

Vergaderjaar 2011–2012

**32 420**

## **Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter implementatie van de 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 (PbEU L 348/98)**

**F**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 5 december 2011

#### **Inleiding**

De leden van de vaste commissie voor Immigratie en Asiel / JBZ-raad hebben kennisgenomen van de memorie van antwoord. De leden van de GroenLinks-fractie hebben nog enkele aanvullende vragen. Graag voldoe ik aan het verzoek van de vaste commissie om deze vragen uiterlijk op 5 december 2011 te beantwoorden met het oog op de plenaire behandeling op 6 december 2011.

#### **Vragen leden GroenLinks-fractie**

*Acht de regering het denkbaar en wenselijk dat, indien het wetsvoorstel omtrent strafbaarstelling illegaal verblijf wordt aangenomen, illegaal verblijvenden met een inreisverbod dubbel gestraft worden: enerzijds voor hun illegaal verblijf en anderzijds voor hun verblijf in weerwil van het inreisverbod?*

Niemand kan voor hetzelfde feit tweemaal gestraft worden. Als na aanvaarding en inwerkingtreding van het – thans nog bij de Afdeling advisering van de Raad van State aanhangig zijnde – wetsvoorstel strafbaarstelling illegaal verblijf, een vreemdeling tegen wie een inreisverbod is uitgevaardigd, in Nederland wordt aangetroffen, valt dat feit onder twee strafbepalingen: enkel illegaal verblijf en verblijf in weerwil van een inreisverbod. In dat geval is de samenloopregeling van artikel 55 van het Wetboek van Strafrecht van toepassing: valt een feit in meer dan één strafbepaling, dan wordt slechts een van die bepalingen toegepast, bij verschil die waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld (eendaadse samenloop). Dat leidt ertoe dat de desbetreffende vreemdeling uitsluitend zal worden vervolgd wegens verblijf in weerwil van een inreisverbod, omdat daarbij een zwaardere hoofdstraf is gesteld dan in het wetsvoorstel strafbaarstelling illegaal verblijf wordt voorgesteld bij enkel illegaal verblijf.

Er is overigens geen sprake van samenloop indien een vreemdeling die is beboet wegens illegaal verblijf en tegen wie vervolgens een inreisverbod is uitgevaardigd, na verloop van tijd gedurende de werkingsduur van het inreisverbod wederom in Nederland wordt aangetroffen. In dat geval kan hij nogmaals worden beboet, ditmaal wegens verblijf in weerwil van een inreisverbod. Het gaat dan niet om hetzelfde feit, maar om twee verschillende feiten.

*Beschouwt de regering strafbaarstelling van illegaal verblijf en van het niet naleven van een inreisverbod als dwangmaatregelen teneinde de terugkeer te bevorderen?*

De strafbaarstelling van illegaal verblijf wordt niet beschouwd als een dwangmaatregel ter bevordering van de terugkeer, zoals geregeld in de terugkeerrichtlijn. De strafbaarstelling van illegaal verblijf heeft een normerende werking (illegaal verblijf wordt niet getolereerd) en beoogt illegaal verblijf te ontmoedigen door het onaantrekkelijker te maken. Die strafbaarstelling is er dus in de eerste plaats op gericht te voorkomen dat vreemdelingen zich illegaal in Nederland vestigen. Als een vreemdeling illegaal in Nederland wordt aangetroffen, zal zoveel mogelijk met gebruik van de maatregel van vreemdelingenbewaring de terugkeer worden bevorderd.

De strafbaarstelling van overtreding van het inreisverbod daarentegen is wel een maatregel in het kader van de terugkeerrichtlijn. Deze strafbaarstelling heeft uiteraard ook een normerende werking, maar heeft primair tot doel de vreemdeling tot terugkeer te bewegen in die gevallen waarin de bestuurlijke maatregelen van de terugkeerrichtlijn niet afdoende zijn gebleken. Het gaat om een nationale invulling van de uit de Unietrouw en de leer van nuttig effect voortvloeiende noodzaak tot sanctionering van de overtreding van het inreisverbod, en zij dient ter waarborging van het nuttig effect van de terugkeerrichtlijn.

*De regering is van mening dat hechtenis (ter vervanging van het betalen van een boete) niet als bewaring in de zin van artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn kan worden beschouwd, omdat er sprake is van tenuitvoerlegging van het strafrecht. Deelt de regering de mening van de leden van GroenLinks dat ook deze detentie de facto voortvloeit uit illegaal verblijf?*

Vervangende hechtenis wegens overtreding van het inreisverbod enerzijds en vreemdelingenbewaring anderzijds kunnen beide worden aangemerkt als een vrijheidsontnemende maatregel die in relatie staat tot illegaal verblijf. Daarmee houdt de overeenkomst echter op. Vervangende hechtenis is een bestraffende sanctie, opgelegd wegens het begaan van een strafbaar feit. Hoewel van de strafbedreiging natuurlijk een preventieve werking uitgaat – in dit geval een stimulans voor de vreemdeling om het inreisverbod na te leven – moet de straf als zodanig worden aangemerkt als een vorm van vergelding («leedtoevoeging»). Vreemdelingenbewaring heeft een wezenlijk ander karakter. Bewaring is geen straf, maar een bestuurlijke dwangmaatregel die uitsluitend mag worden ingezet ter fine van uitzetting. In de terminologie van de Algemene wet bestuurswet (Awb) is vreemdelingenbewaring een «herstelsanctie»: een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding (artikel 5:2, eerste lid, onder b, Awb). Daarbij moet worden opgemerkt dat in de Awb onder «overtreding» niet wordt verstaan een strafbaar feit, maar een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift (artikel 5:1, eerste lid, Awb).

*Is de kritiek van Commissaris Malmström op (gevangenisstraf als gevolg van) strafbaarstelling van illegaliteit niet dat daarmee het toepassingsbereik en daarmee het nuttig effect van de richtlijn zou worden ingeperkt? Immers als de strafbaarstelling buiten de reikwijdte van de richtlijn zou vallen, zouden op deze wijze de minimumwaarborgen van de richtlijn met betrekking tot bewaring kunnen worden omzeild.*

Commissaris Malmström stelt dat nationale wetgeving die voorziet in de mogelijkheid van het opleggen van strafrechtelijke sancties aan onderdanen van derde landen die illegaal het grondgebied van een lidstaat hebben betreden of geen recht hebben gekregen om in die lidstaat te verblijven, niet kan worden beschouwd als implementatie van de terugkeerrichtlijn. Zoals ik in de memorie van toelichting reeds heb opgemerkt, onderschrijf ik dat standpunt ten volle. Het thans bij de Afdeling advisering van de Raad van State aanhangig zijnde wetsvoorstel strafbaarstelling illegaliteit wordt dan ook niet beschouwd als implementatie van de terugkeerrichtlijn.

Overigens zegt Commissaris Malmström niet dat strafbaarstelling van illegaal verblijf in strijd is met de terugkeerrichtlijn. Integendeel, zij merkt op dat strafrechtelijke sancties betreffende strafbare feiten gerelateerd aan illegale binnenkomst of illegaal verblijf in principe onder de bevoegdheid van de lidstaat vallen. Zij wijst er daarbij terecht op dat nationale maatregelen die op dit gebied worden vastgesteld, geen belemmering mogen vormen voor de nuttige werking en het harmoniserende effect van het EU-acquis, met inbegrip van de terugkeerrichtlijn. Vervolgens noemt zij twee voorbeelden van nationale wettelijke bepalingen die volgens haar een belemmering zouden vormen voor de nuttige werking en het harmoniserende effect van de terugkeerrichtlijn. Deze voorbeelden zijn ontleend aan procedures voor het Hof van Justitie van de Europese Unie ter zake van Italiaanse wetgeving en zijn in het nationale wetsvoorstel strafbaarstelling illegaliteit niet aan de orde:

- Indien een lidstaat op systematische wijze illegaal verblijf op zijn grondgebied strafbaar stelt, en op basis daarvan alle illegaal op zijn grondgebied verblijvende onderdanen van derde landen uitsluit van de toepassing van de terugkeerrichtlijn overeenkomstig de mogelijkheid van artikel 2, lid 2, onder b), zou dit moeten worden beschouwd als een disproportionele maatregel die de nuttige werking van de terugkeerrichtlijn ondermijnt.
- Nationale wetgeving die bepaalt dat eenieder die illegaal verblijft – en verder geen strafbare feiten heeft gepleegd – een gevangenisstraf moet uitzitten in een gewone gevangenis in plaats van te worden opgesloten overeenkomstig de in de terugkeerrichtlijn bepaalde normen, kan eveneens worden beschouwd als een belemmering voor de nuttige werking en het harmoniserende effect van de betrokken bepalingen van de richtlijn.

In dit verband merk ik op dat nimmer is overwogen illegale vreemdelingen, nadat zal zijn voorzien in de strafbaarstelling van illegaal verblijf, uit te sluiten van de toepassing van de terugkeerrichtlijn, zo dit al mogelijk zou zijn. Ook zal het wetsvoorstel strafbaarstelling illegaal verblijf niet voorzien in een verplicht op te leggen gevangenisstraf aan iedere illegale vreemdeling. Integendeel, het uitgangspunt is dat illegaal verblijf zal worden bestraft met een geldboete. Als hechtenis wordt opgelegd of vervangende hechtenis wordt toegepast, zal worden geborgd dat deze wordt opgeschort zodra uitzetting mogelijk is. Hechtenis komt niet in de plaats van bewaring, en de minimumwaarborgen voor bewaring als bedoeld in de terugkeerrichtlijn kunnen en zullen derhalve niet worden omzeild.

*De regering geeft aan dat uit het arrest El Dridi voortvloeit dat een gevangenisstraf alleen vanwege het niet nakomen van het terugkeerbesluit niet gerechtvaardigd is. Wat is exact het verschil met de Nederlandse situatie, na aanneming van het wetsvoorstel strafbaarstelling illegaliteit, waarin een boete of vervangende hechtenis wordt opgelegd vanwege illegaal verblijf, zeker als er ook (wat vaak aan de orde zal zijn) sprake is van niet naleving van het terugkeerbesluit?*

Een boete die na aanvaarding van het overigens nog bij de Tweede Kamer in te dienen wetsvoorstel strafbaarstelling illegaliteit zal worden opgelegd, wordt opgelegd vanwege het enkele feit van actueel illegaal verblijf. Het terugkeerbesluit wordt daarna uitgevaardigd. De boete ziet derhalve niet op de niet-naleving van het terugkeerbesluit. De naleving van het terugkeerbesluit kan zo nodig worden afgedwongen met de bestuurlijke maatregelen, bedoeld in de terugkeerrichtlijn. De niet-naleving van het terugkeerbesluit wordt als zodanig niet strafrechtelijk gesanctioneerd. Dit is een belangrijk verschil met de Italiaanse wetgeving die in de zaak-El Dridi ter discussie stond. Een ander belangrijk verschil is dat het wetsvoorstel strafbaarstelling illegaliteit niet zal voorzien in verplicht op te leggen straffen. De rechter, en in het geval van een strafbeschikking het openbaar ministerie, bepaalt binnen de grenzen van de wet of er in een individueel geval straf moet worden opgelegd, en zo ja welke straf. Tegen een vreemdeling die voor de eerste maal onrechtmatig verblijvend in Nederland wordt aangetroffen, zal tegelijk met het terugkeerbesluit als regel een inreisverbod worden uitgevaardigd. Overtreding van dat inreisverbod wordt wel strafrechtelijk gesanctioneerd. Daarin voorziet het voorliggende wetsvoorstel.

*Op welke wijze zal vervangende hechtenis vanwege illegaal verblijf de terugkeer stimuleren?*

Zoals hiervoor al uiteen is gezet, wordt de strafbaarstelling van illegaal verblijf niet beschouwd als een middel ter bevordering van de terugkeer. Dat neemt niet weg dat deze strafbaarstelling geen afbreuk mag doen aan het nuttig effect van de terugkeerrichtlijn. Om die reden zal erin worden voorzien dat vervangende hechtenis wegens het niet (tijdig) betalen van een boete in verband met illegaal verblijf zal worden opgeschort zodra uitzetting mogelijk is.

*Kan de regering toelichten waarom de richtlijn niet voorziet in de mogelijkheid van een strafsanctie, als de richtlijn dit wel zou toestaan? Zou een dergelijke sanctie zich, gelet op het doel van de richtlijn, niet bij uitstek lenen voor het vastleggen van minimumwaarborgen en beperkingen van een dergelijke strafsanctie? Zijn er tijdens de onderhandelingen over de richtlijn besluiten genomen over de al dan niet toepassing van strafsancties?*

De terugkeerrichtlijn zoals vastgesteld door de Raad en het Europees Parlement bevat geen bepalingen omtrent de strafbaarstelling van illegale vreemdelingen, of ten aanzien van de overtreding van de richtlijn. Er zijn evenmin andere besluiten van de Raad genomen over het sanctioneren van bepalingen van de richtlijn. Dit is niet verwonderlijk, nu het strafrecht en het strafprocesrecht in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, en dit rechtsgebied alleen kan worden beïnvloed door het Unierecht. Dit neemt niet weg dat op grond van de Unietrouw alle lidstaten gehouden zijn het nuttig effect van de richtlijn te waarborgen en daartoe dienen te voorzien in een vorm van sanctionering van overtreding van het inreisverbod (aldus ook de Afdeling advisering van de Raad van State in haar voorlichting van 10 juni 2011).

*De regering kondigt nadere regels aan waarin de voorwaarden van artikel 15 eerste lid van de Terugkeerrichtlijn worden neergelegd. Wat zullen deze regels precies inhouden?*

De waarborgen van artikel 15, eerste lid, van de terugkeerrichtlijn zullen krachtens artikel 60 van de Vreemdelingenwet 2000 worden neergelegd in het Vreemdelingenbesluit 2000. De desbetreffende wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 zal na – en onder voorbehoud van – aanvaarding van het voorliggende wetsvoorstel door uw Kamer worden vastgesteld en bekendgemaakt, en tegelijk met het wetsvoorstel in werking treden. In het Vreemdelingenbesluit 2000 zal conform artikel 15, eerste lid, van de terugkeerrichtlijn worden vastgelegd dat de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft, in bewaring kan worden gesteld, indien een risico bestaat dat de vreemdeling zich aan het toezicht zal onttrekken (risico op onderduiken) of indien de vreemdeling de voorbereiding van het vertrek of de uitzettingsprocedure ontwijkt of belemmert. In aanvulling daarop wordt bepaald dat aan deze voorwaarden voor inbewaringstelling wordt voldaan, indien ten minste twee van volgende feiten of omstandigheden op de vreemdeling van toepassing zijn (dit zijn de objectieve, in wetgeving vastgelegde criteria, bedoeld in artikel 3, onder 7, van de terugkeerrichtlijn):

- hij is Nederland niet op de voorgeschreven wijze binnengekomen en heeft zich in strijd met de vreemdelingenwetgeving gedurende enige tijd aan het toezicht op vreemdelingen onttrokken;
- hij heeft zich niet aan een of meer andere voor hem geldende verplichtingen van hoofdstuk 4 van het Vreemdelingbesluit 2000 («Grensbewaking, toezicht en uitvoering») gehouden;
- hij heeft eerder een visum, besluit, kennisgeving of aanzegging ontvangen waaruit de plicht Nederland te verlaten blijkt, en hij heeft daaraan niet uit eigen beweging binnen de daarin besloten of gestelde termijn gevolg gegeven;
- hij werkt niet of niet voldoende mee aan het vaststellen van zijn identiteit en nationaliteit;
- hij heeft meerdere aanvragen tot het verlenen van een verblijfsvergunning ingediend die niet tot verlening van een verblijfsvergunning hebben geleid;
- hij heeft in verband met zijn aanvraag om toelating onjuiste of tegenstrijdige gegevens verstrekt met betrekking tot zijn identiteit, nationaliteit of de reis naar Nederland of een andere lidstaat;
- hij heeft zich zonder noodzaak ontdaan van zijn reis- of identiteitsdocumenten;
- hij heeft in het Nederlandse rechtsverkeer gebruik gemaakt van valse of vervalste documenten;
- hij heeft geen vaste woon- of verblijfplaats;
- hij beschikt niet over voldoende middelen van bestaan;
- hij heeft arbeid verricht in strijd met de Wet arbeid vreemdelingen;
- hij is verdachte van enig misdrijf dan wel is daarvoor veroordeeld;
- hij is tot ongewenst vreemdeling verklaard als bedoeld in artikel 67 van de Vreemdelingenwet 2000 of tegen hem is een inreisverbod uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000.

*De Terugkeerrichtlijn is van toepassing op vreemdelingen die illegaal in de lidstaten verblijven. In Nederland kennen wij enkele categorieën vreemdelingen die niet legaal, niet illegaal, maar onrechtmatig in Nederland verblijven. Deelt de regering de mening van de aan het woord zijnde leden dat de Raad met de richtlijn beoogt dergelijke schemersituaties zoveel mogelijk te voorkomen? Zo ja, op welke wijze zal de regering dit doen?*

In de visie van de leden van de GroenLinks-fractie, zo begrijpt de regering, zou met de richtlijn beoogd worden zoveel mogelijk te voorkomen dat vreemdelingen enerzijds onrechtmatig in een lidstaat verblijven, maar anderzijds ook niet uitgezet kunnen worden, en zouden vreemdelingen die in overeenstemming met het beleid de uitkomst van een procedure bij de rechtbank in Nederland mogen afwachten, moeten worden aangemerkt als rechtmatig in Nederland verblijvend.

De regering meent dat dit niet het geval is. Ik zou allereerst willen opmerken dat de terugkeerrichtlijn krachtens artikel 1 uitsluitend betrekking heeft op vreemdelingen die illegaal op het grondgebied van de lidstaat verblijven. Illegaal verblijf wordt in artikel 3, eerste lid, onder b, van de terugkeerrichtlijn gedefinieerd als «de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat, van een onderdaan van een derde land die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden voor toegang die zijn vastgesteld in artikel 5 van de Schengengrenscodex, of aan andere voorwaarden voor toegang tot, verblijf of vestiging in die lidstaat». De terugkeerrichtlijn sluit echter nadrukkelijk niet uit dat vreemdelingen illegaal kunnen zijn als bedoeld in de richtlijn, doch tegelijkertijd niet mogen of kunnen worden uitgezet. De richtlijn kent een aantal bepalingen die stipuleren dat ook het feitelijke verblijf van een niet rechtmatig verblijvende vreemdeling in de lidstaat kan worden verlengd. Zo is in artikel 7, derde lid, neergelegd dat de aan een illegaal verblijvende vreemdeling toegekende termijn voor vrijwillig vertrek kan worden verlengd met een passende periode, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van het individuele geval. Tevens kan worden verwezen naar overweging nr. 12, waar wordt opgemerkt dat een regeling getroffen moet worden voor onderdanen van derde landen die illegaal verblijven maar nog niet kunnen worden uitgezet. Ook kan zich een vergelijkbare situatie voordoen waarin een illegaal verblijvende vreemdeling niet wordt uitgezet, gedurende de periode dat weliswaar in negatieve zin is beslist op de aanvraag om toelating als asielzoeker, maar de uitzetting is opgeschort in afwachting van de behandeling van de rechtsmiddelen, terwijl uit de bepalingen van de Nederlandse wet niet volgt dat hij gedurende die periode rechtmatig verblijf heeft. Ook in dit geval is sprake van een vreemdeling die illegaal in Nederland verblijft en derhalve onder het bereik van de terugkeerrichtlijn valt, maar (tijdelijk) niet uitzetbaar is. De regering voelt zich in deze opvatting gesteund door het antwoord op de tweede vraag in de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak-Kadzoev<sup>1</sup>, waarin het Hof aangeeft dat in het tijdvak waarin de uitvoering van het verwijderingsbesluit was geschorst omdat de betrokkene tegen dit besluit beroep had ingesteld bij de rechter, de bepalingen van de terugkeerrichtlijn op deze vreemdeling van toepassing zijn en in acht dienen te worden genomen. De regering is dan ook niet van mening dat de terugkeerrichtlijn uitsluit of beoogt uit te sluiten dat zich situaties kunnen voordoen waarin de vreemdeling, hoewel niet uitzetbaar, toch als illegaal op het grondgebied verblijvend kan worden aangemerkt.

---

<sup>1</sup> HvJ 30 november 2009, C-357/09 PPU.

*De leden doelen onder andere op de groep onrechtmatig verblijvende asielzoekers wier asielverzoek in de Algemene Asielprocedure is afgewezen, maar die niet binnen de vertrektermijn van vier weken een uitspraak van de rechter op hun verzoek om een voorlopige voorziening dan wel beroep hebben ontvangen. Hoeveel van deze asielzoekers is na de vertrektermijn verdere opvang onthouden? Acht u het onthouden van opvang van deze groep in overeenstemming met artikel 3 lid 1 van de Opvangrichtlijn?*

Het beeld dat uit deze vragen naar voren lijkt te komen, is dat opvang in veel gevallen wordt onthouden terwijl er nog niet door de voorzieningenrechter is beslist op het verzoek van de vreemdeling. Dat beeld is naar mijn mening niet juist. Ik wijs deze leden op mijn brief aan de Tweede Kamer van 17 oktober 2011<sup>1</sup>. Daarin heb ik gemeld dat door de vertegenwoordigers van de rechtspraak is aangegeven dat voor zaken waarin beroep wordt aangetekend tegen een afwijzing in de algemene asielprocedure, geldt dat de rechter over het algemeen binnen de vertrektermijn van achtentwintig dagen ofwel uitspraak doet in de bodemzaak, dan wel aanleiding ziet om een voorlopige voorziening te treffen, zodat opvang wordt gecontinueerd tot het moment van bodemuitspraak. Het beeld dat uit de vragen van de leden van de GroenLinks-fractie naar voren komt, deel ik dan ook niet.

*Is de regering het met de leden van de GroenLinks-fractie eens dat de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 4 oktober 2011<sup>2</sup> impliceert dat ook de Afdeling van mening is dat deze asielzoekers rechtmatig in Nederland verblijven zolang zij de uitspraak van de rechter mogen afwachten? Zo ja, vormt de betreffende uitspraak aanleiding voor de regering om haar wet- en regelgeving zodanig aan te passen dat de asielzoekers zowel voorafgaand aan de formele indiening van hun asielverzoek als tussen de afwijzing van het verzoek en de uitspraak van de rechter voortaan rechtmatig verblijf hebben? Zo nee, waarom niet?*

Uit het antwoord op de eerste vraag van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de hiervoor genoemde zaak-Kadzoev volgt naar het oordeel van de regering dat een vreemdeling, nadat een beslissing is genomen op zijn asielaanvraag, niet meer als asielzoeker in de zin van artikel 3, eerste lid, van de opvangrichtlijn kan worden aangemerkt. Met een andere benadering verhoudt het antwoord zoals dat door het Hof is gegeven, zich niet. De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 4 oktober 2011, waar de leden van de GroenLinks-fractie naar verwijzen, heeft dan ook niet die strekking. Deze uitspraak ziet op de duiding van de rechtssituatie voorafgaand aan de beslissing op het asielverzoek van de vreemdeling. Wat die fase betreft spreekt de Afdeling uit dat een vreemdeling die in persoon ten overstaan van de autoriteiten de wens kenbaar maakt hem internationale bescherming te verlenen, moet worden aangemerkt als asielzoeker in de zin van procedurerichtlijn, en vanaf dat moment rechtmatig verblijf heeft in de zin van artikel 8, aanhef en onder f, van de Vreemdelingenwet 2000. Die bepaling dwingt er volgens de Afdeling op zichzelf niet toe dat zij slechts van toepassing kan zijn indien de aanvraag op de wettelijk voorgeschreven wijze is ingediend. De Afdeling legt artikel 8, aanhef en onder f, van de Vreemdelingenwet 2000 daarom richtlijnconform uit in die zin dat een vreemdeling die in afwachting is van de formele indiening van een asielaanvraag geacht moet worden eveneens binnen de reikwijdte van die bepaling te vallen. Op dit punt is derhalve geen wetswijziging vereist.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2010/11, 19 637, nr. 1460.

<sup>2</sup> ABRvS, 4 oktober 2011, nr. 201102753/1/V3.

*De regering stelt dat de richtlijn het aan de lidstaten overlaat om al dan niet elementaire voorzieningen te treffen voor illegale vreemdelingen die niet kunnen terugkeren. Kan de regering uitleggen wat dan de betekenis en meerwaarde is van considerans nr. 12, die bepaalt: «Er dient een regeling te worden getroffen voor onderdanen van derde landen die illegaal verblijven maar nog niet kunnen worden uitgezet»? De opdracht tot het treffen van een regeling betreft elementaire voorzieningen. De leden van de GroenLinks-fractie ontvangen graag een reactie hierop.*

De regering roept in herinnering dat in het conceptartikel 13 van de richtlijn werd verwezen naar bepalingen van de opvangrichtlijn. Dit is in de uiteindelijke versie niet overgenomen, omdat een overgrote meerderheid van de lidstaten elke indruk wilde wegnemen dat deze bepaling een grotere verplichting van de lidstaten ten aanzien van de zorg voor illegaal verblijvende vreemdelingen zou meebrengen. Dit heeft geleid tot de thans opgenomen tekst van artikel 14 van de richtlijn waarin een aantal beginselen zijn opgenomen die zoveel mogelijk in acht dienen te worden genomen. De daarin neergelegde beginselen komen reeds voldoende tot uiting in de Nederlandse wet- en regelgeving. De regering merkt overigens op dat, blijkens de aanhef van deze bepaling, de daarin genoemde beginselen alleen benoemd zijn voor die gevallen waarin de vreemdeling een termijn voor vrijwillig vertrek is gegund, of gedurende de periode waarin zijn vertrek is uitgesteld. De regering is dan ook van mening dat de tekst van de richtlijn, in het lichaam van de regeling noch in de considerans daarvan, een wijziging beoogt van de bestaande waarborgen zoals deze voortvloeien uit de verdragen waarbij Nederland partij is, en de bestaande wet- en regelgeving ten aanzien illegale vreemdelingen. De richtlijn beoogt nadrukkelijk niet een recht op opvang te bieden zoals dat wel volgt uit de bepalingen van de opvangrichtlijn.

*De regering stelt in haar antwoorden uit te gaan van de Unietrouw en het nuttig effect van de richtlijnen. De leden van de GroenLinks-fractie zouden graag zien dat zij deze uitgangspunten ook toepast op de normen ten aanzien van schorsende werking en rechterlijke toets. Volgens de regering kan de marginale toetsing door de rechter in stand blijven, omdat de terugkeerrichtlijn hier geen specifieke bepaling over heeft. Maar is het niet juist zo dat, vanuit de leer van het nuttig effect, elke rechterlijke toetsing dient te voldoen aan de criteria van een effectief rechtsmiddel, zoals ook bedoeld in artikel 47 Handvest? Ook de Unietrouw vergt hier dat een rechtsmiddel effectief moet zijn, waarbij hoort dat een rechter ook de feiten zelf vol kan toetsen. Nu het terugkeerbeleid met de aanneming van de Terugkeerrichtlijn Unierecht is geworden, gelden deze unierechtelijke voorwaarden toch ook ten aanzien van de nationale procesregels op dit gebied? De regering acht de mogelijkheid om in de regel een verzoek om een voorlopige voorziening af te wachten, en de piketregeling ten aanzien van de beoordeling van een op handen zijnde uitzetting, voldoende waarborgen ten aanzien van artikel 13 EVRM. Kan de regering onderbouwen waarom zij denkt dat de uitzonderingen op deze regel en het niet mogen afwachten van een tweede of volgende verzoek om een voorlopige voorziening in overeenstemming zou zijn met artikel 13 EVRM en met (het nuttig effect van) artikel 39 Procedurerichtlijn en artikel 47 Handvest voor de Grondrechten, mede in het licht van de door deze leden genoemde jurisprudentie in het voorlopig verslag?*

Ik wil er allereerst op wijzen dat deze vragen niet zien op de wijze waarop de terugkeerrichtlijn wordt verwerkt in de Nederlandse wetgeving. In de memorie van antwoord<sup>1</sup> is opgemerkt dat de wijze waarop artikel 39 van de procedurerichtlijn in de Nederlandse vreemdelingenwetgeving is verwerkt, geen onderwerp is van het voorliggende wetsvoorstel. Het wetsvoorstel beoogt niet daarin een wijziging aan te brengen en het

---

<sup>1</sup> Kamerstukken I 2011/12, 32 420, D.



maakt dan ook niet dat de Nederlandse wet in strijd is met artikel 39 van de procedurerichtlijn.

De regering is overigens van mening dat de bestaande bepalingen van de Nederlandse vreemdelingenwetgeving voldoen aan artikel 39 van de procedurerichtlijn en het recht op een effectief rechtsmiddel zoals dat volgt uit de artikelen 13 van het EVRM en artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Immers, indien de vreemdeling van mening is dat ten onrechte is gesteld dat op hem een terugkeerverplichting rust, staat hem de mogelijkheid open om beroep in te stellen tegen het terugkeerbesluit waarin dit is vervat. Indien de uitzetting aanstaande is, kan hij daarnaast tegen de feitelijke uitzetting bezwaar maken. Desnoods kan hij – of zijn gemachtigde – de voorzieningenrechter telefonisch verzoeken uitspraak te doen. Anders dan in de vraag gesuggered lijkt te worden, bevat het beleid van de Minister voor Immigratie en Asiel niet een bepaling die een dergelijk verzoek zou beletten indien al eerder is geprocedeerd.

Ook de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) onderkent in het advies waarnaar deze leden verwijzen (zie hierna) dat deze praktijk goed werkt. Naar het oordeel van de ACVZ staat het beleid van de Minister voor Immigratie en Asiel echter op gespannen voet met de waarborgen uit het Europese recht en het EVRM. Dit baseert de ACVZ in belangrijke mate op jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). De regering deelt die opvatting niet. Deze jurisprudentie kan niet zonder meer worden vertaald naar het Nederlandse stelsel, omdat duidelijk sprake is van verschillende situaties en rechtsstelsels. Van belang acht de ACVZ onder meer de uitspraken van Gebredin tegen Frankrijk en M.S.S. tegen België. In de eerstgenoemde Franse zaak ging het om een situatie waarin een weigering aan de grens niet alleen de weigering inhoudt om het grondgebied te betreden, maar tevens betekent het dat de persoon in kwestie de mogelijkheid wordt onthouden om bij de autoriteiten een daadwerkelijke asielaanvraag in te dienen, omdat voor het indienen van een dergelijke aanvraag allereerst is vereist dat de vreemdeling de toegang tot het grondgebied is verleend. In de tweede zaak tegen de Belgische staat, constateerde het EHRM dat de rechtsprekende Belgische instantie gehouden was een aantal formele aspecten te toetsen, zoals de aanwezigheid van de vreemdeling bij de behandeling van het verzoek, en dat de toetsing zich diende te beperken tot een oppervlakkige beoordeling van de zaak. Ook dit verschilt van de Nederlandse procedure waarin de toegang tot de rechter een laagdrempelig karakter heeft, getuige de mogelijkheid het verzoek telefonisch te behandelen. Ook bij twijfel staat het de Nederlandse rechter vrij om het verzoek van de vreemdeling toe te wijzen. Voorts biedt de Nederlandse situatie de mogelijkheid voor de vreemdeling om altijd – al is het door middel van een voorlopige voorziening – een rechterlijk oordeel te krijgen nog voor de daadwerkelijke uitzetting.

Onderdeel van het beleid van de Minister voor Immigratie en Asiel is dat bij een herhaalde aanvraag zonder nieuwe feiten een voorlopige voorziening niet mag worden afgewacht. In deze context – die overigens niet rechtstreeks raakt aan de implementatie van de terugkeerrichtlijn – heeft in de eerdere procedure een rechterlijk oordeel kunnen plaatsvinden, ook ten aanzien van het risico op schending van artikel 3 van het EVRM. In de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State zie ik een bevestiging van het oordeel dat het Nederlandse stelsel past binnen de uitgangspunten van het Europese recht. In een uitspraak van 22 september 2010<sup>1</sup> bijvoorbeeld heeft de Afdeling geoordeeld dat de omstandigheid dat een vreemdeling de door hem gevraagde voorlopige voorziening niet mocht afwachten, niet betekent dat het stelsel niet voldoet aan de vereisten van artikel 39 van de procedure-richtlijn.

---

<sup>1</sup> ABRvS 22 september 2010, LJN: BN8249.

*Wat is de reactie van de regering op het briefadvies van de ACVZ van 12 april 2011<sup>1</sup> om de behandeling van alle verzoeken om een voorlopige voorziening af te laten wachten en zoveel mogelijk binnen vier weken te laten plaatsvinden?*

Het advies van de ACVZ om vreemdelingen toe te staan voorlopige voorzieningen af te wachten, ook als een eerdere procedure is doorlopen, acht de regering vanuit capacitaire overwegingen voor de rechterlijke macht interessant. Echter, dit zou er toe kunnen leiden dat een vreemdeling door telkenmale opnieuw om een voorlopige voorziening te verzoeken, kan bewerkstelligen dat zijn vertrek telkenmale met vier weken moet worden uitgesteld. Het oogmerk van het kabinetsbeleid is juist om de mogelijkheden om verblijf te rekken door veelvuldig te procederen, aan banden te leggen. Het advies is om die reden niet overgenomen.

De minister voor Immigratie en Asiel,  
G. B. M. Leers

---

<sup>1</sup> ACVZ, 12 april 2011, Briefadvies nr. 15 over beleid ten aanzien van verzoeken om voorlopige voorziening.