

**Afdeling Nederland**

Keizersgracht 177
Postbus 1968
1000 BZ Amsterdam

T 020 626 44 36
F 020 624 08 89
E amnesty@amnesty.nl
I www.amnesty.nl

Aan de leden van de Vaste Kamercommissie Veiligheid en Justitie

Datum
12 februari 2013

Onderwerp
Wetsvoorstel wijziging Vw 2000 strafbaarstelling illegaal verblijf

Ons kenmerk
POL/2013/01

Uw kenmerk

Geachte leden van de Vaste Kamercommissie Veiligheid en Justitie,

Op 7 januari jl. werd aan u het wetsvoorstel Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegal verblijf van vreemdelingen in Nederland toegestuurd.¹ In deze brief geeft Amnesty International een eerste reactie op het wetsvoorstel. In de bijlage vindt u enkele concrete vragen van Amnesty welke u mogelijk kunt betrekken bij uw verdere overleg met de regering.

Hoewel het voorkomen en bestrijden van onrechtmatig verblijf een legitiem beleidsdoel is, mits dit gedaan wordt binnen de grenzen van internationale mensenrechtenverplichtingen, acht Amnesty International strafbaarstelling van illegaliteit een onwenselijk, onnodig en disproportioneel instrument. In deze brief bespreekt Amnesty een aantal specifieke problemen met het voorliggende wetsvoorstel, te weten: 1) de onderbouwing van het voorstel; 2) de neveneffecten van het voorstel; en 3) de verhouding tussen het voorstel en vreemdelingendetentie.

1. Gebrek aan onderbouwing van aannamen die aan wetsvoorstel ten grondslag liggen

Het strafrecht is een zwaar middel om beleidsdoelen te verwezenlijken. Wanneer voorgesteld wordt dit zware middel in te zetten, ligt het voor de hand dat de ratio daarachter uitgebreid en zorgvuldig wordt onderbouwd. In de Memorie van Toelichting,² welke weliswaar uitgebreid verschillende technische aspecten van het voorstel bespreekt, blijven de fundamentele aannamen waarop het gestelde nut en de gestelde noodzaak van het voorstel rusten vrijwel geheel zonder toelichting.

Strafbaarstelling heeft een preventieve en afschrikwekkende werking?

Doorslaggevend voor de keuze van strafbaarstelling lijkt te zijn geweest dat hiervan een preventieve en afschrikwekkende werking zou uitgaan. In de Memorie ontbreekt echter iedere empirische onderbouwing van deze aanname. Er worden maar liefst acht Europese

¹ TK 2012-2013, 33512 nr. 2.

² TK 2012-2013, 33512 nr. 3 (verder: MvT).

landen genoemd waar strafbaarstelling reeds een feit zou zijn,³ maar er wordt niet ingegaan op de vraag hoe dit in die landen vorm heeft gekregen, in hoeverre dit overeenkomt met de voorgestelde wijze in Nederland en – cruciaal – welke effecten dit zou hebben gehad. Evenmin geeft de Memorie enige informatie over de impact van de strafbaarstelling van verblijf in Nederland in weerwil van het inreisverbod, dat nu meer dan een jaar bestaat. Tenslotte is uit de Memorie ook geenszins duidelijk hoeveel vreemdelingen naar verwachting met strafbaarstelling op basis van het voorstel zullen worden geconfronteerd en wat voor effecten de sanctie op hen zal hebben.

Strafbaarstelling maakt illegaal verblijf in Nederland onaantrekkelijker?

Strafbaarstelling leidt er volgens de Memorie toe dat illegaal verblijf in Nederland onaantrekkelijker wordt. Ook hier vraagt Amnesty zich af wie de regering hiermee op het oog heeft en op welke basis deze veronderstelling gestoeld is. In het bijzonder wanneer het doel is om illegale migranten al te ontmoedigen voordat zij de reis naar Nederland maken kan betwijfeld worden of het gevaar van strafbaarstelling enig gewicht in de schaal legt, met name ook met het oog op het bestaande risico van detentie en uitzetting en de grote financiële offers die irreguliere migranten plegen te brengen om naar Nederland te kunnen reizen.

Strafbaarstelling als instrument tegen uitbuiting?

Illegale vreemdelingen zijn volgens de Memorie vatbaar voor uitbuiting omdat ze niet volwaardig deelnemen aan de Nederlandse samenleving. Amnesty ziet niet in hoe de vaststelling dat illegalen vatbaar zijn voor uitbuiting tot de conclusie kan leiden dat zij gecriminaliseerd dienen te worden. Hiermee wordt het risico op uitbuiting immers alleen groter (zie onder).

Illegaliteit = overlast en criminaliteit?

Volgens de Memorie is er sprake van maatschappelijke belasting die vaak bestaat uit vormen van overlast en criminaliteit. Het verband dat wordt gelegd tussen illegaliteit enerzijds en overlast en criminaliteit anderzijds vindt Amnesty ondoordacht. "Illegaliteit" heeft betrekking op het niet hebben van rechtmatig verblijf. Dit omvat een zeer diverse groep vreemdelingen. Hieronder vallen bijvoorbeeld toeristen die de vrije termijn van drie maanden overschrijden, buitenlandse studenten die hun verblijfsvergunning niet tijdig verlengen, uitgeprocedeerde asielzoekers en vreemdelingen die zonder toestemming Nederland zijn binnengekomen. Binnen ieder van deze (en vele andere) groepen onrechtmatig verblijvende vreemdelingen is vervolgens weer een grote diversiteit aan situaties, gedrag en daarmee de neveneffecten van illegaliteit. Hierbij is geenszins een directe, één-op-één relatie tussen onrechtmatig verblijf en overlast of criminaliteit.⁴

Onduidelijk blijft hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot grote groepen onrechtmatig verblijvende vreemdelingen die geen overlast veroorzaken of die zich niet schuldig maken aan strafbare feiten (anders dan illegaal verblijf). Ook is niet duidelijk waarom de regering haar energie meent te moeten inzetten op bestrijding van illegaliteit *an sich*, in plaats van op bestrijding van overlast of criminaliteit door die specifieke personen (met of zonder verblijfsstatus) die hierbij betrokken zijn.

Operationele noodzaak strafbaarstelling

Naast het gebrek aan onderbouwing van de assumpties van de regering, blijkt uit de Memorie evenmin aan welke operationele vraag het voorstel beantwoord. Uitvoerders hebben immers al een reeks aan bevoegdheden op het gebied van tegengaan van illegaliteit en het effectueren van terugkeer. Uit de Memorie blijkt niet welke professionals en overheidsdiensten hebben aangegeven dat het huidige instrumentarium tekort schiet, hen belemmert bij het effectief bestrijden van illegaal verblijf of strafbaarstelling hebben bepleit. Voor zover Amnesty kan overzien heeft geen enkele (uitvoerings)organisatie gepleit voor strafbaarstelling.

³ MvT, p. 3.

⁴ In dit kader wijst Amnesty graag ook op de opmerkingen van de VN Speciale Rapporteur inzake de rechten van migranten: "*irregular entry or stay should never be considered criminal offences: they are not per se crimes against persons, property or national security. It is important to emphasize that irregular migrants are not criminals per se and should not be treated as such.*" VN Speciale Rapporteur inzake rechten van migranten, rapport aan de Mensenrechtenraad, VN doc. A/HRC/20/24, 2 april 2012, paragraaf 13.

2. Neveneffecten van strafbaarstelling

Onder meer door de ACVZ⁵ en door de VNG⁶ is zeer terecht gewezen op het risico van negatieve neveneffecten van strafbaarstelling. Hierop wordt door de regering in de Memorie van Toelichting zeer summier, en in de ogen van Amnesty inadequaet, ingegaan.

Veilige aangifte

Het doen van aangifte wanneer men het slachtoffer is van een misdrijf, waaronder bijvoorbeeld ook mensenhandel, is een cruciaal onderdeel van de bescherming van de rechten van vreemdelingen, ook wanneer zij niet rechtmatig in Nederland verblijven. Dit principe kan met strafbaarstelling onder druk komen te staan. Volgens de regering is het feit dat vreemdelingen bij aangifte een beroep kunnen doen op overmacht een voldoende waarborg voor veilige aangifte. Het gehele wetsvoorstel is echter bedoeld om een "duidelijk signaal"⁷ af te geven dat illegaliteit niet wordt getolereerd en zal worden bestraft. (Potentiële) illegale vreemdelingen moeten er blijkbaar van doordrongen zijn dat zij ongewenst zijn en strafrechtelijk kunnen worden vervolgd. Desalniettemin veronderstelt de regering dat een illegale vreemdeling, geconfronteerd met dit krachtige, eenduidige signaal van overheidswege, zich evenwel voldoende bewust is van (en vertrouwen heeft in) de mogelijkheid om zich op overmacht te beroepen. Amnesty betwijfelt ten eerste of een dergelijke juridische subtiliteit voldoende doordringt om van het beroep op overmacht meer te maken dan een theoretische mogelijkheid zonder enige praktische waarde. Bovendien suggereert de tekst van de Memorie dat er van uitsluiting van strafvervolgning op basis van overmacht slechts sprake is voor zolang de aangifte of het onderzoek loopt.⁸ Hiermee kan de angst voor vervolging na afloop van het onderzoek of bij aangifte die niet tot onderzoek leidt, vreemdelingen afschrikken om aangifte te doen.

Positie kinderen

Minderjarigen zijn in het voorstel uitgesloten van strafvervolgning. In antwoord op zorgen van de VNG, sluit de regering echter niet uit dat kinderen gevolgen ondervinden van de strafvervolgning van hun ouders. De primaire verantwoordelijkheid ligt echter bij de ouders, aldus de regering. Amnesty vindt dit een zeer onbevredigend antwoord, dat voorbij gaat aan de beschermingsplicht die de overheid zelf ook heeft voor kinderen. Marginalisering van kinderen op grond van strafbaarstelling van het onrechtmatig verblijf van hun ouders moet juist ook door de overheid (die immers deze maatregel in het leven roept) worden voorkomen. Ook hier geldt bovendien weer dat het "duidelijke signaal" dat met het wetsvoorstel wordt beoogd het risico met zich meebrengt dat ouders nog terughoudender worden met hun kinderen naar school te sturen of voor hen medische zorg te vragen, niettegenstaande de formele mogelijkheden die zij hiertoe volgens de wet hebben. Ook kan strafbaarstelling ouders weerhouden van bijvoorbeeld het doen van aangifte van in Nederland geboren kinderen, hetgeen op gespannen voet staat met onder andere de Nederlandse verplichtingen om te zorgen dat het recht van het kind om geregistreerd te worden wordt verwezenlijkt en om staatloosheid te voorkomen.

Toegang tot bescherming

Zoals al aangegeven is "illegale vreemdeling" een zeer diverse categorie. Niet uitgesloten is dat hieronder zich ook vreemdelingen bevinden die aanspraak zouden kunnen maken op internationale bescherming als vluchteling of omdat zij anderszins geconfronteerd zouden worden met mensenrechtenschendingen bij terugkeer. Hiervan kan onder meer sprake zijn wanneer de situatie in het land van herkomst verandert nadat de vreemdeling naar Nederland is gegaan. Amnesty vreest dat met de strafbaarstelling van illegaliteit er een dusdanig wantrouwen tegen overheidsorganen wordt gecreëerd dat dit een "chilling effect" zou kunnen hebben op de bereidheid van vreemdelingen om zich kenbaar te maken en een aanvraag te doen tot de bescherming waar zij wellicht recht op hebben.

⁵ MvT, p. 33.

⁶ MvT, p. 42.

⁷ MvT, p. 2.

⁸ MvT, p. 11: "Ingeval een vreemdeling aangifte doet van een jegens hem gepleegd misdrijf of zich meldt als getuige van een ernstig misdrijf, zal vervolging wegens illegaal verblijf *op dat moment* niet aan de orde zijn." (cursief toegevoegd)

Positie hulpverleners/andere derden

De angst van verschillende organisaties dat strafbaarstelling negatieve effecten kan hebben op derden, zoals hulpverleners, is door het voorstel niet geheel weggenomen. Weliswaar merkt de Memorie op dat derden niet strafbaar zijn vanwege medeplichtigheid aan onrechtmatig verblijf omdat het hier een overtreding betreft, waarvoor strafbaarheid van medeplichtigheid niet geldt. Ook een aangifteplicht voor ambtenaren en anderen geldt volgens de Memorie niet bij een overtreding. Zoals de ACVZ al memoreert is echter opvallend genoeg niet ingegaan op medeplichtigheid of aangifteplicht bij een misdrijf. Dit terwijl het wetsvoorstel ook voorziet in het opleggen van een "zwaar" inreisverbod bij herhaalde overtreding van het verbod op onrechtmatig verblijf c.q. een opgelegd inreisverbod. Verblijf in weerwil van zo'n "zwaar" inreisverbod is in het voorstel een misdrijf, waarbij wel sprake kan zijn van een aangifteplicht of medeplichtigheid.

Negatieve beeldvorming etnische minderheden en risico etnisch profileren.

Ook een punt van aandacht is de negatieve beeldvorming die uit de Memorie spreekt. Illegaal verblijvende vreemdelingen, die per definitie buitenlanders en veelal van niet-westerse afkomst zijn, worden niet alleen neergezet als bestuursrechtelijk probleem, maar worden ook afgeschilderd als bron van overlast en criminaliteit. Deze negatieve beeldvorming kan ook overslaan op andere groepen, zoals etnische minderheden en (legaal verblijvende) buitenlanders, waarvan immers niet aan de buitenkant te zien is of zij Nederlander zijn, rechtmatig verblijf hebben, of illegaal in Nederland zijn. Uit onderzoek blijkt dat dergelijke negatieve beeldvorming onder meer kan doorwerken in reguliere handhavingssactiviteiten, waardoor het risico op etnisch profileren toeneemt.⁹

Strafbaarstelling als rem op vertrek?

De regering wijst er in de Memorie op dat strafbaarstelling niet in de eerste plaats gericht is op terugkeer, maar op het voorkomen van illegaliteit. Desondanks is dit naar de mening van Amnesty ambigu, zeker omdat de regering in het nader verslag aangeeft juist ook in te zetten op bijvoorbeeld uitgeprocedeerde asielzoekers, *overstayers* en illegalen die reeds in Nederland zijn.¹⁰ Hierbij kan volgens de logica van het regeringsbeleid niet anders dan ingezet worden op terugkeer. Net als andere organisaties wijst Amnesty op de mogelijkheid dat strafbaarstelling juist belemmerend kan werken op medewerking aan terugkeer. Zo kan strafbaarstelling een belangrijke reden zijn voor onrechtmatig verblijvende vreemdelingen om zich niet te melden voor vrijwillig vertrek. Bovendien ziet Amnesty spanning tussen het zwijgrecht dat de vreemdeling toekomt in zijn strafrechtelijke procedure¹¹ en zijn vreemdelingrechtelijke medewerkingsplicht. Hiermee dreigt het risico dat een beroep op het zwijgrecht zal leiden tot de conclusie dat de vreemdeling niet aan zijn/haar medewerkingsplicht voldoet.

Amnesty merkt verder op dat in het huidige voorstel strafbaarstelling ook op vreemdelingen die zich (na ommekomst van hun vertrektermijn) bevinden in de vrijheidsbeperkende locatie (VBL) of gezinslocatie (GL) van toepassing lijkt te zijn, hetgeen eventuele inspanningen tot terugkeer kan ondermijnen.

3. Rol vreemdelingendetentie in relatie tot wetsvoorstel

Amnesty maakt zich zorgen over de wijze waarop de regering het gebruik van vreemdelingendetentie beschrijft in de Memorie. Hierin wordt gesteld dat wanneer onrechtmatig verblijvende vreemdelingen worden aangetroffen zij niet alleen zullen worden beboet, maar ook "zoveel mogelijk",¹² "direct"¹³ of "terstond"¹⁴ in detentie zullen worden genomen ter fine van uitzetting. Dit lijkt in tegenspraak met het uitgangspunt van het beleid dat ingezet wordt op zoveel mogelijk zelfstandig vertrek.¹⁵ Amnesty heeft er

⁹ Zie bijvoorbeeld S. Cankaya (2012) *De controle van marsmannetjes en ander schorriemorrie: Het belissingsproces tijdens proactief politiewerk*. Boom/Lemma.

¹⁰ Nader verslag, p. 4.

¹¹ MvT, p. 16.

¹² MvT, p. 1.

¹³ MvT, p. 2.

¹⁴ MvT, p. 12.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld ook MvT, p. 28.

bovendien herhaaldelijk op gewezen dat, wanneer er toch sprake is van gedwongen terugkeer, vreemdelingendetentie slechts als uiterste middel mag worden ingezet, wanneer minder ingrijpende middelen onvoldoende blijken te zijn. De inzet van de vorige regering, die door de huidige regering is overgenomen, om pilots rondom alternatieven voor vreemdelingendetentie op te zetten, waren hierbij een voorzichtige stap in de juiste richting.

De bewoordingen in de Memorie doen echter vermoeden dat hierin weer een flinke stap achteruit wordt gezet, omdat hier geen enkele rekening lijkt te worden gehouden met individuele omstandigheden die nopen tot inbewaringstelling. Dit terwijl dit onder meer in de in EU-richtlijn 2008/115 (de Terugkeerrichtlijn) wel als zodanig is vastgelegd. De Terugkeerrichtlijn ziet per definitie op personen die onrechtmatig verblijf hebben. Lidstaten zijn verplicht hen eerst een periode voor vrijwillig vertrek te gunnen, tenzij er sprake is van specifieke uitzonderingsgronden. Deze uitzonderingsgronden zien onder meer op het risico op onttrekken aan toezicht of uitzetting. Deze moeten echter steeds op basis van de specifieke feiten en omstandigheden van het specifieke geval worden bekeken. Slechts dan kan, mits minder ingrijpende middelen ontoereikend zijn, overgegaan worden op vreemdelingendetentie. Het enkele feit dat een vreemdeling geen rechtmatig verblijf (meer) heeft kan er dus op basis van de Terugkeerrichtlijn nooit toe leiden dat deze "zoveel mogelijk", "direct" of "terstond" in detentie moet worden genomen. De automatische aanname in de MvT dat zij zich zullen onttrekken aan het vreemdelingentoezicht of dat zij de uitzettingsprocedure zullen ontwijken of belemmeren¹⁶ is daarom in tegenspraak met het ultimatum remedium-beginsel en de Terugkeerrichtlijn.

Ik hoop u met bovenstaande voldoende te hebben geïnformeerd. In geval u verdere toelichting wenst op de genoemde punten, dan verzoek ik u contact met mij op te nemen (070-7733678 of c.mommers@amnesty.nl).

Met vriendelijke groet,

Christian Mommers
Senior medewerker Politieke Zaken
Amnesty International, afdeling Nederland

¹⁶ MvT, p. 3.

Bijlage – mogelijke vragen aan regering

1. Onderbouwing aannamen

Preventieve/afschrikwekkende werking

- Welk empirisch bewijs heeft de regering voor de aanname dat strafbaarstelling een preventieve en/of afschrikwekkende werking heeft?
- Heeft de regering gegevens waaruit zou blijken dat strafbaarstelling in andere landen heeft geleid tot afname van illegaliteit?
- Heeft de regering de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod reeds geëvalueerd en zo ja, wat zijn hiervan de resultaten?
- Hoeveel vreemdelingen zullen naar verwachting geconfronteerd worden met strafbaarstelling op grond van het voorstel?
- In hoeveel gevallen verwacht de regering dat vreemdelingen de boete zullen kunnen voldoen en is hiermee voldoende gewaarborgd dat beboeting niet een verkapte vorm van vrijheidsontneming wordt? Op welke gegevens baseert de regering zich hierbij?

Uitbuiting

- Op welke wijze veronderstelt de regering dat strafbaarstelling zal bijdragen aan het terugdringen van uitbuiting?

Nederland onaantrekkelijker

- Welke redenen heeft de regering om aan te nemen dat strafbaarstelling op enigerlei wijze de afweging van toekomstige irreguliere migranten dusdanig zal beïnvloeden dat zij niet naar Nederland zullen komen?

Overlast en criminaliteit

- Hoe verhoudt het wetsvoorstel zich tot grote groepen onrechtmatig verblijvende vreemdelingen die geen overlast veroorzaken of zich schuldig maken aan criminaliteit? Is voor hen sprake van een noodzakelijke inzet van het strafrecht?
- Waarom meent de regering te moeten inzetten op strafbaarstelling van illegaliteit *an sich*, in plaats van haar energie te steken in het verbeteren van het voorkomen van bestrijding van overlast of criminaliteit door die specifieke personen die hierbij betrokken zijn?

Operationele nut en noodzaak

- Welke professionals en overheidsdiensten hebben (1) aangegeven dat het huidige instrumentarium te kort schiet, (2) hen belemmert bij het effectief bestrijden van illegaal verblijf of (3) hebben strafbaarstelling specifiek bepleit?

2. Neveneffecten

Veilige aangifte

- Kan de regering uitleggen hoe de spanning tussen het afgeven van een duidelijk signaal enerzijds dat illegaliteit strafbaar is en de juridische subtiliteit dat bij eventuele aangifte een beroep kan worden gedaan op overmacht anderzijds zich tot elkaar verhouden?
- Wordt, in aanvulling op een mogelijk beroep op overmacht, op andere wijzen gewaarborgd dat vreemdelingen geneigd zullen zijn aangifte te doen van uitbuiting, mensenhandel, geweld en andere misdrijven?
- Wat gebeurt er als aangifte niet leidt tot verder onderzoek of er onvoldoende bewijs blijkt te zijn om tot vervolging van daders over te gaan. Wordt de aangever dan weer onderwerp van strafvervolging op basis van illegaal verblijf? En zo ja, welke reden heeft een dergelijke vreemdeling dan nog om aangifte te doen?

Positie kinderen

- Welke verantwoordelijkheden ziet de regering om te voorkomen dat kinderen het slachtoffer worden van keuzes van hun ouders met betrekking tot onrechtmatig verblijf?
- Hoe verhoudt het geven van een "duidelijk signaal" zich tot de mate van vertrouwen die ouders moeten hebben in officiële instellingen om hun kinderen naar school te sturen of medische hulp te zoeken?

Toegang tot bescherming

- Op welke wijze voorkomt de regering dat er een "chilling effect" optreedt met betrekking tot de bereidheid om asiel aan te vragen door vreemdelingen die recht hebben op internationale bescherming?

Positie derden

- Wat is de status van de aangifteplicht c.q. medeplichtigheid van derden die hulp bieden aan een vreemdeling die in Nederland is in weerwil van een "zwaar" inreisverbod?

Beeldvorming etnische minderheden

- Hoe beoordeelt de regering het gevaar op negatieve beeldvorming ten aanzien van etnische minderheden en buitenlanders in het licht van de eigen retoriek rondom de overlast en criminaliteit die veroorzaakt wordt door illegalen?
- Welke maatregelen neemt de regering om het gevaar van etnisch profileren (o.a. in handhavingstaken buiten het vreemdelingenrecht) te voorkomen?

Vertrek

- Welke effecten op de bereidheid om (zelfstandig) terug te keren verwacht de regering dat het voorstel heeft? Kunnen deze verwachtingen gestaafd worden aan ervaringen in andere landen of aan de uitvoering van de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van het inreisverbod?
- Klopt het dat vreemdelingen in de VBL/GLs zullen worden beboet? Zo ja, acht de regering dit wenselijk?
- Hoe kan worden voorkomen dat een beroep op het zwijgrecht in het kader van de strafrechtelijke procedure niet wordt gezien als gebrek aan medewerking in het kader van de terugkeerprocedure?

3. Vreemdelingendetentie

- Waar leidt de regering uit af dat aangetroffen onrechtmatig verblijvende vreemdelingen "zoveel mogelijk", "direct" of "terstond" in detentie moeten worden genomen?
- Hoe verhoudt zich dit tot het ultimatum remedium-beginsel, de uitgangspunten van de Terugkeerrichtlijn en het eigen beleid dat zelfstandig vertrek zoveel mogelijk dient te worden bevorderd?
- Hoe zorgt de regering dat strafrechtelijke maatregelen (zoals vervangende hechtenis) en vreemdelingendetentie duidelijk gescheiden blijven in juridische en praktische zin?