

De gevolgen van het Ouhrami arrest

*Een onderzoek naar de gevolgen van het Ouhrami arrest voor zowel het Nederlandse vreemdelingenrecht als het strafrecht.*

Naam: Lejla Ibisevic

Studentnummer: 1086938

Opleiding: HBO-Rechten

Onderwijsinstelling: Hogeschool Leiden

Modulecode: HBR-AS17-AS

Opdrachtgever: Schoneveld Vennik Van der Klaauw Advocaten

 Mw. mr. M.I. Vennik

Afstudeerbegeleider: Dhr. mr. S. Kok

Onderzoeksdocent: Dhr. mr. M. Verstuijf

Inleverdatum: 13 juni 2018

*‘‘Inmiddels is eigenlijk het gehele migratierecht Unierecht.’’* - Nico Verheij, voorzitter van de Vreemdelingenkamer van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, in een interview in A&MR 2017, nr. 3.

**Voorwoord**

Voor u ligt het afstudeeronderzoek dat ik heb geschreven in het kader van de afronding van mijn opleiding HBO-Rechten aan de Hogeschool Leiden. Dit rapport is het meest waardevolle sluitstuk van mijn studie en ik heb hier de afgelopen maanden met veel passie en plezier aan gewerkt. Met grote dank aan Schoneveld Vennik Van der Klaauw advocaten heb ik mijzelf de afgelopen twee jaren bezig mogen houden met verscheidene onderwerpen binnen het vreemdelingenrecht en het strafrecht. Het is dus geen toeval dat mijn afstudeeronderzoek zich richt tot beide rechtsgebieden.

Dit onderzoek zou niet tot stand zijn gekomen zonder de hulp van anderen. Bij dezen wens ik dan ook mijn dank uit te spreken aan enkele personen. Allereerst dank ik mijn opdrachtgever Schoneveld Vennik Van der Klaauw advocaten voor het voortdurende vertrouwen en de kansen die zij mij geven. In het bijzonder wens ik mevrouw mr. M.I. (Margot) Vennik te bedanken voor onder meer haar betrokkenheid en ondersteuning gedurende dit gehele proces. Daarbij dank ik haar voor het feit dat zij mij kennis heeft laten maken met dit zeer specifieke onderwerp en mij de nodige kansen heeft geboden om het meeste uit dit onderzoek te kunnen halen. Zij motiveert mij dagelijks op veel gebieden en mede door haar groeit mijn passie voor het advocatenvak iedere dag.

Mijn dank gaat daarnaast uit naar mijn afstudeerbegeleider, de heer mr. S. (Stefan) Kok, die door zijn deskundigheid op onder meer het gebied van Europees immigratierecht te allen tijde met een kritische blik naar mijn afstudeeronderzoek heeft kunnen kijken. Ondanks het gecompliceerde karakter van het onderwerp heeft hij mij op alle vlakken goed begeleid en was hij hierbij zeer betrokken. Ik heb veel gehad aan zijn kennis, scherpzinnige blik en bemoedigende woorden.

Ten slotte wil ik mijn moeder bedanken voor haar eeuwige wijsheid en kracht. Zij heeft mij geleerd wat doorzettingsvermogen is en ik ben haar voor altijd dankbaar.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Lejla Ibisevic

Haarlem, 13 juni 2018

**Samenvatting**

Gedurende een lange periode was de terugkeer en verwijdering van illegale derdelanders uitsluitend een aangelegenheid van de betrokken Europese lidstaat. De noodzaak voor een gemeenschappelijk en doeltreffend beleid hieromtrent op Europees niveau bleek echter door de jaren heen steeds groter te worden. Met de totstandkoming van de Terugkeerrichtlijn is het gezamenlijke verwijderings- en terugkeerbeleid uiteindelijk gerealiseerd.

Sinds de implementatie van de Terugkeerrichtlijn in Nederland kent onze rechtsorde naast de nationale ongewenstverklaring, eveneens het inreisverbod en het terugkeerbesluit. In de Terugkeerrichtlijn is bepaald dat dat het inreisverbod altijd tezamen met het terugkeerbesluit opgelegd dient te worden. Ondanks dat het inreisverbod sterke gelijkenis toont met de nationale ongewenstverklaring die Nederland reeds voor de implementatie van de Terugkeerrichtlijn kende, verschilt deze toch op belangrijke punten. Om deze reden hebben de Unierechtelijke bepalingen uit de Terugkeerrichtlijn in 2011 geleid tot wijziging van de Nederlandse Vw 2000.

De ongewenstverklaring, het inreisverbod en het terugkeerbesluit kunnen worden uitgevaardigd aan derdelanders die illegaal op het grondgebied van de lidstaten verblijven. De exacte redenen voor het illegale verblijf kunnen zeer uiteenlopend zijn. Onderhavig onderzoek richt zich echter slechts tot de derdelanders die illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven doordat hun verblijfsvergunning is ingetrokkene, niet verlengd of geweigerd wegens het plegen van strafbare feiten, waardoor zij aangemerkt worden als een gevaar voor de openbare orde.

In Nederland is illegaal verblijf als zodanig destijds niet strafbaar gesteld. De wetgever heeft expliciet gekozen om de strafbaarstelling van illegaal op het grondgebied verblijvende derdelanders te koppelen aan het inreisverbod. Hierdoor is slechts het verblijf in weerwil van het inreisverbod strafbaar gesteld in het nationale recht. In dit verband heeft het HvJEU op 26 juli 2017 een baanbrekende uitspraak gedaan in het Ouhrami arrest, waarbij zij antwoord hebben gegeven op een tweetal prejudiciële vragen van de Hoge Raad.

In eerste instantie ging het in dit arrest kort gezegd om de vraag: *‘vanaf welk moment begint de termijn voor het inreisverbod te lopen?’*. Volgens de Hoge Raad zouden er drie mogelijkheden zijn: (1) vanaf het moment dat het inreisverbod is uitgevaardigd, (2) vanaf de datum dat de vreemdeling het grondgebied van de lidstaten heeft verlaten of (3) op enig ander moment. In de praktijk heeft het antwoord op voornoemde vraag echter tot aanzienlijke andere gevolgen geleid, zowel voor het vreemdelingenrecht als voor het strafrecht. Dit is ook direct de aanleiding geweest van dit onderzoek. De gevolgen zijn voor onder meer advocaten en rechters op dit moment nog onduidelijk, waardoor het ook niet mogelijk is om cliënten vooraf naar behoren te adviseren, dan wel om de zaken tijdens de zitting te beargumenteren. Dit is logischerwijs wel van groot belang.

Naar aanleiding van vorenstaande is de volgende centrale vraag tot stand gekomen: ‘‘Welk advies kan aan SVK-advocaten worden verschaft, middels wetsanalyse, dossier-, jurisprudentie- en literatuuronderzoek, met betrekking tot de gronden die naar aanleiding van het Ouhrami arrest aangevoerd kunnen worden in zowel vreemdelingen- als strafzaken, teneinde een positieve uitkomst te bewerkstelligen, namelijk dat de intrekking, niet-verlenging of weigering van de verblijfsvergunning in openbare-orde zaken samen met het terugkeerbesluit in beroep vol wordt getoetst en dat in strafzaken een veroordeling voor artikel 197 Sr achterwege blijft?’’

Ter beantwoording van bovengenoemde vraag zijn allereerst een reeks deelvragen opgesteld, aan de hand waarvan wetsanalyse, literatuuronderzoek, jurisprudentieonderzoek en dossieronderzoek heeft plaatsgevonden. Dit is noodzakelijk geweest voor het behalen van de doelstelling van dit onderzoek, te weten het formuleren van een advies voor SVK-advocaten waarin de gronden zijn verwerkt die zij naar aanleiding van het Ouhrami arrest kunnen aanvoeren en waarmee zij cliënten naar behoren kunnen adviseren. De gronden die blijkens het advies aangevoerd kunnen worden moeten in de praktijk leiden tot het volgende: 1) de bestuursrechter neemt procesbelang aan en toetst de weigering, niet-verlenging of intrekking van de verblijfsvergunning en het daarbij behorende terugkeerbesluit samen met het inreisverbod vol en 2) de strafrechtelijke vervolging van artikel 197 Sr blijft achterwege indien het inreisverbod op grond van het Ouhrami arrest nog niet in werking is getreden.

De resultaten van dit onderzoek zullen tot belangrijke nieuwe ontwikkelingen leiden. Voor de strafpraktijk houdt dit in dat er geen adequate wettelijke grondslag is voor de vervolging van het verblijf in weerwil van een inreisverbod en dat derhalve sprake is van een legaliteitsgebrek. De hierbij behorende conclusie is namelijk dat het inreisverbod nog niet in werking is getreden op het moment dat de vreemdeling Nederland nog niet heeft verlaten, waardoor een overtreding hiervan ook niet mogelijk is.

Voor de vreemdelingenrechtpraktijk betekenen de resultaten dat het inreisverbod door de bestuursrechter niet meer gebruikt kan worden om de toetsing van de weigering, niet-verlenging of intrekking van de verblijfsvergunning op gronden van de openbare orde, alsmede het daarbij behorende terugkeerbesluit te omzeilen. In de huidige praktijk worden voornoemde verblijfsaanspraken in de beroepsprocedure nimmer getoetst, doordat er geen procesbelang zou zijn.

Uit de resultaten is echter gebleken dat de bestuursrechter vanaf heden genoodzaakt is om voornoemde verblijfsaanspraken wel (vol) te toetsen, indien de vreemdeling Nederland nog niet heeft verlaten. De hierbij behorende conclusie is namelijk dat het inreisverbod in voornoemde gevallen nog geen rechtskracht heeft, waardoor deze ook niet getoetst kan worden door de bestuursrechter. Doordat het inreisverbod nu niet meer in de weg staat van rechtmatig verblijf in Nederland, zal de bestuursrechter procesbelang moeten aannemen ten aanzien van de genoemde verblijfsaanspraken.

Een andere conclusie is dat de bestuursrechter nu óók in het geval van een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd op moet treden als Unierechter, waardoor hij de weigering, niet-verlenging of intrekking van de verblijfsvergunning samen met het terugkeerbesluit vol moet toetsen in beroepsprocedures. Daarmee wordt ook duidelijk dat het Unierecht het immigratierecht momenteel voor een heel groot gedeelte bepaald.

**Afkortingen**

ACVZ Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken

Awb Algemene wet bestuursrecht

EHRM Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EU Europese Unie

EVRM Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

HvJEU Hof van Justitie van de Europese Unie

IND Immigratie- en Naturalisatiedienst

IVBP Internationaal Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten

IVRK Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind

SIS Schengen-Informatiesysteem

SVK-advocaten Schoneveld Vennik Van der Klaauw advocaten

Sr Wetboek van Strafrecht

Vb 2000 Vreemdelingenbesluit 2000

Vc 2000 Vreemdelingencirculaire 2000

Vw 2000 Vreemdelingenwet 2000

VwEU Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

**Inhoudsopgave**

Samenvatting p. 7

Afkortingen p. 9

Hoofdstuk 1: inleiding p. 13

 *1.1 Probleemanalyse* p. 13

 *1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen* p. 15

 *1.2.1 Doelstelling* p. 15

 *1.2.2 Centrale vraag en deelvragen* p. 15

 *1.3 Operationaliseren van begrippen* p. 16

 *1.4 Onderzoeksmethoden en verantwoording* p. 17

 *1.5 Leeswijzer* p. 19

Hoofdstuk 2: juridisch kader p. 20

 *2.1 Het Unierecht* p. 20

 *2.1.1 De Terugkeerrichtlijn* p. 20

 *2.1.2 Reikwijdte Terugkeerrichtlijn* p. 21

 *2.1.3 Terugkeerbesluit ex Terugkeerrichtlijn* p. 22

 *2.1.4 Inreisverbod ex Terugkeerrichtlijn* p. 22

 *2.1.5 Belangenafweging ex Terugkeerrichtlijn* p. 23

 *2.2 Het nationale recht* p. 23

 *2.2.1 Onrechtmatig verblijf* p. 23

 *2.2.2 Terugkeerbesluit ex Vw 2000* p. 24

 *2.2.3 Inreisverbod ex Vw 2000* p. 24

 *2.2.4 Ongewenstverklaring ex Vw 2000* p. 25

 *2.2.5 Deelconclusie eerste deelvraag* p. 26

 *2.3 Het openbare-ordebeleid* p. 26

 *2.3.1 De Unierechtelijke actuele-bedreigingstoets* p. 27

 *2.3.2 De belangenafweging* p. 28

 *2.3.3 Het nationale openbare-ordebeleid* p. 29

 *2.3.4 De belangenafweging* p. 30

 *2.3.5 Kritieken* p. 30

 *2.3.6 Deelconclusie tweede deelvraag* p. 30

 *2.4 De rechtsmiddelen* p. 31

 *2.4.1 Zienswijzeprocedure, bezwaar en (hoger) beroep* p. 31

 *2.4.2 Procesbelang* p. 31

 *2.4.3 Rechterlijke toetsing* p. 32

 *2.4.4 Deelconclusie derde deelvraag* p. 34

*2.5 De strafrechtelijke vervolging voor onrechtmatig verblijf* p. 35

 *2.5.1 De huidige strafbepalingen* p. 35

 *2.5.2 Toepassing* p. 35

 *2.5.3 Deelconclusie vierde deelvraag* p. 36

 *2.6 Het arrest Ouhrami* p. 36

 *2.6.1 De prejudiciële antwoorden* p. 37

 *2.6.2 De gevolgen* p. 38

 *2.6.3 Deelconclusie vijfde deelvraag* p. 38

Hoofdstuk 3: resultaten p. 39

 *3.1 Resultaten dossieronderzoek* p. 39

 *3.1.1 Conclusie* p. 41

 *3.2 Resultaten jurisprudentieonderzoek* p. 42

  *3.2.1 Conclusie* p. 43

Hoofdstuk 4: conclusies en aanbevelingen p. 44

 *4.1 Conclusies* p. 44

 *4.1.1 Advies vreemdelingenzaken* p. 44

 *4.1.2 Advies strafzaken* p. 48

 *4.2 Aanbevelingen* p. 49

Bronnenlijst p. 50

Bijlage 1 p. 55

Bijlage 2 p. 57

Bijlage 3 p. 59

Bijlage 4 p. 63

Bijlage 5. P. 65

**Hoofdstuk 1**

Het eerste hoofdstuk zal bestaan uit een toelichting van de probleemanalyse, alsmede uit de doelstelling, de centrale vraag en de deelvragen van dit onderzoek. Voorts zullen in dit hoofdstuk een aantal begrippen meetbaar worden gemaakt door middel van het operationaliseren van de begrippen en zullen de onderzoeksmethoden per deelvraag worden verantwoord.

*1.1 Probleemanalyse*

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) heeft op 26 juli 2017 uitspraak gedaan over een tweetal prejudiciële vragen in de zaak Ouhrami.[[1]](#footnote-1) De Hoge Raad heeft vervolgens met inachtneming van deze uitspraak zijn arrest gewezen op 14 november 2017.[[2]](#footnote-2) Het Ouhrami arrest heeft zowel binnen de vreemdelingenrechtelijke praktijk als de strafrechtelijke praktijk voor vele implicaties en onduidelijkheden gezorgd. Voornoemde zal hieronder stapsgewijs worden toegelicht.

Ouhrami is een vermoedelijk Algerijnse staatsburger die bij besluit van 22 oktober 2002 tot ongewenst vreemdeling is verklaard wegens het meermaals plegen van strafbare feiten. Hij vormde volgens de Immigratie- en Naturalisatiedienst (hierna: de IND) een gevaar voor de openbare orde. De ongewenstverklaring had twee rechtsgevolgen. Ten eerste diende Ouhrami direct zelfstandig Nederland te verlaten – terugkeerbesluit – en ten tweede diende Ouhrami tien jaren buiten Nederland te blijven – inreisverbod – vanaf het moment dat hij Nederland daadwerkelijk had verlaten.

Tussen 2011 en 2012 werd vervolgens in totaal zeven keren vastgesteld dat Ouhrami in strijd met voornoemd besluit in Nederland verbleef, hetgeen strafbaar is gesteld in artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) en artikel 108 van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000). De rechtbank veroordeelde Ouhrami tot een gevangenisstraf. Hiertegen ging Ouhrami in hoger beroep bij het gerechtshof en vervolgens in cassatieberoep bij de Hoge Raad. Volgens Ouhrami had de ongewenstverklaring in 2011 en 2012 geen rechtgevolgen meer, daar de ongewenstverklaring gelijk moet worden gesteld met een inreisverbod dat van kracht was gegaan op het moment dat deze werd uitgevaardigd, dan wel op het moment dat hij daarvan kennis had genomen.

Blijkens artikel 11 lid 2 van Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (hierna: de Terugkeerrichtlijn) kan de geldigheidsduur van een inreisverbod in beginsel inderdaad niet meer dan vijf jaren bedragen. De vraag die echter beantwoord diende te worden om tot een oordeel te komen was: wanneer heeft de termijn waarvoor het inreisverbod van toepassing is aanvang genomen?

Het HvJEU heeft vervolgens bij wijze van prejudiciële beslissing antwoord gegeven op voornoemde vraag, waarbij twee onderdelen in het bijzonder van belang zijn voor dit onderzoek. Ten eerste is van belang dat door het HvJEU een duidelijk onderscheid is gemaakt tussen een terugkeerbesluit enerzijds en een inreisverbod anderzijds.[[3]](#footnote-3) Ten tweede is van belang dat het HvJEU heeft vastgesteld dat het inreisverbod pas ingaat vanaf de datum dat de illegaal op het grondgebied verblijvende onderdaan van een derde land (hierna: derdelander) het grondgebied van de lidstaten van de Europese Unie[[4]](#footnote-4) (hierna: de lidstaten) heeft verlaten.

Voornoemde bindende uitspraak is van groot belang voor de opdrachtgever van dit onderzoek, Schoneveld Vennik Van der Klaauw advocaten (hierna: SVK-advocaten), nu de uitspraak grote veranderingen teweeg kan brengen voor zowel de vreemdelingenrechtelijke praktijk als de strafrechtelijke praktijk. Binnen SVK-advocaten houden mw. mr. M.I. Vennik en mw. mr. E. Schoneveld zich hoofdzakelijk bezig met dergelijke zaken. Zij zijn beiden gespecialiseerd in zowel het vreemdelingen- als het strafrecht. Daarbij is dhr. mr. M.A.J. van der Klaauw gespecialiseerd in het strafrecht, waardoor dit onderzoek ook voor hem van belang zal zijn. De uitleg van het HvJEU is de advocaten logischerwijs niet onopgemerkt gebleven. Zij lopen momenteel tegen het probleem aan dat alle beroepszaken die betrekking hebben op terugkeerbesluiten en inreisverboden al lange tijd door de rechtbank zijn aangehouden in afwachting van het Ouhrami arrest.

De aangehouden zaken zullen naar alle waarschijnlijkheid de komende maanden weer ter zitting verschijnen. Door de uitleg van het HvJEU is echter veel veranderd in deze zaken. SVK-advocaten wenst een advies te ontvangen omtrent de (nieuwe) gronden die zij aan kunnen voeren in hun lopende of nieuwe vreemdelingen- en strafzaken, zodat zij deze verschillen en de daarbij behorende nieuwe uitkomsten duidelijk kunnen toelichten aan zowel hun cliënten als aan rechters, en derhalve uiteindelijk een positieve uitkomst in deze zaken kunnen bewerkstelligen.

In de vreemdelingenpraktijk kan het Ouhrami arrest vele – positieve – invloeden hebben voor SVK-advocaten. In de praktijk komt de rechtbank momenteel standaard tot de conclusie dat er geen sprake is van procesbelang, aangezien de derdelander die tot ongewenst vreemdeling is verklaard en/of een zwaar inreisverbod opgelegd heeft gekregen geen rechtmatig verblijf in Nederland kan hebben. Het opnieuw aanvragen van verblijfsrecht zou voor deze personen leiden tot niet-ontvankelijkverklaring, waardoor slechts belang zou zijn bij de beoordeling van het beroep gericht tegen het inreisverbod.[[5]](#footnote-5) De verblijfsaanspraken worden samen met het terugkeerbesluit echter nimmer getoetst, doordat hier dus geen procesbelang voor zou zijn. In dit onderzoek is onderzocht of deze motivering aan de hand van het Ouhrami arrest klopt.

Daarbij kan het Ouhrami arrest ook in de strafpraktijk – positieve – consequenties hebben voor de zaken van SVK-advocaten. Dit betreft het in artikel 197 Sr juncto artikel 108 Vw 2000 strafbaar gestelde ‘verblijf in weerwil van de ongewenstverklaring of het Europees inreisverbod’. De strafrechtelijke vervolging hiervan stuit – in het licht van de uitleg van het HvJEU – op ernstige bezwaren in het geval dat de derdelander de lidstaten nog niet heeft verlaten na het uitvaardigen van het inreisverbod.[[6]](#footnote-6) In dit verband is dan ook onderzocht of er nog een adequate wettelijke grondslag bestaat voor de vervolging van een derdelander op grond van artikel 197 Sr, op het moment dat de derdelander Nederland nog niet heeft verlaten.

*1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen*

*1.2.1 Doelstelling*

Het doel van dit onderzoek is om, door middel van wetsanalyse, dossier-, jurisprudentie- en literatuuronderzoek, een advies te formuleren voor SVK-advocaten waarin de gronden zijn verwerkt die zij naar aanleiding van het Ouhrami arrest kunnen aanvoeren procedures teneinde een positieve uitkomst te bewerkstelligen, namelijk dat de weigering, niet-verlenging of intrekking van de verblijfsvergunning en het daarbij behorende terugkeerbesluit, samen met het inreisverbod, vol wordt getoetst, alsmede dat de strafrechtelijke vervolging van artikel 197 Sr achterwege blijft indien er geen adequate grondslag is voor de vervolging. Het onderzoek ziet derhalve op zowel de vreemdelingenrechtpraktijk als op de strafpraktijk. Het advies zullen zij logischerwijs ook kunnen gebruiken ter advisering van hun cliënten.

Het advies kan direct door SVK-advocaten worden gebruikt in de praktijk. Daarnaast zijn er verscheidene andere (straf- en vreemdelingenrecht) advocaten in Nederland die te maken hebben met soortgelijke zaken en die derhalve belang hebben bij de uitkomsten van dit onderzoek. Het belang van dit onderzoek is voorts gelegen in het feit dat het Ouhrami arrest relatief nieuw is en dat het hierdoor ook voor rechtbanken en ministeries – waaronder het Openbaar Ministerie – van belang is om inzichten te verkrijgen in de uiteenlopende gevolgen van het arrest. Mede doordat dit arrest naar alle waarschijnlijkheid zal leiden tot vele nieuwe procedures, kan dit onderzoek ook nuttig zijn voor hen.

 *1.2.2 Centrale vraag en deelvragen*

Door middel van het onderzoek wordt uiteindelijk een antwoord gegeven op de volgende centrale vraag:

*‘‘Welk advies kan aan SVK-advocaten worden verschaft, middels wetsanalyse, dossier-, jurisprudentie- en literatuuronderzoek, met betrekking tot de gronden die naar aanleiding van het Ouhrami arrest aangevoerd kunnen worden in zowel vreemdelingen- als strafzaken, teneinde een positieve uitkomst te bewerkstelligen, namelijk dat de intrekking, niet-verlenging of weigering van de verblijfsvergunning in openbare-orde zaken samen met het terugkeerbesluit in beroep vol wordt getoetst en dat in strafzaken een veroordeling voor artikel 197 Sr achterwege blijft?’’*

Om tot beantwoording van de centrale vraag te komen, worden er eerst deelvragen beantwoord. De deelvragen in dit onderzoek luiden als volgt:

Theorievragen

1. *Hoe verhouden zich de nationale ongewenstverklaring en het Unierechtelijke terugkeerbesluit en inreisverbod tot elkaar blijkens zowel Europese als nationale wet- en regelgeving en vakliteratuur?*
2. *Is de nationale wet- en regelgeving omtrent de weigering, niet-verlenging of intrekking van het verblijfsrecht van migranten en de oplegging van het daarbij behorende terugkeerbesluit blijkens vakliteratuur en rechtspraak in lijn met Europese wet- en regelgeving, voor zover deze hieronder vallen?*
3. *Wat zijn blijkens zowel Europese als nationale wet- en regelgeving, vakliteratuur en rechtspraak de effectieve rechtsmiddelen tegen het opleggen van een terugkeerbesluit en een inreisverbod en welke regels worden hierbij gehanteerd?*
4. *Wat zijn blijkens wet- en regelgeving de voorwaarden in Nederland om een derdelander die in weerwil van het inreisverbod of een nationale ongewenstverklaring op het grondgebied van de lidstaten verblijft hiervoor te vervolgen?*
5. *Wat zijn de voor SVK-advocaten belangrijkste gevolgen van het Ouhrami arrest, zowel voor straf- als voor vreemdelingenzaken?*

Praktijkvragen

1. *Wat zijn blijkens dossieronderzoek in vreemdelingenzaken met betrekking tot de weigering, niet-verlenging of intrekking de onderdelen de aan de hand van het Ouhrami arrest anders (hadden) moeten worden getoetst?*
2. *In hoeverre zijn blijkens jurisprudentieonderzoek de veroordelingen op basis van Nederlandse wet- en regelgeving in strafzaken met betrekking tot het verblijf in weerwil van een inreisverbod in lijn met het Ouhrami arrest?*

 *1.3 Operationaliseren van begrippen*

In dit onderzoek komen een aantal begrippen voor die een centrale plaats innemen. Het meetbaar maken van deze begrippen is derhalve van belang. Bij het operationaliseren is onder meer gebruik gemaakt van de definities zoals opgenomen in artikel 3 van de Terugkeerrichtlijn.

*Derdelander*

Dit is eenieder die geen burger is van de Europese Unie in de zin van artikel 17 lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en die niet onder het Gemeenschapsrecht inzake vrij verkeer valt zoals opgenomen in artikel 2 punt 5 van de Schengensgrenscode.

*Illegaal verblijf*

Dit is wanneer een derdelander op het grondgebied van een lidstaat verblijft, terwijl niet (meer) wordt voldaan aan de toegangsvoorwaarden zoals opgenomen in artikel 5 van de Schengengrenscode, dan wel aan een andere toegangsvoorwaarde.

*Terugkeer*

Dit is het proces waarbij een derdelander vrijwillig dan wel gedwongen terugkeert naar zijn land van herkomst, een land van doorreis of een ander derde land waar de derdelander wordt toegelaten.

 *1.4 Onderzoeksmethoden en verantwoording*

In dit onderzoek is voor de beantwoording van de deelvragen gebruik gemaakt van dossieronderzoek, jurisprudentieonderzoek, literatuuronderzoek en wetsanalyse.

Met het literatuuronderzoek en de wetsanalyse is het theoretisch kader omtrent de uitvaardiging van inreisverboden en terugkeerbesluiten en de oplegging van ongewenstverklaringen uiteengezet, alsmede de strafrechtelijke vervolgingsmogelijkheden hiervan. Voorts is in dit kader de benodigde wet- en regelgeving geanalyseerd. Met het literatuuronderzoek is tevens naar voren gebracht wat de gevolgen van het Ouhrami arrest zijn voor de praktijk.

Voor het dossieronderzoek is gebruik gemaakt van dertien dossiers die hiertoe beschikbaar zijn gesteld door SVK-advocaten. Tijdens het analyseren van de dossiers is met name bestudeerd of zowel de IND als – indien van toepassing – de bestuursrechter het Unierecht en de daarbij behorende regels naar behoren heeft toegepast. Hierbij is aansluiting gezocht bij de gevolgen van het Ouhrami arrest. Dit geldt tevens voor het jurisprudentieonderzoek. In dit kader zijn twintig uitspraken bestudeerd, waarbij onderzocht is of de uitkomst in lijn is met het Ouhrami arrest.

Hieronder zullen per deelvraag de onderzoeksmethoden worden verantwoord.

 *Theorievragen*

1) Voor de beantwoording van de eerste deelvraag is in dit onderzoek gekozen voor literatuuronderzoek en wetsanalyse, aangezien het voor de beantwoording noodzakelijk is om de nodige (algemene) kennis te vergaren omtrent de Europese wet- en regelgeving en de doorwerking daarvan in de Nederlandse wet- en regelgeving. Door relevante wetten en andere regelgevingen te analyseren en daarbij deugdelijke vakliteratuur te gebruiken, is het uiteindelijke antwoord betrouwbaar.

Wat de bronnen betreft is gekozen voor zowel gebruik van vakliteratuur (C.A. Groenendijk en M.L. van Riel 2017, P. Boeles 2010, ACVZ 2018 en J.R.K.A.M. Waasdorp en A. Pahladsingh 2018) als van vaste jurisprudentie van de Afdeling, het HvJEU en de Hoge Raad. Voorts zijn verscheidene Europese richtlijnen bestudeerd en is het doel van de wetgever in kaart gebracht middels het bestuderen van Kamerstukken.

2) Voor de beantwoording van de tweede deelvraag is in dit onderzoek gekozen voor literatuuronderzoek en wetsanalyse, aangezien het noodzakelijk is om de nodige (algemene) kennis te vergaren omtrent de Europese wet- en regelgeving en de doorwerking daarvan in de Nederlandse wet- en regelgeving. Door relevante wetten en andere regelgevingen te analyseren en daarbij deugdelijke vakliteratuur te gebruiken, is het uiteindelijke antwoord betrouwbaar.

Wat de bronnen betreft is eveneens gekozen voor zowel gebruik van vakliteratuur (C.A. Groenendijk en M.L. van Riel 2017, P. Boeles 2018 en ACVZ 2018) als van vaste jurisprudentie van de Afdeling en het HvJEU. Voorts zijn verschillende Europese richtlijnen bestudeerd en is het doel van de wetgever in kaart gebracht middels het bestuderen van de memorie van toelichting van de Vw 2000. Ook is een recente brief van de Staatssecretaris betrokken bij het onderzoek.

3) Voor de beantwoording van de derde deelvraag is in dit onderzoek gekozen voor literatuuronderzoek en wetsanalyse, aangezien het noodzakelijk is om de nodige (algemene) kennis te vergaren omtrent de Europese wet- en regelgeving en de doorwerking daarvan in de Nederlandse wet- en regelgeving. Door relevante wetten en andere regelgevingen te analyseren en daarbij deugdelijke vakliteratuur te gebruiken, is het uiteindelijke antwoord betrouwbaar.

Ter beantwoording van deze deelvraag is gebruik gemaakt van uiteenlopende bronnen. Hierbij is wederom gekozen voor zowel gebruik van vakliteratuur (C.L.G.F.H. Albert 2017, J.C.A. de Poorter en B.W.N. de Waardt 2003, P. Boeles 2018, C.A. Groenendijk en M.L. van Riel 2017 en M. Eliantonio en A. Wiesbrock 2011) als van vaste jurisprudentie van de Afdeling, de Hoge Raad en het EHRM. Voorts zijn Europese richtlijnen bestudeerd en is het doel van de wetgever in kaart gebracht middels het bestuderen van de memorie van toelichting van de Vw 2000.

4) Voor de beantwoording van de vierde deelvraag is in dit onderzoek gekozen voor literatuuronderzoek en wetsanalyse, aangezien het voor de beantwoording noodzakelijk is om de nodige (algemene) kennis te vergaren omtrent de relevante wetsartikelen in het Sr en in de Vw 2000. Door relevante wetten en andere regelgevingen te analyseren en daarbij deugdelijke vakliteratuur te gebruiken, kan uiteindelijk een betrouwbaar antwoord worden gegeven.

Er is gebruik gemaakt van uiteenlopende bronnen. Hierbij is gekozen voor zowel gebruik van vakliteratuur (J. Waasdorp 2018, A. Leerkes en E. Boersema 2014, N. Ros 2015 en G. Cornelisse 2017) als van vaste jurisprudentie van het HvJEU en de Hoge Raad. Voorts zijn aanbevelingen van de Europese Commissie bestudeerd en is het doel van de wetgever in kaart gebracht middels het bestuderen van de memorie van toelichting van de Vw 2000.

5) Voor de beantwoording van de vijfde deelvraag is in dit onderzoek gekozen voor grondig literatuuronderzoek, aangezien het voor de beantwoording noodzakelijk is om de gevolgen middels zowel het Ouhrami arrest als middels vakliteratuur te achterhalen. In de vakliteratuur is hier in een vrij korte periode al veel over geschreven, waardoor het uiteindelijke antwoord betrouwbaar zal zijn.

Ter beantwoording van deze deelvraag is uiteraard gebruik gemaakt van (de conclusies inzake) het Ouhrami arrest van het HvJEU en het daarbij behorende arrest van de Hoge Raad. Voorts zijn de gevolgen in kaart gebracht middels vakliteratuur (D. Baldinger 2013, G. Cornelisse 2017, M. Stronks 2017 P. Boeles 2018 en ACVZ 2018). Daarbij is eveneens gebruik gemaakt van de verkregen informatie tijdens het verkennend interview met M.I. Vennik en tijdens het bijgewoonde Symposium inzake het Inreisverbod.

 *Praktijkvragen*

1) Voor de beantwoording van de eerste praktijkdeelvraag is in dit onderzoek gekozen voor dossieronderzoek, aangezien hieruit concreet zal blijken waaraan de Staatssecretaris momenteel toetst bij de intrekking van een verblijfsvergunning en bij de oplegging van een terugkeerbesluit. Ook zal hieruit de toets die de bestuursrechter momenteel hanteert blijken, alsmede wanneer de bestuursrechter procesbelang aanneemt. Hiervoor zijn in totaal dertien dossiers gebruikt die allen zien op (het voornemen tot) intrekking van een verblijfsvergunning en het daarbij behorende terugkeerbesluit, alsmede op de uitvaardiging van een inreisverbod. Opgemerkt dient te worden dat zes dossiers enkel zien op de zienswijze- en/of bezwaarprocedure, terwijl de andere zeven dossiers (ook) zien ook op de beroepsprocedure bij de bestuursrechter.

2) Voor de beantwoording van de tweede praktijkdeelvraag is in dit onderzoek gekozen voor jurisprudentieonderzoek, aangezien het voor de beantwoording noodzakelijk is om de nodige inzichten te verkrijgen in de rechtsoverwegingen die zijn genomen door de Nederlandse rechters en raadsheren, voorafgaande aan het Ouhrami arrest. Op deze manier was het mogelijk om te beoordelen of de eventuele veroordeling van de vreemdeling rechtmatig was (lees: was er een adequate wettelijke grondslag?).

Ter beantwoording van deze deelvraag zijn twintig gepubliceerde uitspraken onderzocht. Vijf uitspraken zijn van de rechtbank en vijftien uitspraken zijn van het gerechtshof. In alle uitspraken gaat het om overtreding van artikel 197 Sr. Naast de vraag of de eventuele vervolging rechtmatig was, is voor het onderzoek enigszins nagegaan of de overwegingen van het gerechtshof afwijken van de rechtsoverwegingen van de rechtbank. Uiteindelijk is weloverwogen gekozen voor aanzienlijk meer uitspraken van het gerechtshof. Reden hiervoor is dat meer uitspraken van het gerechtshof waren gepubliceerd, maar ook dat het gerechtshof een hogere rechterlijke instantie is en het oordeel uiteindelijk relevanter is voor dit onderzoek. De topics waarnaar is gekeken zijn verwerkt in een schema en deze zijn opgenomen in dit onderzoek.

*1.5 Leeswijzer*

In hoofdstuk 2 van dit onderzoek zal het juridisch kader uiteengezet worden. Hiermee zullen de theoretische deelvragen worden beantwoord. In hoofdstuk 3 worden vervolgens de resultaten van het praktijkonderzoek besproken, waarna in hoofdstuk 4 antwoord gegeven wordt op de centrale vraag middels een advies en aanbevelingen worden geformuleerd.

**Hoofdstuk 2**

*2.1 Het Unierecht*

Doordat Nederland deel uitmaakt van de Europese Unie (hierna: de EU), is het gebonden aan het Recht van de Europese Unie (hierna: het Unierecht). Dit recht bestaat – voor wat betreft de migratierechtelijke normen – onder meer uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU), verordeningen, richtlijnen en het Handvest van de grondrechten van de EU (hierna: het Handvest).[[7]](#footnote-7) De toepassing van het Unierecht heeft in Nederland zowel institutionele als procedurele en inhoudelijke gevolgen. Een institutioneel gevolg is bijvoorbeeld dat alle nationale rechters prejudiciële vragen kunnen stellen aan het HvJEU en dat de uitspraken die het HvJEU doet omtrent de toepassing van het Unierecht vervolgens bindend zijn voor de lidstaten.[[8]](#footnote-8) Daarnaast is de wetgever verplicht om de bepalingen die voortvloeien uit Unierechtelijke richtlijnen om te zetten in nationale wetgeving. Procedurele en inhoudelijke gevolgen zijn onder meer dat de (nationale) bestuursrechter een beschikking vol dient te toetsen en dat het Unierecht vele instrumenten biedt.[[9]](#footnote-9)

Voornoemde gevolgen zullen in de loop van dit onderzoek terug te lezen zijn. De voor dit onderzoek meest relevante richtlijn, te weten de Terugkeerrichtlijn, en het daaruit voortvloeiende terugkeerbesluit en inreisverbod, zal hieronder nader worden toegelicht. Voorts zal de verhouding tot de nationale ongewenstverklaring – die reeds bestond voor de implementatie van de Terugkeerrichtlijn – uitgebreid worden besproken. Een kleine disclaimer is dat dit onderzoek ziet op een zeer omvangrijk onderwerp en dat door de beperkte omvang van dit onderzoek niet op ieder aspect wordt ingegaan. Voorts zijn om deze reden bepaalde onderwerpen verwerkt in de bijlage of is volstaan met een korte verwijzing in een voetnoot.

 *2.1.1. De Terugkeerrichtlijn*

De EUhoudt zich sinds 1999 bezig met ontwikkelingen ten behoeve van een gezamenlijke en brede aanpak van migratie.[[10]](#footnote-10) Doordat er vanuit de Europese lidstaten steeds meer behoefte was aan een gemeenschappelijk en doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid, die gebaseerd zou zijn op gemeenschappelijke normen, is in 2008 de Terugkeerrichtlijn tot stand gekomen.[[11]](#footnote-11) De noodzaak voor deze gezamenlijke aanpak is ontstaan door aanzienlijke verschillen in wetgeving, beleid en praktijk van de betrokken lidstaten.[[12]](#footnote-12) Zodra meerdere lidstaten betrokken raakten ontstonden er vele complicaties, hetgeen een negatief effect had op de terugkeer en verwijdering. Daarnaast gaven de verschillen een verkeerd signaal af naar de buitenwereld betreffende de goedwilligheid van de EU om illegale immigratie tegen te gaan.[[13]](#footnote-13)

De Terugkeerrichtlijn is dus de eerste stap geweest in de richting van een Europees immigratiebeleid.[[14]](#footnote-14) Derdelanders (let op: in dit onderzoek kan een derdelander ook worden aangeduid als vreemdeling, betrokkene of migrant) kunnen hierdoor vanuit alle lidstaten op een humane manier en met volledige eerbiediging van hun grondrechten teruggezonden worden.[[15]](#footnote-15) Kort gezegd heeft de Terugkeerrichtlijn ervoor gezorgd dat de lidstaten gebonden zijn aan voorschriften ten aanzien van zowel het detineren als het verwijderen van derdelanders die illegaal op hun grondgebied verblijven.[[16]](#footnote-16) Het toezicht op de naleving van deze voorschriften is – onder controle van het HvJEU – neergelegd bij de Europese Commissie.

 *2.1.2 Reikwijde Terugkeerrichtlijn*

De Terugkeerrichtlijn is blijkens artikel 2 lid 1 Terugkeerrichtlijn uitsluitend van toepassing op illegaal op het grondgebied verblijvende onderdanen van derde landen. Dit illegale verblijf ontstaat doorgaans doordat een aanvraag voor een verblijfsvergunning in een lidstaat wordt afgewezen of doordat een verblijfsvergunning wordt ingetrokkene dan wel niet wordt verlengd, aangezien niet (meer) aan de voorwaarden die hieraan ten grondslag liggen wordt voldaan. Vreemdelingen die zijn uitgeprocedeerd – een reguliere- of asielprocedure volledig hebben doorlopen – en vervolgens op het grondgebied van de lidstaten verblijven zonder geldige verblijfsvergunning, vallen derhalve onder de definitie van ‘illegaal verblijf’ op grond van artikel 3 lid 2 Terugkeerrichtlijn. Onder deze definitie vallen eveneens vreemdelingen die de lidstaten bijvoorbeeld niet op rechtmatige wijze zijn binnen gereisd, dan wel de geldigheidsduur van hun reisdocument hebben overschreden, waardoor zij op basis van artikel 5 van de Schengengrenscode[[17]](#footnote-17) niet (meer) voldoen aan de toegangsvoorwaarden.

Op grond van artikel 2 lid 3 Terugkeerrichtlijn is de richtlijn niet van toepassing op burgers van de EU en hun familieleden. Daarbij vallen ook de onderdanen en diens familieleden van derde landen die overeenkomsten hebben gesloten met de EU inzake het ‘vrij verkeer van personen’ niet onder het toepassingsbereik van de richtlijn.[[18]](#footnote-18) Voorts is van belang om op te merken dat de lidstaten ingevolge artikel 2 lid 2 Terugkeerrichtlijn in bepaalde gevallen kunnen besluiten de richtlijn niet toe te passen op derdelanders.

*2.1.3 Terugkeerbesluit ex Terugkeerrichtlijn*

Het terugkeerbesluit is opgenomen in artikel 6 Terugkeerrichtlijn. In het eerste lid van dit artikel is opgenomen dat een terugkeerbesluit slechts kan worden uitgevaardigd aan derdelanders die illegaal op het grondgebied van de lidstaten verblijven. Het vierde lid schrijft voor dat de lidstaten te allen tijde af kunnen zien van het opleggen van een terugkeerbesluit, middels het verlenen van een zelfstandige verblijfsvergunning of het geven van toestemming hiertoe. Voorts staat in het zesde lid opgenomen dat het terugkeerbesluit tezamen met een besluit tot de beëindiging van het legale verblijf kan worden opgelegd.

Uit overweging 10 van de considerans van de Terugkeerrichtlijn blijkt dat vrijwillige terugkeer altijd de voorkeur heeft.[[19]](#footnote-19) In het terugkeerbesluit dient ingevolge het eerste lid van artikel 7 Terugkeerrichtlijn dan ook te allen tijde een passende termijn gegeven te worden voor vrijwillig vertrek. Indien er een risico op onderduiken bestaat of indien de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid, hoeven de lidstaten de vreemdeling geen termijn voor vrijwillig vertrek te verschaffen.

 *2.1.4 Inreisverbod ex Terugkeerrichtlijn*

Het terugkeerbesluit gaat gepaard met een inreisverbod indien er geen termijn voor vrijwillig vertrek is toegekend of indien niet aan de terugkeerverplichting is voldaan. In alle overige gevallen kan het terugkeerbesluit eveneens het inreisverbod omvatten. Voornoemde volgt uit artikel 11 lid 1 Terugkeerrichtlijn.[[20]](#footnote-20) Het derde lid schrijft – net als voor het terugkeerbesluit – voor dat de lidstaten in individuele gevallen kunnen afzien van het opleggen van een inreisverbod. Dit maakt dat het inreisverbod, evenals het terugkeerbesluit, ingevolge de Terugkeerrichtlijn een ‘kan-bepaling’ is.

Mocht toch een inreisverbod worden opgelegd, dan is in het tweede lid bepaald dat een belangenafweging moet plaatsvinden en dat de duur van het inreisverbod in beginsel niet meer mag bedragen dan vijf jaren. Uitzondering hierop kan gemaakt worden wanneer de derdelander een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid. Voornoemde begrippen zijn niet nader gedefinieerd in de Terugkeerrichtlijn, maar het zijn wel Unierechtelijke begrippen. Derhalve is het aan het HvJEU om hier een invulling aan te geven.

Het vijfde lid maakt vervolgens nog duidelijk dat het inreisverbod nimmer afbreuk mag doen aan het recht van de vreemdeling op internationale bescherming binnen de EU, hetgeen onder meer impliceert dat een uitgevaardigd inreisverbod op zichzelf geen rechtvaardigingsgrond vormt om een vreemdeling die bescherming wenst te weigeren aan de buitengrenzen.[[21]](#footnote-21)

*2.1.5* *Belangenafweging ex Terugkeerrichtlijn*

Ingevolge overweging 6 van de considerans Terugkeerrichtlijn dient bij de oplegging van een terugkeerbesluit en een inreisverbod altijd een individuele toetsing – belangenafweging – plaats te vinden die ziet op objectieve criteria die zich niet beperken tot het loutere feit van illegaal verblijf. Hierbij verplicht artikel 5 Terugkeerrichtlijn de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van de richtlijn in alle gevallen rekening te laten houden met het belang van het kind, het familie- en gezinsleven, de gezondheidstoestand van de derdelander en het beginsel van non-refoulement.[[22]](#footnote-22)

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat door verscheidene internationale organisaties, niet-gouvernementele organisaties, de United Nations High Commissioner for Refugees en individuele landen kritieken en zorgen zijn geuit over voornamelijk de verhouding van de Terugkeerrichtlijn tot internationale mensenrechten.[[23]](#footnote-23) Dit toont des te meer het belang van een goede belangenafweging.

*2.2 Het nationale recht*

In Nederland is de Terugkeerrichtlijn in 2011 geïmplementeerd, hetgeen heeft geleid tot wijziging van de Vw 2000.[[24]](#footnote-24) Hiermee zijn de Unierechtelijke bepalingen uit de Terugkeerrichtlijn omgezet in het nationale recht en is derhalve het terugkeerbesluit en het inreisverbod in Nederland geïntroduceerd. Naast de implementatie in de Vw 2000, zijn ook verscheidene procedures en maatregelen van de Terugkeerrichtlijn geïmplementeerd in het Vreemdelingenbesluit 2000 (hierna: Vb 2000) en in de Vreemdelingencirculaire 2000 (hierna: Vc 2000). De wijzigingen die voor onderhavig onderzoek het meest relevant zijn, zullen hieronder worden toegelicht.

 *2.2.1 Onrechtmatig verblijf*

In artikel 8 Vw 2000 staat opgesomd wanneer vreemdelingen rechtmatig verblijf hebben in Nederland. Het uitgangspunt in de Vw 2000 is dat de vreemdeling die niet (langer) rechtmatig in Nederland verblijft, de lidstaat uit eigen beweging dient te verlaten.[[25]](#footnote-25) In dit verband dient opgemerkt te worden dat de vreemdeling die nimmer rechtmatig in Nederland heeft verbleven[[26]](#footnote-26) voornoemde rechtsplicht heeft vanaf het moment dat hij Nederland illegaal is binnen gekomen.[[27]](#footnote-27)

*2.2.2 Terugkeerbesluit ex Vw 2000*

De wettelijke basis voor het uitvaardigen van een terugkeerbesluit is neergelegd in artikel 62a Vw 2000. In de praktijk legt de bevoegde ambtenaar van de IND op basis van dit artikel, namens de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (hierna: de Staatssecretaris), schriftelijk een terugkeerbesluit op aan de vreemdeling die niet (langer) rechtmatig verblijf heeft in Nederland. Let wel, deze beslissing behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de Staatssecretaris.[[28]](#footnote-28) Reden waarom de Staatssecretaris te allen tijde af kan zien van het opleggen van een terugkeerbesluit.

Uit de systematiek van de Vw 2000 blijkt dat in de gevallen zoals wanneer een aanvraag voor een verblijfsvergunning wordt afgewezen, dan wel wanneer de verblijfsvergunning niet wordt verlengd of wordt ingetrokken op een van de gronden als bedoeld in artikel 18 lid 1 Vw 2000 juncto artikel 19 Vw 2000, de besluiten eveneens aangemerkt kunnen worden als terugkeerbesluiten.[[29]](#footnote-29) Dit is bijvoorbeeld het geval bij vreemdelingen die worden aangemerkt als een gevaar voor de openbare orde.

Op grond van artikel 62 lid 1 Vw 2000 kan bij het uitvaardigen van een terugkeerbesluit een vertrektermijn worden opgelegd van vier weken, ’28-dagentermijn’, ofwel kan worden bepaald dat de vreemdeling Nederland onmiddellijk, ‘0-dagentermijn’, dient te verlaten. Dit kan ingevolge artikel 62 lid 2 Vw 2000 onder meer onder de voorwaarde dat de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid.[[30]](#footnote-30)

Uit artikel 6.1 Vb 2000 blijkt vervolgens dat er minimaal twee gronden uit artikel 5.1b lid 2 Vb 2000 op de vreemdeling van toepassing moeten zijn die gerechtvaardigd kunnen aantonen dat een ‘0-dagentermijn’ wordt opgelegd. Op het moment dat een terugkeerbesluit wordt opgelegd met een 0-dagentermijn, kan dit worden gevolgd door een toezichtsmaatregel, zoals vreemdelingenbewaring. De regels hieromtrent zijn opgenomen in de artikelen 56 tot en met 60 Vw 2000.[[31]](#footnote-31)

 *2.2.3 Inreisverbod ex Vw 2000*

Zoals reeds uit de bepalingen van de Terugkeerrichtlijn is gebleken, dient een inreisverbod gepaard te gaan met een terugkeerbesluit, of dient het terugkeerbesluit het inreisverbod te omvatten. Hiertoe is in artikel 66a lid 1 opgenomen dat een inreisverbod opgelegd wordt als er een ‘0-dagentermijn’ is verschaft of als de vreemdeling zich niet heeft gehouden aan het vrije vertrektermijn.

De duur van het inreisverbod kan per individueel geval variëren van een tot twintig jaar. Ingevolge artikel 6.5a lid 1 tot en met 5 Vb 2000 juncto artikel 66a lid 4 Vw 2000 wordt het inreisverbod in beginsel opgelegd voor ten hoogste vijf jaren, hetgeen ook wel een ‘licht inreisverbod’ wordt genoemd. Van deze duur kan onder bepaalde voorwaarden worden afgeweken, maar het inreisverbod dient op basis van vaste jurisprudentie altijd in duur beperkt te zijn.[[32]](#footnote-32)

Uit artikel 6.5a lid 5 Vb 2000 blijkt dat een inreisverbod kan worden opgelegd van ten hoogste tien jaren indien de vreemdeling een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde of de openbare veiligheid.[[33]](#footnote-33) Voorts schrijft het zesde lid van voornoemd artikel voor dat een inreisverbod kan worden opgelegd van ten hoogste twintig jaren, indien de vreemdeling een ernstige bedreiging vormt voor de nationale veiligheid of sprake is van zwaarwegende belangen. Het inreisverbod dat wordt opgelegd voor de duur van tien jaren of langer, wordt ook wel een ‘zwaar inreisverbod’ genoemd.

Het onderscheid tussen een licht en een zwaar inreisverbod is van belang voor het rechtmatige verblijf. Daar de vreemdeling jegens wie een zwaar inreisverbod is uitgevaardigd, op grond van artikel 66a lid 6 en lid 7 Vw 2000 geen rechtmatig verblijf kan hebben in Nederland. [[34]](#footnote-34) De vreemdeling met een licht inreisverbod heeft daarentegen wel nog altijd rechtmatig verblijf. In paragraaf 2.4 zal toegelicht worden waarom dit van belang is in het kader van een eventuele beroepsprocedure. Voorts geldt dat bij zware inreisverboden bij de beoordeling betrokken moet worden of het gedrag van de vreemdeling een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde.[[35]](#footnote-35) Hierover zal in paragraaf 2.3 nadere uitleg worden gegeven.

Doordat ook het inreisverbod een ‘kan-bepaling’ is die valt onder de discretionaire bevoegdheid van de Staatssecretaris, is in artikel 66a lid 8 Vw 2000 opgenomen dat om humanitaire of andere redenen afgezien kan worden van het uitvaardigen van een inreisverbod.[[36]](#footnote-36) Het al dan niet opleggen van een inreisverbod dient – net als het terugkeerbesluit – aan de hand van het evenredigheidsbeginsel altijd volgens de individuele omstandigheden van het geval te worden bepaald.

 *2.2.4 Ongewenstverklaring ex Vw 2000*

Reeds voor de implementatie van de Terugkeerrichtlijn bestond in Nederland een ‘nationaal inreisverbod’ in de vorm van een ongewenstverklaring. De ongewenstverklaring kan echter niet geheel met het inreisverbod worden gelijkgesteld, aangezien deze verschillen vertoont voor wat betreft geografisch bereik, doelgroep, sanctionering, duur en mogelijkheid van het verkrijgen van rechtmatig verblijf alhier te lande.[[37]](#footnote-37) Derdelanders die een inbreuk maken op de openbare orde of nationale veiligheid, kunnen onder bepaalde voorwaarden – zoals benoemd in artikel 67 lid 1 Vw 2000 – ongewenst worden verklaard en hierdoor uit Nederland worden geweerd. Op grond van het derde lid heeft de ongewenst verklaarde vreemdeling immers geen rechtmatig verblijf. Let wel, de ongewenstverklaring strekt zich in beginsel slechts uit tot het Nederlandse grondgebied.[[38]](#footnote-38)

De ongewenstverklaring kan momenteel enkel nog worden opgelegd aan vreemdelingen op wie de Terugkeerrichtlijn niet (meer) van toepassing is, zoals gemeenschapsonderdanen.[[39]](#footnote-39) De ongewenstverklaring die vóór de uiterste implementatiedatum van de Terugkeerrichtlijn is uitgevaardigd, toont volgens zowel de Afdeling als de Hoge Raad voldoende overeenkomsten met het inreisverbod, waardoor deze hiermee gelijkgesteld dient te worden. [[40]](#footnote-40) Reden waarom ook de ongewenstverklaring in beginsel is gebonden aan de in de richtlijn bepaalde maximale duur van vijf jaren. Deze termijn neemt aanvang op het moment dat de vreemdeling de EU heeft verlaten.

Een vreemdeling kan ongewenst worden verklaard indien:

1. Hij niet rechtmatig in Nederland verblijft en bij herhaling een bij deze wet strafbaar gesteld feit heeft begaan;
2. Hij bij onherroepelijk geworden rechterlijk vonnis is veroordeeld wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd;
3. Hij een gevaar vormt voor de openbare orde of nationale veiligheid en geen rechtmatig verblijf heeft;
4. Dit volgt uit een verdrag;
5. Dit in het belang van de internationale betrekkingen van Nederland is.

*2.2.5 Deelconclusie eerste deelvraag*

Concluderend verhouden zich de nationale ongewenstverklaring en het Unierechtelijke terugkeerbesluit en inreisverbod als volgt tot elkaar. De ongewenstverklaring bestond in Nederland reeds vóór de implementatie van de Terugkeerrichtlijn. Na de implementatie is de ongewenstverklaring blijven bestaan, maar slechts in beperkte mate. Daarbij is bepaald dat de nationale ongewenstverklaring gelijkgesteld dient te worden met het Unierechtelijke inreisverbod. Hiermee is beoogd het oude ‘nationale inreisverbod’ niet af te laten wijken van andere Unierechtelijke bepalingen. Het terugkeerbesluit en het inreisverbod zijn pas bij de implementatie van de Terugkeerrichtlijn geïntroduceerd in de nationale wet- en regelgeving. Sindsdien wordt aan vreemdelingen die vallen onder de Terugkeerrichtlijn geen ongewenstverklaring meer uitgevaardigd, maar een terugkeerbesluit en een inreisverbod opgelegd.

 *2.3 Het openbare-ordebeleid*

In de voorgaande paragrafen is uitleg verschaft omtrent de toepassing van terugkeerbesluiten, inreisverboden en ongewenstverklaringen. Zoals reeds toegelicht wordt het terugkeerbesluit opgelegd nadat het verblijfsrecht van migranten is geweigerd, niet verlengd of ingetrokken. Doordat dit onderzoek zich richt op openbare-orde zaken, is het voor de uitkomst van dit onderzoek cruciaal om de voorwaarden te kennen voor verblijfsbeëindigingen op gronden van de openbare orde. Met name zal worden ingegaan op de voorwaarden dat migranten een gevaar moeten vormen voor de openbare orde en dat in alle gevallen een individuele belangenafweging dient plaats te vinden.

*2.3.1 De Unierechtelijke actuele-bedreigingstoets*

Het openbare-ordebeleid is specifiek gericht op het reduceren van het risico dat vreemdelingen een inbreuk maken op de openbare orde.[[41]](#footnote-41) Het verblijfsrecht van migranten mag worden beperkt door de voorwaarde dat zij geen gevaar mogen vormen voor de openbare orde of de openbare veiligheid, hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit artikel 27 van de Burgerschapsrichtlijn.[[42]](#footnote-42) De Burgerschapsrichtlijn waarborgt de rechten van Unieburgers die in een andere lidstaat verblijven dan deze waar zij de nationaliteit van hebben. In deze richtlijn is opgenomen dat het mogelijk is om de rechten van Unieburgers en diens familieleden te beperken om redenen van openbare orde en openbare veiligheid.[[43]](#footnote-43) Het Unierecht kent echter geen eenduidige beschrijving van deze begrippen, waardoor zij worden. Deze begrippen worden derhalve beschouwd als een open norm, hetgeen op basis van vaste rechtspraak inhoudt dat de lidstaten in beginsel een bepaalde mate van vrijheid hebben om de eisen van het begrip in overeenstemming te brengen met hun eigen nationale behoeften.[[44]](#footnote-44) Desondanks heeft het HvJEU het begrip ‘gevaar voor de openbare orde’ later in zijn arrest als volgt gedefinieerd:

 “*Naast de verstoring van de maatschappelijke orde die bij elke wetsovertreding plaatsvindt,
 dient ook sprake te zijn van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een
 fundamenteel belang van de samenleving aantast (…). Daaruit volgt dat in het kader van een
 beoordeling van dat begrip alle feitelijke en juridische gegevens betreffende de situatie van de
 betrokken derdelander waardoor kan worden verduidelijkt of diens persoonlijke gedragingen
 een dergelijke bedreiging vormen, relevant zijn.*”[[45]](#footnote-45)

Voornoemde definitie wordt ook wel de ‘actuele-bedreigingstoets’ genoemd, welke is vastgelegd in artikel 27 van de Burgerschapsrichtlijn. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft in een later arrest geoordeeld dat bovengenoemde definitie en uitleg van het HvJEU – in ieder geval voor wat betreft verblijfsbeëindiging of uitvaardiging van een inreisverbod – *steeds weer* van toepassing is op het moment dat een richtlijn de lidstaten ruimte laat om bij de beoordeling te betrekken of een migrant een gevaar vormt voor de openbare orde.[[46]](#footnote-46) Dit betekent volgens Groenendijk en Van Riel dat de actuele-bedreigingstoets in de meeste gevallen van het reguliere vreemdelingenrecht toegepast moet worden.[[47]](#footnote-47)

Het arrest van het HvJEU brengt kort gezegd met zich mee dat de lidstaten per individueel geval moeten beoordelen of de bedreiging van de openbare orde nog actueel en werkelijk is, of het voortvloeit uit het persoonlijke gedrag van de betrokkene en of daarmee een fundamenteel belang van de samenleving wordt geraakt.[[48]](#footnote-48) Hierbij dienen zij rekening te houden met verscheidene factoren, waaronder de aard van het misdrijf, recidivegevaar en tijdsverloop.[[49]](#footnote-49) Dit betreft een niet limitatieve lijst. Het is uiteindelijk aan de bestuursorganen en nationale rechters om per geval ex nunc te beoordelen welke factoren relevant zijn.[[50]](#footnote-50)

 *2.3.2 De belangenafweging*

Het Unierecht verplicht de lidstaten om naast de toepassing van de (algemene) actuele-bedreigingstoets, ook een kenbare[[51]](#footnote-51) ‘belangenafweging’ bij de beoordeling van de weigering, niet-verlenging of intrekking te betrekken.[[52]](#footnote-52) De gevolgen die een mogelijke verblijfsbeëindiging of verblijfsweigering met zich teweegbrengt, moeten in ieder individueel geval afgewogen worden tegen het gevaar voor de samenleving. Deze belangenafweging dient toegepast te worden nádat is vastgesteld dat de betrokkene een actuele bedreiging vormt voor de samenleving.[[53]](#footnote-53) Het gaat hierbij om een indringende toetst waarbij gekeken moet worden naar cumulatieve factoren. Indien niet aan de factoren wordt voldaan, zal de weigering, niet-verlenging of intrekking achterwege moeten blijven.

De factoren die in ieder geval betrokken dienen te worden bij de belangenafweging zijn opgenomen in bijlage 1. Let wel, dit zijn factoren die worden gezien als ‘soft law’.[[54]](#footnote-54) Soft law is niet bindend, maar geeft wel onmisbare uitleg. Daarbij zal de invulling van voornoemde factoren per individueel geval verschillen.

*2.3.3 Het nationale openbare-ordebeleid*

Wanneer een vreemdeling strafbare feiten heeft gepleegd, wordt door de Staatssecretaris beoordeeld of dit gevolgen heeft voor zijn verblijfsrecht in Nederland. Mogelijke gevolgen kunnen zijn het weigeren, intrekken of niet verlengen van de geldigheidsduur van een verblijfsvergunning, het onthouden van een vertrektermijn bij een terugkeerbesluit, het opleggen van een inreisverbod of het ongewenst verklaren van de vreemdeling.[[55]](#footnote-55) In de Vw 2000 is consistent opgenomen dat het verblijfsrecht van migranten afhankelijk is van de voorwaarde dat de migrant geen gevaar oplevert voor de openbare orde. Zoals reeds aangegeven betreft dit een open norm die slechts in algemene bewoordingen wordt aangeduid in de wet en derhalve in de praktijk concreet moet worden ingevuld.[[56]](#footnote-56)

In Nederland is het concrete begrip van een ‘gevaar voor de openbare orde’ uitgewerkt in lagere wetgeving. Om precies te zijn is het neergelegd in een glijdende schaal. [[57]](#footnote-57) Deze is te vinden in artikel 3.86 Vb 2000. De glijdende schaal is een tabel die wordt gehanteerd om te bepalen of het rechtmatige verblijf van een migrant kan worden beëindigd door de veroordeling voor het plegen van een strafbaar feit. Het uitgangspunt van de glijdende schaal is, kort weergegeven, dat hoe langer het rechtmatig verblijf van de migrant is, hoe meer bescherming de migrant dient te hebben tegen de uitzetting. Hiermee wordt dus een verband gelegd tussen de verblijfsduur van de migrant en de ernst van het gepleegde feit.[[58]](#footnote-58) Dit brengt met zich mee dat de migrant dus ook een zwaardere inbreuk moet hebben gepleegd op de openbare orde, alvorens het rechtmatige verblijf mag worden beëindigd.[[59]](#footnote-59)

De criteria in de glijdende schaal zijn een ondergrens waaraan minstens moet zijn voldaan voordat verblijfsbeëindiging kan worden overwogen.[[60]](#footnote-60) Het biedt echter geen ruimte om te beoordelen of de migrant een actueel gevaar vormt voor de openbare orde. Dit blijkt duidelijk uit de bewoordingen van artikel 3.86 lid 6 Vb 2000: ‘*‘onder verblijfsduur wordt verstaan: de duur van het rechtmatige verblijf, direct voorafgaande aan het moment waarop het misdrijf is gepleegd of aangevangen.’’* Hieruit blijkt dat er geen ruimte wordt geboden om eventuele gedragsveranderingen na het misdrijf bij de beoordeling te betrekken.[[61]](#footnote-61) Voornoemde betekent volgens Boeles dat zodra het Unierecht van toepassing is, de Staatssecretaris verplicht is de actuele-bedreigingstoets toe te toepassen, in plaats van de nationale glijdende schaal.[[62]](#footnote-62)

*2.3.4 De belangenafweging*

Zoals meermaals naar voren is gekomen behoort de weigering, niet-verlenging of intrekking van een verblijfsvergunning tot de discretionaire bevoegdheid van de Staatssecretaris. Deze beslissingen blijven met andere woorden te allen tijde kan-bepalingen, hetgeen terstond een kenbare belangenafweging impliceert. Met betrekking tot de belangenafweging wordt in artikel 3.86 lid 17 Vb 2000 slechts bepaald dat de uitzetting niet in strijd mag zijn met artikel 8 EVRM, en artikel 8 EVRM schrijft weer de verplichting tot een belangenafweging voor. Door toepassing van de glijdende schaal wordt derhalve wel getoetst aan artikel 8 EVRM. Echter, dit betreft slechts een geobjectiveerde belangenafweging, waarbij belangrijke factoren die op basis van Unieregelgeving betrokkenen dienen te worden bij de beoordeling, in de huidige nationale praktijk niet worden betrokken.[[63]](#footnote-63)

*2.3.5 Kritieken*

In de literatuur worden kritische kanttekeningen geplaatst bij bovengenoemde praktijk. De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (hierna: ACVZ) heeft bijvoorbeeld in een recent rapport[[64]](#footnote-64) reële kritieken geuit omtrent het gehele Nederlandse stelsel van de glijdende schaal. De ACVZ heeft na uitgebreid onderzoek geconcludeerd dat het Nederlandse stelsel in hun opinie niet voldoet aan de Unierechtelijke eisen. Reden waarom de ACVZ onder meer heeft geadviseerd om het stelsel opnieuw in te richten, met als uitgangspunt in alle gevallen maar één geldende toets: de Unierechtelijke actuele-bedreigingstoets. Daarbij is de ACVZ eveneens van mening dat alle individuele omstandigheden van het geval betrokken dienen te worden bij het oordeel van de Staatssecretaris. In plaats van slechts de factoren die betrokken (moeten) worden op grond van artikel 8 EVRM, zouden volgens hen álle factoren die door het Unierecht voorgeschreven worden betrokken moeten worden. Het Unierecht schrijft volgens hen een meer indringende toetst voor.[[65]](#footnote-65)

Op 16 april jl. heeft de Staatssecretaris gereageerd op de adviezen van de ACVZ.[[66]](#footnote-66) Volgens hem wordt het Unierechtelijke criterium reeds in een aantal situaties toegepast en bestaat er op een aantal terreinen nog geen richtinggevende jurisprudentie die tot aansluiting dwingt bij het Unierechtelijke actuele-bedreigingscriterium. Mochten deze uitspraken er komen, dan zal de Staatssecretaris opnieuw bepalen of de nationale openbare-ordebepalingen aangepast dienen te worden.[[67]](#footnote-67)

*2.3.6 Deelconclusie tweede deelvraag*

In conclusie is de nationale wet- en regelgeving omtrent de weigering, niet-verlenging en intrekking van verblijfsvergunningen en de oplegging van terugkeerbesluiten niet geheel in lijn met Europese wet- en regelgeving. Redenen hiervoor zijn dat in Nederland de glijdende schaal standaard wordt toegepast, terwijl de Unierechtelijke actuele-bedreigingstoets toegepast moet worden op het moment dat het Unierecht van toepassing is. De glijdende schaal biedt immers geen ruimte om de Unierechtelijke toets te beoordelen. Daarnaast worden belangrijke Unierechtelijke factoren in de nationale praktijk veelal niet betrokken bij de belangenafweging, hetgeen ook niet in lijn is met Europese wet- en regelgeving.

*2.4 De rechtsmiddelen*

Ingevolge artikel 47 Handvest[[68]](#footnote-68), artikel 13 EVRM en artikel 6 EVRM heeft eenieder recht op een effectief rechtsmiddel binnen een redelijk termijn.[[69]](#footnote-69) De lidstaten zijn gebonden aan deze grondrechtelijke beginselen, zodra zij optreden binnen het toepassingsgebied van het Unierecht.[[70]](#footnote-70) De voor dit onderzoek meest effectieve rechtsmiddelen zullen hieronder uiteengezet worden.

 *2.4.1 Zienswijze, bezwaar en (hoger) beroep*

De algemene regels omtrent de zienswijze-, bezwaar- en (hoger)beroepsprocedure staan opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb).[[71]](#footnote-71) Van deze bepalingen kan in de Vw 2000 worden afgeweken, hetgeen in artikel 39 Vw 2000 ook wordt gedaan ten aanzien van de zienswijzeprocedure en in artikel artikel 69 lid 1 Vw 2000 ten aanzien van het bezwaar en (hoger)beroepsprocedure. Op grond van dit laatste artikel is het mogelijk om binnen vier weken bezwaar te maken tegen een besluit van de Staatssecretaris[[72]](#footnote-72), dan wel beroep in te stellen bij de rechtbank[[73]](#footnote-73) of hoger beroep bij de Afdeling.

 *2.4.2 Procesbelang*

In zaken met betrekking tot inreisverboden en terugkeerbesluiten speelt het procesbelang een cruciale rol. De formele criteria waaraan een bezwaar- en beroepschrift dient te voldoen zijn opgenomen in artikel 6:5 Awb. Daarnaast kan op grond van artikel 6:13 Awb geen beroep worden ingesteld, indien de vreemdeling verwijtbaar geen zienswijze naar voren heeft gebracht of geen bezwaar heeft gemaakt. Het in de (hoger)beroepsprocedure voldoen aan deze voorwaarden houdt echter niet zonder meer in dat de bestuursrechter zich inhoudelijk uit zal laten over het geschil. Reden is dat in de bestuursrechtspraak een ongeschreven regel bestaat dat er sprake moet zijn van voldoende procesbelang. De rechter toetst ambtshalve of hier sprake van is. De gedachte die hieraan ten grondslag ligt is dat de belanghebbende het door het rechtsmiddel beoogde resultaat ook daadwerkelijk moet kunnen bereiken.[[74]](#footnote-74) De Afdeling heeft hieromtrent de volgende uitspraak gedaan: ‘*‘Een belanghebbende kan ter zake bevoegde rechter slechts opkomen tegen een besluit, indien hij bij het instellen van dat rechtsmiddel belang heeft, in die zin dat hij daardoor in een gunstiger positie zou kunnen geraken.’’[[75]](#footnote-75)*

De vreemdeling jegens wie een zwaar inreisverbod is uitgevaardigd en/of een ongewenstverklaring is opgelegd, kan nimmer rechtmatig verblijf hebben in Nederland. Een nieuwe aanvraag zal – behoudens enkele uitzonderingen – te allen tijde leiden tot een niet-ontvankelijkverklaring. Door de Afdeling is derhalve overwogen dat de vreemdeling jegens wie een ongewenstverklaring is opgelegd dan wel een zwaar inreisverbod is uitgevaardigd, geen procesbelang kan hebben bij de inhoudelijke beoordeling van zijn beroep tegen een besluit over verblijfsaanspraken.[[76]](#footnote-76) Het is de bedoeling dat de inhoudelijke beoordeling over de onderliggende verblijfsaanspraken in deze gevallen ten volle wordt behandeld door de rechter in het kader van de procedure over het inreisverbod.[[77]](#footnote-77) In de praktijk betekent dit feitelijk dat er inhoudelijk geen aandacht wordt besteed aan de intrekking, weigering of niet-verlenging van de verblijfsvergunning en het daarbij behorende terugkeerbesluit, maar dat slechts het inreisverbod wordt getoetst.

Wanneer het inreisverbod of de ongewenstverklaring uiteindelijk van tafel is kan slechts aan de Staatssecretaris worden verzocht om de intrekking van de verblijfsvergunning, dan wel de nieuwe aanvraag om verlening of verlenging van de verblijfsvergunning, te heroverwegen.[[78]](#footnote-78) In de praktijk blijkt het volgens Boeles echter niet eenvoudig om een heroverweging af te dwingen bij de Staatssecretaris.[[79]](#footnote-79)

*2.4.3 Rechterlijke toetsing*

Nadat is vastgesteld dat er sprake is van voldoende procesbelang, zal door de bestuursrechter beoordeeld moeten worden of het besluit van de Staatssecretaris een redelijk besluit betreft en of de Staatssecretaris het besluit heeft genomen in lijn met het op dat moment geldende recht. Bij deze beoordeling is de intensiteit waarmee de bestuursrechter de beslissing toetst van groot belang voor de uiteindelijke uitkomst. Dit wordt veelal aangeduid met de termen ‘volle toetsing’ of ‘marginale toetsing’.

Bij een volle toetsing voert de bestuursrechter de toetst zelf als het ware volledig uit om te kunnen beoordelen of zijn uitkomst afwijkt van de uitkomst van het bestuursorgaan, terwijl de bestuursrechter zich bij een marginale toetsing terughoudend opstelt en zich in theorie slechts beperkt tot de beantwoording van de vraag of het bestuursorgaan in alle redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen. Aan een inhoudelijke beoordeling komt de bestuursrechter in het laatste geval niet toe. Dit laatste is momenteel een probleem in de praktijk ten aanzien van de weigering, niet-verlenging en intrekking van verblijfsvergunningen, alsmede ten aanzien van terugkeerbesluiten, aangezien geen procesbelang wordt aangenomen ten aanzien van deze besluiten en zij derhalve niet vol worden getoetst.

Sinds jaar en dag is het uitgangspunt in het Nederlandse bestuursprocesrecht geweest dat de bestuursrechter een marginale toets dient te hanteren, indien aan het bestuursorgaan een bepaalde mate van beleids- of beoordelingsvrijheid toekomt bij het nemen van het besluit.[[80]](#footnote-80) De toepasselijkheid van het Unierecht in het vreemdelingenrecht heeft echter gezorgd voor een verruiming van de omvang van deze toetsingsintegriteit. Vorenstaande maakt dat de bestuursrechter de beslissing van de Staatssecretaris vol moet toetsen indien het Unierecht van toepassing is. Naar schatting is dat volgens Groenendijk en Van Riel momenteel in ruim negentig procent[[81]](#footnote-81) van de gevallen.[[82]](#footnote-82)

De volle toets van de bestuursrechter heeft in zaken waarbij het Unierecht van toepassing is te maken met het feit dat de bestuursrechter optreedt als Unierechter. De bestuursrechter heeft dan de plicht om binnen de grenzen van het geschil ambtshalve de regels uit het Unierecht toe te passen.[[83]](#footnote-83) Volledigheidshalve zullen de verblijfsrechten (zie voetnoot 71 punt 3) waarop het Unierecht al dan niet van toepassing is worden toegelicht.

In Nederland kennen wij nationale reguliere verblijfsvergunningen voor bepaalde tijd en reguliere verblijfsvergunningen voor onbepaalde tijd of de verblijfsvergunning voor langdurig ingezetene. De soorten nationale reguliere verblijfsvergunningen zijn opgesomd in artikel 3.4 Vb 2000. Op een groot gedeelte van deze nationale verblijfsvergunningen is het Unierecht van toepassing, aangezien in verschillende EU-richtlijnen of verordeningen regels hiertoe zijn opgenomen. Ter verduidelijking is een overzicht opgenomen in bijlage 2.

Daarnaast is het Unierecht per definitie van toepassing op de verblijfsvergunning voor langdurig ingezetene. Deze titel werd immers ingevoerd in de Vw 2000 bij de implementatie van de EU-richtlijn betreffende de status van langdurig ingezetene (hierna: Richtlijn langdurig ingezetene).[[84]](#footnote-84) De verlening en intrekking van deze status valt dus apert onder het Unierecht. [[85]](#footnote-85) De reguliere verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd is een nationale status die aan bepaalde categorieën derdelanders onder gunstigere voorwaarden wordt verleend, dan de status van langdurig ingezetene.[[86]](#footnote-86) Op de verlening van de nationale verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd is volgens Groenendijk en Van Riel het Unierecht ook van toepassing, hetgeen alsnog een volle toetsing impliceert.

Volgens hen blijkt dit onder meer uit artikel 20 lid 1 onder c Vw 2000, waarin is bepaald dat na de intrekking van een status langdurig ingezetene op grond van de openbare orde, er ambtshalve een nationale verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd verleend kan worden. Voornoemde bepaling is een omzetting van artikel 9 Richtlijn langdurig ingezetene, waardoor volgens Groenendijk en Van Riel het Unierecht van toepassing is.[[87]](#footnote-87) Het HvJEU heeft zich hierover helaas nog niet uitgelaten.

Ten aanzien van de verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd is het Unierecht volgens Groenendijk en Van Riel ook van toepassing. Reden is dat de verlening van voornoemde vergunning een uitvoering is van artikel 3 van de Definitierichtlijn[[88]](#footnote-88), welke de lidstaten toestemming verleent om gunstiger bepalingen omtrent de inhoud van de internationale bescherming vast te stellen, mits deze compatibel zijn met de Definitierichtlijn.[[89]](#footnote-89) Deze nationale maatregelen mogen vanzelfsprekend niet in strijd zijn met het Unierecht, waardoor de intrekking, niet-verlenging of weigering van de verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd ook valt onder het Unierecht.[[90]](#footnote-90)

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat het EHRM in de klachtprocedure ook een volle toets hanteert. Zij doen eigenmachtig en grondig onderzoek naar alle relevante feiten en omstandigheden. Hierdoor zou het voor de hand liggen dat de bestuursrechter deze toets eveneens hanteert. Het EHRM heeft zich in diverse arresten[[91]](#footnote-91) uitgelaten over het feit dat zij ontevreden zijn met de marginale toetsingswijze van de nationale rechter in zaken waar het Unierecht van toepassing is.

 *2.4.4 Deelconclusie derde deelvraag*

Concluderend zijn voor dit onderzoek de meest effectieve rechtsmiddelen: de zienswijzeprocedure, bezwaar en (hoger) beroep. Al deze rechtsmiddelen staan in verband met elkaar, aangezien zonder het naar voren brengen van een zienswijze of het maken van bezwaar, het niet mogelijk is om beroep in te stellen. De beroepsprocedure lijkt in de huidige praktijk echter het minst effectief, omdat de bestuursrechter geen procesbelang aanneemt ten aanzien van de weigering, niet-verlenging of intrekking, waardoor de bestuursrechter niet aan een inhoudelijke (volle) beoordeling toekomt.

*2.5 De strafrechtelijke vervolging voor onrechtmatig verblijf*

In het eerste paragraaf is besproken dat het doel van de Terugkeerrichtlijn is om een gemeenschappelijk en doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid te verwezenlijken. De Terugkeerrichtlijn bevat echter geen bepalingen omtrent het gebruik van het strafrecht ter waarborging van dit doel. De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om niet iedere vorm van onrechtmatig verblijf strafbaar te stellen, maar slechts het verblijf in weerwil van een inreisverbod of een oude ongewenstverklaring die gelijkgesteld wordt met een inreisverbod. Het illegaal verblijf als zodanig is derhalve niet strafbaar gesteld in de Nederlandse wetgeving.

 *2.5.1 De huidige strafbepalingen*

Mede in verband met het beginsel van Unietrouw, zijn ter waarborging van het effect van de Terugkeerrichtlijn twee strafbepalingen opgenomen in de Nederlandse wetgeving.[[92]](#footnote-92) De Afdeling Advisering van de Raad van State heeft te kennen gegeven dat de strafbaarstelling slechts een aanvulling dient te zijn op de instrumenten die de Terugkeerrichtlijn reeds voorschrijft en dat het als ultimum remedium toegepast dient te worden.[[93]](#footnote-93)

In de strafbepalingen wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen een licht en een zwaar inreisverbod. Ten eerste is in artikel 108 lid 1 en lid 6 Vw 2000 bepaald dat het verblijf in weerwil van een licht inreisverbod een overtreding oplevert, waartegen hechtenis van ten hoogste zes maanden op staat, dan wel een geldboete van ten hoogste € 4.100,-. In de praktijk worden overtredingen van lichte inreisverboden echter niet vaak vervolgd[[94]](#footnote-94), waardoor hier in dit onderzoek geen verdere aandacht aan zal worden besteed. Ten tweede is in artikel 197 Sr bepaald dat het verblijf in weerwil van een ongewenstverklaring of een zwaar inreisverbod een misdrijf oplevert, waartegen een gevangenisstraf op staat van ten hoogste zes maanden, dan wel een geldboete van maximaal € 8.200,-.[[95]](#footnote-95)

Beide artikelen stellen het onrechtmatige verblijf al strafbaar op het moment dat de vreemdeling weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd of dat hij tot ongewenst vreemdeling is verklaard.

*2.5.2 Toepassing*

Ondanks dat de Terugkeerrichtlijn geen concrete bepalingen bevat omtrent het gebruik van het strafrecht ter waarborging van het doel van de richtlijn, heeft het HvJEU in een reeks uitspraken bepaald dat het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstaf als gevolg van een veroordeling op grond van artikel 197 Sr, in strijd is met de Terugkeerrichtlijn indien de stappen van terugkeerprocedure nog niet volledig zijn doorlopen.[[96]](#footnote-96) De tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf zou de terugkeerprocedure namelijk kunnen belemmeren en de terugkeer daardoor kunnen vertragen.[[97]](#footnote-97) Hierdoor zou afbreuk worden gedaan aan het nuttige effect van de Terugkeerrichtlijn.[[98]](#footnote-98)

Door de Hoge Raad is bepaald dat voornoemde in de strafrechtelijke procedure getoetst en gemotiveerd dient te worden door de strafrechter.[[99]](#footnote-99) De strafrechter dient hierbij eveneens te beoordelen of de verdachte een geldige reden heeft om niet terug te keren naar het land van herkomst. Hiervan is geen sprake indien de verdachte verwijderingspogingen belemmert en/of onvoldoende medewerking verleent aan het verkrijgen van reisdocumenten en/of aan de identiteitsvaststelling.[[100]](#footnote-100)

 *2.5.3 Deelconclusie vierde deelvraag*

Kortom, een derdelander kan blijkens de huidige bepalingen op grond van artikel 197 Sr worden vervolgd wegens verblijf op het grondgebied van de lidstaten indien hij weet of moet vermoeden dat tegen hem een inreisverbod of ongewenstverklaring is uitgevaardigd. Voor de oplegging van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf dienen vervolgens alle stappen van de terugkeerprocedure doorlopen te zijn.

*2.6 Het arrest Ouhrami*

In de probleemanalyse is de casuïstiek van het Ouhrami arrest reeds uiteengezet en is toegelicht dat in het arrest antwoord is gegeven op de vraag van de Hoge Raad of de duur van het inreisverbod, die in beginsel niet meer bedraagt dan vijf jaren, berekend moet worden vanaf de datum waarop het inreisverbod is uitgevaardigd dan wel vanaf de datum waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten.[[101]](#footnote-101) De relevante motiveringen van de antwoorden van het HvJEU zullen hieronder worden samengevat, waarna de gevolgen van het arrest op de huidige straf- en vreemdelingenpraktijk besproken zullen worden.

*2.6.1 De prejudiciële antwoorden*

Het HvJEU heeft door middel van een uitgebreide motivatie ondubbelzinnig antwoord gegeven op voornoemde vraag. Volgens het HvJEU dient de duur van het inreisverbod – gelet op de bewoordingen, de opzet en het doel van de Terugkeerrichtlijn – berekend te worden vanaf het tijdstip waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten.[[102]](#footnote-102) Dit is in lijn met de uitspraak die de Hoge Raad deed in 2013.[[103]](#footnote-103) Het is echter met name de redenering van het HvJEU in het Ouhrami arrest dat relevant is voor dit onderzoek.

In het arrest maakt het HvJEU een duidelijk onderscheid tussen enerzijds een terugkeerbesluit en anderzijds een inreisverbod.[[104]](#footnote-104) Ondanks dat de mogelijkheid bestaat om een terugkeerbesluit en een inreisverbod op hetzelfde moment uit te vaardigen, volgt volgens het HvJEU uit de opzet van de Terugkeerrichtlijn duidelijk dat het twee losstaande besluiten zijn. Het terugkeerbesluit verbindt consequenties aan de onrechtmatigheid van het oorspronkelijke verblijf, terwijl het inreisverbod een eventueel later verblijf betreft en dit onrechtmatig maakt.[[105]](#footnote-105)

Blijkens het HvJEU wordt een inreisverbod geacht een terugkeerbesluit slechts aan te vullen door de betrokkene te verbieden om gedurende een bepaalde periode na zijn ‘*terugkeer*’ – en dus na zijn daadwerkelijke vertrek van het grondgebied van de lidstaten – dat grondgebied opnieuw te betreden en er vervolgens te verblijven. Het HvJEU verondersteld derhalve dat het voor het ingaan van een inreisverbod noodzakelijk is dat de vreemdeling dat grondgebied eerst heeft verlaten.[[106]](#footnote-106)

Ingevolge de Terugkeerrichtlijn dient een terugkeerbesluit uitgevaardigd te worden tegen elke derdelander die illegaal op het grondgebied van de lidstaten verblijft.[[107]](#footnote-107) Het HvJEU merkt op dat het oorspronkelijke verblijf van de betrokkene illegaal wordt verklaard bij de oplegging van een terugkeerbesluit en dat daarbij te allen tijde een terugkeerverplichting wordt opgelegd.[[108]](#footnote-108) Dit houdt in dat het onrechtmatige verblijf van de betrokkene tot aan het tijdstip van de vrijwillige of gedwongen terugkeer naar zijn land van herkomst, een land van doorreis of een ander derde land, wordt beheerst door het terugkeerbesluit en dus niet door het inreisverbod. Het inreisverbod brengt immers pas rechtsgevolgen teweeg vanaf het tijdstip dat de betrokkene een bepaalde periode na zijn terugkeer het grondgebied van de lidstaten weer heeft betreden en daar wederom verblijft.[[109]](#footnote-109)

Voorts brengt het HvJEU in herinnering dat indien Ouhrami Nederland niet heeft verlaten na de oude ongewenstverklaring, hij zich in een illegale situatie bevindt die voortkomt uit een oorspronkelijk illegaal verblijf, in plaats van een later illegaal verblijf dat het gevolg is van de overtreding van het inreisverbod. In dit verband wordt door het HvJEU overwogen dat de Terugkeerrichtlijn zich – behoudens uitzonderingen – verzet tegen een regeling waarbij een gevangenisstraf kan worden opgelegd wegens het oorspronkelijke illegale verblijf.[[110]](#footnote-110)

*2.6.2 De gevolgen*

Het Ouhrami arrest heeft directe gevolgen voor de Nederlandse rechtspraktijk. De belangrijkste gevolgen voor zowel vreemdelingenrechtelijke procedures als voor strafrechtelijke procedures zijn uitgewerkt in bijlage 3. In het kort zijn de belangrijkste gevolgen in vreemdelingenrechtelijke procedures dat de bestuursrechter vanaf heden wel procesbelang zal moeten aannemen en de verblijfsaanspraken met het terugkeerbesluit vol dient te toetsen. In strafrechtelijke procedures is het belangrijkste gevolg dat veroordeling van artikel 197 Sr achterwege moet blijven indien de vreemdeling de lidstaten nog niet heeft verlaten.

De gevolgen en de motiveringen daarvan zijn mede gebruikt voor de formulering van de gronden die aangevoerd kunnen worden in het dossier- en literatuuronderzoek en het uiteindelijke advies.

*2.6.3 Deelconclusie vijfde deelvraag*

In conclusie kan worden gesteld dat het Ouhrami arrest grote gevolgen teweegbrengt voor zowel straf- als vreemdelingenzaken. Het belangrijkste gevolg in vreemdelingenzaken is dat de bestuursrechter te allen tijde procesbelang aan moet nemen ten aanzien van de verblijfsaanspraak en het terugkeerbesluit en dit vol zal moeten toetsen. Voor het strafrecht is het belangrijkste gevolg dat de vreemdeling die Nederland nog niet heeft verlaten – en waarbij het inreisverbod dus nog geen rechtskracht heeft – niet veroordeeld kan worden op grond van artikel 197 Sr.

**Hoofdstuk 3**

De praktijkvragen in dit onderzoek zijn beantwoord aan de hand van zowel dossieronderzoek als jurisprudentieonderzoek. Hieronder zullen de resultaten van deze onderzoeken worden besproken. Voor beide onderzoeken zijn zogenoemde topics opgesteld, welke de grondslag hebben gevormd voor de analyse. Vervolgens zijn aan de hand van de resultaten conclusies geformuleerd.

*3.1 Resultaten dossieronderzoek*

Het schema van de analyse met de daarbij behorende topics is opgenomen in bijlage 4. Het schema is tijdens de analyse ingevuld aan de hand van een legenda. De exacte resultaten zullen hieronder gemotiveerd worden uiteengezet.

Uit het literatuuronderzoek is reeds gebleken dat er gerede twijfel bestaat over de vraag of de IND het Unierecht en de daaruit voortvloeiende verplichtingen, waaronder toepassing van de actuele-bedreigingstoets en/of het betrekken van de Unierechtelijke factoren bij de belangenafweging, naar behoren toepast bij de weigering, niet-verlenging of intrekking van een verblijfsvergunning. Na het analyseren van alle dossiers kan worden geconcludeerd dat deze twijfels terecht zijn.

Van belang is dat het Unierecht in alle dertien dossiers van toepassing was. Het ging immers in zeven zaken om de intrekking van een verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd[[111]](#footnote-111) en in zes zaken ging het om de intrekking van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd op grond van verblijf bij een familielid of partner.[[112]](#footnote-112) Ondanks dat het Unierecht van toepassing was, werd de Unierechtelijke actuele-bedreigingstoets in alle dossiers buiten beschouwing gelaten en werd door de IND de nationale glijdende schaal toegepast. Opvallend is dat de IND de actuele-bedreigingstoetst nimmer benoemd in de bestudeerde dossiers, maar slechts beoordeeld welke versie van de glijdende schaal van toepassing is. In de beschikkingen wordt bijvoorbeeld het volgende opgemerkt: *‘… de verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd heeft een zuiver nationaalrechtelijk karakter, waarbij enkel het nationale openbare-ordebeleid van toepassing is. De Richtlijn 2004/38 heeft betrekking op burgers van de Unie. Het ziet niet op de definitie van openbare orde ingeval van het intrekken van reguliere verblijfsvergunningen van derdelanders, zoals dat wordt toegepast in het nationale recht.’’ [[113]](#footnote-113)*

In alle dertien dossiers was het laatste strafbare feit al van minstens een jaar geleden. In de meeste gevallen[[114]](#footnote-114) zelfs van twee tot vijf jaren geleden. Hierdoor kon in alle zaken beargumenteerd worden dat de vreemdeling geen actueel gevaar voor de openbare orde (meer) is. Daarbij konden in alle dossiers individuele belangen aangevoerd worden, die mogelijk zouden kunnen leiden tot achterwegelating van de intrekking van de verblijfsvergunning en de uitvaardiging van het terugkeerbesluit. De meest voorkomende belangen die in dit verband aangevoerd konden worden waren: 1) er was een lage straf opgelegd door de strafrechter, 2) er was sprake van strafverlichtende omstandigheden, 2) tijdsverloop, 3) hulp gezocht en gekregen en 4) sinds het delict gaat het aantoonbaar goed op het gebied van onder meer wonen, werken en/of gezin.[[115]](#footnote-115)

Voorts is uit de analyse gebleken dat er slechts in drie[[116]](#footnote-116) van de dertien dossiers een kenbare belangenafweging heeft plaatsgevonden ten aanzien van de intrekking van de verblijfsvergunning die voldoet aan de Unierechtelijke criteria en aan de guiding principles. In deze zaken werd de intrekking door de IND getoetst aan artikel 8 EVRM en werden de guiding principles betrokken bij de beoordeling. Desondanks waren hiertegen – in alle drie de dossiers – nog diverse argumenten in te brengen in de beroepsprocedure. Zo werden door de IND enkele belangrijke belangen[[117]](#footnote-117) wel benoemd in de beschikking, maar vervolgens niet helder afgewogen tegen de belangen van de vreemdeling. In de beschikking was dan bijvoorbeeld slechts terug te lezen *dat de belangenafweging uiteindelijk in het nadeel van betrokkene uitvalt* en/of *dat na afweging van alle belangen geconcludeerd wordt dat de inmenging in het privéleven en familieleven van de vreemdeling toegestaan is in het belang van de bescherming van de openbare orde*.[[118]](#footnote-118) Redenen hiervoor worden vervolgens niet, dan wel niet goed, beargumenteerd door de IND.[[119]](#footnote-119)

Daarbij zijn in tien dossiers de belangen niet afgewogen met inachtneming van de Unierechtelijke factoren en guiding principles. Opmerkelijk is bijvoorbeeld de volgende motivering van de IND: *‘‘Sinds het Project Stroomlijning Toelatingsprocedures wordt er in asielzaken ambtshalve getoetst aan reguliere gronden, waaronder artikel 8 EVRM. Er is echter een beleidsmatige keuze gemaakt om in het geval van een intrekking van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd en/of bij het opleggen van een zwaar inreisverbod deze toets achterwege te laten.’’[[120]](#footnote-120)*

Uit de analyse is echter ook gebleken dat de kans om de intrekking en het daarbij behorende terugkeerbesluit van tafel te krijgen, in de praktijk eigenlijk niet bestaat. In alle acht dossiers die zien op de beroepsprocedure[[121]](#footnote-121) werd namelijk geen procesbelang aangenomen door de bestuursrechter ten aanzien van het de intrekking van de verblijfsvergunning, waardoor de intrekking ook niet vol werd getoetst. Sterker nog, de intrekking werd in deze gevallen helemaal niet getoetst. De motivering hiervan was bijvoorbeeld als volgt:

*‘‘Nu verweerder tegen eiser een zwaar inreisverbod heeft uitgevaardigd, kan eiser geen rechtmatig verblijf hebben. Gelet op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 9 juli 2013 heeft eiser, zolang voornoemd inreisverbod voortduurt, geen belang bij de beoordeling van het beroep gericht tegen de intrekking van de verblijfsvergunning, zodat het beroep in zoverre niet-ontvankelijk moet worden verklaard (…) de intrekking kan ten volle worden getoetst in het kader van het beroep tegen het inreisverbod.’’[[122]](#footnote-122)*

Het inreisverbod werd in alle acht beroepsprocedures wel vol getoetst. Dit leidde echter slechts in één zaak[[123]](#footnote-123) tot een gegrondverklaring. In de overige zeven zaken[[124]](#footnote-124) werd het beroep tegen het inreisverbod ongegrond verklaard en werd het inreisverbod in stand gehouden, waardoor de vreemdeling volgens de rechtbank ook geen belang zou hebben bij de beoordeling van zijn beroep dat gericht is tegen de intrekking van de verblijfsvergunning. Belangrijk is dat de vreemdelingen in voornoemde zaken het grondgebied van de lidstaten ten tijde van de procedure nimmer hadden verlaten. Daarnaast is opmerkelijk dat in de vier dossiers[[125]](#footnote-125) die zien op de zienswijzeprocedure het voornemen na indiening van de zienswijze uiteindelijk is ingetrokken.

*3.1.1 Conclusie*

Uit de hierboven besproken resultaten zijn de onderdelen gebleken die in zaken met betrekking tot de intrekking van een verblijfsvergunning en de oplegging van een terugkeerbesluit aan de hand van het Ouhrami arrest anders (hadden) moeten worden getoetst. Uiteengezet gaat het om de volgende onderdelen:

* Het Unierecht wordt onterecht niet van toepassing verklaard door de IND;
* De Unierechtelijke actuele-bedreigingstoetst wordt onterecht niet toegepast door de IND;
* De Unierechtelijke criteria en guiding principles worden in het grotendeel van de dossiers onterecht niet betrokken bij de belangenafweging door de IND;
* Ten aanzien van intrekkingen van verblijfsvergunningen en terugkeerbesluiten wordt door de bestuursrechter onterecht geen procesbelang aangenomen, waardoor voornoemde ook niet (vol) wordt getoetst.

Tegen de eerste drie onderdelen is, kijkend naar de resultaten en het literatuuronderzoek, in bezwaar en/of (hoger)beroep voldoende in te brengen. Met andere woorden: in alle openbare-ordedossiers was er een reële mogelijkheid om de intrekking en het terugkeerbesluit van tafel te krijgen. Uit het onderzoek is echter gebleken dat de bestuursrechter nimmer procesbelang aanneemt ten aanzien van de intrekking van de verblijfsvergunning en het terugkeerbesluit. Voornoemde resulteert in het volgende: de vreemdeling wiens verblijfsvergunning door de IND is ingetrokken in verband met de openbare orde en jegens wie een terugkeerbesluit is uitgevaardigd, kan hier momenteel in beroep feitelijk niets meer tegen doen. Hierdoor ontstaat er ook geen relevante jurisprudentie op dit gebied. Aan de hand van het Ouhrami arrest zal de bestuursrechter wel procesbelang aan moeten nemen, waardoor de eerste drie onderdelen vol door de bestuursrechter moeten worden getoetst.

*3.2 Resultaten jurisprudentieonderzoek*

Het schema van de analyse met de daarbij behorende topics is opgenomen in bijlage 5. Ook dit schema is tijdens de analyse ingevuld aan de hand van een legenda. De exacte resultaten zullen hieronder gemotiveerd worden uiteengezet.

Uit het onderzoek is gebleken dat van de twintig geanalyseerde uitspraken, er maar twee[[126]](#footnote-126) in lijn met het Ouhrami arrest zijn beoordeeld. Dit had in beide uitspraken te maken met het feit dat de vreemdeling reeds was teruggekeerd naar het land van herkomst. Dit bleek bijvoorbeeld uit de volgende motivering in de uitspraak: *‘‘Nadat de verdachte op 9 augustus 2013 uit Nederland was verwijderd, is hij Nederland weer binnengekomen en op 3 februari 2015 het land weer uitgezet, waarna hij wederom Nederland is binnengekomen.’’[[127]](#footnote-127)*

In vijftien andere uitspraken waren de vreemdelingen nog niet teruggekeerd, waardoor het inreisverbod volgens het Ouhrami arrest nog niet in werking was getreden, maar werd er wel een onvoorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd.[[128]](#footnote-128) Daarnaast werd in één zaak[[129]](#footnote-129) – ook hier was het inreisverbod volgens het Ouhrami arrest nog niet in werking getreden – geen gevangenisstraf opgelegd.[[130]](#footnote-130) Benoemingswaardig is dat de vreemdeling in deze zaak uiteindelijk wel werd veroordeeld.

Voorts is uit het onderzoek gebleken dat de rechtsoverwegingen van de rechters en de raadsheren niet (veel) van elkaar afwijken. Wel is van belang om op te merken dat de drie uitspraken die in lijn met het Ouhrami arrest zijn beoordeeld, van het gerechtshof afkomstig zijn. Aan deze resultaten wordt echter de conclusie verbonden dat dit pure toeval is geweest. Uit alle bestudeerde rechtsoverwegingen, van zowel de rechtbank als het gerechtshof, blijkt namelijk niet dat de vraag *of de vreemdeling Nederland reeds heeft verlaten en het inreisverbod daardoor in werking is getreden* bewust en in lijn met het Ouhrami arrest bij de beoordeling is betrokken.

In alle twintig uitspraken werden door zowel de rechtbank als het gerechtshof eerst de bewijsoverwegingen besproken. Hierbij ging het in het bijzonder om de overwegingen of de verdachte op het moment van de aanhouding in Nederland was toen er bijvoorbeeld een inreisverbod gold, of de grondslag van het inreisverbod of de ongewenstverklaring rechtmatig was en of de verdachte wist of ernstige redenen had om te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod was uitgevaardigd.[[131]](#footnote-131) In alle uitspraken werd op het voornoemde bevestigend geantwoord. Vervolgens keken de rechtbanken en de gerechtshoven naar de strafoplegging, waarbij zij beiden toetsten of alle stappen van de terugkeerprocedure volledig doorlopen zijn.[[132]](#footnote-132) De rechtbank en het gerechtshof kwamen uiteindelijk in alle onderzochte uitspraken tot de conclusie dat de terugkeerprocedure was doorlopen.

Opgemerkt wordt dat in de onderzochte uitspraken wel de vraag wordt gesteld of er ten tijde van de tenlastelegging een geldig inreisverbod (of ongewenstverklaring) was. Ter beantwoording van deze vraag wordt slechts aangegeven per welke datum aan de verdachte een inreisverbod is uitgevaardigd en wanneer en waar hij is aangehouden. De vraag die blijkens het Ouhrami arrest nog gesteld zou moeten worden, te weten of de vreemdeling Nederland reeds heeft verlaten, wordt echter niet bij deze beoordeling betrokken.

*3.2.1 Conclusie*

Geconcludeerd kan worden dat blijkens de analyse de veroordelingen op grond van artikel 197 Sr, van zowel de rechtbanken als de gerechtshoven, niet in lijn zijn met het Ouhrami arrest. In het grootste gedeelte van de uitspraken had de vreemdeling Nederland op het moment van de veroordeling namelijk nog niet verlaten. Toch werden deze vreemdelingen veroordeeld tot een gevangenisstraf, hetgeen blijkens de uitleg van het HvJEU in het Ouhrami arrest in strijd is met de Terugkeerrichtlijn nu er geen adequate wettelijke grondslag is voor de veroordeling. Het feit dat de Terugkeerprocedure in deze zaken als doorlopen kon worden beschouwd, doet hier niet aan af.

Voorts kan worden geconcludeerd dat de veroordelingen in twee zaken per toeval in lijn waren met het Ouhrami arrest. Het gerechtshof heeft in deze zaken namelijk niet bewust getoetst of de vreemdeling Nederland reeds had verlaten. Daarnaast kan de conclusie worden getrokken dat de enkele zaak waar het inreisverbod blijkens het Ouhrami arrest ook nog niet in werking was getreden, maar waar door het gerechtshof geen gevangenisstraf werd opgelegd, eveneens niet in lijn is met het Ouhrami arrest. Deze vreemdeling had Nederland immers nog niet verlaten, waardoor ook voor deze vervolging adequate wettelijke grondslag ontbrak.

**Hoofstuk 4**

*4.1 Conclusies*

De zeven deelvragen zijn in de voorgaande hoofstukken reeds beantwoord. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van alle resultaten van dit onderzoek een advies gegeven bij wijze van conclusies, met betrekking tot de gronden die in zowel vreemdelingen- als strafprocedures aangevoerd kunnen worden naar aanleiding van het Ouhrami arrest. Hiermee wordt antwoord gegeven op de volgende centrale onderzoeksvraag:

*‘‘Welk advies kan aan SVK-advocaten worden verschaft, middels wetsanalyse, dossier-, jurisprudentie- en literatuuronderzoek, met betrekking tot de gronden die naar aanleiding van het Ouhrami arrest aangevoerd kunnen worden in zowel vreemdelingen- als strafzaken, teneinde een positieve uitkomst te bewerkstelligen, namelijk dat de intrekking, niet-verlenging of weigering van de verblijfsvergunning in openbare-orde zaken samen met het terugkeerbesluit in beroep vol wordt getoetst en dat in strafzaken een veroordeling voor artikel 197 Sr achterwege blijft?’’*

*4.1.1 Advies vreemdelingenzaken*

Allereerst wordt SVK-advocaten geadviseerd om in beroepsprocedures met betrekking tot de intrekking, niet-verlenging of weigering van verblijfsvergunningen in verband met de openbare orde, alsmede de daarbij behorende terugkeerbesluiten de volgende gronden aan te voeren ten aanzien van het procesbelang:[[133]](#footnote-133)

1) Een vaste ongeschreven regel in het bestuursrecht is dat de belanghebbende voldoende procesbelang moet hebben bij het door hem of haar ingestelde beroep. Dit procesbelang ontstaat niet door het louter instellen van het beroep. De betrokkene moet namelijk aantoonbaar maken dat het door hem of haar beoogde resultaat door de beroepsprocedure ook daadwerkelijk behaald kan worden.

In de huidige rechtspraak, voordat de betekenis van het Ouhrami arrest tot ons doordrong, was de motivering in voornoemde zaken altijd dat er geen (proces)belang was ten aanzien van het beroep gericht tegen de intrekking, niet-verlenging of weigering van de verblijfsvergunning en het terugkeerbesluit, aangezien er ook een inreisverbod uitgevaardigd was. De vreemdeling kon door de uitvaardiging van het inreisverbod namelijk geen rechtmatig verblijf in Nederland hebben, hetgeen blijkt uit artikel 66a lid 6 Vw 2000, waardoor hij volgens de bestuursrechter ook geen belang had bij de beoordeling van het beroep gericht tegen de verblijfsaanspraken en het terugkeerbesluit.

Geconcludeerd kan worden dat voornoemde gang van zaken niet in lijn is met het Ouhrami arrest en geen stand meer kan houden. In het Ouhrami arrest is immers een duidelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds een terugkeerbesluit en anderzijds een inreisverbod. Hierbij is door het HvJEU bepaald dat het inreisverbod het terugkeerbesluit aanvult en pas ingaat op het moment dat de vreemdeling terugkeertop het grondgebied van de lidstaten. De vreemdeling moet de lidstaten eerst dus hebben verlaten. Indien dit (nog) niet het geval is, heeft het inreisverbod nog geen rechtskracht, waardoor deze ook niet meer in de weg staat voor toekenning van procesbelang in de beroepsprocedure gericht tegen de verblijfsaanspraken en het terugkeerbesluit. De bestuursrechter zal artikel 66a lid 6 Vw 2000 volledig buiten beschouwing moeten laten, nu dit artikel pas van toepassing is op het moment dat het inreisverbod daadwerkelijk in werking is getreden.

Met andere woorden: het inreisverbod is weliswaar opgelegd aan de vreemdeling, maar in voornoemde gevallen nog niet in werking getreden. Hierdoor heeft het inreisverbod in de beroepsprocedure (nog) geen rechtskracht, waardoor deze ook niet getoetst kan worden door de bestuursrechter. Dit maakt dat de bestuursrechter per definitie genoodzaakt is om de intrekking, niet-verlenging of weigering van de verblijfsvergunning samen met het terugkeerbesluit te toetsen. Dit zijn immers de enige besluiten die op dat moment rechtskracht hebben en überhaupt door de bestuursrechter getoetst kunnen worden. Daarbij kan de vreemdeling bij het instellen van beroep nu wél in een gunstiger positie raken, aangezien het inreisverbod het rechtmatige verblijf van deze vreemdeling in Nederland niet meer onmogelijk maakt.

--------------------------------------------------------------------------------------------------------------

In het licht van het voorgaande wordt ten aanzien van de volle rechterlijke toetsing in de hierboven reeds besproken zaken geadviseerd om de volgende gronden aan te voeren:[[134]](#footnote-134)

1) De regel in het Nederlandse bestuursrecht is dat de bestuursrechter een marginale (terughoudende) toetst hanteert, tenzij het Unierecht van toepassing is. In het laatste geval moet een volle toetst worden gehanteerd, waarbij de bestuursrechter de toets van het bestuursorgaan (in dit geval de IND) zelf als het ware volledig opnieuw uitvoert en beoordeelt of zijn uitkomst afwijkt van de uitkomst van het bestuursorgaan. In de huidige praktijk wordt enkel het inreisverbod vol getoetst door de bestuursrechter, waarbij wordt gesteld dat de verblijfsaanspraken en het terugkeerbesluit vol getoetst kunnen worden ‘*in het kader van het inreisverbod’*. Feitelijk gezien betekent dit dat slechts het inreisverbod (vol) wordt getoetst, terwijl tegen het inreisverbod veelal een stuk minder in te brengen is dan tegen het beroep betreffende de verblijfsaanspraken en het terugkeerbesluit.

Geconcludeerd kan worden dat op het moment dat de bestuursrechter naar aanleiding van het Ouhrami arrest procesbelang aanneemt ten aanzien van de verblijfsaanspraken die zien op zaken met betrekking tot de openbare orde alsmede het daarbij behorende terugkeerbesluit, deze besluiten vol moet toetsen. Dit betekent dat de huidige praktijk, waar enkel het inreisverbod vol wordt getoetst, geheel niet in lijn is met het Ouhrami arrest. De rechtmatigheid van voornoemde besluiten kan immers niet meer ten volle worden getoetst *‘in het kader van het inreisverbod’*, nu het inreisverbod geen rechtskracht heeft op het moment dat de vreemdeling Nederland nog niet heeft verlaten, waardoor het inreisverbod ook niet vol getoetst kan worden door de bestuursrechter.

2) Bovengenoemd argument gaat telkens samen met de voorwaarde dat de weigering, niet-verlenging of intrekking van de verblijfsvergunning waartegen de vreemdeling beroep indient, gebaseerd moet zijn op het Unierecht. Zodra het Unierecht van toepassing is, moet de bestuursrechter immers optreden als Unierechter en het besluit vol toetsen. Inmiddels wordt een groot deel van het migratierecht beheerst door het Unierecht, wat ook meteen impliceert dat de bestuursrechter in veel zaken deze volle toets moet uitvoeren. Wanneer het Unierecht al dan niet van toepassing is licht echter in veel gevallen niet voor de hand. Daarbij wordt momenteel bijvoorbeeld ten aanzien van de verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd (door de IND) niet aangenomen dat het Unierecht van toepassing is. Uit dit onderzoek is echter gebleken dat dit wel het geval is. De motiveringen zullen hieronder worden uiteengezet:

* Indien het gaat om een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd in de zin van artikel 28 Vw 2000 juncto 3.4 Vb 2000, wordt geadviseerd om bijlage 2 van dit onderzoek te betrekken bij de argumentatie. Dit is inmiddels een belangrijke lijst, waaruit duidelijk per verblijfsvergunning blijkt welke richtlijn al dan niet van toepassing is.
* Bij de hierboven genoemde verblijfsvergunningen was het reeds duidelijk welke verblijfsvergunningen beheerst worden door het Unierecht. Bij de verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd in de zin van artikel 20 Vw 2000 werd tot heden echter altijd ontkent dat het Unierecht van toepassing is in procedures met betrekking tot de intrekking, niet-verlenging of weigering van deze verblijfsvergunning en de oplegging van het terugkeerbesluit in verband met schending van de openbare orde. Reden hiervoor is dat voornoemde verblijfsvergunning wordt gezien als een nationale status, die apert valt onder het nationale recht.

Geconcludeerd wordt dat voornoemde redenering niet klopt en dat ook deze verblijfsvergunning beheerst wordt door het Unierecht. Regel is namelijk dat bij de verblijfsvergunning voor langdurig ingezetene, als bedoeld in artikel 45a Vw 2000, het Unierecht per definitie van toepassing is, nu deze titel werd ingevoerd in de Vw 2000 bij de implementatie van de Richtlijn langdurig ingezetene. Derhalve wordt bij deze verblijfsvergunningen in procedures met betrekking tot verblijfsaanspraken en terugkeerbesluiten die te maken hebben met openbare-ordeschending wél altijd getoetst aan het Unierecht.

Artikel 20 lid 1 onder c Vw 2000 schrijft voor dat ambtshalve een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd wordt verleend aan de vreemdeling wiens EU-verblijfsvergunning voor langdurig ingezetene is ingetrokken op gronden van openbare orde. In dit kader is van eminent belang dat voornoemde bepaling in de Vw 2000 een omzetting is van artikel 9 Richtlijn langdurig ingezetene. Hierdoor kan simpelweg niet meer worden ontkend dat het Unierecht niet van toepassing is. In conclusie zal de bestuursrechter ook de nationale status voor onbepaalde tijd moeten beoordelen als een status die beheerst wordt door het Unierecht. Anders dan tot nu toe, zullen de verblijfsaanspraken en terugkeerbesluiten in beroepsprocedures met betrekking tot de openbare orde vol getoetst moeten worden aan het Unierecht.

* Ten aanzien van de verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd, als bedoeld in artikel 28 Vw 2000, wordt het Unierecht momenteel door de IND *‘wegens een beleidsmatige keuze’* in het geval van (onder meer) de intrekking van een verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd in openbare-orde zaken en/of bij het opleggen van een zwaar inreisverbod volledig achterwege gelaten, terwijl wél aan het Unierecht wordt getoetst bij de verlening van een dergelijke verblijfsvergunning. Geconcludeerd kan worden dat voornoemde beleidskeuze niet boven het Unierecht prevaleert en dat de bestuursrechter hierdoor in de beroepsprocedure genoodzaakt is om voornoemde beschikkingen vol te toetsen aan het Unierecht.

De verlening van een verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd is een uitvoering van artikel 3 Definitierichtlijn. De Definitierichtlijn verleent de lidstaten toestemming om gunstiger bepalingen omtrent de inhoud van de internationale bescherming vast te stellen, mits deze natuurlijk in overeenstemming zijn met de Definitierichtlijn. Het is vanzelfsprekend dat hiermee ook wordt bedoeld dat de nationale maatregelen die getroffen worden, niet in strijd mogen zijn met het Unierecht. Dit is momenteel wel het geval. Voornoemde betekent dat het Unierecht van toepassing is en dat de bestuursrechter de intrekking, niet-verlenging of weigering van de verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd met betrekking tot openbare-orde zaken, alsmede het daarbij behorende terugkeerbesluit, vol moet toetsen.

3) Een aanvullend argument is dat de intrekking, niet-verlenging of weigering van voornoemde verblijfsvergunningen met betrekking tot openbare-orde zaken door het EHRM in de klachtenprocedure ook vol wordt getoetst. Het EHRM heeft zich in een reeks arresten uitgelaten over het feit dat zij ontevreden zijn met de marginale toetsingswijze van de nationale rechters in zaken waar het Unierecht van toepassing is. Indien de bestuursrechter marginaal blijft toetsen, komt het subsidiaire karakter van het internationale systeem van mensenrechtenbescherming onder druk te staan, aangezien internationale toezichthouders gedwongen worden om het werk van nationale rechters over te doen.

--------------------------------------------------------------------------------------------------------------

In aanvulling op het voorgaande wordt ten aanzien van de volle rechterlijke toetsing geadviseerd om de bestuursrechter te wijzen op het belang hiervan voor de vreemdeling. Geadviseerd wordt om in dit verband de volgende gronden aan te voeren:[[135]](#footnote-135)

1) Een volle rechterlijke toets biedt de meeste ruimte voor een integrale belangenafweging in procedures die zien op de intrekking, niet-verlenging of weigering van een verblijfsvergunning in verband met schending van de openbare orde, alsmede het daarbij behorende terugkeerbesluit. Deze integrale belangenafweging, die in de huidige praktijk ontbreekt, is onmisbaar. Reden hiervoor is dat meerdere onderdelen in de beschikking van de IND veelal niet in lijn zijn met het Unierecht. Vaak wordt helemaal geen aandacht geschonken aan het Unierecht en wordt deze beoordelingswijze vervolgens ook niet naar behoren gemotiveerd in de beschikking. Doordat de bestuursrechter tot heden de verblijfsaanspraken en het terugkeerbesluit in de beroepsprocedure niet toetste, kon de vreemdeling hiertegen vrijwel niets vernemen. Bij de IND lijkt hierdoor een blinde vlek te zijn ontstaan, welke slechts tegengegaan kan worden door een volle toetst van de bestuursrechter.

2) De Unierechtelijke actuele-bedreigingstoets is van toepassing en deze dient door de IND toegepast te worden in plaats van (of desnoods naast) de glijdende schaal. De actuele-bedreigingstoets is immers steeds weer van toepassing op het moment dat een richtlijn de lidstaat ruimte laat om bij de beoordeling te betrekken of de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde. Dit is in vrijwel alle gevallen waar het Unierecht van toepassing is. Ter aanvulling hierop wordt geadviseerd om in ieder geval de volgende onderdelen te betrekken bij de stelling dat de vreemdeling geen actueel gevaar voor de openbare orde (meer) is:

* Tijdsverloop sinds het laatst gepleegde (ernstige) misdrijf;
* Hoogte van de straf of straffen;
* Strafverlichtende omstandigheden;
* Gedragsveranderingen;
* Hulp gezocht en/of gekregen;
* Het gaat goed op het gebied van werk, wonen en/of gezin.

3) De Unierechtelijke criteria en/of guiding principles zijn niet kenbaar en/of naar behoren betrokken bij de belangenafweging. In dit kader wordt geadviseerd om bijlage 1 van dit onderzoek te gebruiken bij de motivering. Inmiddels is dit een belangrijke en heldere lijst.

*4.1.2 Advies strafzaken*

In strafzaken waarbij de vreemdeling wordt verdacht van overtreding van artikel 197 Sr, wordt SVK-advocaten geadviseerd om de volgende gronden aan te voeren:[[136]](#footnote-136)

1) Doordat de Terugkeerrichtlijn geen bepalingen bevat ten aanzien van het gebruik van het strafrecht, zijn de lidstaten zelfstandig bevoegd om het strafrecht in te zetten. In Nederland heeft de wetgever expliciet gekozen om de strafbaarstelling te koppelen aan het inreisverbod en niet aan het terugkeerbesluit. Reden hiervoor was dat de wetgever het illegale verblijf als zodanig niet strafbaar wenste te stellen. In artikel 197 Sr is dan ook het verblijf in weerwil van het inreisverbod of de ongewenstverklaring strafbaar gesteld voor de vreemdeling die weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat jegens hem een inreisverbod is uitgevaardigd.

Echter, het heldere onderscheid dat in het Ouhrami arrest wordt gemaakt tussen het inreisverbod en het terugkeerbesluit heeft tot gevolg dat de vreemdeling die Nederland nog niet heeft verlaten, niet strafrechtelijk vervolgd kan worden voor overtreding van artikel 197 Sr. Door het HvJEU is in het Ouhrami arrest immers bepaald dat het inreisverbod het terugkeerbesluit aanvult en pas ingaat op het moment dat de vreemdeling terugkeertop het grondgebied van de lidstaten.

Geconcludeerd kan worden dat de huidige gang van zaken, waarbij ook de vreemdeling die Nederland nog niet heeft verlaten wordt veroordeeld voor overtreding van voornoemd artikel, absoluut niet in lijn is met het Ouhrami arrest. Op het moment dat de vreemdeling de lidstaten nog niet heeft verlaten, heeft het inreisverbod immers nog geen rechtskracht, waardoor deze logischerwijs niet overtreden kan worden. Dat de vreemdeling weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd doet niets af aan deze conclusie, nu het inreisverbod feitelijk gezien op dat moment nog niet bestaat.

Voornoemde betekent dat de wettelijke grondslag voor de vervolging van de vreemdeling jegens wie een inreisverbod is uitgevaardigd, maar die Nederland nog niet heeft verlaten, in de huidige nationale wetgeving ontbreekt. Om deze reden kan niet anders dan worden geconcludeerd dan dat er momenteel sprake is van een ernstig legaliteitsgebrek en dat om deze reden de vreemdeling die Nederland nog niet heeft verlaten niet veroordeeld mag worden wegens overtreding van artikel 197 Sr. Indien de strafrechter over zal gaan tot veroordeling, zal er sprake zijn van ernstige schending van een fundamenteel rechtsbeginsel, te weten het legaliteitsbeginsel.

 *4.2 Aanbevelingen*

Ter aanvulling op het uitgebreide advies, worden thans nog enkele concrete aanbevelingen gedaan.

Ten eerste wordt aanbevolen om de in het beroepsschrift verwerkte gronden ter zitting uitgebreid te motiveren en mogelijk vooraf toe te zenden naar zowel de bestuursrechter als de IND. Dit is met name van belang, aangezien alle argumenten ook voor hen volledig nieuw zullen zijn. De bestuursrechter heeft immers jaren dezelfde ambtshalve toets gehanteerd en wordt nu onder meer gewezen op het feit dat deze toets naar aanleiding van het Ouhrami arrest niet (meer) volstaat.

Ten tweede wordt in het kader van de Unierechtelijke belangenafweging aanbevolen om bijlage 1 van onderhavig onderzoek volledig door te nemen met de betrokkene. Op deze manier zijn de betrokkenen op de hoogte van de criteria die door zowel de IND als door de bestuursrechter betrokken moeten worden bij de Unierechtelijke belangenafweging, waardoor de kans groter is dat uiteindelijk alle belangrijke belangen naar voren gebracht worden door de advocaat. Daarbij wordt geadviseerd om de nodige rapporten van bijvoorbeeld de reclassering of de huisarts op te vragen.

Ten slotte wordt aanbevolen om de strafrechter te wijzen op het feit dat het op dit punt aan het nieuwe kabinet is om, indien gewenst, ook het verblijf van vreemdelingen die Nederland nog niet hebben verlaten strafbaar te stellen in de nationale wetgeving.

**Literatuurlijst**

Literatuur

**ACVZ 2018**De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), ‘Advies gewogen gevaar: de belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid’, Den Haag: ACVZ 2018

**Albert 2017**C.L.G.F.H Albert, *‘*Bestuursrecht begrepen’, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2017

**Baldinger *A&MR* 2013**D. Baldinger, *‘*Grondig onderzoek versus marginale toetsing’, A&MR 2013, nr. 3

**Battjes 2006**

H. Battjes, ‘European Asylum Law and its Relation to International Law’, Amsterdam: Migration Law Series 2006

**Boeles *A&MR*****2010**P. Boeles, ‘Wat betekent de terugkeerrichtlijn voor ongewenstverklaring?’, A&MR 2010, nr. 10

**Boeles *A&MR* 2018**P. Boeles, ‘Toetsingsvolgorde van intrekking verblijfsvergunning en inreisverbod: hoe complex kan een routinegeval worden gemaakt?’, A&MR 2018, nr. 1

**Cornelisse *NJB 2017***G. Cornelisse ‘Inreisverboden die (nog) geen rechtgevolgen hebben’ *NJB* 2017/2034

**Eliantonio & Wiesbrock *A&MR* 2011**M. Eliantonio en A. Wiesbrock, ‘EU migration law in national courts: the role of national procedural rules and the ECJ’s requirement in the Dutch courts’, A&MR 2011, nr. 3

**Groenendijk & Riel, van *A&MR* 2017**C.A. Groenendijk en M.L. van Riel, *‘*Migratierecht is bijna helemaal Unierecht’, A&MR 2017, nr. 9

**IOM 2004**International Organization for Migration and the Advisory Committee on Aliens Affairs, ‘Return Migration Policies & Practices in Europe’,Switzerland: IOM 2004

**Leerkes & Boersema 2014**A. Leerkes en E. Boersema, ‘Het lot van het inreisverbod. Een onderzoek naar de uitvoeringspraktijk en gepercipieerde effecten van de Terugkeerrichtlijn in Nederland’, Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum 2014

**Marseille & Tolsma 2016**
A.T. Marseille, H.D. Tolsma e.a., ‘Bestuursrecht 2 Rechtsbescherming tegen de overheid’, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016

**Poorter, de & Waardt, de 2003**J.C.A de Poorter & B.W.N. de Waardt, ‘Het procesbelang in bestuursrechtelijke procedures’*,* Jurisprudentie Bestuursrecht plus: 2003

**Raad van State 2018**Raad van State, ‘Jaarverslag 2017’, Den Haag: OBT 2018

**Ros *TPWS* 2015**N. Ros, ‘De jurisprudentie van de Hoge Raad over de strafvervolging en strafoplegging wegens overtreding van artikel 197 Sr beoordeeld in het licht van het Europese recht’, TPWS 2015/7

**Stronks 2017**M. Stronks, ‘Illegaal verblijf is niet meer strafbaar, volgens Europese rechter’, 17 november 2017

**Waasdorp *A&MR 2018***J. Waasdorp, ‘Strafrechtelijke aanpak van overtreding van het inreisverbod?’, A&MR 2018, nr. 2

**Waasdorp & Pahladsingh 2018**J.R.K.A.M. Waasdorp en A. Pahladsingh, ‘Het inreisverbod – over de doorwerking van deze Unierechtelijke maatregel in het Nederlandse vreemdelingenstrafrecht’, Den Haag: Sdu uitgevers 2018

Internetbronnen

**Autoriteit Persoonsgegevens**Autoriteit Persoonsgegevens, *‘*Europese informatiesystemen’, autoriteitpersoonsgegevens.nl (zoek op: Europese informatiesystemen)

**Europa Nu**Europa Nu, *‘*Immigratie: de ‘terugkeerrichtlijn’ onderzocht’*,* 25 juni 2008*,* europa-nu.nl *(*zoek op: Immigratie: de terugkeerrichtlijn onderzocht)

Europa Nu, ‘Vrij verkeer van personen’, europa-nu.nl (zoek op: vrij verkeer van personen)

Europa Nu, ‘Schengenlanden’, europa-nu.nl (zoek op: Schengenlanden)

Europa Nu, ‘Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)’*,* europa-nu.nl, *(*zoek op: EHRM)

**Europese Commissie 2014**Europese Commissie, ‘Mededeling van de commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende het EU-terugkeerbeleid’, 2014, eur-lex.europa.eu (zoek op: document 52014DC0199)

Regelgeving

Algemene wet bestuursrecht

Burgerschapsrichtlijn

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Internationaal Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten

Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind

Schengengrenscode

Staatscourant
- Mededeling implementatie Richtlijn 2008/115/EG over normen en procedures voor terugkeer onderdanen van derde landen, *Stcrt.* 2011, 4082

Terugkeerrichtlijn

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Vluchtelingenverdrag

Vreemdelingenwet 2000

Vreemdelingenbesluit 2000

Vreemdelingencirculaire 2000

Wetboek van Strafrecht

Wetboek van Strafvordering

Wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter implementatie van de Terugkeerrichtlijn

Parlementaire stukken

**Memorie van toelichting**

*Kamerstukken II,* memorie van toelichting, 1998/99, 26 732, nr. 3

*Kamerstukken II*, memorie van toelichting, 2009/10, 32 420, nr. 3

*Kamerstukken II*, memorie van toelichting, 2010/11, 32 420, nr. 9

*Kamerstukken II*, memorie van toelichting, 2012/13, 33 512, nr. 3

*Kamerstukken II*, nota naar aanleiding van het verslag, 1990/00, 26 732, nr. 7

*Kamerstukken II*, nota naar aanleiding van het verslag, 2009/10, 32 420, nr. 14

*Kamerstukken II,* brief van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, 2017/18, 19 637, nr. 2382

Jurisprudentie

ABRvS 22 november 2002, 200204583/1

ABRvS 17 december 2004, LJN AS4652

ABRvS 18 oktober 2005, LJN AR2960

ABRvS 22 juli 2010, 201001769/1/V2

ABRvS 21 maart 2011, 201100493/1/V3

ABRvS 25 juni 2012, 201103520/1/VW

ABRvS 21 december 2012, 201200487/1/V3

ABRvS 12 maart 2013, 201207682/1/V4

ABRvS 9 juli 2013, 201204559/1/V1 en 201207753/1/V1

ABRvS 19 december 2013, 201207041/1/V2

ABRvS 18 februari 2014, 201304257/1/V1 en 201308529/1/V1

ABRvS 29 mei 2015, 201409477/1/V2

ABRvS 11 mei 2016, 201504012/1/V6

ABRvS 4 juli 2017, 201604476/1/V1

EHRM 5 juli 2005, JV 2005 302 (Said tegen Nederland)

EHRM 11 januari 2007, 1948/04 (Salah Sheekh tegen Nederland)

Gerechtshof Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2217

Gerechtshof Amsterdam 16 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4558

Gerechtshof Den Haag 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2757

Gerechtshof Amsterdam 23 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4895

Gerechtshof Den Haag 4 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3652

Gerechtshof Den Haag 1 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:166

Gerechtshof Den haag 26 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2079

Gerechtshof Amsterdam 13 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2803

Gerechtshof Amsterdam 20 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2983

Gerechtshof Amsterdam 4 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1687

Gerechtshof Amsterdam 4 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1688

Gerechtshof Amsterdam 4 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1684

Gerechtshof Amsterdam 4 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1685

Gerechtshof Amsterdam 4 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3542

Gerechtshof Amsterdam 4 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3538

HR 25 februari 1949, NJ 1949 558 (ECLI:NL:HR:1949:AG1963)

HR 21 mei 2013, 11/04684 (ECLI:NL:HR:2013:BZ3928)

HR 4 november 2014, 13/00812 (ECLI:NL:HR:2014:3093)

HR 14 november 2017, 14/00826 (ECLI:NL:HR:2017:2862)

HvJEU 10 juli 2008, C-33/07 (Gheorghe Jipa)

HvJEU 28 april 2011, C-61/11 (El Dridi)

HvJEU 17 november 2011, C-430/10 (Hristo Gaydarov)

HvJEU 6 december 2011, C-329/11 (Achughbabian)

HvJEU 6 december 2012, C-430/11 (Sagor)

HvJEU 19 september 2013, C-297/12 (Filev en Osmani)

HvJEU 23 april 2015, C-38/14 (Zaizoune)

HvJEU 11 juni 2015, C-554/13 (Z.Zh. En I.O.)

HvJEU 1 oktober 2015, C-290/14 (Celal)

HvJEU 15 februari 2016, C-601/15 PPU (J.N.)

HvJEU 7 juni 2016, C-47/15 (Affum)

HvJEU 26 juli 2017, C-225/16 (Ouhrami)

PHR 17 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1240 (conclusie Ouhrami)

PHR 21 november 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1449 (conclusie Ouhrami)

Rechtbank Den Haag 1 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:830

Rechtbank Den Haag 1 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:835

Rechtbank Den Haag 25 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9638

Rechtbank Den Haag 25 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9619

Rechtbank Den Haag 25 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9617

Rechtbank Den Haag 30 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14121

1. HvJEU 26 juli 2017, C-225/16 (Ouhrami). [↑](#footnote-ref-1)
2. HR 14 november 2017, 14/00826 (ECLI:NL:HR:2017:2862). [↑](#footnote-ref-2)
3. De exacte betekenissen van terugkeerbesluiten en inreisverboden zullen op een later punt uitgebreid aan bod komen. [↑](#footnote-ref-3)
4. De geassocieerde Schengenlidstaten: Zwitserland, Noorwegen, IJsland en Liechtenstein behoren hier ook bij. Uitgezonderd zijn Ierland en het Verenigd Koninkrijk. [↑](#footnote-ref-4)
5. De rechterlijke toetsing aan het inreisverbod betreft enkel een toets aan artikel 8 EVRM. De intrekking, niet-verlenging of weigering van de verblijfsaanspraak wordt hierbij in zijn geheel niet getoetst. [↑](#footnote-ref-5)
6. G. Cornelisse ‘Inreisverboden die (nog) geen rechtgevolgen hebben’ *NJB* 2017/2034, p. 1 (online publiek). [↑](#footnote-ref-6)
7. De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), ‘*Advies gewogen gevaar: de belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid*’*,* Den Haag: ACVZ 2018, p. 20 (online publiek). [↑](#footnote-ref-7)
8. C.A. Groenendijk en M.L. van Riel, ‘Migratierecht is bijna helemaal Unierecht’, *A&MR* 2017 nr. 9, p. 405 (online publiek). [↑](#footnote-ref-8)
9. C.A. Groenendijk en M.L. van Riel, *‘*Migratierecht is bijna helemaal Unierecht’, *A&MR* 2017 nr. 9, p. 406 (online publiek). [↑](#footnote-ref-9)
10. ‘Mededeling van de commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende het EU-terugkeerbeleid’, *Europese Commissie* 2014, Eur-lex.europa.eu (zoek op: *document 52014DC0199*) [↑](#footnote-ref-10)
11. De Terugkeerrichtlijn is op 24 december 2008 gepubliceerd in het Publicatieblad en vervolgens op 13 januari 2009 in werking getreden. [↑](#footnote-ref-11)
12. International Organization for Migration and the Advisory Committee on Aliens Affairs, ‘Return Migration Policies & Practices in Europe’*, IOM* januari 2004, p. 253 – 273 (online publiek). [↑](#footnote-ref-12)
13. J.R.K.A.M. Waasdorp en A. Pahladsingh, *‘Het inreisverbod – over de doorwerking van deze Unierechtelijke maatregel in het Nederlandse vreemdelingenstrafrecht’*, Den Haag: Sdu uitgevers 2018, p. 25. [↑](#footnote-ref-13)
14. Europa Nu, *‘Immigratie: de ‘terugkeerrichtlijn’ onderzocht’,* 25 juni 2008*,* europa-nu.nl, *(*zoek op: Immigratie: de terugkeerrichtlijn onderzocht). [↑](#footnote-ref-14)
15. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 420, nr. 9. [↑](#footnote-ref-15)
16. Mededeling implementatie Richtlijn 2008/115/EG over normen en procedures voor terugkeer onderdanen van derde landen, Stcrt. 2011, 4082. [↑](#footnote-ref-16)
17. Verordening (EG) 562/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen, PbEU 2006, L 105/1. [↑](#footnote-ref-17)
18. Europa Nu, *‘Vrij verkeer van personen’,* europa-nu.nl, *(*zoek op: vrij verkeer van personen). [↑](#footnote-ref-18)
19. Het is van belang om op te merken dat de Terugkeerrichtlijn niet meer van toepassing is op derdelanders die vrijwillig zijn teruggekeerd naar een derde land. Het uitvaardigen van een inreisverbod is in dit geval dan ook niet toegestaan; ABRvS 12 maart 2013, 201207682/1. [↑](#footnote-ref-19)
20. HvJEU 1 oktober 2015, C-290/14 (Celaj); HvJEU 26 juli 2017, C-225/16 (Ouhrami). [↑](#footnote-ref-20)
21. J.R.K.A.M. Waasdorp en A. Pahladsingh, *‘Het inreisverbod – over de doorwerking van deze Unierechtelijke maatregel in het Nederlandse vreemdelingenstrafrecht’*, Den Haag: Sdu uitgevers 2018, p. 59. [↑](#footnote-ref-21)
22. Dit volgt uit verschillende verdragen, waaronder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), het Vluchtelingenverdrag, het Internationaal Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten (hierna: IVBP) en het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna: IVRK). [↑](#footnote-ref-22)
23. J.R.K.A.M. Waasdorp en A. Pahladsingh, *‘Het inreisverbod – over de doorwerking van deze Unierechtelijke maatregel in het Nederlandse vreemdelingenstrafrecht’*, Den Haag: Sdu uitgevers 2018, p. 37. [↑](#footnote-ref-23)
24. Wet van 15 december 2011 tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter implementatie van de richtlijn nr. 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, Stb. 2011, nr. 663. [↑](#footnote-ref-24)
25. Deze eigen verantwoordelijkheid is terug te vinden in onder meer artikel 61 Vw 2000. [↑](#footnote-ref-25)
26. Hiermee wordt bedoeld: zich op illegale wijze toegang tot Nederland heeft verschaft. [↑](#footnote-ref-26)
27. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 732, nr. 3, p. 61. [↑](#footnote-ref-27)
28. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 420, nr. 3, p. 11. [↑](#footnote-ref-28)
29. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 512, nr. 3, p. 21; ABRvS 21 maart 2011, 201100493/1/V3 (voorheen: *LJN* BP9281). [↑](#footnote-ref-29)
30. Andere voorwaarden zijn dat een risico bestaat dat de vreemdeling zich aan het toezicht zal onttrekken, dat de aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning of tot het verlengen van de geldigheidsduur van een verblijfsvergunning als kennelijk ongegrond is afgewezen of wegens het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens. [↑](#footnote-ref-30)
31. In dit onderzoek wordt op dit specifieke onderdeel niet nader ingegaan. [↑](#footnote-ref-31)
32. HvJEU 19 september 2013, C-297/12, (Filev en Osmani), JV 2013/376, m.nt. Cornelisse. [↑](#footnote-ref-32)
33. Dit kan op basis van dit artikel onder meer blijken uit een veroordeling naar aanleiding van een gewelds- of opiumdelict. [↑](#footnote-ref-33)
34. Uitzondering hiertoe is dat een vreemdeling een asielaanvraag heeft ingediend en nog geen beslissing op deze aanvraag heeft ontvangen. Zie ook: ABRvS 25 juni 2012, 201103520/1/VW; ABRvS 19 december 2013, 201207041/1/V2. [↑](#footnote-ref-34)
35. HvJEU 11 juni 2015, C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377, (Z. Zh. En I. O.). [↑](#footnote-ref-35)
36. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 420, nr. 3, p. 11. [↑](#footnote-ref-36)
37. J.R.K.A.M. Waasdorp en A. Pahladsingh, *‘Het inreisverbod – over de doorwerking van deze Unierechtelijke maatregel in het Nederlandse vreemdelingenstrafrecht’*, Den Haag: Sdu uitgevers 2018, p. 9. [↑](#footnote-ref-37)
38. .R.K.A.M. Waasdorp en A. Pahladsingh, *‘Het inreisverbod – over de doorwerking van deze Unierechtelijke maatregel in het Nederlandse vreemdelingenstrafrecht’*, Den Haag: Sdu uitgevers 2018, p. 25. [↑](#footnote-ref-38)
39. P. Boeles, ‘Wat betekent de terugkeerrichtlijn voor ongewenstverklaring?*’*, *A&MR* 2010, nr. 10, p. 531 -537 (online publiek). [↑](#footnote-ref-39)
40. ABRvS 21 december 2012, 201200487/1; 4 november 2014, 13/00812, ECLI:NL:HR:2014:3093; HvJEU 19 september 2013, C-297/12, ECLI:EU:C:2013:569, (Filev en Osmani). [↑](#footnote-ref-40)
41. *Kamerstukken II* 2017/18, 19 637, nr. 2382, p. 1. [↑](#footnote-ref-41)
42. Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (…); De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), ‘*Advies gewogen gevaar: de belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid*’*,* Den Haag: ACVZ 2018, p. 19 (online publiek). [↑](#footnote-ref-42)
43. Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (…), hoofdstuk VI; zie in het bijzonder artikel 27. [↑](#footnote-ref-43)
44. HvJEU 10 juli 2008, C-33/07 (Gheorghe Jipa); HvJEU 17 november 2011, C-430/10 (Hristo Gaydarov). [↑](#footnote-ref-44)
45. HvJEU 11 juni 2015, C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377, (Z. Zh. En I. O.), para. 60. [↑](#footnote-ref-45)
46. HvJEU 15 februari 2016; C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, (J.N.), *JV* 2016/90 m.nt. G.N. Cornelisse; ABRvS 4 juli 2017, 201604476/1/V1, r.o. 9.2. [↑](#footnote-ref-46)
47. C.A. Groenendijk en M.L. van Riel, ‘Migratierecht is bijna helemaal Unierecht’, *A&MR* 2017 nr. 9, p. 405 – 414 (online publiek); P. Boeles, ‘Toetsingsvolgorde van intrekking verblijfsvergunning en inreisverbod: hoe complex kan een routinegeval worden gemaakt?*’*, *A&MR* 2018, nr. 1, p. 27 (online publiek). [↑](#footnote-ref-47)
48. De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), ‘*Advies gewogen gevaar: de belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid*’*,* Den Haag: ACVZ 2018, p. 20 (online publiek). [↑](#footnote-ref-48)
49. HvJEU 11 juni 2015, C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377, (Z. Zh. En I. O.). [↑](#footnote-ref-49)
50. Met ex nunc wordt bedoeld: ‘vanuit het heden – zoals de situatie op dat moment is’. [↑](#footnote-ref-50)
51. Dit zal moeten blijken uit de beschikking van de IND. [↑](#footnote-ref-51)
52. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat er altijd rekening gehouden dient te worden met de bescherming van relevante grondrechten, zoals het recht op familie- en gezinsleven, de rechten van het kind en het beginsel van non-refoulement. Dit heeft tot gevolg dat de IND het verblijfsrecht wel mag beëindigen, maar geen terugkeerbesluit op mag leggen; De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), ‘*Advies gewogen gevaar: de belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid*’*,* Den Haag: ACVZ 2018, p. 27 (online publiek). [↑](#footnote-ref-52)
53. De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), ‘*Advies gewogen gevaar: de belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid*’*,* Den Haag: ACVZ 2018, p. 30 (online publiek). [↑](#footnote-ref-53)
54. Soft law bestaat vaak uit een aanbeveling, terwijl hard law de standaarden voorschrijft die altijd nageleefd dienen te worden. Het niet naleven van soft law standaarden heeft in principe geen juridische gevolgen. [↑](#footnote-ref-54)
55. *Kamerstukken II* 2017/18, 19 637, nr. 2382, p. 1. [↑](#footnote-ref-55)
56. *Kamerstukken II*, 1998-99, 26 732, nr. 3, p. 4. [↑](#footnote-ref-56)
57. Uit een enquête van het Europese Migratie Netwerk – op verzoek van het ACVZ – blijkt dat geen van de 16 lidstaten die aan de enquête hebben meegedaan een dergelijke glijdende schaal kennen. Zij hanteren allen een open norm en verrichten een individuele beoordeling. [↑](#footnote-ref-57)
58. De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), ‘*Advies gewogen gevaar: de belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid*’*,* Den Haag: ACVZ 2018, p. 33 (online publiek). [↑](#footnote-ref-58)
59. De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), ‘*Advies gewogen gevaar: de belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid*’*,* Den Haag: ACVZ 2018, p. 19 (online publiek). [↑](#footnote-ref-59)
60. *Kamerstukken II* 2017/18, 19 637, nr. 2382, p. 2. [↑](#footnote-ref-60)
61. De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), ‘*Advies gewogen gevaar: de belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid*’*,* Den Haag: ACVZ 2018, p. 37 (online publiek). [↑](#footnote-ref-61)
62. P. Boeles, ‘Toetsingsvolgorde van intrekking verblijfsvergunning en inreisverbod: hoe complex kan een routinegeval worden gemaakt?’, *A&MR* 2018, nr. 1, p. 28 (online publiek). [↑](#footnote-ref-62)
63. Deze gang van zaken lijkt in strijd te zijn met het Unierecht. [↑](#footnote-ref-63)
64. De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), ‘*Advies gewogen gevaar: de belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid*’*,* Den Haag: ACVZ 2018 (online publiek). [↑](#footnote-ref-64)
65. De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), ‘*Advies gewogen gevaar: de belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid*’*,* Den Haag: ACVZ 2018, p. 8, 18 en 29 (online publiek). [↑](#footnote-ref-65)
66. *Kamerstukken II*, 2017-18, 19 637, nr. 2382. [↑](#footnote-ref-66)
67. *Kamerstukken II*, 2017-18, 19 637, nr. 2382, p. 4. [↑](#footnote-ref-67)
68. Het artikel schrijft voor: *‘Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden. (...) Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijk termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen. (…) Rechtsbijstand wordt verleend aan degene die niet over toereikende financiële middelen beschikken (...)’* [↑](#footnote-ref-68)
69. In asielprocedures dient eveneens rekening gehouden te worden met de Procedurerichtlijn (Richtlijn 2013/32/EU). Uit overweging 25 van de considerans van deze richtlijn en uit artikel 20 van deze richtlijn volgt dat elke verzoeker daadwerkelijk toegang dient te hebben tot procedures en bij een negatieve beslissing het recht moet hebben op een daadwerkelijk rechtsmiddel bij een rechterlijke instantie. [↑](#footnote-ref-69)
70. Officiële toelichting bij artikel 51 Handvest [↑](#footnote-ref-70)
71. De regels omtrent de zienswijzeprocedure staan opgenomen in afdeling 4 en de regels omtrent de bezwaar- en (hoger)beroepsprocedure in afdeling 6. [↑](#footnote-ref-71)
72. In bijvoorbeeld asielzaken bestaat echter geen bezwaarfase, maar dient de vreemdeling bij een afwijzende beslissing direct beroep in te stellen bij de rechtbank. [↑](#footnote-ref-72)
73. Op deze termijn worden in het tweede, derde en vierde lid een aantal uitzonderingen gegeven. [↑](#footnote-ref-73)
74. *Kamerstukken II*, 1998-99, 26 732, nr. 3, p. 3 - 6; *Kamerstukken II*, 1999-00, 26 732, nr. 7, p. 36 – 44; J.C.A de Poorter & B.W.N. de Waardt, ‘*Het procesbelang in bestuursrechtelijke procedures*’*,* Jurisprudentie Bestuursrecht plus: 2003, p. 105 – 114. [↑](#footnote-ref-74)
75. ABRvS 22 november 2002, 200204583/1. [↑](#footnote-ref-75)
76. ABRvS 22 juli 2010, 201001769/1/V2; ABRvS 9 juli 2013, 201204559/1/V1 en 201207753/1/V1; ABRvS 18 februari 2014, 201304257/1/V1 en 201308529/1/V1; ABRvS 29 mei 2015, 201409477/1/V2. [↑](#footnote-ref-76)
77. P. Boeles, ‘Toetsingsvolgorde van intrekking verblijfsvergunning en inreisverbod: hoe complex kan een routinegeval worden gemaakt?’, *A&MR* 2018, nr. 1, p. 28 (online publiek); [↑](#footnote-ref-77)
78. ABRvS 9 juli 2013, 201204559/1/V1 en 201207753/1/V1. [↑](#footnote-ref-78)
79. P. Boeles, ‘Toetsingsvolgorde van intrekking verblijfsvergunning en inreisverbod: hoe complex kan een routinegeval worden gemaakt?’, A&MR 2018, nr. 1, p. 28 (online publiek). [↑](#footnote-ref-79)
80. HR 25 februari 1949, JN 1949 558 (ECLI:NL:HR:1949:AG1963). [↑](#footnote-ref-80)
81. C.A. Groenendijk en M.L. van Riel, *‘*Migratierecht is bijna helemaal Unierecht’, *A&MR* 2017 nr. 9, p. 405 (online publiek). [↑](#footnote-ref-81)
82. Dit is in ieder geval bij: 1) het vrij verkeer van Unieburgers, 2) de rechten van Turkse burgers op grond van het Associatierecht, 3) de toekenning van een verblijfsrecht door het EU-migratierecht aan derdelanders wanneer aan de voorwaarden van het EU-instrument is voldaan, 4) de toetsing of een lichter middel in plaats van vreemdelingenbewaring noodzakelijk is en 5) de beoordeling van asielverzoeken. [↑](#footnote-ref-82)
83. M. Eliantonio en A. Wiesbrock, ‘EU migration law in national courts: the role of national procedural rules and the ECJ’s requirement in the Dutch courts’*, A&MR* 2011, nr. 3, p. 104 – 111 (online publiek);ABRvS 11 mei 2016, 201504012/1/V6*.* [↑](#footnote-ref-83)
84. Richtlijn 2003/109/EG van de Raad van 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezeten onderdanen van derde landen, PbEU 2004, L 16/44. [↑](#footnote-ref-84)
85. C.A. Groenendijk en M.L. van Riel, *‘*Migratierecht is bijna helemaal Unierecht’, *A&MR* 2017 nr. 9, p. 406 (online publiek). [↑](#footnote-ref-85)
86. C.A. Groenendijk en M.L. van Riel, *‘*Migratierecht is bijna helemaal Unierecht’, *A&MR* 2017 nr. 9, p. 407 (online publiek); De gunstigere voorwaarden blijken uit artikel 21 lid 2 tot en met 4 Vw 2000, te weten geen inkomenseis na tien jaren rechtmatig verblijf en voor de tweede generatie een zeer beperkte weigering op gronden van openbare orde. [↑](#footnote-ref-86)
87. C.A. Groenendijk en M.L. van Riel, ‘Migratierecht is bijna helemaal Unierecht’, *A&MR* 2017 nr. 9, p. 409 (online publiek). [↑](#footnote-ref-87)
88. Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming. [↑](#footnote-ref-88)
89. C.A. Groenendijk en M.L. van Riel, ‘Migratierecht is bijna helemaal Unierecht’, *A&MR* 2017 nr. 9, p. 409 (online publiek). [↑](#footnote-ref-89)
90. H. Battjes, *‘European Asylum Law and its Relation to International Law’*, Amsterdam: Migration Law Series 2006, p. 162. [↑](#footnote-ref-90)
91. Zie bijvoorbeeld: EHRM 5 juli 2005, JV 2005 304 (Said tegen Nederland) en EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04 (Salah Sheekh tegen Nederland). [↑](#footnote-ref-91)
92. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 420, nr. 9, p. 3 en p. 6; *Kamerstukken II* 2010/11, 32 420, nr. 3, p. 10; Stb. 2011, 663. [↑](#footnote-ref-92)
93. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 420, nr. 14, p. 8; [↑](#footnote-ref-93)
94. J. Waasdorp, ‘Strafrechtelijke aanpak van overtreding van het inreisverbod?’, *A&MR* 2018, nr. 2, p. 71 (online publiek); A. Leerkes en E. Boersema, *‘Het lot van het inreisverbod. Een onderzoek naar de uitvoeringspraktijk en gepercipieerde effecten van de Terugkeerrichtlijn in Nederland’*, Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum 2014, p. 21 – 35. [↑](#footnote-ref-94)
95. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 420, nr. 9, p. 6. [↑](#footnote-ref-95)
96. HvJEU 28 april 2011, C-61/11 (El Dridi); HvJEU 6 december 2011, C-329/11 (Achughbabian); HvJEU 6 december 2012, C-430/11 (Sagor); HvJEU 7 juni 2016, C-47/15 (Affum). [↑](#footnote-ref-96)
97. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien de vreemdeling in bezwaring zit of indien er nog geen beslissing is genomen op een laissez passer aanvraag. [↑](#footnote-ref-97)
98. HvJEU 7 juni 2016, C-47/15, para. 53 (Affum); G. Cornelisse ‘Inreisverboden die (nog) geen rechtgevolgen hebben’ *NJB* 2017/2034, p. 3 (online publiek); N. Ros, *‘De jurisprudentie van de Hoge Raad over de strafvervolging en strafoplegging wegens overtreding van artikel 197 Sr beoordeeld in het licht van het Europese recht’*, *TPWS* 2015/7. [↑](#footnote-ref-98)
99. HR 21 mei 2013, 11/04684 (ECLI:NL:HR:2013:BZ3928). [↑](#footnote-ref-99)
100. Europese Commissie, ‘*Aanbeveling (EU) 2017/2338 van de Commissie van 16 november 2017’*, PbEU 19 december 2017, L 339/83, p. 99; J. Waasdorp, *‘*Strafrechtelijke aanpak van overtreding van het inreisverbod?*’*, *A&MR* 2018, nr. 2, p. 72 (online publiek). [↑](#footnote-ref-100)
101. HvJEU 26 juli 2017, C-225/16 (Ouhrami), para. 33. [↑](#footnote-ref-101)
102. HvJEU 26 juli 2017, C-225/16 (Ouhrami), para. 53 en 58. [↑](#footnote-ref-102)
103. HR 21 mei 2013, 11/04684 (ECLI:NL:HR:2013:BZ3928). [↑](#footnote-ref-103)
104. HvJEU 26 juli 2017, C-225/16 (Ouhrami), para. 47. [↑](#footnote-ref-104)
105. HvJEU 26 juli 2017, C-225/16 (Ouhrami), para. 50. [↑](#footnote-ref-105)
106. HvJEU 26 juli 2017, C-225/16 (Ouhrami), para. 45. [↑](#footnote-ref-106)
107. HvJEU 26 juli 2017, C-225/16 (Ouhrami), para. 43. [↑](#footnote-ref-107)
108. HvJEU 26 juli 2017, C-225/16 (Ouhrami), para. 48. [↑](#footnote-ref-108)
109. HvJEU 26 juli 2017, C-225/16 (Ouhrami), para. 49. [↑](#footnote-ref-109)
110. HvJEU 26 juli 2017, C-225/16 (Ouhrami), para. 55 en 56; J.R.K.A.M. Waasdorp en A. Pahladsingh, *‘Het inreisverbod – over de doorwerking van deze Unierechtelijke maatregel in het Nederlandse vreemdelingenstrafrecht’*, Den Haag: Sdu uitgevers 2018, p. 87. [↑](#footnote-ref-110)
111. De Kwalificatierichtlijn (richtlijn 2011/95/EU) is van toepassing, zie paragraaf 2.4.4. [↑](#footnote-ref-111)
112. De Gezinsherenigingsrichtlijn (richtlijn 2003/86/EG) is van toepassing, zie paragraaf 2.4.4. [↑](#footnote-ref-112)
113. Deze quote is afkomstig uit dossier 2, maar een soortgelijke motivering is ook in alle andere dossiers terug te vinden. [↑](#footnote-ref-113)
114. Dit was het geval in dossier 1, dossier 2, dossier 3, dossier 4, dossier 5, dossier 9, dossier 10, dossier 11 en dossier 12. [↑](#footnote-ref-114)
115. Dit betreffen belangen die niet door de IND zijn betrokken bij de beoordeling. [↑](#footnote-ref-115)
116. Dossier 2, dossier 10 en dossier 11. [↑](#footnote-ref-116)
117. In dossiers 2, 10 en 11 had dit te maken met: de duur van het verblijf van de vreemdeling in Nederland, de gezinssituatie van de vreemdeling, de banden van de vreemdeling met Nederland en de banden van de vreemdeling met het derde land. [↑](#footnote-ref-117)
118. Deze quote is afkomstig uit dossier 2, maar een soortgelijke motivering is ook in dossier 10 en 11 terug te vinden. [↑](#footnote-ref-118)
119. Een voorbeeld van een dergelijke algemene motivering is: *‘De normale binding die ontstaat met Nederland enkel door het langdurige verblijf hier te lande, zoals het voorzien in eigen levensonderhoud en het aangaan van vriendschappen is op zichzelf niet voldoende om een schending van het privéleven aan te nemen. De belangenafweging valt om deze reden uit in het nadeel van de betrokkene/’* [↑](#footnote-ref-119)
120. Deze quote is afkomstig uit dossier 6, maar een soortgelijke motivering is ook in alle andere dossiers terug te vinden. [↑](#footnote-ref-120)
121. Dossier 2, dossier 3, dossier 4, dossier 5, dossier 6, dossier 7, dossier 10 en dossier 11. [↑](#footnote-ref-121)
122. Deze quote is afkomstig uit dossier 6, maar een soortgelijke motivering is ook in de andere acht dossiers terug te vinden. [↑](#footnote-ref-122)
123. Dossier 7. [↑](#footnote-ref-123)
124. Dossier 2, dossier 3, dossier 4, dossier 5, dossier 6, dossier 10 en dossier 11. [↑](#footnote-ref-124)
125. Dossier 8, dossier 9, dossier 12 en dossier 13. [↑](#footnote-ref-125)
126. Uitspraak 9 en uitspraak 20. [↑](#footnote-ref-126)
127. Deze quote is afkomstig uit dossier 20. [↑](#footnote-ref-127)
128. De duur van de opgelegde gevangenisstraffen varieerde in de uitspraken van 9 weken tot en met 4 maanden. [↑](#footnote-ref-128)
129. Uitspraak 16. [↑](#footnote-ref-129)
130. Reden hiervoor was dat de Terugkeerprocedure naar het oordeel van de strafrechter nog niet was doorlopen. [↑](#footnote-ref-130)
131. In een drietal zaken ging het bij de bewijsoverwegingen ook om de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. [↑](#footnote-ref-131)
132. In alle uitspraken komen, afhankelijk indien van toepassing, de volgende overwegingen terug bij de beoordeling of de terugkeerprocedure volledig is doorlopen: 1) vreemdeling heeft in vreemdelingenbewaring gezeten, 2) er heeft een presentatie plaatsgevonden, 3) er zijn vertrekgesprekken geweest en 4) verdachte heeft zelf geen adequate pogingen ondernomen om een reisdocument te verkrijgen zodat hij Nederland kan verlaten. [↑](#footnote-ref-132)
133. Let wel: deze gronden kunnen slechts worden gebruikt wanneer de vreemdeling het grondgebied van de lidstaten nog niet heeft verlaten. Kijkend naar het Ouhrami arrest is het inreisverbod bij terugkeer immers wel reeds in werking getreden. [↑](#footnote-ref-133)
134. Let wel: deze gronden kunnen slechts worden gebruikt wanneer het Unierecht van toepassing is. Uit het onderhavige onderzoek is gebleken dat dit in veel gevallen wel het geval is. [↑](#footnote-ref-134)
135. Let wel: deze gronden kunnen slechts worden gebruikt wanneer het Unierecht van toepassing is. Daarbij zullen de exacte gronden per individueel geval verschillen. [↑](#footnote-ref-135)
136. Let wel: deze gronden kunnen slechts worden gebruikt wanneer de vreemdeling het grondgebied van de lidstaten nog niet heeft verlaten. Kijkend naar het Ouhrami arrest is het inreisverbod bij terugkeer immers wel reeds in werking getreden. [↑](#footnote-ref-136)