

ZAL DE STRAFBAARSTELLING VAN ILLEGALITEIT EFFECTIEF ZIJN?

En wil iemand dat eigenlijk weten?

Joanne van der Leun*

1 Criminologie en strafbaarstelling

Het kabinetsvoornemen om illegaliteit strafbaar te stellen roept protest op in de maatschappij, tot aan protest van lagere overheden aan toe.¹ Naast morele bezwaren tegen deze *de jure* criminalisering van (ongewenste) migratie wordt ook gewezen op het feit dat het een heilloze weg is om in te slaan. Er is in eigen land sociologisch en criminologisch onderzoek voorhanden dat deze stelling onderstreept.² Er zijn ook internationale voorbeelden die dat aannemelijk maken – denk aan België en Italië – maar het kabinet lijkt daarin niet geïnteresseerd. Dat verbaast in een tijd waarin de effectiviteit van beleid centraal staat. Op deze plaats roep ik aan de hand van de casus over de strafbaarstelling van illegaal verblijf de vraag op in hoeverre de afweging om bepaald gedrag *strafbaar te stellen* mede zou kunnen geschieden op grond van criminologisch onderzoek. In hoeverre kunnen empirische bevindingen eigenlijk überhaupt van waarde zijn voor strafbaarstelling?

Het kabinetsvoornemen om illegaliteit strafbaar te stellen roept protest op in de maatschappij. Naast morele bezwaren wordt ook gewezen op het feit dat het een heilloze weg is om in te slaan

2 De relatie tussen criminologie en strafrecht

De criminologie houdt zich bezig met *making laws, breaking laws and reactions to the breaking of laws*. Criminologen hadden en hebben het echter heel weinig over de vraag of en in hoeverre deze wettelijke definities mede bepaald of geëvalueerd zouden moeten of kunnen worden op basis van criminologische kennis over de achtergronden van strafbaar gedrag of over de effectiviteit van aanpak via het strafrecht.³

Er is een tijd geweest dat het fatalistische idee dat niets werkt (*nothing works*) in de criminologie invloedrijk was. Een tegenbeweging, geïnspireerd door de medische wereld, is vervolgens bekend geworden als de *what works*-benadering. Een van de voorvechters hiervan binnen de criminologie, Sherman, laat zich overigens ook zeer expliciet uit ten aanzien van het strafrecht: 'Criminologen hebben duidelijk aangevoeld dat het strafrecht een vluchtig en potentieel gevaarlijk medicijn is, dat niet zou moeten worden toegediend zonder eerst uitgebreid te zijn getest.'⁴ Hij is hiermee niet alleen kritisch ten aanzien van het strafrecht, hij suggereert ook dat criminologisch onderzoek de basis zou kunnen en moeten vormen voor de inzet van het strafrecht bij criminele gedragingen. Dit gebeurt niet of nauwelijks.⁵

De criminologie houdt zich bezig met *making laws, breaking laws and reactions to the breaking of laws*

De strafrechtelijke discussie over criteria voor strafbaarstelling laat zien dat deze criteria niet eenduidig zijn vast te stellen of toe te passen.⁶ De kern is dat er schade moet zijn die breed erkend wordt en in enigerlei mate voorkomt, dat de baten van strafrechtelijk ingrijpen moeten opwegen tegen de kosten en dat de regels handhaafbaar zijn.⁷ Vanuit verschillende disciplines, waaronder de criminologie, zou in principe input geleverd kunnen worden voor de invulling van deze criteria in concrete gevallen. Beleids-economen geven vanuit *efficiency*-overwegingen aan dat elk overheidsbeleid vooraf grondig getoetst zou dienen te worden. Een maatschappelijke kosten-batenanalyse (MKBA) zou daarbij vooraf plaats moeten vinden.⁸ Voor een groot deel van het justitieveld staat dit echter ver af van de werkelijkheid. Als criminologische kennis bij strafbaarstellingsafwegingen wordt ingezet, is dat hooguit achteraf het geval.⁹

* Prof.dr. J.P. van der Leun is hoogleraar Criminologie aan het Instituut voor Strafrecht & Criminologie, Universiteit Leiden.

- 1 Zie onder meer S. Kamerman en E. van Steenberghe 'Verzet steden tegen beleid illegalen.' *NRC Handelsblad* 22 november 2012.
- 2 Vgl. R. Staring en J. Aarts, *Jong en illegaal in Nederland*, Den Haag: BJu 2010; D.C. Laagland e.a., 'Het strafrecht als vicieus sluitstuk van het beleid ten aanzien van criminele vreemdelingen. Het sluimerende probleem van de niet-uitzetbare ongewenst verklaarde vreemdeling', *Delikt en Delinkwent* 2009-7, p. 697-724.
- 3 Vgl. N. Persak, *Criminalising Harmful Conduct: the Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, New York: Springer 2007.
- 4 L.W. Sherman, 'Criminologie en criminalisering; provocatie en de wetenschap van strafrechtelijke sancties', *Justitiële Verkenningen* 2005-5, p. 58-71.
- 5 C.P.M. Cleiren 'Functie en waarde van strafbaarstellingscriteria in het huidige tijdsgewricht', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma 2012, p. 7-24.
- 6 R. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel*, Deventer: Gouda Quint 1998.

3 Casus illegaliteit

Als we dit toespitsen op de voorgenomen strafbaarstelling van illegaal verblijf, zien we dat het kabinet Rutte II voornemens is om, in lijn met het beleid van het vorige kabinet, illegaal verblijf strafbaar te stellen om dit effectiever tegen te gaan. Volgens het wetsvoorstel kan een illegaal verblijvende vreemdeling bij aanhouding gestraft worden met een geldboete van maximaal 3800 euro of een hechtenis van maximaal vier maanden.¹⁰ Deze aankomende strafbaarstelling is het voorlopige sluitstuk van het twintig jaar lang door verschillende kabinetten aanscherpen van de aanpak van illegaal verblijf.¹¹ In Nederland is de stap van formele strafbaarstelling in de afgelopen tien tot vijftien jaar meerdere malen besproken, maar niet doorgezet om redenen van onuitvoerbaarheid. In de illegalennota uit 2004 stond dat het kabinet er niet voor koos om illegaal verblijf strafbaar te stellen, omdat een mogelijke gevangenisstraf het verblijf van de illegaal in Nederland zou verlengen. Wel werd voorgesteld illegalen die een gevaar vormen voor de openbare orde of nationale veiligheid, vaker ongewenst te verklaren.¹² Ook in het regeerakkoord van het kabinet Balkenende IV was te vinden dat illegaal verblijf en het profiteren van illegalen krachtiger moet worden bestreden. Algemene strafbaarstelling werd echter niet genoemd. In 2007 gaf staatssecretaris Albayrak aan dat werd gekozen voor specifieke strafbaarstelling via de ongewenstverklaring en dat dit in feite een indirecte vorm van strafbaarstelling was.

Het ligt voor de hand te denken dat naar dit onderzoek, dat deels mede is gedaan in opdracht van de overheid, wel gekeken zou worden, maar dat valt tegen

Uit een studie verricht met collega's¹³ kan geconstateerd worden dat het strafrechtelijke middel van de ongewenstverklaring in toenemende mate wordt toegepast, maar nog steeds wel selectief. Op die manier is er dus allang een (indirecte) strafbaarstelling. Een nieuwe, meer algemene strafbaarstelling voegt daar niet veel aan toe. Ook blijkt dat de bestaande strafbaarstelling de uitzettingenproblematiek niet oplost. Op de vraag of de strafrechtelijke aanpak een adequate respons biedt op het aanhoudende probleem van illegaal verblijf is indicatief wel te antwoorden dat dat niet het geval is. Als het gaat om illegale migranten laat bijna twintig jaar onderzoek zien dat illegalen een sterke motivatie hebben om zich verre te houden van criminele activiteiten.¹⁴ Onbedoeld keert dit beleid zich dus deels tegen de overheid, zoals we elders laten zien, doordat een deel van de buitengesloten illegalen overgaat tot het plegen van criminele feiten.¹⁵ Het ligt voor de hand te denken dat naar dit onderzoek, dat deels mede is gedaan in opdracht van de overheid, wel gekeken zou worden, maar dat valt tegen. Minister Leers beriep zich in een eerder stadium in

zoverre op onderzoek dat hij het gebruikte om de noodzaak van strafbaarstelling te onderbouwen: het probleem is immers nog altijd niet opgelost. Hij zei er niet bij dat in landen waar al een strafbaarstelling bestaat – denk aan België en Italië – het vraagstuk van de illegaliteit ook zeker niet is opgelost. Ook verwees hij naar het aantal van 100.000 illegalen dat volgens wetenschappelijk onderzoek in Nederland zou verblijven.¹⁶ Leers winkelt uiterst selectief en interpreteert hiermee het bestaande onderzoek zo dat het de kant op wijst die het beleid inzet.¹⁷

Het voorbeeld van de strafbaarstelling van illegaliteit laat zien dat in de praktijk op dit punt *evidence* dat simpelweg voorhanden is nauwelijks serieus wordt geraadpleegd. Dat is geen vrolijke constatering

4 Wat betekent dit?

Natuurlijk spelen bij afwegingen over strafbaarstelling naast onderzoeksresultaten ook politieke, strategische en electorale belangen een rol, en daarnaast ook machtsverhoudingen, economische overwegingen, beleidstradities en reacties op incidenten. Dat kan ook niet anders in een democratische en mediageoriënteerde samenleving.¹⁸ Maar er is meer: er wordt ook vaak helemaal niet naar gestreefd om onderzoek serieus te gebruiken voor dit soort afwegingen. Het voorbeeld van de strafbaarstelling van illegaliteit laat zien dat in de praktijk op dit punt *evidence* dat simpelweg voorhanden is nauwelijks serieus wordt geraadpleegd. Dat is geen vrolijke constatering. Maar het betekent ook dat er ten aanzien van het benutten van onderzoek in het brede veld van justitie aanzienlijk meer mogelijk is. Als gestreefd zou worden naar *evidence-informed law making* en als dit streven zou worden vertaald in het systematisch en weldoordacht inrichten van processen die dat ondersteunen, zou dat in veruit de meeste gevallen een cruciale stap vooruit zijn.¹⁹ Het kabinet Rutte II zou hiermee op het punt van de strafbaarstelling van illegaliteit zonder enige moeite geld en energie kunnen sparen voor ander en hopelijk effectiever beleid.

We hebben in Nederland een groeiend legertje universitair opgeleide criminologen die voor een deel belangrijk werk zouden kunnen verrichten door voortgaand aan nieuwe wetsvoorstellen te beoordelen of aannemelijk is dat concrete strafbaarstellingen de gewenste effecten zullen sorteren. Daarbij kunnen zij putten uit een wereld van empirische studies die eenvoudigweg voorhanden zijn. Een dergelijke aanpak zou een forse effectiviteitsslag voor de overheid kunnen betekenen en een aanzienlijk betere benutting van onderzoek waarvoor de overheid vaak zelf heeft betaald. Het is te hopen dat de discussie over de strafbaarstelling van illegaliteit dit kan bewerkstelligen.

- 7 L.C.H. Hulsman, *Handhaving van recht* (inaugurale rede), Deventer/Antwerpen: Kluwer 1965, zie ook Cleiren 2012.
- 8 B. Baarsma, C. Koopmans & J. Theeuwes, *Beleidsconomie. Een rationele onderbouwing van overheidsingrijpen*, Amsterdam: AUP/Pallas 2011.
- 9 B.C.J. van Velthoven, 'Criteria vanuit economisch perspectief, een onmogelijke opgave', in: Cleiren e.a. (red.) 2012, p. 49-64.
- 10 Daarnaast is op grond van de Terugkeerrichtlijn sprake van een inreisverbod.
- 11 J.P. van der Leun, *Looking for Loopholes. Processes of Incorporation of illegal immigrants in the Netherlands*, Amsterdam: AUP 2003.
- 12 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 537, nr. 25.
- 13 D.C. Laagland e.a. 2009, p. 697-724.
- 14 G. Engbersen & J.P. van der Leun, 'Illegale vreemdelingen en criminaliteit: De differentiële kansensstructuur van illegalen', *Tijdschrift voor Criminologie* 1995-3, p. 238-256; J. Burgers en G. Engbersen, *De Ongekende stad*, Amsterdam: Boom 1998, G. Engbersen, J.P. van der Leun, R. Staring, & J. Kehla, *De ongekende stad II. De inbedding van illegale migranten*, Amsterdam: Boom 1999; A. Leerkes, G. Engbersen & J. van der Leun, 'Crime among irregular immigrants and the influence of internal border control', *Crime, Law and Social Change* 2012-1, p. 15-38. Het empirisch onderzoek startte begin jaren negentig.
- 15 A. Leerkes, G. Engbersen & J. van der Leun, 'Crime among irregular immigrants and the influence of internal border control', *Crime, Law and Social Change* 2012-1, p. 15-38.
- 16 www.rijksoverheid.nl/regering/het-kabinet/ministerraad/nieuws/2011/07/08/kabinet-maakt-einde-aan-gedogen-illegaliteit.html, laatst geraadpleegd 15 november 2012.
- 17 G. Engbersen, 'De verhouding tussen wetenschap en beleid. Over wittebroodsweken en LAT-relaties', in: A. Soeteman & F. van den Born (red.), *Ethiek van empirisch sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2007.
- 18 Vgl. C. Weiss, 'The many meanings of research utilization', *Public Administration Review* 1979-5, p. 426-431.
- 19 Vgl. R. Pawson & N. Tilley, *Realistic Evaluation*, London: Sage 1997.