¹⁵ Die leent zich slechts voor zeer beperkte rechterlijke toetsing. Ook raakt zij aan de verhouding tussen strafrechter en vreemdelingenrechter. De Hoge Raad laat zich bij de uitleg van art. 31 in relatie tot vervolgingen ter zake van art. 231 Sr leiden door de ratio van het verdrag, een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter en – uiteindelijk – de wens de praktijk van de strafrechtspleging een eenvoudige regel aan te reiken. De Raad spreekt zich niet uit over alle vreemdelingenrechtelijke aspecten die aan bod komen in de conclusies van het Parket.¹⁶

12 Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Status of Refugees and Stateless Persons – Memorandum by the Secretary-General, 1950 (<http://www.unhcr.org/3ae68c28o.html>). Zie ook *R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi*, [1999] EWHC Admin 765; [2001] Q.B. 667, United Kingdom: High Court (England and Wales), 29 July 1999 (www.refworld.org/docid/3ae6b6b41c.html).

13 *Kamerstukken II* 1953/54, 3542, nr. 3, p. 6 (curs. HJ).

14 Conclusie vóór HR 2 juni 1987, LJN AC9880, NJ 1988/181. Of dit destijds vanzelfsprekend was, is de vraag. In *Kamerstukken II* 1988/89, 45-2706 maakte de Minister zich sterk dat het OM een vluchteling die op een vals document is ingereisd, maar in Nederland niet met valse identiteit door het leven gaat, niet snel zal vervolgen.

15 Y. Buruma, 'Strafrechtelijke rechtsvorming', *Strafblad* 2013/1, p. 6-14, p. 13.

16 Zie bv. over de asielpprocedure in Griekenland en EHRM 21 januari 2011, *M.S.S. v. België en Griekenland*, appl.nr. 30696/09, EHRC 2011/42 m.nt. Woltjer, JV 2011/68 m.nt. Battjes, de conclusies vóór HR 20 september 2011, LJN BQ7762, HR 3 april 2012, LJN BV7412, HR 29 mei 2012, LJN BW6666 en HR 28 mei 2013, LJN BY4247.

Najaar 2009 bepaalde de Hoge Raad dat de strafrechter bij het beoordelen van een beroep op art. 31 Vluchtelingenverdrag geen onderscheid mag maken tussen *illegal entry or presence* en het daarmee samenhangende bezit van valse papieren. De opvatting van het Hof dat de verdragsbepaling niet van toepassing is op een verdachte die wordt vervolgd voor het bezit van een vals reisdocument doet onvoldoende recht aan de bedoeling van de bepaling om vluchtelingen, onder in het kader van de ontvankelijkheid van het OM te beoordelen voorwaarden, te vrijwaren van vervolging wegens *illegal entry or presence*.¹⁷ Dit oordeel sluit aan bij de uitleg door vreemdelingenrechtjuristen.¹⁸ Zo schrijft Goodwin-Gill: *‘the meaning of “illegal entry or presence” has not generally raised any difficult issue of interpretation. The former would include arriving or securing entry through the use of false or falsified documents, the use of other methods of deception, clandestine entry (for example, as a stowaway), and entry into State territory with the assistance of smugglers or traffickers.’*¹⁹

Komt een vreemdeling die terechtstaat ter zake van art. 231 Sr ook de bescherming van art. 31 toe, wanneer zijn vluchtelingenstatus nog onzeker is? In HR 8 maart 2011, LJN BO2915, NJ 2011/242 m.nt. Schalken kwam het OM in cassatie tegen zijn niet-ontvankelijkheid in de vervolging van een Irakees die daags na zijn aanhouding op Schiphol asiel aanvraagde. Het Hof overwoog dat nu de asielrechtelijke statusdeterminatie van de verdachte niet is afgewacht, niet valt uit te sluiten dat art. 31 van toepassing is en het OM te lichtvaardig tot vervolging is overgegaan. De Hoge Raad verstaat dit oordeel zo, dat het OM heeft gehandeld in strijd met beginselen van een behoorlijke procesorde, in het bijzonder dat van een redelijke en billijke belangenafweging, door te vervolgen terwijl niet evident is dat de verdachte niet de bescherming geniet van art. 31 en zijn statusdeterminatie niet is afgewacht. Dat oordeel acht de Hoge Raad niet onjuist of onbegrijpelijk.

Schalken benadrukt dat deze niet-ontvankelijkverklaring niet volgt op een vormfout in het vooronderzoek. Art. 359a Sv en het Zwolsman-criterium zijn dus niet van toepassing. Het gaat om de vervolgingsbeslissing zelf: vervolgen in weerwil van het beletsel dat is gelegen in de ratio van art. 31

17 HR 13 oktober 2009, LJN B11325. Vgl. o.m. HR 3 januari 2012, LJN BU2863 en HR 10 januari 2012, LJN BT1671.

18 A.M. van Kalmthout onder Hof 's-Hertogenbosch 17 oktober 2003, LJN AM2448, JV 2004/195; E. van Kempen en T. Spijkerboer onder Hof Amsterdam 25 maart 2008, LJN BC9168, JV 2008/319.

19 G.S. Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 196 (www.refworld.org/docid/470a33b1o.html).

Vluchtelingenverdrag is strijdig met het ongeschreven beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging. Dit wordt niet snel aangenomen en de annotator noemt het opvallend dat het hier wel gebeurt.²⁰

Art. 31 Vluchtelingenverdrag vereist dat de vluchteling rechtstreeks komt van een grondgebied waar zijn leven of vrijheid werd bedreigd. De meeste verdachten arriveerden echter niet rechtstreeks vanuit het ontvluchte land, maar deden onderweg tenminste één ander Europees land aan. Vervalt hierdoor de bescherming van art. 31?

In HR 24 mei 2011, LJN BO1587 klaagde de verdachte over de verwerping van een verweer strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van het OM op de grond dat zij onderweg in een veilig derde land heeft verbleven. Het Hof had dit afgeleid uit verdachtes verklaring dat zij van Soedan naar Europa is gevlogen en ‘vervolgens’ met de trein in drie à vier uur naar een grote stad in Nederland is gereisd. De Hoge Raad citeert de uitleg van het begrip *coming directly* door de UNHCR: ‘*this term also covers a person who transits an intermediate country for a short period of time without having applied for, or received, asylum there. No strict time limit can be applied to the concept of “coming directly” and each case must be judged on its merits.*’²¹ Indien het Hof heeft geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een vluchteling via een ander land naar Nederland is gereisd meebrengt dat geen sprake is van *coming directly*, geeft het blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het Hof niet hiervan is uitgegaan, is zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd, nu het niets heeft vastgesteld over de duur van het verblijf in dat derde land, aldus de Hoge Raad.²²

In andere zaken was meer bekend over de reis. Zie bijvoorbeeld HR 20 september 2011, LJN BQ7762. In dat arrest merkt de Hoge Raad mede als rechtstreeks komend uit een land waar zijn leven of vrijheid werd bedreigd aan de asielzoeker die korte tijd verblijft in een land dat als transitland kan worden beschouwd zonder dat hij daar asiel heeft gevraagd of gekregen.²³

20 Vgl. HR 8 maart 2011, LJN BO2913 (art. 81 lid 1 RO) en HR 8 maart 2011, LJN BO2914 (art. 81 lid 1 RO).

21 UNHCR Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers van februari 1999 (www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3c2b3f844).

22 Vgl. HR 29 mei 2012, LJN BW6666.

23 Het ‘of verkregen’ werd toegevoegd in HR 3 april 2012, LJN BV7412. Zie ook HR 2 oktober 2012, LJN BX5459.

Een andere voorwaarde uit art. 31 is het zich onverwijld melden. In de literatuur wordt hieronder verstaan dat een vreemdeling zich op zijn bestemming zo spoedig als redelijkerwijs van hem kan worden gevergd als vluchteling bij de autoriteiten meldt.²⁴

Hierover heeft de Hoge Raad zich uitgesproken in de zaak van een verdachte die voordat hij Amsterdam bereikte, waar hij asiel had willen aanvragen, in de trein werd aangehouden.²⁵ Het Hof overwoog dat van wie op een vals document reist mag worden verlangd dat hij, eenmaal in Nederland, dat document niet meer gebruikt en indien hij het nog bezit dat bij een controle eigener beweging dadelijk meldt. Art. 31 Vluchtelingenverdrag zou de verdachte dus slechts beschermen indien hij meteen bij de inreiscontrole had aangegeven dat het overhandigde document vals is. Dat is volgens de Hoge Raad een te beperkte uitleg van de bepaling.²⁶

Evenmin kan aan een vreemdeling die in Nederland op doorreis is de bescherming van art. 31 worden ontzegd louter omdat hij hier niet onverwijld naar de autoriteiten is gegaan of asiel heeft aangevraagd, terwijl hem in het land van toevlucht die bescherming zou toekomen.²⁷

Eind 2012 wees de Hoge Raad opnieuw een arrest over het doorwerken van een asielprocedure in strafzaken waarin de verdediging art. 31 Vluchtelingenverdrag inroept.²⁸ Iemand is vluchteling, indien hij voldoet aan de criteria van art. 1 Vluchtelingenverdrag. Een vreemdeling die de bescherming van het verdrag inroept, zal zodanige feiten en omstandigheden moeten aanvoeren dat zijn beroep op een vluchtelingenstatus gegrond wordt geoordeeld. Rekening moet worden gehouden met moeilijkheden die hij kan ondervinden bij het onderbouwen van zijn claim.²⁹ De Minister en – na beroep – de bestuursrechter oordelen over de aannemelijkheid van het vluchtrelaas van

24 G. Noll, 'Article 31', in: A. Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2011; J.C. Hathaway, *The Right of Refugees under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

25 HR 5 juli 2011, LJN BP7855.

26 Zie over *present themselves without delay* de conclusie van AG Knigge vóór HR 28 mei 2013, LJN BY4310.

27 HR 28 mei 2013, LJN BY4238. De Somalische verdachte kwam op 4 maart 2008 in Nederland aan en wilde op 9 maart 2008 (pleegdatum) met een vals paspoort via Dublin naar eindbestemming Londen vliegen.

28 HR 6 november 2012, LJN BW9266.

29 Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 28, 190, 196. (<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3314.html>).

een asielzoeker. Een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter brengt mee dat wanneer de hoogste bestuursrechter onherroepelijk heeft beslist dat het beroep op de vluchtelingenstatus ongegrond is, de strafrechter – behoudens bijzondere omstandigheden – van dat oordeel uitgaat.³⁰ Met de ratio van het verdrag en het uitgangspunt dat de bewijslast niet eenzijdig bij de asielzoeker mag liggen strookt niet dat een vreemdeling die wordt vervolgd wegens het gebruik van valse documenten bij zijn vlucht, slechts bescherming van art. 31 zou genieten indien ten tijde van de vervolging vaststaat dat hij aan alle voorwaarden voor erkenning als vluchteling voldoet. Dit impliceert bovendien een onredelijke risicoverdeling. Wordt het vluchtrelaas nadien aannemelijk geacht, dan zal de vreemdeling zijn veroordeling alleen door herziening ongedaan kunnen maken. Andersom gaat het om een tijdelijk vervolgingsbeletsel. Het OM is daarom alleen ontvankelijk in de vervolging indien onverwijld en zonder nader onderzoek – bijvoorbeeld na een onherroepelijke, bestuursrechtelijke beslissing – kan worden vastgesteld dat de stelling van de vreemdeling dat hij een vluchteling is ongegrond is.³¹ Voortbouwend op dit arrest formuleerde de Hoge Raad op 28 mei 2013³² een vuistregel, die kan dienen als richtsnoer voor de vele vergelijkbare zaken die nog wachtten op een beoordeling in hoger beroep. De regel leest als het spiegelbeeld van het genoemde voorbeeld, dat ten tijde van de vervolging het asielverzoek van de verdachte onherroepelijk is afgewezen. Nu (i) het OM slechts ontvankelijk is in de op art. 231 Sr gebaseerde vervolging van een verdachte die een beroep doet op art. 31 Vluchtelingenverdrag, indien de strafrechter onverwijld kan vaststellen dat de stelling dat de verdachte vluchteling is niet opgaat; (ii) het oordeel over het vluchtrelaas is voorbehouden aan de Minister en de bestuursrechter, en (iii) de verdachte in art. 231 Sr-zaken ook een beroep op art. 31 toekomt, indien nog niet vaststaat dat hij aan alle voorwaarden voor erkenning als vluchteling voldoet, behoort een vreemdeling niet te worden vervolgd wegens het onmiskenbaar in het kader van zijn vlucht bezitten of aanwenden van vervalste documenten zolang zijn eerste asielaanvraag niet onherroepelijk is afgewezen. Tot dat moment zal de strafrechter in beginsel

30 In het geval geen beroep is ingesteld: het oordeel van de Minister.

31 In de onderhavige zaak achtte het Hof art. 31 niet van toepassing omdat verdachtes asielaanvraag onherroepelijk was afgewezen. De Hoge Raad laat het bestreden arrest in stand. Volgens AG Machielse had het Hof zelf de toepasselijkheid van art. 31 moeten beoordelen en is sprake van een hoog 'Catch 22'-gehalte, nu de verdediging aanvoerde dat de asielaanvraag is afgewezen juist vanwege de veroordeling die bij het Hof voorlag.

32 LJN BY4310; LJN BY8956; LJN BY4247; LJN BX4493; LJN BY4238.

het OM niet-ontvankelijk moeten verklaren in de vervolging – een zeldzaamheid in de jurisprudentie.

In de art. 231 Sr-zaken, die de verwevenheid van straf- en vreemdelingenrecht tonen, biedt het Vluchtelingenverdrag dus een extra waarborg voor de verdachte die tevens asielzoeker is.

3.2 Vreemdelingenrechtelijke gevolgen van de strafoplegging

Een veroordeling kan verstrekkende gevolgen hebben voor het verblijfsrecht van een vreemdeling.³³ In hoeverre moet de strafrechter zich rekenschap geven van de vreemdelingenrechtelijke repercussies van een op te leggen straf?

De feitenrechter is vrij in de waardering van de factoren die hij van belang acht bij de strafoplegging. In cassatie wordt niet onderzocht of de straf beantwoordt aan alle daarvoor in aanmerking komende factoren. De Hoge Raad kan wel ingrijpen indien de strafmotivering onbegrijpelijk of ontoereikend is. De rechter die bij het bepalen van de straf afwijkt van een door de verdediging uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, dat een bepaalde strafmodaliteit of -maat voor de verdachte vreemdelingenrechtelijke consequenties heeft, moet de redenen opgeven die daartoe hebben geleid. Deze uit art. 359 lid 2, tweede volzin, Sv voortvloeiende responsieplicht staat of valt bij een concreet en precies standpunt van de verdediging inzake de straftoemeting.

In de zaak die voorlag in HR 28 september 2010, LJN BM9857 veroordeelde het Hof de verdachte voor een gewelddadige overval. In hoger beroep voerde de verdediging aan dat de verdachte van 1998 tot 2006 een verblijfsvergunning had, verlenging had aangevraagd en bij de in eerste aanleg opgelegde gevangenisstraf van drie jaar zou worden uitgezet. Zij verzocht die straf met één dag te matigen. Het Hof overwoog dat het niet oordeelt over de vreemdelingenrechtelijke zaak en dat de verdachte met het plegen van de overval de eventuele vreemdelingenrechtelijke consequenties daarvan op de koop toe heeft toegenomen. Het legde drie jaar gevangenisstraf op, gelet op onder meer de ernst van het feit en het strafblad van de verdachte. De Hoge Raad acht het niet onbegrijpelijk dat het Hof in de gestelde vreemdelingenrechtelijke gevolgen van drie jaar gevangenisstraf geen aanleiding heeft gezien een lagere straf op te leggen.

³³ A4.3.1 onder c Vc: een vreemdeling wordt ongewenstverklaard op grond van art. 67 lid 1, aanhef en onder c, Vw als hem wegens een misdrijf een gevangenisstraf, taakstraf of vrijheidsbenemende maatregel is opgelegd waarvan het onvoorwaardelijke gedeelte minstens een maand bedraagt.

HR 26 april 2011, LJN BP6467, NJ 2011/360 m.nt. Schalken betreft het opleggen van twee maanden gevangenisstraf aan een ongewenst verklaarde vreemdeling. Het Hof volstond in de strafmotivering met een algemene verwijzing naar de persoonlijke omstandigheden van de verdachte. Het betoog van de raadvrouw dat, kort gezegd, een onvoorwaardelijke gevangenisstraf vanwege de vreemdelingenrechtelijke consequenties niet gepast is kan volgens de Hoge Raad bezwaarlijk anders worden verstaan dan als een standpunt dat duidelijk, door argumenten geschraagd en voorzien van een ondubbelzinnige conclusie naar voren is gebracht. Het Hof is hiervan afgeweken zonder erop te responderen. Dit leidt tot nietigheid.³⁴

Schalken schetst dat de verdachte 13 jaar illegaal in Nederland was, getrouwd met een Nederlandse en hier vader van een kind. Een onvoorwaardelijke gevangenisstraf zou het verkrijgen van een verblijfsvergunning voor gezinshereniging zeer bemoeilijken. De raadvrouw verzocht daarom om een voorwaardelijke straf. De AG bij het Hof sloot zich hierbij aan. Uit zijn overweging, dat een voorwaardelijke straf onvoldoende recht doet aan de ernst van het feit en ook de persoonlijke omstandigheden van de verdachte niet daartoe nopen, blijkt dat het Hof het individuele belang bij gezinshereniging ondergeschikt acht aan het algemene belang van handhaving van het vreemdelingenbeleid – maar niet waarom. De annotator noemt de vernietiging enigszins verbazend, nu de Hoge Raad doorgaans geen hoge eisen stelt aan de responsieplicht ex art. 359 lid 2 Sv in verband met de straftoemeting.

Anders lag het in HR 18 september 2012, LJN BX4744. De raadsman betoogde dat de verdachte bij een gevangenisstraf van twee weken in vreemdelingendetentie zou belanden, langere tijd van zijn familie zou worden gescheiden of ongewenst vreemdeling zou worden verklaard. Het Hof heeft dit betoog over de ‘mogelijke’ vreemdelingenrechtelijke consequenties kennelijk niet opgevat als een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt.³⁵ Dat oordeel is niet onjuist of onbegrijpelijk.

Deze lijn zet de Hoge Raad voort in twee arresten van 26 maart 2013.³⁶ In beide zaken had het Hof geen rekening gehouden met een eventuele ongewenstverklaring, omdat die niet tot zijn beoordeling staat. Oftewel, de enkele mogelijkheid dat aan de straf betekenis zal worden toegekend in verband met die bestuurlijke maatregel is onvoldoende grond om de straf te matigen. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet onbegrijpelijk is en dat het strafmaatverweer

34 Vgl. HR 15 mei 2012, LJN BW5162.

35 Mogelijk speelt mee dat niet duidelijk is waarop de raadsman baseerde dat twee weken gevangenisstraf zou leiden tot een ongewenstverklaring. Zie de conclusie van AG Knigge vóór HR 26 maart 2013, LJN BZ5381, 5.5.

36 LJN BZ5381; LJN BZ5383, JV 2013/195 m.nt. Boeles.

niet noopte tot een nadere motivering. AG Knigge zag het anders: dat het Hof niet beslist over de ongewenstverklaring betekent niet dat het daarmee geen rekening kan houden.

In zijn noot wijst Boeles erop dat deze arresten het accent leggen op de vraag of de feitenrechter de ‘enkele mogelijkheid’ van ongewenstverklaring moet meewegen. De klachten over de strafmotivering stranden op de vaagheid van de ingeroepen vreemdelingenrechtelijke consequentie. De rechter zal pas tot nadere motivering verplicht zijn, als precies is aangevoerd welk gevolg een bepaalde strafmaat zal hebben. Dit vereist een migratierechtelijke deskundigheid die niet van iedere strafpleiter kan worden verwacht, aldus de annotator. Bij gebrek aan een doortimmerd standpunt van de verdediging, kan de rechter bij de strafoplegging dus de ogen sluiten voor de overlap van zijn eigen domein met het vreemdelingenrechtelijke domein.

3.3 Vervolg na onrechtmatige standhouding bij een MTV-controle

Bij grensovergangen, in zeehavens, op vliegvelden en in internationale treinen houden vliegende brigades van de Koninklijke Marechaussee (KMar) op grond van art. 50 lid 1 Vreemdelingenwet 2000 (Vw) reizigers staande ter vaststelling van hun identiteit, nationaliteit en verblijfsstatus. Dit Mobiel Toezicht Vreemdelingen³⁷ (MTV) staat op gespannen voet met het vrij verkeer van personen in het Schengengebied.³⁸

Eind 2010 oordeelde de Afdeling aan de hand van rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU)³⁹ dat MTV-controles hetzelfde effect kunnen hebben als ouderwetse grenscontroles en dat de standhouding bij zo'n controle onrechtmatig had plaatsgevonden.⁴⁰ De regering, die juist inzet op het bestrijden van (migratie)criminaliteit door mobiele grenscontroles,⁴¹ heeft hierop in art. 4.17a Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb) de intensiteit en frequentie van het MTV genormeerd.⁴² Controles binnen de voorwaarden van dit artikel zijn Unierechtelijk toelaatbaar.⁴³

37 Thans Mobiel Toezicht Veiligheid.

38 Artt. 67, 77 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artt. 20, 21 Schengengrenscode.

39 HvJ EU 22 juni 2010, C-188/10 (*Melki*) en C 189/10 (*Abdeli*).

40 ABRvS 28 december 2010, LJN BP0427, JV 2011/84.

41 Vrijheid en verantwoordelijkheid. Regeerakkoord VVD-CDA van 30 september 2010, p. 25.

42 Besluit van 30 mei 2011, houdende wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 in verband met nadere regels over het toezicht ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding (*Stb.* 2011, 262).

43 ABRvS 4 juni 2012, LJN BW7489, JV 2012/324; HvJ EU 19 juli 2012, NJ 2012/667; ABRvS 14 september 2012, LJN BX7963.

In de periode van vóór art. 4.17a Vb hebben MTV-controles geleid tot aanhoudingen en strafzaken, waarin de vraag rijst of de onrechtmatige staandehouding een vormverzuim in de zin van art. 359a Sv oplevert.

De Hoge Raad hanteert een strikte interpretatie van art. 359a Sv. De reikwijdte van art. 359a Sv is beperkt tot vormverzuimen in het onderzoek dat aan de behandeling ter terechtzitting voorafgaat. Het artikel vervult niet de functie het OM het belang van rechtmatige uitoefening van bevoegdheden te laten 'voelen', zodra in een strafzaak blijkt dat autoriteiten hun boekje te buiten zijn gegaan. Als al sprake is van een onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv, leidt dat slechts onder strikte voorwaarden tot strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid van het OM.⁴⁴ Twee arresten over onrechtmatige staandehoudingen bij MTV-controles bevestigen de vaste jurisprudentie: fouten in het vreemdelingenrechtelijk voortraject hebben geen gevolgen in het strafproces.⁴⁵

In HR 26 juni 2012, LJN BW9199 hadden wachtmeesters van de KMar bij een MTV-controle een man staande gehouden en aangehouden omdat hij als ongewenst vreemdeling was gesignaleerd. Het Hof stelde vast dat de Afdeling heeft geoordeeld dat staandehoudingen bestuursrechtelijk onrechtmatig zijn, merkte de staandehouding aan als een vormverzuim in de zin van art. 359a Sv en sloot al hetgeen als resultaat daarvan is verkregen uit van het bewijs. In HR 26 juni 2012, LJN BV1642, NJ 2013/85 m.nt. Bleichrodt werd de verdachte te Roosendaal in de trein vanuit Brussel staande gehouden. Na controle van het document waarmee zij zich legitimeerde, werd de verdachte aangehouden op verdenking van valsheid in geschrift. Het Hof achtte art. 359a Sv van toepassing, maar kwam hier niet tot bewijsuitsluiting.

De klacht dat het Hof ten onrechte is uitgegaan van het oordeel van de Afdeling verwerpt de Hoge Raad onder verwijzing naar de conclusie van AG Machielse. Die acht 's Hof's oordeel dat de staandehouding onrechtmatig is wegens onverenigbaarheid van de controle met – kort gezegd – het Unierecht, niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd. De middelen slagen, voor zover zij klagen over het oordeel van het Hof dat de onrechtmatige staandehouding een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv oplevert. Dat is onjuist, aldus de Hoge Raad, nu de staandehouding niet plaatsvond in het kader van het voorbereidend onderzoek naar het in de onderhavige zaak tenlastegelegde feit.⁴⁶

44 HR 30 maart 2004, LJN AM2533, NJ 2004/376 m.nt. Buruma.

45 Het betreft OM-cassaties tegen arresten van het Hof 's-Hertogenbosch, die deze zaken behandelde op een themazitting over staandehoudingen bij MTV-controles.

46 Het speelveld van art. 359a Sv is iets verruimd in HR 19 februari 2013, LJN BY5321 en HR 19 februari 2013, LJN BY5322 over bewijsuitsluiting als rechtsgevolg bij een structureel vorm-

3.4 Het aanwezigheidsrecht van de uitgezette verdachte

Een onrechtmatig verblijvende vreemdeling die wordt vervolgd heeft de plicht Nederland te verlaten maar ook het recht zijn proces bij te wonen. De strafvorderlijke overheid hoort de verwezenlijking van het aanwezigheidsrecht te waarborgen, in ieder geval door de verdachte op de hoogte te stellen van de zitting. Het aanwezigheidsrecht is echter niet absoluut. De rechter weegt het af tegen andere belangen, zoals een voortvarende afhandeling van zaken.

Op papier doorkruist een terugkeerplicht of inreisverbod niet het recht van een verdachte om in zijn tegenwoordigheid te worden berecht. De IND mag een vreemdeling die wordt vervolgd niet uitzetten zonder fiat van het OM.⁴⁷ De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel strafbaarstelling illegaal verblijf vermeldt dat een vreemdeling een tijdelijke opheffing van een inreisverbod kan krijgen, om ter zitting te verschijnen. In de praktijk laat de spanning tussen terugkeerplicht en aanwezigheidsrecht zich wel voelen, vooral in art. 197 Sr-zaken.⁴⁸

In HR 25 september 2012, LJN BX3797, NJ 2013/13 m.nt. Reijntjes speelt de vraag of het OM zijn vervolgingsrecht verspeelt, als het de uitzetting van een verdachte lopende het strafproces niet voorkomt. De OM-cassatie is mede ingegeven door een gebrek aan rechtseenheid in de feitenrechtspraak.⁴⁹ In deze zaak lopen bestuurs- en strafrecht dooreen ten nadele van een zorgvuldige strafprocedure.

De verdachte had hoger beroep ingesteld. Drie dagen voor de zitting bij het Hof op 12 maart 2010 berichtte de raadsman dat de verdachte is aangehouden op verdenking van art. 197 Sr, in vreemdelingenbewaring is gesteld en op 5 maart 2010 is uitgezet naar Congo. De raadsman heeft niets meer van hem vernomen, zijn cliënt wenst de behandeling in hoger beroep bij te wonen en zij hebben de zaak niet samen kunnen voorbereiden. De AG bij het Hof

verzuim. Zie Y. Buruma, 'Vooraf: Als de politie zich niet aan de wet houdt', *NJB* 2013, p. 494; R. de Winter, 'Heeft de Hoge Raad emoties? Over bewijsuitsluiting en onrechtmatig verkregen bewijs', *NJB* 2013, p. 1253. Deze nieuwe loot aan de stam van art. 359a Sv leidt in de zaken over het MTV niet tot een andere uitkomst. Mogelijk zijn daarbij wel structureel onrechtmatige staandehoudingen verricht, maar die vallen buiten het strafrechtelijk vooronderzoek.

47 Paragraaf A4/6.2 Vc.

48 Raad voor de Rechtspraak, Advies concept-wetsvoorstel Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland d.d. 14 september 2011, p. 7.

49 Vgl. Hof Amsterdam 8 augustus 2011, LJN BR4815, Hof 's-Gravenhage 18 december 2008, LJN BH6382, Hof Leeuwarden 22 december 2006, LJN BC7979 en Hof Arnhem 17 december 2003, LJN AO3063.

erkent dat de uitzetting hem heeft verrast. Schorsing van het onderzoek voor het regelen van een laissez-passer heeft volgens hem weinig zin, omdat van de verdachte geen adres bekend is. Nu de verdachte het beroep heeft ingesteld en de dagvaarding in persoon is uitgereikt, had hij ter voorkoming van de uitzetting moeten aangeven dat hij de zitting wilde bijwonen. Het Hof redeneert anders: de verdachte heeft geen afstand gedaan van het aanwezigheidsrecht en is uitgezet zonder dat was gebleken dat het OM geen bezwaar had. Aldus heeft de overheid niet voldaan aan haar verplichting een verdachte in de gelegenheid te stellen zijn aanwezigheidsrecht te realiseren. Niet is gebleken dat de verdachte zich zo weinig heeft ingespannen dit recht te effectueren, dat voortzetting van de zaak zonder schending van art. 6 EVRM mogelijk is. Volgt niet-ontvankelijkverklaring van het OM.

Naar het oordeel van de Hoge Raad is het Hof uitgegaan van de onjuiste opvatting dat een inbreuk op het aanwezigheidsrecht 'veroorzaakt doordat een overheidsinstantie in strijd met de regelgeving heeft gehandeld en de overheid aldus onvoldoende de mogelijkheid tot uitoefening van het aanwezigheidsrecht heeft gewaarborgd' tot niet-ontvankelijkheid van het OM kan leiden, zonder dat is vastgesteld dat met de vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan. Het Hof had dus het Zwolsman-criterium moeten toepassen.

Reijntjes verwijt het OM in deze zaak 'iedere zin voor realiteit en ieder gevoel voor redelijkheid' kwijt te zijn. Voorts betoogt hij dat 'Zwolsman' is ontwikkeld voor ernstige misslagen tijdens het vooronderzoek, terwijl hier de procesgang zelf ter beoordeling staat. In beginsel vereist een *fair trial* dat de verdachte de mogelijkheid is geboden zich persoonlijk te verdedigen. Daarvoor heeft de overheid als geheel in te staan. Zij kan niet een verdachte vervolgen die door uitzetting van zijn aanwezigheidsrecht verstoken blijft, zonder onder grove veronachtzaming van zijn belangen tekort te doen aan zijn recht op een eerlijk proces. In Reijntjes' woorden: *you can't have the cake and eat it*.

3.5 Vrijheidsbeneming van ongewenst verklaarde vreemdelingen en de Terugkeerrichtlijn

Nederland kent een indirecte strafbaarstelling van illegaal verblijf. Een vreemdeling die hier verblijft, terwijl hij weet of moet vermoeden dat hij ongewenst is verklaard of tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd op grond van art. 66a lid 7 Vw begaat een misdrijf waarvoor hij maximaal zes maanden

gevangenisstraf of € 7.800 boete kan krijgen (art. 197 Sr).⁵⁰ In de literatuur leeft de vraag of het opleggen van gevangenisstraf of (aan een boete gekoppelde) vervangende hechtenis voor dit feit wel strookt met de Europese Terugkeerrichtlijn.⁵¹ Deze richtlijn stelt gemeenschappelijke normen voor de terugkeer van illegaal verblijvende derdelanders en heeft als doel hun vrijwillige of gedwongen vertrek.⁵² Doorkruist de tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende sanctie opgelegd ter zake van art. 197 Sr die doelstelling? De veroordeelde vreemdeling vertrekt immers niet, zolang hij vastzit.⁵³ Deze discussie is relevant voor (de juridische vormgeving van) een generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf.⁵⁴

De Terugkeerrichtlijn schrijft een stapsgewijs ingrijpendere terugkeerprocedure voor. Die begint met het uitvaardigen van een terugkeerbesluit waarin het illegale verblijf wordt vastgesteld, de betrokkene wordt verplicht tot terugkeer en in beginsel een termijn voor vrijwillig vertrek wordt gegund. Leidt dit niet tot vertrek, dan neemt de lidstaat de nodige maatregelen om de verwijdering te realiseren, met als laatste middel proportionele dwang: gemaximeerde vreemdelingenbewaring.⁵⁵ De richtlijn behandelt niet de situatie dat uitzetting praktisch onmogelijk blijkt.⁵⁶

Uit de jurisprudentie van het HvJ EU volgt, kort gezegd, dat het lidstaten vrijstaat illegaal verblijf strafbaar te stellen maar dat de bijbehorende sancties niet de werking van de richtlijn mogen ondermijnen. Het HvJ EU acht het opleggen van een vrijheidsstraf louter omdat een vreemdeling, in weerwil van een bevel om een lidstaat te verlaten, zonder geldige reden nog in die lidstaat verblijft, ontoelaatbaar zolang de terugkeerprocedure niet is toegepast. Overheden moeten dus de juiste volgorde aanhouden. Ook moet de tenuitvoerlegging van de straf een einde nemen zodra het mogelijk is de betrokkene te verwijderen.⁵⁷

50 Verblijf ondanks een 'licht' inreisverbod (art. 108.6 Vw) is een overtreding bedreigd met een boete of zes maanden hechtenis.

51 T.N.B.M. Spronken, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2013/15, p. 959-968, p. 960.

52 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 2008 L 348, p. 98). De richtlijn is, na verstrijken van de implementatietermijn, omgezet in nationaal recht bij Wet van 15 december 2011, i.w.tr. 31 december 2011.

53 Uitgangspunt is dat een opgelegde straf wordt geëxecuteerd (art. 553 Sv) en de penitentiaire organisatie houdt niet bij of een gevangene uitzetbaar is, Boeles, a.w., p. 68.

54 *Kamerstukken II* 2012/13, 33512, nr. 6.

55 Artt. 3, 6, 7, 8 Terugkeerrichtlijn.

56 Grütters in zijn noot onder HR 21 mei 2013, LJN BY6906, *JV* 2013/218.

57 HvJ EU 28 april 2011, C-61/11 (*El Dridi v. Italië*), HvJ EU 6 december 2011, C-329/11 (*Achughbalian v. Frankrijk*) en HvJ EU 6 december 2012 (*Sagor v. Italië*).

In vijf arresten van 21 mei 2013 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de toelaatbaarheid van onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor verblijf in weerwil van een ongewenstverklaring of inreisverbod.⁵⁸ Naar aanleiding van een klacht of ambtshalve acht hij telkens de straf ontoereikend gemotiveerd en vernietigt het bestreden arrest voor wat betreft de strafoplegging.⁵⁹

De Hoge Raad sluit uitdrukkelijk aan bij de uitleg die het HvJ EU tot nu toe aan de Terugkeerrichtlijn heeft gegeven. Hij leidt hieruit af dat de richtlijn zich niet verzet tegen het opleggen van een gevangenisstraf aan een ongewenst verklaarde derdelander op wie de in de richtlijn vastgelegde terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, in Nederland verblijft. Zolang niet alle stappen van de terugkeerprocedure zijn doorlopen, brengt die straf de verwezenlijking van de doelstelling van de richtlijn, een doeltreffend terugkeerbeleid, in gevaar. De strafrechter moet zich daarom ervan vergewissen dat de terugkeerprocedure is voltooid, voordat hij gevangenisstraf oplegt.⁶⁰

In art. 197 Sr-zaken geldt dus een bijzondere eis ten aanzien van de strafmotivering op basis van uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen op vreemdelingenrechtelijk vlak.

Ondanks de duidelijke motiveringseis, zullen in art. 197 Sr-zaken vermoedelijk nieuwe vragen rijzen. Zo is niet evident welke verwijderingsmaatregelen de staat moet hebben genomen, voordat de terugkeerprocedure geheel is doorlopen. Is dat punt eerst bereikt nadat de verdachte de maximale 18 maanden in vreemdelingenbewaring heeft doorgebracht? Of kan het OM – na afstemming met de IND – in een eerder stadium aantonen dat de staat alle stappen van de terugkeerprocedure heeft gezet? Wat is het belang van de richtlijn bij de vervolging van ongewenst verklaarde vreemdelingen, die niet-uitzetbaar zijn? En hoe zit het wanneer een in het kader van de terugkeerprocedure vertrokken, ongewenst verklaarde vreemdeling opnieuw in Nederland opduikt?⁶¹

58 Daags na deze arresten deed de Afdeling een uitspraak die raakt aan strafbaar verblijf. De kern van ABRvS 22 mei 2013, LJN CA1292 is dat het aan de vreemdelingenrechter is om de rechtmatigheid van een inreisverbod te beoordelen, terwijl de strafrechter over de strafrechtelijke gevolgen van het overtreden van zo'n verbod gaat.

59 LJN BY3151; LJN BY6906, *JV* 2013/218 m.nt. Grütters; LJN BZ3928; LJN BZ3930; LJN BZ3791. De zaken bevatten meer interessante punten, bv. over het verweer dat een verdachte buiten zijn schuld niet kan vertrekken en de vraag of verblijf als ongewenst verklaarde een voortdurend delict is.

60 HR 21 mei 2013, LJN BY3151, rov. 4.7, 4.8.1.

61 Machielse vóór HR 21 mei 2013, LJN BY3151, onder 3.29.

4 Conclusie

De verwevenheid van strafrecht en migratierecht is tot in de jurisprudentie van de Hoge Raad zichtbaar. Hoe dit uitpakt voor de betrokken vreemdeling verschilt per type zaak. De strafkamer houdt niet op alle vlakken evenveel rekening met de verblijfsrechtelijke positie van verdachten en hecht wisselend belang aan processuele waarborgen uit verdragen, aan consistent optreden door de overheid als geheel en aan de eigen vaste jurisprudentie.

Zo speelt in art. 231 Sr-zaken de verdragsrechtelijke bescherming die de verdachte als asielzoeker toekomt een grote rol. De Hoge Raad neemt art. 31 Vluchtelingenverdrag als ijkpunt voor de ontvankelijkheid van het OM. De ratio van het verdrag belet de vervolging van een vreemdeling met valse documenten, zolang die in afwachting is van een beslissing op zijn eerste asielaanvraag. Bij de bestraffing ter zake van art. 197 Sr wordt de vrijheid van de strafrechter beperkt op grond van bestuursrechtelijke verplichtingen ten aanzien van de betrokken vreemdeling, voortvloeiend uit de Terugkeerrichtlijn. Het invoeren van supranationaal recht heeft echter niet altijd resultaat. De Hoge Raad oordeelt bijvoorbeeld dat het in art. 6 EVRM verankerde aanwezigheidsrecht niet betekent dat een fout van de IND aan de vervolging van een uitgezette vreemdeling in de weg staat. Dit arrest spoort niet aan tot afstemming tussen de IND en het OM en een consistent overheidsoptreden tegenover justitiabelen die tegelijkertijd in een vreemdelingenrechtelijke en een strafrechtelijke procedure zijn verwickeld. Hierin verschilt het van de rechtspraak over het vervolgen van asielzoekers met valse papieren en over het strafrechtelijk detineren van ongewenst verklaarde vreemdelingen. Die dwingt immers wel tot een consistent, althans volgend, optreden door verschillende onderdelen van het overheidsapparaat.

Wat betreft vreemdelingenrechtelijke strafmaatverweren en onrechtmatige staandehoudingen bij MTV-controles past de Hoge Raad vaste jurisprudentie toe. Hoewel ook op deze punten strafrecht en migratierecht in elkaar grijpen, lopen verdachten tegen formele scheidslijnen tussen beide domeinen aan. Ook (de advocaat van) een vreemdeling moet van goeden huize komen om in verband met de strafmaat een responsieplichtig verweer te voeren. Een onrechtmatige staandehouding bij een verkapte grenscontrole valt buiten het bereik van art. 359a Sv. Dit optreden in het bestuursrechtelijke, doch mede op de bestrijding van migratiecriminaliteit gerichte, voortraject blijft daarom zonder gevolgen in het strafproces.

Het beeld zal complexer worden naarmate irreguliere migratie verder wordt gecriminaliseerd, zoals staat te gebeuren met het wetsvoorstel strafbaarstel-

ling illegaal verblijf. Dit voorstel maakt onrechtmatig verblijf tot een overtreding (art. 108a Vw). Daarnaast brengt het een grotere kring vreemdelingen louter door hun voortdurend onrechtmatig verblijf onder het met gevangenisstraf bedreigde misdrijf van art. 197 Sr.

Zoals wij in paragraaf 3.5 hebben gezien, sluit de Hoge Raad oplegging van een vrijheidsbenemende sanctie voor strafbaar verblijf na een voltooide terugkeerprocedure niet uit. De Raad deelt niet de ‘vrij radicale’ stelling van Boeles dat de situatie waarin volgens het HvJ EU onrechtmatig verblijf kan leiden tot een vrijheidsstraf zich in Nederland niet voordoet, omdat onder het Nederlandse vreemdelingenrecht de terugkeerprocedure alleen dan is voltooid, als de betreffende vreemdeling daadwerkelijk vertrekt of een verblijfsvergunning krijgt.⁶²

De ontwerptekst voor de strafbaarstelling in art. 108a Vw voldoet, naar de letter, aan de Unierechtelijke voorwaarden. De sanctie is een geldboete en de tenuitvoerlegging (van de vervangende hechtenis) staat volgens de wetgever niet in de weg aan uitzetting of vrijwillig vertrek van de vreemdeling. De stelling dat de arresten van 21 mei 2013 een streep halen door het wetsvoorstel is dus te kort door de bocht.⁶³ Toch is met de Terugkeerrichtlijn in de hand kritiek mogelijk op het voorstel. Zo betoogt Boeles dat de voorgestelde strafbaarstelling niet het sluitstuk vormt van het verwijderingsproces maar ook ziet op onrechtmatig verblijf voorafgaand aan een terugkeerbesluit, terwijl de richtlijn ertoe strekt dat eerst na toepassing van alle bestuurlijke dwangmaatregelen strafrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd. Alle kritiek waaraan het wetsvoorstel onderhevig is doet vermoeden dat de handhaving de strafrechter nog hoofdbrekens zal bezorgen. Op het snijvlak van het strafrecht en het vreemdelingenrecht is de rol van de Hoge Raad dan ook nog niet uitgespeeld. Het samenvallen van strafrecht en vreemdelingenrecht in een generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf zal ook maatschappelijke gevolgen hebben. Onrechtmatig verblijvende vreemdelingen zijn de *have nots* van de Nederlandse samenleving. Zij kunnen hun rechten moeilijk effectueren. Strafbaarstelling van illegaal verblijf maakt de weg naar het recht voor deze groep nog steiler.⁶⁴

62 Boeles, a.w., p. 68.

63 J.T.E. Vis, ‘Strafbare illegaliteit kan nu de prullenbak in’, *NRC* 17 juni 2013.

64 Terlouw, a.w. verwijst naar de rechtssociologische klassieker M. Galanter, ‘Why the “haves” come out ahead, speculations on the limits of legal change’, *Law and Society Review* 1974, Vol. 9, p. 95-160.