

Het strafrecht als vicieus sluitstuk van het beleid ten aanzien van criminele vreemdelingen. Het sluimerende probleem van de niet-uitzetbare ongewenst verklaarde vreemdeling²

52 *Op grond van artikel 67 Vreemdelingenwet (Vw) kan een in Nederland verblijvende vreemdeling ongewenst worden verklaard. Dit kan bijvoorbeeld wanneer hij bij herhaling strafbare feiten pleegt of door de rechter is veroordeeld voor een misdrijf dat is bedreigd met een gevangenisstraf van drie jaar of meer. Als de ongewenst verklaarde vreemdeling toch in Nederland blijft, maakt hij zich schuldig aan het strafbare feit van artikel 197 Sr. In dit artikel laten we zien dat het beleid is aangescherpt in lijn met de retoriek van de harde aanpak. We laten ook zien dat het middel van de ongewenstverklaring steeds vaker wordt toegepast, zowel bij rechtmatig verblijvende vreemdelingen als bij illegalen. Een verkenning van de handhavingspraktijk brengt echter enkele problemen aan het licht. Zo zijn bij een deel van de ongewenste vreemdelingen de problemen met het uitzetten niet opgelost, maar verschoven. Ook is er een categorie vreemdelingen die in een vicieuze cirkel terechtkomt waarbij permanente strafbaarheid op grond van artikel 197 Sr bestaat maar de persoon ook het land niet kan worden uitgezet. In dit*

¹ *Dominique Laagland is werkzaam bij het Arrondissementsparket te Den Haag, Joanne van der Leun en Patrick van der Meij zijn respectievelijk hoogleraar Criminologie en promovendus/docent bij het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden. Arjen Leerkes is postdoc Sociologie aan de Erasmus Universiteit van Rotterdam en onderzoeker bij het WODC/ministerie van Justitie. De vierde auteur was vooral betrokken bij de analyses. Het onderzoek is verricht binnen het onderzoeksprogramma *Legitimacy, Accountability and Effectivity of Criminal Justice*.*

² *D.C. Laagland, J.P. van der Leun, P.P.J. van der Meij en A.S. Leerkes, 'Het strafrecht als vicieus sluitstuk van het beleid ten aanzien van criminele vreemdelingen. Het sluimerende probleem van de niet-uitzetbare ongewenst verklaarde vreemdeling', DD 2009, 52.*

artikel verkennen we de consequenties hiervan voor de verschillende schakels in de handhavingsketen.

I Inleiding

Nederland staat als immigratieland voor een dilemma bij het maken van het vreemdelingenbeleid: het beleid moet voldoen aan de sociale en economische behoeftes van immigratiecontrole, zonder daarbij internationale verdragen en conventies voor asiel en mensenrechten te schenden en afbreuk te doen aan het algemene gevoel van eerlijke behandeling van individuen.³ Aan de ene kant staan deze vooral nationaal bepaalde belangen, aan de andere kant staan normatieve belangen zoals het waarborgen van mensenrechten. De implementatie en de interpretatie van deze rechten berusten echter weer bij de nationale overheden. De nationale overheid heeft dan ook nog steeds een monopoliepositie bij de toelating en de uitzetting van vreemdelingen.⁴

Sinds de Tweede Wereldoorlog is de internationale migratie naar Nederland in al zijn verschijningsvormen sterk gegroeid. De arbeidsmigranten uit Zuid-Europa en Noord-Afrika vormden de eerste grote groepen migranten. Die migratie werd ten tijde van de oliecrisis van 1973 gestaakt wegens de krapte op de arbeidsmarkt. De gedachte was dat als de vraag naar laaggeschoolde arbeidskrachten zou afnemen, de buitenlandse werknemers zouden terugkeren naar hun land van herkomst, maar dat gebeurde lang niet altijd. De eerst als tijdelijk aangeduide arbeidsmigratie veranderde langzaam maar zeker in permanente migratie, die bovendien voor grootschalige familie- en huwelijksmigratie zorgde.⁵ In de loop van de jaren zeventig ontstond ook de snel stijgende vluchtelingenmigratie die voor Nederland in de jaren negentig een toppunt kende ten gevolge van de mondialisering

- 3 Zie G. Brochmann, 'The mechanisms of control', in: G. Brochmann en T. Hammer (red.), *Mechanisms of immigration control. A comparative analysis of European Regulation Policies*, Oxford/New York, Berg 1999, p. 1-28 en V. Guiraudon en C. Joppke. *Controlling a New Migration World*. London: Routledge, 2001.
- 4 Zie P. Mascini en N. Doornbos, 'De uitvoering van het Nederlandse vreemdelingenbeleid', in: P. Mascini en N. Doornbos (red.), *Onbekend terrein. Grenzen van het vreemdelingenbeleid*, Amsterdam: Amsterdams Sociologisch Tijdschrift 2004, p. 9.
- 5 Familie- en huwelijksmigratie is nog steeds één van de belangrijkste redenen voor migratie. Zie *International Migration Outlook*, Paris: OECD, 2008.

en de opeenvolgende crises in onder meer voormalig Joegoslavië.⁶ Door de sterke toename van asielzoekers, vluchtelingen en familiemigranten ontstond de angst dat de internationale migratie naar Nederland uit de hand zou gaan lopen.⁷ Dit beeld werd nog eens versterkt door de toestroom van migranten die door het afschaffen van de controles aan de binnengrenzen van de Europese Unie Nederland konden binnenkomen via andere lidstaten.⁸ Ook het interne migratiebeleid kwam daardoor vol in de aandacht te staan. De Nederlandse overheid creëerde steeds meer maatregelen om het publiek te laten zien dat zij in staat was om de migratiestromen met succes te reguleren.⁹

De inhoud van het migratie- en vreemdelingenbeleid wordt voornamelijk bepaald door de politiek. Binnen de grenzen van normatieve belangen nemen politici besluiten die deels zijn ingegeven door de wens om de achterban tevreden te stellen.¹⁰ De roep vanuit de samenleving om strengere maatregelen ten opzichte van vreemdelingen kan dan ook zeker voor een verharding van dat beleid zorgen. Als voorbeeld hiervan geldt de opkomst van de LPF in de landelijke politiek aan het begin van de 21ste eeuw en de opschudding die Fortuyn en verschillende politici na hem hebben veroorzaakt in het vreemdelingendebat. Een ander voorbeeld is de verdere aanscherping van het vreemdelingenbeleid in de kabinetten Balkenende II en III onder aanvoering van de Minister van Integratie en Vreemdelingenzaken Verdonk (VVD). In die kabinetsperioden is een aantal maatregelen geïntroduceerd met het oog op de aanpak van illegale vreemdelingen, met als uiteindelijk doel deze het land uit te zetten. In het kabinet Balkenende IV heeft vooral de aanpak van criminele vreemdelingen prioriteit gekregen. Zo acht Staatssecretaris van Justitie Albayrak (PvdA) het noodzakelijk harder en effectiever op te treden tegen deze groep.¹¹ Toch werden ook lang voor het post-Fortuyn

6 Zie J. Doomernik, 'De mythe van het restrictieve immigratiebeleid', *Justitiële Verkenningen* 2001-8, p. 31-40.

7 Zie H. van Amersfoort, 'Migration Control and Minority Policy. The Case of the Netherlands', in: G. Brochmann en T. Hammer (red.) 1999, p. 136 en G. Engbersen, J.P. van der Leun & J. de Boom, 'The Fragmentation of Migration and Crime in the Netherlands', *Crime and Justice* 1999-35, 389-452.

8 Zie A. Böcker en H. Vermeulen, 'Migratie en migratiebeleid. Een inleiding', *Migrantenstudies* 1992-4, p. 2-3.

9 Zie J.P. van der Leun, *Looking for Loopholes, Processes of Immigration of Illegal Immigrants in the Netherlands*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003.

10 Zie G. Brochmann 1999, p. 21.

11 Zie *Kamervragen II* 2007/08, nr. 212. Zie over de recente maatregelen de Brief aan de Tweede Kamer van 14 april 2009 met als onderwerp 'Stand van zaken

→

tijdperk maatregelen gezocht om de criminele vreemdeling aan te pakken, al was het maar omdat vanuit de politie geregeld aandacht is en wordt gevraagd voor de hardnekkige problemen op dit punt.¹²

De problemen in de aanpak waren vooral de coördinatie daarvan (ook tussen de vreemdelingenprocedure en de strafrechtelijke procedure) en het uitzetten van illegale vreemdelingen. Onder meer het Rotterdamse project Vreemdelingen in de Strafrechtsketen (Vris) uit de periode 1998-1999 is van invloed geweest op de huidige strenge en meer systematische aanpak van criminele vreemdelingen. Het was gericht op het optimaliseren van de informatie-uitwisseling en communicatie tussen de betrokken instanties als de vreemdelingenpolitie, de IND, het openbaar ministerie en de Dienst Justitiële Inrichtingen.¹³ Op basis van het zogenoemde Vris-protocol is landelijk een werkwijze ontwikkeld die tot doel heeft criminele vreemdelingen na ommekomst van hun straf uit Nederland te verwijderen, indien mogelijk met een ongewenstverklaring in de zin van artikel 67 Vw.¹⁴ Het protocol had ook tot doel een soepelere wisselwerking tussen de Vreemdelingenwet en het strafrecht te realiseren. Het kon bijvoorbeeld gebeuren dat een vreemdeling na het uitzitten van een gevangenisstraf uit de penitentiaire inrichting werd ontslagen, zonder dat bekend was dat deze vreemdeling illegaal in het land was en uitgezet had moeten worden.

Deze strengere aanpak heeft de afgelopen jaren ook geleid tot verruiming van de criteria voor toepassing van artikel 67 Vw, waardoor vreemdelingen vaker en eerder ongewenst kunnen worden verklaard.¹⁵ Het gevolg van een ongewenstverklaring is dat de vreemde-

maatregelen terugkeer en reactie op jaarverslag 2008 van de Commissie Integraal Toezicht Terugkeer (CITT) op www.minjus.nl.

- 12 Zie G. Engbersen en J.P. van der Leun, 'The Social Construction of Illegality and Criminality', *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2001-1, p. 51-70; G. Engbersen e.a., *Inbedding en uitsluiting van illegale vreemdelingen*, Amsterdam: Boom, 1999.
- 13 Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 637 en 26 646, nr. 523 en A. Leerkes, *Illegaal verblijf en veiligheid in Nederland*, in 2009 te verschijnen bij Amsterdam University Press.
- 14 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 537, nr. 23. Zie voor de invloed van het Vris-protocol op het huidige beleid (stroomlijning en versnellen van informatie-uitwisseling met als doel een efficiëntere aanpak van criminaliteit) ook *Kamervragen II* 2007/08, nr. 212.
- 15 Zie het rapport *Openbare orde en verblijfsbeëindiging: advies over het vreemdelingrechtelijke openbare ordebeleid en de toepassing van de 'glijdende schaal' als maatstaf voor het intrekken van de verblijfsvergunning van in Nederland verblijvende vreemdelingen*, Den Haag: Advies Commissie Vreemdelingen Zaken, 2005.

ling per direct Nederland dient te verlaten. Als de vreemdeling dat niet doet, maakt hij zich schuldig aan het strafbare feit van artikel 197 Sr. De verruiming van de criteria voor ongewenstverklaring zorgt op deze manier voor een stijgend aantal vreemdelingen dat strafbaar is op grond van dit artikel. In Nederland is overigens tot op heden ondanks herhaaldelijk debat daaromtrent niet gekozen voor strafbaarstelling van illegaal verblijf. Het is wel zo dat op grond van aanpassingen in de vreemdelingenwetgeving een groter deel van de vreemdelingen onder het bereik van het strafrecht is gebracht. Dit brengt de bijzondere situatie met zich dat sprake is van meer strafrechtelijke repressie en dat het strafrecht eerder en vaker kan worden ingezet door aanpassingen die buiten het strafrecht om zijn doorgevoerd. Het illustreert dat het strafrechtelijk beleid meer in het vizier is gekomen bij de oplossing van vraagstukken omtrent vreemdelingen.

Hoewel met betrekking tot de problematische uitzetbaarheid van illegale vreemdelingen reeds langer veel bekend is,¹⁶ is het maar zeer de vraag of dergelijke problemen voldoende zijn voorzien bij de verruiming van de criteria voor ongewenstverklaring en de toegenomen toepassing van het strafrecht als sluitstuk van het vreemdelingenbeleid. In dat verband wringt het bijvoorbeeld dat de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Justitie de ongewenstverklaring vaker willen gebruiken bij terrorismebestrijding¹⁷ en dat artikel 197 Sr feitelijk ook wordt gebruikt om illegaal verblijf op een indirecte manier strafbaar te stellen.¹⁸ Terwijl de politiek onder druk vanuit de samenleving een streng beleid voert ten aanzien van criminele vreemdelingen en dat beleid onder meer door middel van het strafrecht verder verscherpt, is lang niet altijd duidelijk welke consequenties het beleid heeft voor de handhavende instanties, noch hoe omvangrijk de geschetste handhavingsproblemen zijn. De mogelijkheid dat het strenge beleid niet uitvoerbaar is of niet leidt tot de gewenste of voorspelde resultaten, kan op haar beurt weer bewerkstelligen dat de druk vanuit de samenleving nog groter wordt en het beleid nog strenger, hetgeen ook kan uitmonden in een neerwaartse spiraal van een steeds repressievere aanpak zonder het gewenste resultaat. Tot op heden is op deze problematiek weinig zicht. Dat geldt ook voor de praktijk van uitvoering, die essentieel is omdat de litera-

16 Zie G. Engbersen en J.P. van der Leun, 2001, p. 51-70 en A. van Kalmthout, *Terugkeermogelijkheden van vreemdelingen in vreemdelingenbewing; Deel 1*, Tilburg: Wolf Legal Publishers 2005.

17 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 754, nr. 5, p. 9.

18 Zie *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 537, nrs. 2 en 23.

tuur over migratiebeleid al vele malen heeft laten zien dat de discrepanties tussen beleid, uitvoering en uitkomsten groot kunnen zijn.¹⁹

Deze bijdrage beoogt vanuit een gecombineerd strafrechtelijk-criminologisch perspectief in de geschetste leemte in de kennis van de handhavingsproblemen te voorzien.²⁰ Zij tracht inzicht te geven in het onderwerp van de ongewenstverklaring, de mate waarin die wordt toegepast en uitvoering binnen de handhavingsketen. In de tweede paragraaf van deze bijdrage wordt uiteengezet hoe het strafrechtelijke sluitstuk van het vreemdelingenbeleid is vormgegeven. De verruimde criteria van ongewenstverklaring van artikel 67 Vw worden behandeld, alsook de strafbaarstelling van artikel 197 Sr. In de derde paragraaf wordt de aard en omvang van de groep ongewenst verklaarde vreemdelingen geschetst, waarbij we verwachten een stijging verwachten in aantal zien. Er wordt dieper ingegaan op de oorzaken die leiden tot niet-uitzetbaarheid. In de vierde paragraaf wordt de handhavingspraktijk omtrent de niet-uitzetbare ongewenst verklaarde vreemdeling behandeld. Er wordt op basis van verkennend kwalitatief en kwantitatief criminologisch onderzoek en strafrechtelijke jurisprudentie een beeld geschetst van de discrepantie tussen het doel van het beleid zoals dat in de politiek wordt vastgesteld en de problemen waarvoor handhavende instanties uit de strafrechtspraktijk zoals politie, openbaar ministerie en de rechtsprekende macht zich gesteld weten.

2 De ongewenstverklaring op grond van de Vreemdelingenwet en de strafbaarstelling in het Strafrecht

Vreemdelingenwet

De ongewenstverklaring van artikel 67 Vw is een administratieve maatregel die zich aandient wanneer de aanwezigheid van een vreemdeling vanuit het perspectief van de Nederlandse openbare orde zodanig storend wordt geacht dat strafbaarstelling van zijn verblijf hier te lande noodzakelijk is.²¹ Om herhaling van het storende gedrag te voorkomen, wordt de vreemdeling ongewenst verklaard. De onge-

19 Zie V. Guiraudon en G. Lahav (red.), *Immigration Policy in Europe*, New York: Routledge 2006.

20 Dit doen we op basis van justitiële cijfers, interviews met uitvoerenden en jurisprudentie.

21 Zie S. Roelofs 'Nationaal en internationaal-rechtelijk perspectief. De maatregel tot ongewenstverklaring (deel 1)', *Migratierecht* 2002-8, p. 248.

wenstverklaring heeft dan ook tot doel bepaalde vreemdelingen aan wie het niet of niet langer is toegestaan in Nederland te verblijven, uit Nederland te weren.²² Volgens artikel 67 lid 1 Vw kan uitsluitend een vreemdeling ongewenst worden verklaard, dat wil zeggen een persoon die niet de Nederlandse nationaliteit bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander dient te worden behandeld (volgens artikel 1 sub m Vw). Vreemdelingen kunnen in twee categorieën worden onderverdeeld: vreemdelingen die rechtmatig in Nederland verblijven en illegale vreemdelingen.²³ De criteria voor ongewenstverklaring verschillen per categorie. De criteria die gelden voor rechtmatig verblijvende vreemdelingen zijn strikter dan de criteria die van toepassing zijn op illegale vreemdelingen, in die zin dat de rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling minder snel ongewenst kan worden verklaard. Bij beide categorieën is een tendens te zien naar een steeds strenger beleid ten opzichte van de aanpak van criminele vreemdelingen.

Artikel 67 lid 1 sub b Vw geeft de criteria voor ongewenstverklaring van rechtmatig verblijvende vreemdelingen. Het verblijfsrecht kan wegens inbreuk op de openbare orde worden beëindigd, maar ongewenstverklaring van deze categorie vreemdelingen kan alleen plaatsvinden op grond van een onherroepelijke veroordeling tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf, een taakstraf of een TBS-maatregel, wegens een misdrijf waarop een maximumgevangenisstraf van drie jaar of meer is gesteld. Voor een rechtmatige verblijvende vreemdeling uit de Europese Gemeenschap geldt nog een extra vereiste om tot ongewenstverklaring over te kunnen gaan: uit artikel 27 van Richtlijn 2004/38 volgt dat een gemeenschapsonderdaan uitsluitend ongewenst mag worden verklaard indien het persoonlijke gedrag van betrokkene een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt.²⁴ De te nemen maatregel dient in overeenstemming te zijn met het evenredigheidsbeginsel en mag uitsluitend worden gebaseerd op het gedrag van betrokkene. Deze richtlijn is in 2006 in de Nederland-

22 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 006, nr. 11, p. 10.

23 Rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen kunnen worden onderscheiden in onderdanen van landen die lid zijn van de Europese Gemeenschap inclusief onderdanen van de Zwitserse Bondsstaat en vreemdelingen die rechtmatig in Nederland verblijven en onderdaan zijn van een land buiten de Europese Gemeenschap. Illegale vreemdelingen zijn vreemdelingen die niet rechtmatig in Nederland verblijven op grond van een geldige verblijfsvergunning.

24 Zie ook artikel 8.8 lid 1 sub a Vb. Het Hof van Justitie heeft dit bevestigd, zie HvJEG 7 juni 2007, zaak C-50/06, *Jur.* 2007.

se wetgeving geïmplementeerd.²⁵ Onlangs hebben het Hof Den Bosch en de Rechtbank Amsterdam divergerende uitspraken gewezen met betrekking tot de vraag of in het licht van de genoemde Richtlijn een EU-onderdaan nog kan worden veroordeeld op grond van artikel 197 Sr. Naar het oordeel van het gerechtshof is het niet aan de strafrechter de innerlijke juistheid van de gronden waarop de beslissing tot ongewenstverklaring is genomen, te toetsen.²⁶ Het gerechtshof stelt dat hiervoor reeds in een andere rechtsgang is voorzien: de Nederlandse wetgeving voorziet bij een ongewenstverklaring in een bezwaarschriftprocedure, in een beroep in rechte en in de mogelijkheid van een verzoek tot opheffing van de ongewenstverklaring.²⁷ Volgens de Rechtbank Amsterdam kunnen zich echter omstandigheden voordoen waarin de formele rechtskracht wel kan worden doorkruist. De rechtbank doelt bijvoorbeeld op de omstandigheid dat de ongewenstverklaring een inbreuk maakt op één van de fundamentele rechten die de onderdaan van een EU-lidstaat heeft, zoals het recht om zich op het grondgebied van een andere lidstaat te bevinden, of op de omstandigheid dat artikel 197 Sr een misdrijf is waarop een gevangenisstraf is gesteld zodat een ongewenst verklaarde vreemdeling van zijn vrijheid kan worden beroofd. Als deze omstandigheden zich voordoen, mag de strafrechter wel toetsen aan de vereisten van artikel 27 van de Richtlijn. Doen deze omstandigheden zich niet voor, dan kan niet worden bewezen dat de beslissing tot ongewenstverklaring is genomen op grond van een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 197 Sr.²⁸ Indien aan de voorwaarde voor ongewenstverklaring is voldaan, wordt aan de hand van een zogenaamde glijdende schaal beoordeeld of in het concrete geval die ongewenstverklaring volgt. Het uitgangspunt van de glijdende schaal is dat naarmate het legale verblijf in Nederland langer heeft geduurd, er minder snel tot ongewenstverklaring en verblijfsbeëindiging kan worden overgegaan. De combinatie van de ernst van het delict en de lengte van de verblijfsduur in Nederland is bepalend voor de beslissing of de verblijfvergunning zal worden ingetrokken of niet.²⁹ De glijdende schaal is overigens door alle aanpassingen van de laatste ja-

25 Wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 bij Besluit van 24 april 2006. *Stb.* 215, in werking getreden op 29 april 2006.

26 Hof 's-Hertogenbosch 1 augustus 2008, *LJN* BD9239.

27 Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2007, *LJN* BC1350.

28 Rechtbank Amsterdam 29 november 2007, *LJN* BD1911.

29 Zie voor deze glijdende schaal artikel 3.86 Vreemdelingenbesluit (Vb) en ACVZ 2005.

ren alsmaar steiler geworden.³⁰ Rechtmatig verblijvende vreemdelingen kunnen voor steeds minder ernstige misdrijven worden uitgezet. Zo kon bij de inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet in 2000 een vreemdeling pas worden uitgezet na een opgelegde vrijheidsstraf van ten minste negen maanden. Nu is dat al bij een vrijheidsstraf van een maand.

Niet alleen de criteria voor ongewenstverklaring van rechtmatig verblijvende vreemdelingen zijn uitgebreid, maar ook die voor illegale vreemdelingen. Zij kunnen op twee manieren ongewenst worden verklaard, namelijk op grond van artikel 67 lid 1 sub a Vw en op grond van artikel 67 lid 1 sub c Vw. In het eerste geval moet de betrokkene bij herhaling een in, bij of krachtens de Vreemdelingenwet strafbaar gesteld feit hebben begaan. Artikel 108 lid 1 Vw behelst de strafbaarstelling van een aantal overtredingen, zoals het niet kennis geven van een adreswijziging³¹ of de onttrekking aan de meldingsplicht van onrechtmatig verblijf.³² De verruiming van artikel 67 lid 1 sub a Vw is gelegen in het feit dat er steeds meer overtredingen van toepassing zijn verklaard.³³ In het tweede geval, ongewenstverklaring op grond van artikel 67 lid 1 sub c Vw, vormt de illegale vreemdeling een zodanig gevaar voor de openbare orde of nationale veiligheid dat daardoor die ongewenstverklaring is gerechtvaardigd. Deze grond is vergelijkbaar met die voor de rechtmatig verblijvende vreemdeling. Er kan tot ongewenstverklaring worden overgegaan wanneer er wegens een misdrijf een veroordeling tot een gevangenisstraf heeft plaatsgevonden of waarin een vrijheidsbenemende maatregel is opgelegd. Het (in totaal) onvoorwaardelijk ten uitvoer te leggen gedeelte van de gevangenisstraf of maatregel moet daarbij minstens een maand bedragen. Er kan eveneens tot ongewenstverklaring worden overgegaan wanneer de vreemdeling bij herhaling is veroordeeld tot een (korte) gevangenisstraf, wanneer hem een taakstraf is opgelegd vanwege het plegen van een misdrijf of wanneer hij een transactieaanbod ter zake van een misdrijf heeft aanvaard.³⁴ Ook de criteria voor toepassing van artikel 67 lid 1 sub c Vw zijn aanzienlijk verruimd. Tot een paar jaar geleden werd nog een ondergrens van zes maanden gevangenisstraf gehanteerd voordat kon worden overge-

30 Zie de Wet van 5 juli 2002 (*Stb.* 2002, 371); de Wet van 29 september 2004 (*Stb.* 2004, 496) en de Wet van 23 november 2006 (*Stb.* 2006, 584).

31 Zie artikel 4.37 lid 1 sub a Vb.

32 Zie artikel 4.39 Vb.

33 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1998/99, 26 646, nr. 1, p. 11.

34 Ook de niet onherroepelijk opgelegde vrijheidsstraf of maatregel wordt in aanmerking genomen.

gaan tot ongewenstverklaring van de illegale vreemdeling, tegenwoordig is dit al het geval bij een maand gevangenisstraf.³⁵ Ook kan nu bij herhaling van een veroordeling waarbij bijvoorbeeld drie keer een kleine geldboete is opgelegd wegens heling, worden overgegaan tot ongewenstverklaring.

Strafrecht

Artikel 197 Sr heeft een punitief karakter, in tegenstelling tot artikel 67 Vw dat overwegend preventief van aard is.³⁶ Aan de hand van artikel 197 Sr probeert de wetgever de ongewenstverklaring kracht bij te zetten en effectiever en efficiënter op te treden. Artikel 197 Sr wordt gebruikt als instrument ter handhaving van het op basis van de Vreemdelingenwet gevoerde vreemdelingenbeleid³⁷ en kan dan ook worden gezien als het sluitstuk van de ongewenstverklaring. De ongewenst verklaarde vreemdeling is op basis van artikel 197 Sr strafbaar wanneer hij in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige redenen heeft te vermoeden dat hij tot ongewenst vreemdeling is verklaard. Ook wanneer de vreemdeling niet terstond na de ongewenstverklaring uit Nederland vertrekt, maakt hij zich schuldig aan artikel 197 Sr. Voor de strafbaarheid is het enkele illegale verblijf in Nederland voldoende, het verblijf is aan het schuldverband onttrokken. Soms kan de vreemdeling echter niet uit Nederland vertrekken, bijvoorbeeld omdat hij niet over de juiste papieren beschikt. De vraag dringt zich dan op of de vreemdeling het strafbare feit (het aanwezig zijn) wel kan worden verweten. Dit lijkt wel het geval te zijn wanneer de ongewenst verklaarde vreemdeling zichzelf in de situatie heeft gebracht dat hij het land niet kan verlaten, bijvoorbeeld omdat hij niet wil vertellen uit welk land hij afkomstig is of omdat hij zijn papieren heeft kwijt gemaakt.³⁸ Op dit punt speelt het probleem van de niet-uitzetbare ongewenst verklaarde vreemdelingen, waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen vreemdelingen die buiten hun schuld Nederland niet *kunnen* verlaten en vreemdelingen die opzettelijk en verwijtbaar het land niet *willen* verlaten. Ongeacht de verwijtbaarheid van de vreemdeling kan de vreemdeling dan niet worden uitezet. Overigens is de vraag of de ongewenst verklaarde vreemdeling

35 Zie S. van der Woude en J. Kuijper, 'Ongewenste Euroburgers', *Advocatenblad* 2008, p. 9.

36 Zie HR 10 december 1985, *NJ* 1986, 736.

37 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 537, nr. 23, p. 4.

38 Zie C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 967-968.

het land niet *kan* of niet *wil* verlaten, wel van belang bij de beoordeling van de strafbaarheid van die vreemdeling door de rechter en zelfs bij de vraag naar de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in zijn vervolging.

Er zijn meerdere redenen op grond waarvan een vreemdeling buiten zijn schuld het land niet kan verlaten. Ten eerste kan sprake zijn van dit zogenaamde buiten-zijn-schuld-criterium wanneer bij terugkeer naar het land van herkomst zich een bijzondere hardheid zou voordoen in verband met de situatie aldaar.³⁹ Artikel 3 EVRM bevat immers een ongeclausuleerd verbod voor de overheid een individu direct dan wel indirect aan een onmenselijke en vernederende behandeling te onderwerpen. Wanneer in het land van herkomst voor de vreemdeling een dusdanige situatie zou bestaan, zou het uitzetten in strijd zijn met artikel 3 EVRM en daarmee een patstelling opleveren. De uitkomst is dan dat die vreemdeling enerzijds niet zonder levensgevaar Nederland kan verlaten, terwijl hij anderzijds volgens artikel 197 Sr strafbaar is indien hij het land niet verlaat. Een tweede reden op grond waarvan de vreemdeling buiten zijn schuld Nederland niet kan verlaten, is gelegen in het feit dat de vreemdeling buiten zijn schuld geen geldige identiteitsdocumenten heeft en niet in staat is deze te verkrijgen.⁴⁰ Een voorbeeld van deze omstandigheid kan zich voordoen wanneer de ongewenst verklaarde vreemdeling op zeer jonge leeftijd naar Nederland is gevlucht zonder dat hij na zijn geboorte in zijn land van herkomst is geregistreerd. Ook kan het zijn dat de vreemdeling is geboren uit in een bepaald land illegaal verblijvende vreemdelingen en zodoende nooit is geregistreerd. In beide situaties heeft de vreemdeling geen geldige identiteitspapieren die zijn nationaliteit kunnen bevestigen en is hij staatloos.

Er zijn ook vreemdelingen die de terugkeer naar het land van herkomst zelf onmogelijk maken. Zij proberen de vaststelling van hun identiteit te voorkomen, zodat er door het land van herkomst geen 'laissez passer' kan worden afgegeven en zij niet kunnen worden uitgezet. Zo gebeurt het vaak dat de vreemdeling bijvoorbeeld een valse naam of nationaliteit opgeeft waardoor het onmogelijk is voor het consulaat van het land van herkomst de nationaliteit te verifiëren. In de meeste gevallen waarin het de vreemdeling wel te verwijten is dat hij het land niet verlaat, gaat het om het verzwijgen van zijn iden-

39 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 646, nr. 1, p. 5. Ook wel beleidsmatige beletselen genoemd.

40 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 646, nr. 1, p. 6. Ook wel technische beletselen genoemd.

titeit of het niet meehelpen bij de vaststelling daarvan. In deze situatie verklaart de rechter de vreemdeling schuldig op grond van artikel 197 Sr. Nadat hij zijn gevangenisstraf heeft ondergaan kan hij ter fine van uitzetting in vreemdelingenbewaring worden geplaatst. In deze periode probeert de vreemdelingenpolitie de identiteit van de vreemdeling vast te stellen. Lukt dit niet dan wordt de vreemdeling uiterlijk na zes maanden weer op straat gezet. Deze periode kan alleen dan worden verlengd – voor de maximumduur van dertien maanden⁴¹ – wanneer de vreemdeling het onderzoek naar de vaststelling van de identiteit en nationaliteit frustreert. Wanneer dit laatste niet kan worden aangetoond en er geen direct zicht is op uitzetting, wordt de bewaring door de rechter opgeheven.⁴² Op dat moment ontstaat de situatie dat de vreemdeling aan de ene kant ongewenst is verklaard en zo snel mogelijk het land dient te verlaten, terwijl het aan de andere kant onmogelijk is om de vreemdeling Nederland uit te zetten vanwege het ontbreken van geldige identiteitsdocumenten. Op deze manier ontstaat een vicieuze cirkel: de vreemdeling maakt zijn identiteit niet bekend, waardoor hij het land niet kan worden uitgezet met als gevolg dat hij op straat wordt gezet en het proces weer van voor af aan begint. Hierdoor kan het gebeuren dat een vreemdeling steeds maar weer wordt vervolgd en veroordeeld voor artikel 197 Sr, totdat de vreemdeling kan aantonen dat hij ondanks zijn medewerking het land niet kan verlaten. Eenzelfde vicieuze cirkel doet zich voor in het geval dat ongewenst verklaarde vreemdeling buiten zijn schuld geen geldige identiteitsdocumenten kan verkrijgen en geen laissez passer wordt afgeven.

In beide situaties – ongeacht of de vreemdeling een verwijt kan worden gemaakt omtrent zijn niet-uitzetbaarheid – is sprake van een patstelling: enerzijds is de ongewenst verklaarde vreemdeling strafbaar op grond van art. 197 Sr omdat hij het land niet verlaat, anderzijds kan de vreemdeling het land niet verlaten of kan hij niet worden uitgezet wegens het ontbreken van geldige identiteitsdocumenten of het in strijd zijn met artikel 3 EVRM. Gezien de aanscherping van het beleid lijkt het bij de niet-uitzetbaarheid van ongewenst verklaarde vreemdelingen niet meer te gaan om een enkel incident. Om dat te bezien zal hieronder inzicht worden gegeven in de cijfermatige ontwikkeling.

⁴¹ *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 637 en 26 646, nr. 523, p. 7.

⁴² *Kamerstukken II* 2001/2002, 19 637 en 26 646, nr. 648, p. 15.

3 De omvang van het vraagstuk

In de jaren negentig van de vorige eeuw werd slechts een zeer beperkt gebruik gemaakt van de toen al bestaande mogelijkheden tot ongewenstverklaring. Het ligt voor de hand dat de eerder genoemde beleidsontwikkelingen dit hebben veranderd. Omdat openbare registraties op dit punt ontbreken, hebben we gegevens verzameld bij de registrerende instanties. Op basis van justitiële gegevens die ter beschikking zijn gesteld door het INDIAC en OJBD⁴³ zijn we in staat geweest een beeld te schetsen van de samenstelling, ontwikkeling, aard en omvang van ongewenst verklaarde vreemdelingen. De cijfers zijn onvermijdelijk een onderschatting van de werkelijkheid. Zoals alle registraties uit het strafrechtssysteem zijn zij op zijn minst ten dele afhankelijk van de inspanningen van politie en justitie en de daarbinnen gemaakt beleidskeuzes. Maar omdat deze vertekening niet erg fluctueert over de jaren heen, geven de cijfers waarschijnlijk wel een goed beeld van de ontwikkeling of trend.

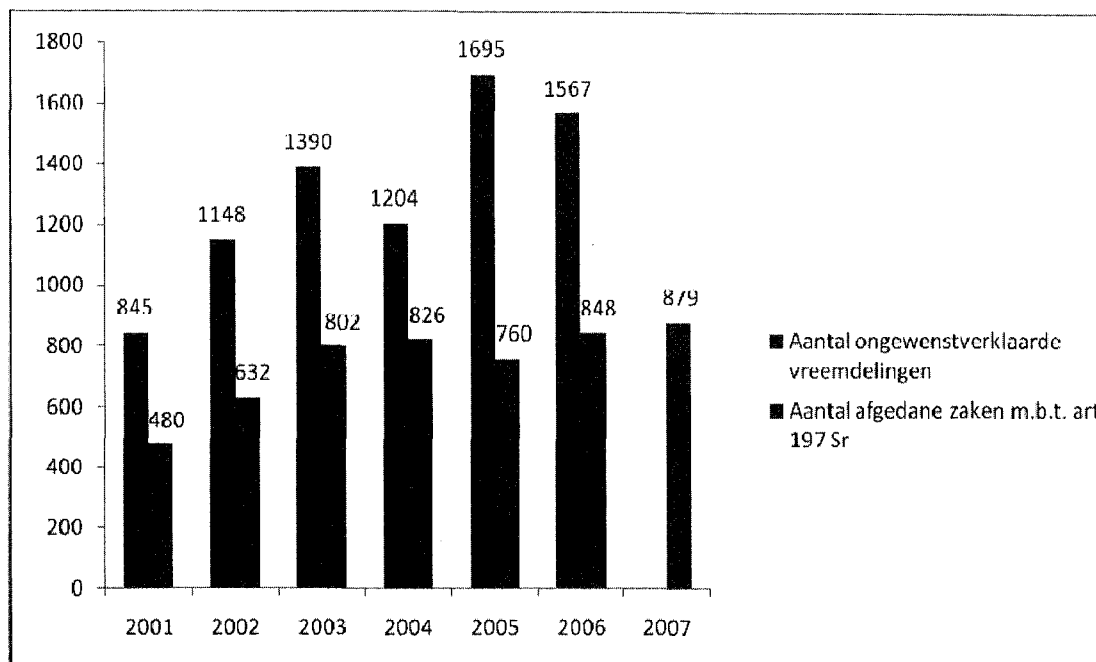
Het aantal ongewenst verklaarde vreemdelingen is de laatste jaren fors toegenomen. Leerkes laat in zijn dissertatie zien voor de jaren 1997 tot en met 2000 (niet in de tabel hier) dat het aantal relatief stabiel was en zo rond de 750 lag.⁴⁴ De grafiek laat zien dat vooral vanaf de invoering van de Vreemdelingenwet in 2000 een flinke stijging is te constateren, conform onze verwachtingen. Vooral in 2005 is er een forse toename te zien naar bijna 1700 ongewenst verklaarde personen. Deze toename kan worden verklaard door een wetswijziging eind 2004⁴⁵ waarbij de glijdende schaal werd aangepast en het mogelijk werd om vreemdelingen sneller ongewenst te verklaren. Naarmate de mogelijkheden om vreemdelingen ongewenst te verklaren ruimer worden, is te verwachten dat het aantal ongewenst verklaarde vreemdelingen in de loop der jaren nog verder zal toenemen. Mondelinge mededelingen van een woordvoerder van de IND in de pers suggereren dat het aantal in 2008 dichtbij dat van 2007 lag.⁴⁶

43 INDIAC is het Informatie en Analysecentrum van de Immigratie en Naturalisatie Dienst. OBJD staat voor Onderzoeks- en Beleidsdatabase Justitiële Documentatie.

44 Zie Leerkes (te verschijnen in 2009), p. 154.

45 Zie de Wet van 29 september 2004, *Stb.* 2004, 296.

46 In het artikel 'Aantal ongewenstverklaringen flink toegenomen' in *De Volkskrant* van 22 december 2008 wordt het aantal van 1475 genoemd vanuit IND bronnen.



Figuur 1. Landelijk aantal ongewenst verklaarde vreemdelingen (2001-2006)⁴⁷ en aantal afgedane zaken artikel 197 Sr (2001-2007). Absolute aantallen. Bron: INDAC en OBJD, bewerking door de auteurs.

De verkregen cijfers geven geen inzicht in de verblijfstatus van de vreemdeling (al dan niet rechtmatig verblijf). Om toch een indicatie te geven van de herkomst van de vreemdelingen is onderscheid gemaakt tussen EU-burgers en niet-EU-burgers.⁴⁸ Het merendeel (ongeveer 80 procent) van de ongewenst verklaarde vreemdelingen is afkomstig uit een land van buiten de Europese Unie. Dit kan worden verklaard door de strenge criteria die gelden voor EU-burgers om als vreemdeling ongewenst te kunnen worden verklaard.

Deze cijfers geven ook een voorzichtige indicatie van het aantal niet-uitzetbare ongewenst verklaarde vreemdelingen. Burgers uit EU-landen kunnen makkelijker worden uitgezet dan burgers uit niet-EU-landen vanwege de eenvoudige vaststelling van hun identiteit en de relatie van Nederland met het land van herkomst, die over het algemeen beter is als het een Europees land betreft. Wanneer de relatie met een land goed is, is het verkrijgen van een laissez passer meestal geen probleem. Het aantal ongewenst verklaarde vreemdelingen kent

⁴⁷ Cijfers voor 2007 niet aanwezig.

⁴⁸ Bij de cijfers is rekening gehouden met de in 2004 nieuw tot de EU toetredende landen. Tot 2004 behoren zij tot niet-EU-burgers, na 2004 behoren zij tot de EU-burgers. Onderdanen van landen die in 2007 tot de EU zijn toetredende zijn in de cijfers opgenomen in de categorie van niet-EU-burgers.

onder meer een groot aandeel Marokkanen en een groot aandeel Algerijnen (beide ongeveer 12,5 procent). Het grote aandeel Marokkanen onder de ongewenst verklaarde vreemdelingen is wellicht niet verrassend, gezien het feit dat een groot deel van de allochtone bevolking in Nederland van Marokkaanse afkomst is (ongeveer 12 procent). Het grote aandeel Algerijnen onder de ongewenst verklaarde vreemdelingen is des te opmerkelijker, aangezien dat aandeel groter is dan men op grond van hun aandeel in de bevolking zou verwachten (0,12 procent). Dat het Algerijnse aandeel zo hoog ligt, wordt waarschijnlijk verklaard doordat Marokkaanse ongewenst verklaarde vreemdelingen zich voordoen als Algerijn, omdat het Algerijnse consulaat bijna nooit een laissez passer verstrekt waardoor het heel moeilijk is een (vermeende) Algerijn uit te zetten.⁴⁹

Het aantal afgedane zaken met betrekking tot artikel 197 Sr

In de periode 2001-2007 zijn er landelijk in totaal 5539 zaken met betrekking tot artikel 197 Sr afgedaan, waarvan ruim 85 procent onder niet-EU-burgers. Vooral in 2001 en 2002 is het aantal afgedane zaken met betrekking tot artikel 197 Sr fors gestegen. Vanaf 2003 is er, afgezien van 2005, een geringe toename waarneembaar, hoewel de cijfers ook wat schommelen. Hieruit kan men voorzichtig concluderen dat het aantal ongewenst verklaarde vreemdelingen dat artikel 197 Sr heeft overtreden in de loop der jaren is gestegen. Daarbij moet wel rekening worden gehouden met een aantal vrijspraken en verklaringen tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.

In de grafiek is te zien dat lang niet alle ongewenst verklaarde vreemdelingen worden vervolgd en veroordeeld voor artikel 197 Sr. Wanneer men er vanuit gaat dat alle ongewenst verklaarde vreemdelingen die het land niet verlaten in aanraking komen met artikel 197 Sr, kan men voorzichtig stellen dat iets minder dan helft van het totaal aantal ongewenst verklaarde vreemdelingen zich niet houdt aan de opdracht Nederland te verlaten op basis van artikel 197 Sr. Daarbij moet de kanttekening worden geplaatst dat een deel van de ongewenst verklaarde vreemdelingen wordt vrijgesproken en dat een deel meerdere malen per jaar wordt vervolgd en veroordeeld voor artikel 197 Sr.

Ook is te zien dat de laatste jaren steeds minder zaken worden afgedaan in verhouding tot het aantal ongewenst verklaarde vreem-

49 Algerije staat op nummer één van landen waarvan onderdanen technisch moeilijk verwijderbaar zijn. (*Kamerstukken II 1998-1999*, 26 646, nr. 1, p. 7).

delingen. Het verschil kan worden verklaard doordat de ongewenst-verklaring voorloopt op de toename van het aantal afgedane zaken met betrekking tot artikel 197 Sr. Het strafproces is een langlopend proces en het kan soms wel eens een jaar of langer duren voordat een zaak wordt afgedaan. Daarnaast kan het ook zijn dat in verhouding minder zaken worden aangedragen door de politie, bijvoorbeeld vanwege het gebrek aan capaciteit of vanwege een andere prioriteitsstelling. Deze mogelijke verklaring moet met voorzichtigheid worden aangenomen, want het kan ook nog altijd zo zijn dat steeds minder ongewenst verklaarde vreemdelingen zich strafbaar maken aan artikel 197 Sr.

Bij het uitsplitsen naar het land van herkomst valt op dat ruim 28 procent van de ongewenst verklaarde niet-EU-burgers die in aanraking komen met artikel 197 Sr van Algerijnse afkomst is en ruim 18 procent van Marokkaanse afkomst. Deze groepen zijn voor dit onderzoek uiterst relevant, gezien het feit dat landen als Marokko en Algerije, en in Algerije bij uitstek, nauwelijks of helemaal niet geneigd zijn een laissez passer af te geven, hetgeen al snel leidt tot niet-uitzetbaarheid. Samen vormen Algerijnse en Marokkaanse ongewenst verklaarde vreemdelingen met ruim 46 procent bijna de helft van het totale aantal afgedane zaken van artikel 197 Sr onder ongewenst verklaarde vreemdelingen van buiten de EU. Dit aandeel van Algerijnse en Marokkaanse burgers is nog weer ruim twee maal zo groot als het aandeel dat zij hebben in het totale aantal ongewenst verklaarde vreemdelingen van buiten de EU, namelijk 21 procent.

Er kunnen hiervoor twee oorzaken worden aangegeven. Ten eerste kunnen Algerijnse en Marokkaanse ongewenst verklaarde vreemdelingen vaker dan andere niet-EU-burgers niet in staat of bereid zijn Nederland te verlaten. Dit komt overeen met het feit dat het Algerijnse consulaat notoir terughoudend is met het verstrekken van een laissez passer. Ten tweede zou het zo kunnen zijn dat Marokkaanse en Algerijnse ongewenst verklaarde vreemdelingen vaker strafbare feiten plegen of overlast veroorzaken. Hierdoor komen zij vaker met politie in aanraking, waardoor ze ook sneller kunnen worden aangedragen voor overtreding van artikel 197 Sr. Eerder onderzoek onder illegale migranten liet zien dat een hardnekkige categorie criminele vreemdelingen heel goed de mogelijkheden kent om uitzetting te frustreren.⁵⁰ Zij komen veelal in een vicieuze cirkel terecht waarbij ze worden vervolgd en veroordeeld voor overtreding van ar-

⁵⁰ Zie noot 9, 12, 13.

tikel 197 Sr, maar waarbij ze na het uitzitten van de gevangenisstraf gewoon weer op straat terechtkomen. De daadwerkelijke uitzetting was ook al het grote probleem bij (criminele) illegale migranten vóór de aanscherping van het vreemdelingenbeleid. Destijds is gekeken naar de wijze waarop de medewerkers van politie en vreemdelingendiensten in de praktijk de problematiek van de uitzetting aanpakten.⁵¹ Hieronder gaan we in bredere zin na hoe met deze problemen wordt omgegaan in de handhavingspraktijk, omdat de politie niet de enige betrokken partij is.

4 De uitvoering van het beleid in de strafrechtspraktijk

Ten eerste kunnen we kijken naar de jurisprudentie. Deze laat zien dat in het geval dat het de ongewenst verklaarde vreemdeling niet is te verwijten dat hij het land niet kan verlaten, de situatie van permanente strafbaarheid op grond van artikel 197 Sr schrijnend is. Onder deze omstandigheden heeft de Nederlandse rechter in sommige gevallen besloten de vreemdeling te ontslaan van alle rechtsvervolging of het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk te verklaren in zijn vervolging. Wanneer voldoende komt vast te staan dat noch de verdachte, noch de Nederlandse overheid kan bewerkstelligen dat verdachte op legale wijze Nederland verlaat, en het niet aannemelijk is geworden dat dit te wijten is aan een gebrek aan medewerking van de verdachte, verkeert de verdachte in een overmachtsituatie en volgt ontslag van alle rechtsvervolging.⁵² Blijft het openbaar ministerie in deze situatie toch vervolgen dan wordt met die vervolging geen enkel redelijk strafdoel meer gediend en dient het openbaar ministerie niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Een duidelijk voorbeeld van de schrijnende permanente strafbaarheid op grond van artikel 197 Sr kan worden geschetst aan de hand van de casus van een uitspraak van het Hof Den Haag uit 2006.⁵³ Nadat de verdachte A. uit deze zaak op zevenjarige leeftijd uit zijn geboorteland Marokko was vertrokken, verblijft hij zonder geldige papieren als illegale vreemdeling in Nederland. Die illegaliteit leidt ertoe dat A. om in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien een

⁵¹ Zie noot 9. Er werd vooral een frustratie geconstateerd bij uitvoerenden. Juist criminele vreemdelingen bleken moeilijk aan te pakken. Het nieuwe beleid is mede bedoeld die problemen te verminderen.

⁵² Zie P.H.P.H.M.C. van Kempen en B. Pieters, 'Vervolging van ongewenste vreemdelingen. Over ne bis in idem en juridische overmacht bij art. 197 Sr', *Strafblad* 2006, p. 250-257.

⁵³ Zie Hof Den Haag 15 juni 2006, *LJN* AX8849.

winkeldiefstal pleegt, met als uiteindelijk gevolg een veroordeling tot twee weken gevangenisstraf. Een volgende diefstal wordt nog geseponneerd, maar een paar maanden later pleegt A. een gewapende overval die uitdraait op een gevangenisstraf van achttien maanden. Op 13 januari 1995 wordt A. tot ongewenst vreemdeling verklaard. Na ommekomst van de gevangenisstraf wordt A. ter fine van uitzetting zeven maanden in detentiebewaring genomen, om vervolgens op straat te worden gezet. De cyclus van diefstallen, gevangenisstraffen en vreemdelingenbewaring duurt voort tot 2006 en in die periode wordt A. zestien keer veroordeeld voor het feit van artikel 197 Sr, soms gecombineerd met enkele diefstallen zonder geweld. Naast het uitzitten van de opgelegde gevangenisstraffen brengt A. in totaal 28 maanden in vreemdelingenbewaring door. Ten behoeve van de vaststelling van zijn identiteit is A. bij het consulaat gepresenteerd en heeft hij alle medewerking verleend aan die identiteitsvaststelling. Aangezien A. niet in het bezit is van reisdocumenten, zou A. enkel naar Marokko kunnen terugkeren door middel van een laissez passer, maar die wordt door Marokko niet afgegeven omdat de vaststelling van de identiteit van A. niet mogelijk is. Op dat punt doet zich het punt voor van de niet-uitzetbaarheid: indien de vreemdeling staatloos is of het land van herkomst weigert een laissez passer af te geven, kan hij buiten zijn schuld het land niet verlaten.

Nadat A. voor de zoveelste keer is veroordeeld voor overtreding van artikel 197 Sr, oordeelt het Hof Den Haag dat niet aannemelijk is dat het met name aan het gebrek aan medewerking van A. te wijten is dat hij Nederland niet kan worden uitgezet. Nu noch de Nederlandse overheid, noch A. kan bewerkstelligen dat hij Nederland op legale wijze kan verlaten, dient het steeds opnieuw vervolgen van A. voor overtreding van artikel 197 Sr geen enkel redelijk strafdoel meer. De vervolging van de verdachte is in redelijkheid niet meer opportuun te noemen, aldus het Hof. A. is na de uitspraak weer op straat gezet, maar kan ook dan nog altijd Nederland niet kan verlaten: A. blijft strafbaar op grond van artikel 197 Sr. Deze zaak wijst op een eerste probleem in de uitvoering: er is sprake van een problematische leemte in de wet: een vreemdeling is en blijft strafbaar, maar kan buiten zijn schuld het land niet uit en daarmee zijn strafbaarheid niet opheffen.

Om meer zicht te krijgen op de uitvoering, hebben we acht mensen geïnterviewd die werkzaam zijn in de handhavingspraktijk van ongewenst verklaarde vreemdelingen en artikel 197 Sr. Zij zijn

werkzaam bij de vreemdelingenpolitie, het openbaar ministerie en de rechterlijke macht.⁵⁴ Omdat het aantal geïnterviewden laag is, geven de resultaten vooral een indicatie van de handhavingspraktijk. Het ligt weliswaar voor de hand die praktijk niet zomaar te generaliseren naar heel Nederland, mede omdat de problematiek lokaal nogal verschilt, maar de geschetste praktijk is wel indicatief. De respondenten spraken uit ervaring en hadden goed zicht op de problematiek.

Het traject van de ongewenst verklaarde vreemdeling begint bij de vreemdelingenpolitie. Deze doet een voorstel tot ongewenstverklaring op basis van het geldende beleid. Echter, het beleid blijkt niet altijd als zodanig te worden uitgevoerd. Zo wordt van de mogelijkheid om op basis van artikel 67 lid 1 sub a, waarbij de vreemdeling reeds ongewenst kan worden verklaard wanneer hij of zij twee maal de Vreemdelingenwet heeft overtreden, volgens de respondenten geen gebruik gemaakt. Een politiemedewerker zegt hierover: 'De ongewenstverklaring is een scherp mes. En om dat mes scherp te houden moet je niet langs de muren gaan slepen. Consequentie is dat wanneer op grond van een simpele overtreding iemand ongewenst kan worden verklaard er bossen doorheen gaan. (...) Als al die mensen ongewenst moeten worden verklaard dan is de hele ongewenstverklaring, die ook zijn gevolgen in het strafrecht heeft, een bot mes geworden.' De prioriteit ligt dan ook vooral bij criminele vreemdelingen, die wel worden voorgedragen voor ongewenstverklaring wanneer dat mogelijk is. Als de vreemdeling door de IND ongewenst is verklaard maar het land niet verlaat, maakt hij zich zoals gezegd schuldig aan artikel 197 Sr. Vervolgens is het de taak van de vreemdelingenpolitie toezicht te houden en te handhaven of iemand wel rechtmatig in Nederland verblijft. Zo wordt iedere verdachte vreemdeling die wordt aangehouden, gecontroleerd op een eventuele ongewenstverklaring en daarmee op de strafbaarheid van artikel 197 Sr. Voor artikel 197 Sr wordt echter niet zelfstandig opgespoord volgens de respondenten: 'Het is altijd een bijvangst met andere delicten. Het is praktisch niet uitvoerbaar om zelfstandig op zoek te gaan naar ongewenst verklaarde vreemdelingen.' Hierdoor is de kans klein dat een vreemdeling wordt aangehouden voor artikel 197 Sr als hij geen ander strafbaar feit pleegt of als dat feit niet wordt opgemerkt. Een logische verwachting is dat het aantal ongewenst verklaarde vreemde-

54 In verband met de anonimiteit worden zij niet verder aangeduid met functie of plaats waar ze werkzaam zijn.

lingen dat zich schuldig maakt aan artikel 197 Sr vermoedelijk vele malen groter is dan blijkt uit de statistieken.

Wanneer komt vast te staan dat iemand tot ongewenste vreemdeling is verklaard, wordt een proces-verbaal opgemaakt. Het uitgangspunt is dat de vreemdeling vervolgens wordt overgedragen aan het openbaar ministerie dat hem voorgeleidt aan de rechter-commissaris in het kader van de bewaring. Ons onderzoek laat echter zien dat het openbaar ministerie dit niet altijd doet. Het probleem is namelijk dat het misdrijf van artikel 197 Sr gezien de strafbedreiging van ten hoogste zes maanden gevangenisstraf geen geval vormt waarvoor voorlopige hechtenis mag worden bevolen. De vraag of de verdachte in voorlopige hechtenis kan worden genomen, is dan wat de gevallen betreft afhankelijk van de strafbare feiten waarvoor de verdachte aanvaankelijk is aangehouden. Bij een winkeldiefstal is de voorlopige hechtenis reeds te bevelen, afhankelijk van de gronden. De meest relevante grond waarop de verdachte in deze gevallen in voorlopige hechtenis kan worden genomen, is de grond van artikel 67 lid 2 Sv: de verdachte mag in voorlopige hechtenis worden genomen wanneer hij geen vaste woon- of verblijfplaats heeft. De rechter oordeelt in deze gevallen echter al snel dat er sprake is van een vaste woon- of verblijfplaats en vindt het genoeg wanneer de vreemdeling staat ingeschreven in de Gemeentelijke Basis Administratie (GBA). Asielzoekers en legaal verblijvende vreemdelingen kunnen zich inschrijven in de GBA. Wanneer de asielzoekerprocedure wordt afgewezen of de legaal verblijvende vreemdeling ongewenst wordt verklaard, is uitschrijving uit de GBA lastig. Het gevolg is dat de ongewenst verklaarde vreemdeling ingeschreven blijft staan, waardoor deze grond voor toepassing van de voorlopige hechtenis zich niet voordoet. Wanneer de vreemdeling niet in voorlopige hechtenis kan worden genomen, wordt hij na aanhouding weer op straat gezet. Dit wordt door de vreemdelingenpolitie als frustrerend ervaren, omdat de vreemdeling nadat hij op straat is gezet weer in de anonimiteit verdwijnt. Het laat zich raden welke invloed dit heeft op de bereidwilligheid van de vreemdelingenpolitie om de ontdekte ongewenst verklaarde vreemdelingen op te pakken.

Ten aanzien van overgedragen ongewenst verklaarde vreemdelingen die wel in voorlopige hechtenis kunnen worden genomen, staat het openbaar ministerie voor een streng beleid: het uitgangspunt is dat zij worden vervolgd. Er zijn echter enkele uitzonderingen op dat uitgangspunt. Zo wordt er niet vervolgd wanneer de 'terme de grâce' – een redelijke termijn voor de vreemdeling om na zijn vrijlating uit detentie een zelfstandige terugkeer naar het land van her-

komst te bewerkstelligen – niet in acht is genomen of wanneer de beschikking van de ongewenstverklaring niet op juiste wijze is uitgereikt. Daarnaast vervolgt het openbaar ministerie niet wanneer het onmogelijk is voor de vreemdeling het land te verlaten wegens omstandigheden zoals de eerder genoemde strijdigheid van de uitzetting met artikel 3 EVRM. Het zou onredelijk zijn deze vreemdelingen te vervolgen. Tot slot vervolgt het openbaar ministerie niet wanneer de identiteit niet kan worden vastgesteld of geen laissez passer wordt afgegeven ondanks de medewerking van de vreemdeling. Een respondent zegt hierover: ‘Als wij zien dat iemand echt meewerkt aan zijn uitzetting, maar het lukt niet, dan houden we op een gegeven moment op met vervolgen. Het meewerkcriterium is echt heel belangrijk.’ Wanneer er evenwel slechts een klein vermoeden is dat de vreemdeling niet heeft meegewerkt, zal het openbaar ministerie wel gewoon vervolgen. Het feit dat een vreemdeling al tien keer eerder is veroordeeld voor artikel 197 Sr, is volgens de respondenten geen reden af te zien van vervolging.

Wanneer het openbaar ministerie besluit te vervolgen, is het aan de rechter om een eindoordeel te geven over de strafbaarheid van de dader op grond van artikel 197 Sr. Ook de rechter acht het meewerkcriterium van groot belang. De ongewenst verklaarde vreemdeling moet de rechter overtuigen van zijn bereidheid terug te keren naar zijn land van herkomst. Hiertoe moet hij kunnen aantonen dat hij alle medewerking heeft verleend aan de initiatieven van de overheid hem een reisdocument te verschaffen dat het mogelijk maakt hem uit te zetten. Ook moet hij kunnen aantonen dat hij zelf adequate pogingen in het werk heeft gesteld om dit document te verkrijgen van het land waarvan hij zegt de nationaliteit te bezitten.⁵⁵ In het geval dat de vreemdeling ondanks zijn medewerking toch wordt vervolgd, volgt ontslag van alle rechtsvervolging. De ongewenst verklaarde vreemdeling kan zich namelijk met succes op de rechtvaardigingsgrond overmacht in de zin van noodtoestand beroepen. Daarbij moet de vreemdeling kunnen aantonen dat hij vanaf het begin af aan alles eraan heeft gedaan terug te keren naar het land van herkomst, maar dat het niet lukt omdat het land van herkomst geen laissez passer wil afgeven of zijn uitzetting in strijd zou zijn met artikel 3 EVRM.

55 Zie Hoge Raad 28 februari 2006, *LJN AU9361* r.o. 3.2. Het feit dat verdachte geen contact opneemt met zijn familie in het land van herkomst, waardoor het vaststellen van zijn identiteit door de autoriteiten van het land van herkomst wordt bemoeilijkt, werkt in het nadeel van verdachte. Zie Hof Den Bosch 29 augustus 2006, *LJN AY7087*.

De vreemdeling bevindt zich dan in een overmachtsituatie. Overigens wordt die overmachtsituatie niet al te gemakkelijk aangenomen: het gerechtshof te Arnhem veroordeelde een ongewenst verklaarde vreemdeling ondanks het feit dat uit een door de verdediging overlegde beslissing van de Vreemdelingenkamer van de Rechtbank Den Haag volgde dat de vreemdeling al was geweigerd door Senegal, Liberia, Togo en Nigeria en ook naar Nederland is teruggezonden door Zwitserland en Duitsland. Het feit dat de moeder van de betreffende vreemdeling tijdens diens geboorte illegaal in de Verenigde Staten verbleef, hem daar niet heeft laten inschrijven in een geboorteregister en hem bij terugkeer in Senegal eveneens nooit heeft geregistreerd, zodat hij bij zijn vlucht op jonge leeftijd naar Nederland staatloos was en nog altijd is, maakte geen verschil. Ook het feit dat de betreffende vreemdeling HIV-besmet was en een medische behandeling na eventuele uitzetting illusoir zou worden, hetgeen onvermijdelijk tot een vroegtijdig overlijden zou leiden, waardoor een eventuele uitzetting mogelijk weer strijdig zou zijn met artikel 3 EVRM, was voor het hof niet redengevend voor het aannemen van de overmacht: 'Van de vreemdeling kan en mag substantieel meer worden verwacht. Niet gebleken is dat pogingen door de vreemdeling zijn ondernomen om zijn identiteit en nationaliteit aan te tonen. Zo blijkt bijvoorbeeld niet dat hij contact heeft gehad met kennissen, scholen, gemeenten of andere instanties in zijn gestelde land van herkomst, die zijn nationaliteit kunnen aantonen dan wel anderszins kunnen onderbouwen.'⁵⁶ Recentelijk heeft de Hoge Raad een beslissing van het gerechtshof te Den Bosch en twee beslissingen van het Gerechtshof Den Haag in stand gelaten, waarin door die gerechtshoven is geoordeeld dat de verdachte niet alle maatregelen heeft genomen die redelijkerwijze van hem konden worden gevergd om zijn identiteit vast te (doen) stellen, reisdocumenten te verkrijgen en Nederland te verlaten.⁵⁷

Doorgaans zal de verdachte vreemdeling de eerste en ook tweede keer dat sprake is van een(zelfde) aanvaarde overmachtsituatie bij een vervolging voor artikel 197 Sr worden ontslagen van alle rechtsvervolging. Daarnaast kan de rechter het openbaar ministerie niet-ontvankelijk verklaren. Deze uitspraak volgt wanneer na meer-

⁵⁶ Zie Hoge Raad 20 november 2007, *LJN* BB4956. In eerste aanleg is de verdachte door de politierechter in de Rechtbank Arnhem eveneens veroordeeld. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het Hof Arnhem omdat het de door de verdediging aangedragen stukken niet gemotiveerd heeft weerlegd.

⁵⁷ Zie Hoge Raad 28 oktober 2008, *LJN* BE9611; Hoge Raad 20 januari 2009, *LJN* BF8848; Hoge Raad 20 januari 2009, *LJN* BF1222.

dere vervolgingen is gebleken dat de vreemdeling niet uitzetbaar is omdat hij bijvoorbeeld geen laissez passer krijgt, terwijl hij wel alle medewerking verleent. Het blijven vervolgen van de vreemdeling dient dan op een gegeven moment geen redelijk strafdoel meer. In beide gevallen – zowel in het geval van overmacht als in het geval dat de vervolging geen redelijk strafdoel meer dient – wordt de vreemdeling weer op straat gezet. Er is echter nog niets veranderd aan de strafrechtelijke positie van de vreemdeling, want de ongewenstverklaring is niet opgeheven. Daarom kan het gebeuren dat wanneer de ongewenst verklaarde vreemdeling opnieuw wordt opgepakt voor strafbare feiten, het hele proces van artikel 197 Sr weer van voor af aan begint. Voorts is het zo dat een eerder uitgesproken niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie ten aanzien van de verdachte ter zake van artikel 197 Sr, niet hoeft te betekenen dat het openbaar ministerie bij een nieuwe vervolging van dezelfde verdachte voor het nadien wederom als ongewenst vreemdeling in Nederland verblijven, opnieuw niet-ontvankelijk wordt verklaard.⁵⁸ De verdachte kan in dat laatste geval gewoon worden veroordeeld voor het strafbare feit van artikel 197 Sr.

Wanneer de vreemdeling niet kan aantonen dat hij heeft meegewerkt aan zijn eigen terugkeer, wordt hij schuldig verklaard en heeft hij de opgelegde gevangenisstraf uit te zitten. Tijdens de duur van de gevangenisstraf probeert de vreemdelingenpolitie de identiteit van de veroordeelde vreemdeling vast te stellen. Dit lukt echter niet altijd, omdat in veel gevallen het vaststellen van de identiteit meer tijd kost dan de duur van de gevangenisstraf. De vreemdelingenpolitie heeft op basis van de Vreemdelingenwet de bevoegdheid de vreemdeling na ommekomst van zijn gevangenisstraf in vreemdelingenbewaring te stellen. De vreemdelingenbewaring is echter bedoeld om iemand het land uit te zetten en niet om iemand van de straat te weren. Voor een rechtmatige vreemdelingenbewaring moet daarom op korte termijn zicht op uitzetting bestaan. Wanneer de identiteit niet binnen deze periode kan worden vastgesteld, wordt de vreemdelingenbewaring opgeheven en wordt de vreemdeling weer op straat gezet. Tevens stopt de poging de identiteit van de vreemdeling vast te stellen en de procedure tot aanvraag voor een laissez passer, waardoor bij de volgende keer dat de vreemdeling wordt opgepakt de gehele procedure weer opnieuw begint. Dit wordt door medewerkers van de vreemdelingenpolitie als frustrerend ervaren, omdat de respondenten

⁵⁸ Zie Hoge Raad 28 februari 2006, *LJN AU9361*.

zien dat de betreffende vreemdelingen eenmaal op straat doorgaans direct weer strafbare feiten plegen. Wanneer meermalen tevergeefs is geprobeerd de identiteit vast te stellen zal de vreemdeling na detentie niet in vreemdelingenbewaring worden geplaatst, omdat geen zicht bestaat op uitzetting. In dat geval wordt de vreemdeling direct op straat gezet.

De beschrijving van de gang van zaken rondom de aanhouding, vervolging, veroordeling en vaststelling van de identiteit vormt de door ons geconstateerde vicieuze cirkel. De vreemdeling wordt veroordeeld, maar kan na het uitzitten van zijn gevangenisstraf niet worden uitgezet omdat zijn identiteit niet kan worden vastgesteld. Vervolgens wordt hij weer op straat gezet waardoor bij zijn volgende aanhouding de hele procedure – de strafrechtelijke procedure en de procedure tot vaststelling van zijn identiteit – weer van voor af aan begint. Deze vicieuze cirkel lijkt verrassend veel op de eerder reeds veelvuldig gesignaleerde problemen rondom het uitzetten van (criminele) illegalen, zij het dat de vreemdeling in deze vicieuze cirkel permanent onder het bereik van het strafrecht is gebracht. Het nijpende probleem van deze vicieuze cirkel zou grotendeels kunnen worden ondervangen indien het vaststellen van de identiteit van de ongewenst verklaarde vreemdeling veel eenvoudiger zou zijn, zodat ook de benodigde reisdocumenten voor deze persoon kunnen worden verkregen. Het vaststellen van de identiteit van de vreemdeling is noodzakelijk om van het land van herkomst een laissez passer te verkrijgen, zodat de ongewenst verklaarde vreemdeling kan worden uitgezet. Op dit punt doet zich evenwel nog een belangrijk praktisch probleem voor. Doordat steeds meer vreemdelingen ongewenst worden verklaard, is een gebrek aan capaciteit ontstaan om het identiteitsonderzoek te doen. Daarnaast bestaat volgens medewerkers van de vreemdelingenpolitie een tekort aan bevoegdheden om de identiteit vast te stellen. Omdat artikel 197 Sr niet als een voldoende ernstig strafbaar feit wordt gezien, mag de vreemdelingenpolitie alleen gebruik maken van bevoegdheden die voortvloeien uit de Vreemdelingenwet en niet van de strafrechtelijke bevoegdheden. Volgens de vreemdelingenpolitie kan de identiteit op deze manier niet op een efficiënte en effectieve wijze worden vastgesteld. Zo is de vreemdelingenpolitie alleen bevoegd om bij aanhouding van de vreemdeling de eigendommen die de vreemdeling op dat moment bij zich heeft, in te zien in. Daarnaast heeft de vreemdelingenpolitie slechts de verklaringen die de vreemdeling aflegt tijdens het verhoor om de identiteit vast te stellen. In een brief aan de Tweede Kamer van 27 maart 2009 heeft Staatssecretaris Albayrak geschreven dat zij voornemens is de opspo-

ringsbevoegdheden van de vreemdelingenpolitie uit te breiden, opdat de vreemdelingpolitie de identiteit en de nationaliteit van de vreemdeling gemakkelijker kan vaststellen.⁵⁹ In de brief wordt onder meer gesproken over uitbreiding van de bevoegdheden van de vreemdelingenpolitie bij de staandehouding van een vreemdeling in een woning die weliswaar rechtmatig is betreden, maar zonder toestemming van de vreemdeling: de woning kan na de staandehouding worden doorzocht op identiteitsdocumenten van de vreemdeling ten behoeve van het vaststellen van diens identiteit en de voorbereiding van diens vertrek.⁶⁰ De staatssecretaris is voorts van plan de bevoegdheid te creëren de (woon)ruimte behorend tot de onderneming waar een vreemdeling tijdens zijn staandehouding werkend is aangetroffen, te doorzoeken op identiteitsdocumenten, zonder dat daarvoor de toestemming van de bewoner van die ruimte is vereist. Tot slot wil de staatssecretaris de onderzoeksmogelijkheden naar de identiteit van de in bewaring genomen vreemdeling met enkele handelingen uitbreiden, zoals het uitlezen van diens mobiele telefoon. Voor deze drie maatregelen is een aanpassing van de Vreemdelingenwet nodig. Een uitbreiding van de bevoegdheden van de vreemdelingenpolitie in deze zin kan wellicht helpen de identiteit van de vreemdeling gemakkelijker vast te stellen, maar de praktijk zal dat moeten uitwijzen.

Tot slot wordt het verkrijgen van een laissez passer als probleem gezien. Nederland is afhankelijk van de bereidheid van het land van herkomst van de vreemdeling om die laissez passer af te geven. Zonder dat de identiteit van de vreemdeling is vastgesteld, is het in ieder geval onmogelijk om de vreemdeling te presenteren bij het consulaat van het betreffende land. Maar ook als de identiteit wel door de vreemdelingenpolitie is vastgesteld, kan het nog zo zijn dat het land van herkomst weigert een laissez passer af te geven, waardoor het onmogelijk is de vreemdeling uit te zetten. China en Algerije zijn voorbeelden van landen die vrijwel nooit meewerken.

Ook wanneer het onmogelijk is de identiteit van de vreemdeling vast te stellen, blijft de vreemdelingenpolitie volgens onze respondenten de ongewenst verklaarde vreemdeling toch voordragen aan het openbaar ministerie. Op dit punt is er een verschil ten opzichte van de bevindingen uit eerder onderzoek. In het kader van de leefbaarheid van de samenleving wil de vreemdelingenpolitie ongewenst verklaarde criminele vreemdelingen zo lang mogelijk van de straat

⁵⁹ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 19637, nr. 1260.

⁶⁰ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 19637, nr. 1260, p. 1-2.

weren. Door middel van het strafrecht kunnen vreemdelingen waarvan de identiteit niet is vast te stellen wel van de straat worden gehouden, waar dit door middel van het bestuursrecht niet is te bewerkstelligen: voor de vreemdelingenbewaring is namelijk vereist dat de vreemdeling op korte termijn kan worden uitgezet. Zo wordt het strafrecht gebruikt als middel om te voorkomen dat de vreemdeling nogmaals een strafbaar feit pleegt of anderszins overlast veroorzaakt. Nog los van de vraag of een dergelijk gebruik van het strafrecht vanuit het oogpunt van de beginselen van een behoorlijke procesorde wel kan worden gerechtvaardigd – let wel: de permanente strafbaarheid van de ongewenst verklaarde vreemdeling wordt aangegrepen om deze gedurende en aan het einde van de strafrechtelijke procedure (veroordeling, ontslag van alle rechtsvervolging of niet-ontvankeelijkheid van het openbaar ministerie) al dan niet in combinatie met de vreemdelingbewaring van de straat te kunnen weren –, vertroebelt het gebrek aan een structurele oplossing het probleem van de niet-uitzetbaarheid en stelt het fenomeen van de ongewenst verklaarde vreemdelingen in het strafrecht de rechter voor een onwenselijke situatie. Het is in de eerste plaats een ongebruikelijke strafrechtelijk figuur iemand te veroordelen voor een strafbaar feit dat hij pleegt door enkel en alleen na te laten iets te doen (namelijk het land verlaten) terwijl hij feitelijk ook niets kan doen. Bovendien is het meewerkcriterium waarop de rechter zijn oordeel heeft te baseren, erg dun. Al bij het instellen van de vervolging maakt het openbaar ministerie een afweging omtrent de vraag of de verdachte ongewenst verklaarde vreemdeling heeft meegewerkt aan zijn uitzetting. Voor zover de rechter dit nog kan toetsen, zal uit feitelijke omstandigheden moeten blijken of de vreemdeling heeft meegewerkt. De vraag is hoeveel mogelijkheden deze daartoe heeft als het de overheid zelf ook al niet lukt de identiteit vast te stellen. Dit laatste wordt doorgaans niet betrokken in de vraag of de vreemdeling voldoende heeft meegewerkt. Het feit dat de strafbaarheid van artikel 197 Sr zoals gezegd een voortdurende strafbaarheid is, zorgt tot slot voor een schrijnende situatie. De straf brengt geen verandering in de situatie van de vreemdeling, maar wordt in meerdere gevallen alleen als preventief middel gebruikt om de vreemdeling van de straat te houden. ‘Het puur vergelden om de vreemdeling van de straat te houden, vind ik een probleem’, aldus één van de respondenten van de rechtsprekende macht. Hier wijkt de visie van de rechter af van die van de medewerkers van de vreemdelingenpolitie.

Uiteindelijk verandert het opleggen van een gevangenisstraf niets aan het werkelijke probleem; het niet kunnen uitzetten van de

ongewenst verklaarde vreemdeling. Respondenten zijn het er over eens dat de dreiging van een gevangenisstraf van zes maanden veelal geen stimulans is voor vreemdelingen het land te verlaten. Zeker wanneer een vreemdeling al meermalen is veroordeeld voor overtreding van artikel 197 Sr is dat helder. De vreemdeling blijft dan permanent strafbaar voor artikel 197 Sr.

5 Conclusies

Het migratiebeleid is aan voortdurende aanscherping onderhevig en kruist steeds vaker met het criminaliteitsbeleid. De laatste jaren wordt in Nederland veel gesproken over een hardere aanpak van criminele vreemdelingen, legaal en illegaal verblijvend. In dit artikel hebben we laten zien dat de mogelijkheden daartoe sterk zijn uitgebreid, in lijn met de retoriek. De glijdende schaal is aangepast en de criteria voor ongewenstverklaring zijn verruimd.

De oplossing voor het vraagstuk van de criminele vreemdelingen in de samenleving wordt niet alleen gezocht in de sfeer van de openbare orde en veiligheid, maar verschuift steeds meer naar het strafrecht. Zoals blijkt uit ons onderzoek is deze verschuiving op een aantal punten problematisch. De problemen doen zich vooral voor wanneer de landen van herkomst geen *laissez passer* afgeven en daar helpt de strafbaarstelling van artikel 197 Sr niet tegen. Ten tweede doen zich problemen voor bij vreemdelingen die zelf hun uitzetting tegenwerken. Ook dit is een reeds langer bekend probleem bij illegale vreemdelingen, maar de uitvoeringsproblemen lijken zich nu door de inschakeling van het strafrecht te verschuiven van de dagelijkse politiepraktijk naar de rechter. Het inzetten van artikel 197 Sr wordt door de politie ervaren als een goed preventief middel om de ongewenst verklaarde vreemdeling van de straat te weren. Tijdens het uitzetten van zijn gevangenisstraf kan de vreemdeling geen delicten plegen en wordt de samenleving tijdelijk beschermd. Tegelijkertijd wordt de ongewenst verklaarde vreemdeling die in Nederland wil blijven door deze aanpak en de daarbij optredende problemen in de handhavingspraktijk, veelal niet gestimuleerd Nederland te verlaten. Artikel 197 Sr heeft daarmee niet het repressieve en afschrikwekkende effect dat wordt beoogd. De uitkomst is dat aan de ene kant het aantal ongewenst verklaarde vreemdelingen stijgt, terwijl aan de andere kant de handhavingspraktijk niet de middelen heeft om hiermee om te gaan. Het probleem van niet-uitzetbare ongewenst verklaarde (criminele) vreemdelingen is derhalve niet opgelost, maar leidt tot verschuivende frustraties in de handhavingspraktijk. Waar die frustra-

ties eerder bij de vreemdelingenpolitie werden ervaren, is het nu de rechterlijke macht die zich voor de doorgaans schrijnende situaties gesteld weet.

Het lag niet in de lijn der verwachtingen dat de strafbaarstelling van ongewenst verblijf een panacee zou zijn. De problematiek van criminele vreemdelingen is nu eenmaal complex, niet alleen vanwege de dieperliggende achtergronden, maar ook omdat de problematiek zich wat de aanpak betreft bevindt op het snijvlak van de vreemdelingenwetgeving en het strafrecht. De uitkomsten van het onderzoek laten evenwel de beperkingen zien waarmee de overheid bij een punitieve aanpak van de ongewenst verklaarde vreemdelingen wordt geconfronteerd. Bij toekomstige discussies over strafbaarheid van ongewenst verklaarde vreemdelingen of bijvoorbeeld de strafbaarstelling van illegaal verblijf in het algemeen, dient veel meer dan nu het geval is in de uitzetbaarheidproblematiek op realistische wijze te worden meegewogen. Bij een grote groep permanent onder het strafrecht vallende, maar niet aan te pakken vreemdelingen is niemand gebaat.