

# De strafbaarstelling van illegaliteit

## Met een kanon op een mug schieten?

Sohail Wahedi<sup>1</sup>

Wordt met de strafbaarstelling van illegaal verblijf met een kanon op een mug geschoten? Dat is niet uit te sluiten, zeker niet nu geen antwoord wordt gegeven op zoveel cruciale vragen die samenhangen met de haalbaarheid van de doelstellingen van dit wetsvoorstel. De Raad van State heeft negatief geadviseerd over dit wetsvoorstel. Ook het ‘maatschappelijk middenveld’ lijkt niet bijster gecharmeerd te zijn van deze strafbaarstelling. De indruk bestaat dat deze strafbaarstelling gebruikt wordt voor andere doelen. Niet in de laatste plaats om sneller over te gaan tot inbewaringstelling van illegale vreemdelingen. Onrechtmatig verblijf als zodanig lijkt de overheid een *carte blanche* te geven. Dat lijkt voldoende te zijn om een zo diverse groep als illegale vreemdelingen te zien als een homogene groep, met alle gevolgen van dien.

### 1. Inleiding

Met het aanhangig maken van het wetsvoorstel dat onrechtmatig verblijf van vreemdelingen in Nederland strafbaar stelt, lijkt het kabinet de inzet van het strafrecht in de aanpak van de ‘kwestie illegalen’ niet langer te schuwen.<sup>2</sup> Hoewel er in het verleden door verschillende politieke partijen is opgeroepen om illegaal verblijf strafbaar te stellen, heeft een wetsvoorstel met deze strekking de Tweede Kamer nooit bereikt.<sup>3</sup> De inzet van een zwaar middel als het strafrecht vormt daarom dan ook voorlopig het sluitstuk van de instrumenten die de overheid ter beschikking heeft in de aanpak van illegalen: vreemdelingen die zonder een geldige verblijfstitel in Nederland verblijven.<sup>4</sup> In 2009 schatte het WODC de omvang van deze groep vreemdelingen op bijna 100 000 personen.<sup>5</sup> De aandacht voor illegale vreemdelingen en de problemen die samenhangen met illegaliteit gaat terug tot begin jaren zeventig van de vorige eeuw. Aanvankelijk was deze aandacht gericht op de illegale arbeiders.<sup>6</sup> De komst van grote groepen asielzoekers veranderde halverwege de jaren tachtig van de vorige eeuw de samenstelling van illegalen.<sup>7</sup> De bestrijding van illegaal verblijf richtte zich sindsdien op het bespoedigen van de terugkeer van uitgeprocedeerde asielzoekers en het voorkomen dat ex-asielzoekers zouden terugvallen in de illegaliteit.<sup>8</sup> Met het oog op een ‘daadwerkelijke verwijdering’ van illegale vreemdelingen besloot de overheid midden jaren negentig van de vorige eeuw om meer gebruik te maken van de vreemdelingenbewaring.<sup>9</sup> Terughoudendheid maakte opvallend snel plaats voor het vaker inzetten van dit middel als ‘een noodzakelijke maatregel’ in de strijd tegen de illegaliteit.<sup>10</sup>

De uitdrukkelijke keuze van de wetgever voor het strafrecht doet onmiddellijk de vraag rijzen naar de noodzakelijkheid van deze strafbaarstelling. Vertaald naar het onderhavige wetsvoorstel is dit een legitimiteitsvraagstuk naar de strafwaardigheid van onrechtmatig verblijf. Deze grondslagendiscussie naar de beginselen van strafbaarstelling is van alle tijden en doet zich steeds voor als de wetgever voor een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid kiest door een bepaalde handeling of nalaten strafbaar te stellen. Als klassiek uitgangspunt bij strafbaarstelling geldt dat ‘alleen datgene mag gestraft worden, wat in de eerste plaats *onrecht* is’, waarbij ‘men steeds tegenover elkander moet wegen de voordeelen en de nadeelen van de strafbaarstelling, en toezien dat niet de straf worde een geneesmiddel erger dan de kwaal’.<sup>11</sup> Anders geformuleerd: de strafbedreiging is *ultimum remedium*.<sup>12</sup>

Tegenwoordig komt aan de *ultimum remedium*-gedachte een geheel andere betekenis toe die niet afgeleid kan worden van het klassieke uitgangspunt ten aanzien van strafbaarstelling. Het strafrecht is thans ‘één van de beleidsinstrumenten’ in het veiliger maken van de samenleving en het voorkomen van schade.<sup>13</sup> De roep om meer veiligheid op straat lijkt voor de wetgever voldoende aanleiding te zijn om het strafrecht in te zetten. Het voorgestelde boerkaverbod is meer dan tekenend in dit verband.<sup>14</sup> Ook het huidige voorstel om het illegaal verblijf strafbaar te stellen staat in het teken van risico-verkleining. In een risicosamenleving wordt het strafrecht als instrument ingezet om schade en gevaarstelling voor te zijn. Strafrecht geldt aldus ‘als een instrument

van risicomangement'.<sup>15</sup> Deze achtergrond is van belang voor een beter begrip van het voorgestelde verbod. De vraag is alleen of een dergelijke nuancering – in grote lijnen – van de achtergrond van dit voorstel, voldoende is om het ook te accepteren. Want brengt dat geen 'risico's' met zich mee voor het gezag dat strafrechtspleging dient uit te stralen? Opnieuw een legitimiteitsvraagstuk dat in relatie staat tot de mate waarin het illegaal verblijf als strafwaardig wordt geacht. Het is van groot belang dat de strafwaardigheid van een handeling gedragen wordt door een zo breed mogelijk draagvlak. Een dergelijk draagvlak voor de strafwaardigheid van illegaal verblijf is op voorhand niet gegeven. De opkomst van Fortuyn en het 'integratiedebat' creëren nog geen breed maatschappelijk draagvlak voor de strafwaardigheid van illegaal verblijf. Integendeel misschien. Polarisatie vergroot niet het draagvlak voor het strafbaar achten van een handeling. Bovendien rijst de vraag of de inzet van het strafrecht illegaliteit kan beperken. Getwijfeld kan worden aan de haalbaarheid en doelmatigheid van de handhaving van het voorgestelde verbod.

De legitimiteit van dit wetsvoorstel wordt in deze bijdrage beoordeeld in het licht van haar noodzakelijkheid. In dit verband wordt gekeken naar de verhouding tussen het voorgestelde verbod en de mogelijkheden die het strafrecht nu al biedt in de aanpak van illegaliteit. Ook wordt aandacht besteed aan de jurisprudentie over 'onuitzetbare vreemdelingen', die van grote waarde is voor de materiële invulling van het voorgestelde verbod. Hoewel het illegaal verblijf van vreemdelingen in een aantal Europese landen, waaronder Frankrijk, Duitsland en Italië, reeds strafbaar is, zal in deze bijdrage niet ingegaan worden op de praktijk in deze landen.<sup>16</sup> De vaststelling dat het illegaal verblijf elders een strafbaar feit oplevert, is op zichzelf onvoldoende rechtvaardiging voor een dergelijke strafbaarstelling in Nederland. Gekeken moet worden naar de specifieke context van de strafbaarstelling in die landen. De overwegingen van de wetgever in het ene land zijn niet zonder meer gebruikelijk in een ander land.

## 2. Het wetsvoorstel

In een uitvoerige memorie van toelichting worden de contouren van de strafbaarstelling van onrechtmatig verblijf geschetst.<sup>17</sup> Kern van het wetsvoorstel is de toevoeging van art. 108a aan de Vreemdelingenwet 2000.<sup>18</sup> Meerderjarige vreemdelingen die geen rechtmatig verblijf hebben in Nederland worden gestraft met een geldboete van de tweede categorie.<sup>19</sup> Illegale vreemdelingen die binnen de voor hen nog geldende vertrektermijn 'betrap't worden op onrechtmatig verblijf, zijn niet strafbaar.<sup>20</sup> Dat geldt eveneens voor de illegalen die in een overmachtsituatie verke-

## In een risicosamenleving wordt het strafrecht als instrument ingezet om schade en gevaarstelling voor te zijn

ren; zij die niet uitgezet kunnen worden naar hun landen van herkomst.<sup>21</sup> Toch is het opvallend te noemen dat de staatssecretaris geheel voorbij lijkt te gaan aan de problematiek van deze 'feitelijk onuitzetbare vreemdelingen'.<sup>22</sup> De strafbedreiging zou in de praktijk iedere effectiviteit kunnen verliezen als zou blijken dat het merendeel van de illegale vreemdelingen onuitzetbaar is. Je zou denken: cruciaal voor de haalbaarheid van de doelstellingen van dit wetsvoorstel.

De voorgestelde strafbaarstelling levert een overtreding op, zodat hulp aan illegale vreemdelingen door particulieren ongestraft blijft.<sup>23</sup> Medeplichtigheid aan overtredingen is immers niet strafbaar.<sup>24</sup> Dat wordt anders wanneer de illegale vreemdeling, die reeds tweemaal is beboet in verband met onrechtmatig verblijf, een zogenaamd zwaar inreisverbod krijgt opgelegd. Zijn verblijf levert dan op grond van art. 197 Wetboek van Strafrecht een misdrijf op.<sup>25</sup> Dan is niet alleen de vreemdeling strafbaar wegens 'verblijf

### Auteur

1. Sohail Wahedi is masterstudent Legal Research aan de Universiteit Utrecht.

### Noten

2. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 2 (Voorstel van Wet bij de wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland).
3. Zie bijv. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 338, nr. 2 (motie Wijn); *Kamerstukken II* 2003/04, 29 537, nr. 3 (motie van Fessem/Navijn); *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200, nr. 117 (motie Rutte); *Kamerstukken II* 2007/08, 25 883 nr. 126 (motie Fritsma); *Kamerstukken II* 2007/08, 19 637 nr. 1188 (motie Fritsma/Kamp); *Kamerstukken II* 2008/09, 19 637, nr. 1230 (motie Fritsma).
4. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 3

(de memorie van toelichting).

5. P.G.M. van der Heijden, M. Cruyff & G.H.C. van Gils, *Schatting illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen in 2009*, Den Haag: WODC 2009, p. 20. Zie ook de motie Kamp over het binnen vier jaar halveren van het aantal illegaal in Nederland verblijvende personen *Kamerstukken II* 2008/09, 19 637, nr. 1229.
6. Zie bijv. *Aanhangsel Handelingen II* 1970/71, p. 525; *Handelingen II* 1971/72, p. 1625; *Handelingen II* 1974/75, p. 536; *Handelingen II* 1979/80, p. 3713.
7. *Kamerstukken II* 1986/87, 19 637, nr. 6, p. 6; *Kamerstukken II* 1988/89, 19 637, nr. 57, p. 9.
8. *Kamerstukken II* 1990/91, 22 146, nr. 32, p. 2; *Kamerstukken II* 1993/94, 19 637, nr. 104.
9. *Kamerstukken II* 1994/95 19 637, nr.

115, p. 20.

10. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 981, nr. 3, p. 13.
11. *Handelingen II* 1880/81, p. 100.
12. Idem, dit uitgangspunt is uitdrukkelijk herhaald in *Handelingen II* 1914/15, p. 910.
13. J. De Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 17.
14. S. Wahedi, 'Een boerkaverbod. Waar is dat op gebaseerd?', *NJB* 2012/1301, afl. 23, p. 1572 – 1576.
15. D. Roef, 'Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij', in: P.L. Bal e.a. (red.), *Veiligheid of vergelding?*, Deventer: Kluwer 2003, p. 33-56.
16. *Kamerstukken I* 2011/12, 32 420, nr. D, p. 11.
17. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 3 (de memorie van toelichting).
18. Voor de volledigheid verdient nog opmer-

- king dat aan art. 66a, zevende lid Vw 2000 een nieuw onderdeel a wordt ingevoegd.
19. Het voorgestelde art. 108a, eerste lid, Vw 2000.
20. Het voorgestelde art. 108a, tweede lid, Vw 2000.
21. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 3, p. 10 e.v.
22. Zie in dit verband HR 28 februari 2006, *JOL* 2006, 134.
23. Het voorgestelde art. 108a, derde lid, Vw 2000. Opmerkelijk genoeg heeft de Tweede Kamer in het verleden een motie van de leden Spekman c.s. over het niet strafbaar stellen van hulp aan illegalen verworpen, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500-VI, nr. 46.
24. Art. 52 WvSr.
25. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 3, p. 2.

## De strafbedreiging op illegaal verblijf zou in de praktijk iedere effectiviteit kunnen verliezen als zou blijken dat het merendeel van de illegale vreemdelingen onuitzetbaar is

in weerwil, maar zijn ook de particulieren die hem hulp bieden strafbaar wegens medeplichtigheid aan of uitlokking van een misdrijf. De overtreding is in die zin voorwaardelijk van aard, nu de autoriteiten na twee keer iemand te hebben beboet over kunnen gaan tot het opleggen van een zwaar inreisverbod, zodat de vreemdeling die voor de derde keer op rij wordt aangehouden, vervolgd kan worden voor de misdrijfvariant van onrechtmatig verblijf. Dit terwijl het zeer goed mogelijk en denkbaar is dat er feitelijk niet veel is veranderd aan de situatie van deze vreemdeling.<sup>26</sup> Bovendien dringt zich de vraag op of de wetgever toch via een achterdeur alsnog de hulp aan illegalen strafbaar stelt.

Het wetsvoorstel is gestoeld op het uitgangspunt van restrictief immigratiebeleid. Hiermee is de wederrechtelijkheid van het onrechtmatig verblijf voor de wetgever een vanzelfsprekend gegeven. Kennelijk ziet de wetgever hierin een rechtvaardiging om niet met een gedegen onderbouwing te komen voor de essentiële veronderstellingen waar dit wetsvoorstel mede op is gebaseerd.<sup>27</sup> De staatssecretaris schrijft dat de strafbaarstelling van illegaliteit 'een instrument [is] om illegale komst naar en illegaal verblijf in Nederland te voorkomen en te bestrijden. Met deze strafbaarstelling wordt illegaal verblijf in Nederland onaantrekkelijker. Er gaat een preventieve en afschrikkende werking van uit'.<sup>28</sup> Weliswaar past deze instrumentele benadering van het strafrecht bij het risicomangement, maar daarmee wordt niet duidelijk waar de staatssecretaris zijn hoop op vestigt. Met *Amnesty International* moet worden opgemerkt dat de empirische onderbouwing van deze aannames achterwege blijft in de toelichting op dit voorstel.<sup>29</sup> Bovendien staat dit vertrekpunt in schrille tegenstelling met hetgeen de Tweede Kamer is voorgehouden in 2004. De minister zei toen dat hij juist gelet op 'de Duitse praktijken en ervaringen geen aanleiding [ziet] om terug te komen op het besluit om illegaal verblijf in Nederland vooralsnog niet rechtstreeks strafbaar te stellen. De Duitse ervaring leert dat bij een aanzienlijk aantal processen verbaal wegens overtreding van de vreemdelingenwetgeving, het in een betrekkelijk gering aantal zaken tot een veroordeling komt. (...) De inspanningen van de autoriteiten in Nederland kunnen daarom het best gericht zijn op optimale benutting van het bestuursrechtelijk instrumentarium ter fine van verblijfsbeëindiging'.<sup>30</sup> Een van die maatregelen die de overheid op dit gebied vaker zal gebruiken is de vreemdelingendetentie. Zo schrijft de staatssecretaris dat illegale vreemdelingen ter fine van hun uitzetting, direct in bewaring worden gesteld, 'op grond van het risico dat zij zich aan het vreemdelingentoezicht zullen onttrekken dan wel omdat zij de voorbereiding van het vertrek of de uitzettingsprocedure ontwijken of belemmeren'.<sup>31</sup> Dat dit een illustratie is van de verharding van het politieke klimaat, is tot daar aan toe. Vast staat echter dat de wetgever zich nog betrekkelijk kort geleden uitdrukkelijk heeft uitgesproken voor bezinning over alternatieven voor vreemde-

lingendetentie, zeker wanneer het gaat om gevallen met kinderen.<sup>32</sup> Ook aan dit gegeven lijkt de staatssecretaris volledig voorbij te gaan. Hij merkt alleen op dat de overheid in gevallen waar kinderen bij betrokken zijn terughoudendheid in acht neemt bij het gebruikmaken van de vreemdelingenbewaring.<sup>33</sup> De vraag rijst of er geen andere lichtere middelen zijn dan de vreemdelingenbewaring. De vanzelfsprekendheid waarmee de staatssecretaris ervan uit lijkt te gaan dat iedere onrechtmatig verblijvende vreemdeling zich aan het vreemdelingentoezicht zal onttrekken is niet feitelijk onderbouwd. De lijn van 'terstond' in de vreemdelingenbewaring plaatsen van illegale vreemdelingen, die de staatssecretaris aanhangt, kan daarom niet zonder meer gevolgd worden. Het enkele nuchtere feit dat iemand onrechtmatig in Nederland verblijft, lijkt voor de staatssecretaris voldoende te zijn om over te gaan tot vreemdelingenbewaring. De Europese wetgever overweegt omtrent de inbewaringstelling dat deze juist als laatste middel, als ultimum remedium, ingezet dient te worden en zoveel mogelijk met het oog op uitzetting. De vraag rijst of de positie van de wetgever ten opzichte van de illegale vreemdeling, die samengevat neerkomt op 'eerst de bak in en dan zien we het wel verder', te verenigen is met de Terugkeerrichtlijn, waarvan de bepalingen rechtstreekse werking hebben in het nationale recht.<sup>34</sup> De waarschuwing dat deze strafbaarstelling in dit opzicht een 'flinke stap achteruit' is, komt dan ook niet uit lucht vallen.<sup>35</sup> Los van de vraag of de autoriteiten overgaan tot vreemdelingenbewaring, bestaat er een grote kans dat illegale vreemdelingen de vervangende hechtenis moeten kiezen boven op de geldboete, zodat zij alsnog 'achter de tralies' komen te zitten.

Een andere belangrijke overweging van de wetgever om te komen tot deze strafbaarstelling ligt besloten in redenen van wetsystematiek. Zo meent de staatssecretaris dat deze strafbaarstelling logisch aansluit bij bestaande delicten in verband met onrechtmatig verblijf. Hoewel met hem moet worden toegegeven dat de bestaande instrumenten enkel betrekking hebben op diegenen tegen wie een inreisverbod is uitgevaardigd,<sup>36</sup> blijft het een raadsel of overgaan tot het opleggen van een boete al voordat een inreisverbod is opgelegd, de omvang van illegaliteit zal beperken. De levendige jurisprudentie ten aanzien van art. 197 WvSr is van eminent belang voor de praktijk van deze strafbaarstelling. Zonder aan te geven wat de omvang van de groep feitelijk onuitzetbare vreemdelingen is, schetst de staatssecretaris de contouren van strafuitsluiting bij art. 197 WvSr.<sup>37</sup> Zo overweegt de Hoge Raad dat een vreemdeling in overmacht verkeert indien van hem 'redelijkerwijs niet gevergd [kan] worden om te voldoen aan zijn verplichting om Nederland te verlaten omdat "er geen ander land is waar de verdachte terecht kan"'.<sup>38</sup> In de motivering van de verwerping van een beroep op overmacht dient de rechter aan te geven welke inspanningen de verdachte heeft nagela-





© Image.com/Corbis

ten om te voldoen aan zijn plicht Nederland te verlaten.<sup>39</sup> Overigens moet worden opgemerkt dat de pogingen die de verdachte heeft ondernomen om Nederland te verlaten van enige betekenis moeten zijn.<sup>40</sup> Hoewel het zeer goed mogelijk is dat het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk verklaard zal worden indien blijkt dat de verdachte feitelijk onuitzetbaar is, geldt als vuistregel

dat uitzetting voor bestraffing gaat.<sup>41</sup> Dit is bevestigd in een recent gewezen arrest van de Hoge Raad, waarin hij in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie overweegt dat de rechter bij het opleggen van een vrijheidsbenemende straf 'zich ervan dient te vergewissen dat de stappen van de terugkeerprocedure zijn doorlopen en daarvan in de motivering van zijn

<sup>26</sup>. Vgl. de verworpen motie De Wit *Kamerstukken II* 2003/04, 29 369 nr. 1, die de regering oproept om met een 'sluitende oplossing' te komen voor ex-asielzoekers van wie niet duidelijk is of zij terug kunnen naar hun landen van herkomst.

<sup>27</sup>. Zie in dit verband ook de kritische kanttekeningen bij dit wetsvoorstel van *Amnesty International* in de brief van 12 februari 2013 aan de leden van de Kamercommissie Veiligheid en Justitie.

<sup>28</sup>. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr.

3, p. 2.

<sup>29</sup>. Brief van *Amnesty International*, d.d. 12 februari 2013, aan de leden van de Kamercommissie Veiligheid en Justitie, p. 1.

<sup>30</sup>. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 537, nr. 23 6

<sup>31</sup>. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 3, p. 2-3.

<sup>32</sup>. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 344 nr. 54 (motie De Vries); *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500-VI, nr. 66 (motie-Gesthuizen c.s.).

<sup>33</sup>. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 3, p. 43.

<sup>34</sup>. Richtlijn 2008/115/EG, ov. 10 en artt. 15-18. Zie ook HR 21 mei 2013, *LJN* BY3151.

<sup>35</sup>. Brief van *Amnesty International*, d.d. 12 februari 2013, aan de leden van de Kamercommissie Veiligheid en Justitie, p. 5.

<sup>36</sup>. Dit volgt immers uit art. 197 WvSr en art. 108 Vw 2000.

<sup>37</sup>. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 3, p. 10 e.v.

<sup>38</sup>. HR 1 december 2009, *NJ* 2010, 101 m.nt. N. Keijzer

<sup>39</sup>. *Idem*, zie verder Hof Amsterdam 13 april 2010, *LJN* BM2325.

<sup>40</sup>. HR 21 mei 2013, *LJN* BY3151; HR 20 januari 2009, *NJ* 2009, 235 m.nt. N. Keijzer.

<sup>41</sup>. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 3, p. 39.

<sup>42</sup>. HR 21 mei 2013, *LJN* BY3151

## In de praktijk zal het neerkomen op meer werklust voor de politie en het Openbaar Ministerie, terwijl onduidelijk blijft of de doelstellingen gerealiseerd kunnen worden

beslissing dient blijk te geven.<sup>42</sup> Het is hoogst merkwaardig te noemen dat de staatssecretaris niet de moeite heeft genomen om uiteen te zetten wanneer de terugkeerprocedure als voltooid mag worden beschouwd, zodat het opleggen van een vrijheidsbenemende straf niet in strijd komt de Terugkeerrichtlijn.<sup>43</sup>

### 3. Normstelling vraagt om handhaving

In de memorie van toelichting laat de staatssecretaris er geen misverstand over bestaan dat de meerwaarde van deze strafbaarstelling tot uitdrukking komt bij toezicht, hetzij vreemdelingtoezicht, dan wel toezicht op de Wet arbeid vreemdelingen. Het gaat er steeds om ontdekkingen op 'heterdaad'.<sup>44</sup> De vraag blijft of deze strafbaarstelling, zij het onbedoeld, niet zal leiden tot *ethnic profiling*.<sup>45</sup> Is het voldoende om een kleurling die aan het werk is in de tuin van een villa ergens in 't Gooi, staande te houden en zijn legitimatiebewijs te vorderen? Of moet je voor een veilige jacht op illegalen ergens anders zijn, waar staande houden en vorderen van identificatie minder snel opvalt? Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State volgt dat 'duidelijk dient te blijken in welk kader controle heeft plaatsgevonden, onder welke omstandigheden de betrokkene is aangetroffen en onder welke omstandigheden de staandehouding heeft plaatsgevonden', met andere woorden: 'controle kan [alleen] plaatsvinden, indien sprake is van een naar objectieve maatstaven gemeten, redelijk vermoeden van illegaal verblijf'.<sup>46</sup>

Los van het gevaar voor *ethnic profiling* zijn er andere bedenkingen tegen de haalbaarheid van de handhaving. Zo waarschuwt ook het Korpsbeheerdersberaad in zijn brief aan de Tweede Kamer voor de uitvoeringsproblemen bij de sancties die opgelegd worden.<sup>47</sup> Kenmerkend aan een illegale vreemdeling is dat deze – naar het mag worden aangenomen – zonder bekende woon- of verblijfplaats is. Niet voldoen aan een strafbeschikking om financiële redenen betekent alsnog de zaak voor de rechter brengen, of seponeren. Zal er gekozen worden voor het laatste, dan verliest de strafbedreiging zijn betekenis. Wordt er gekozen om een verdachte te dagvaarden, dan moet in ieder geval en voor zover mogelijk uitgezocht worden of de dagvaarding aan de verdachte in persoon betekend kan worden. Is dat niet het geval, dan ligt een veroordeling bij verstek voor de hand. Of de verdachte illegale vreemdeling van een veroordeling bij verstek iets merkt, valt te betwijfelen en of hij daarvan moet schrikken, valt nog harder te betwijfelen. Of hier ook een afschrikkende werking van uitgaat, laat zich raden: neen! In de praktijk zal het neerkomen op meer werklust voor

de politie en het Openbaar Ministerie, terwijl onduidelijk blijft of aldus de doelstellingen van dit verbod gerealiseerd kunnen worden.

### 4. Tot slot

Is deze strafbaarstelling met een kanon op een mug schieten? Dat is niet uit te sluiten, zeker niet nu geen antwoord wordt gegeven op zoveel cruciale vragen die samenhangen met de haalbaarheid van de doelstellingen van dit wetsvoorstel. De Raad van State heeft negatief geadviseerd over dit wetsvoorstel.<sup>48</sup> Ook het 'maatschappelijk middenveld' lijkt niet bijster gecharmeerd te zijn van deze strafbaarstelling. Temeer ook omdat veel vragen onbeantwoord blijven. De indruk bestaat dat deze strafbaarstelling gebruikt wordt voor andere doelen. Niet in de laatste plaats om sneller over te gaan tot inbewaringstelling van illegale vreemdelingen. Onrechtmatig verblijf als zodanig lijkt de overheid een *carte blanche* te geven. Dat lijkt voldoende te zijn om een zo diverse groep als illegale vreemdelingen te zien als een homogene groep, met alle gevolgen van dien.

Kritisch zijn op dit wetsvoorstel is iets anders dan soft zijn of deel uitmaken van de afdeling 'multiculti's'. Strafbbaarstelling en uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid vergen altijd een grondig en principieel debat over de grondslagen van ons rechtssysteem die invulling geven aan het abstracte begrip rechtsstaat. Strafbbaarstelling vormt van nature een uitnodiging voor principiële discussies. Een kritische blik wil evenmin zeggen dat je voor een *laissez faire* immigratiebeleid bent. Bij een toelatingsbeleid hoort nu eenmaal ook dat sommigen niet toegelaten worden. Toelating en afwijzing vormen de twee kanten van dezelfde medaille.

Verdwijning in de illegaliteit verdient zeker geen voorkeur en zij dient zoveel mogelijk voorkomen te worden. Eerbiediging van een menswaardig bestaan dient bij de bestrijding van illegaliteit als uitgangspunt genomen te worden. Voorkomen moet worden dat individuen het slachtoffer worden van bureaucratie, van staten die niet meewerken met de uitzetting. Hier is een taak voor de Nederlandse overheid weggelegd.

Kritiek op dit wetsvoorstel staat ten slotte niet gelijk aan 'je ogen sluiten' voor de gevolgen van illegaliteit, de precaire en buitengewoon afhankelijke situatie waarin veel illegalen zich bevinden. In een beschaafd land dient illegaliteit zeker beperkt te worden. De vraag is alleen hoe en door wie. Kritiek moet vooral gericht zijn op de gebrekkige onderbouwing van dit wetsvoorstel. Wat er ook zij van risicomangement in een risicosamenleving, de inzet van het strafrecht vergt legitimatie en consensus. Strafbbedreiging mag geen lege huls zijn maar moet gezag uitstralen. Zij moet ultimum remedium blijven om erosie van gezagsuitstraling te voorkomen. Voor zover dat nog mogelijk is. •

43. P. Boeles, 'Strafbaarstellingen van illegaal verblijf en het Unierecht', *A&MR* 2013, p. 64-68.

44. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 3, p. 16.

45. Vgl. B. Hasisi, Y. Margalioth & L. Orgad, 'Ethnic Profiling In Airport Screening: Lessons From Israel, 1968-2010', *American Law and*

*Economics Review* 2012, p. 517-560.

46. ABRvS 1 oktober 2008, *LJN* BG0447; zie verder: ABRvS 10 mei 2007, *JV* 2007, 297.

47. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 3, blg-202400 (Advies Korpsbeheerdersberaad).

48. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 4.