

The dark side

Strafrechtelijke aspecten van ongewenstverklaring.

mr. M.F. Wijngaarden¹

Inleiding.

In het vreemdelingenrecht is de ongewenstverklaring² min of meer het sluitstuk van de overheidsbemoedienis. De vreemdeling die ongewenst is verklaard heeft al een vertrekplicht, kan geen rechtmatig verblijf (meer) hebben, en heeft om die reden zelfs geen rechtens te respecteren belang bij het voeren van procedures over een eventueel verblijfsrecht³. Het enige vreemdelingenrecht waarmee een ongewenstverklarde vreemdeling in beginsel nog in aanraking komt, is de maatregel van vreemdelingen**bewaring**. In beginsel, omdat ook de mogelijkheid bestaat om opheffing of opschorting van een ongewenstverklaring te verzoeken. Deze mogelijkheden zijn beleidsmatig echter zeer beperkt.⁴

In het strafrecht is ongewenstverklaring daarentegen het begin van alle overheidsbemoedienis. Een beschikking tot ongewenstverklaring levert, ook als die nog niet onherroepelijk is, een redelijk vermoeden op dat de vreemdeling een misdrijf pleegt: overtreding van art. 197 Wetboek van Strafrecht (Sr.). Vanaf de eerste beschikking loopt de vreemdeling het risico van strafrechtelijke vervolging.

Maar daarmee wordt in het vreemdelingenrecht geen rekening gehouden. De strafrechtelijke gevolgen van een ongewenstverklaring horen, naar vaste rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder: de Afdeling), niet in het vreemdelingenrecht thuis. Vanaf 2006 heeft de Afdeling in meerdere uitspraken overwogen dat de vraag, hoe de strafrechtelijke consequenties van de ongewenstverklaring zich verhouden tot de omstandigheid dat appellant niet naar het land van zijn herkomst uitgezet zal worden, door het openbaar ministerie en de strafrechter wordt beantwoord.⁵ In een uitspraak van 13 mei 2009 ging de Afdeling zelfs nog verder, en bepaalde zelf wat de strafrechter wel en vooral niet mag doen⁶:

Het is niet aan de strafrechter om zich een oordeel te vormen over de vraag of art. 3 EVRM eraan in de weg staat dat de vreemdeling uit Nederland vertrekt.

De vreemdelingen over wie het in deze zaken ging werden niet naar hun land van herkomst uitgezet, omdat art. 3 EVRM zich daartegen verzette. Dat zijn geen uitzonderingen. In Nederland bevinden zich waarschijnlijk enkele honderden vreemdelingen in die situatie; alleen al het aantal “1 F-ers”⁷ dat ongewenst is of wordt verklaard en niet naar het land van

¹ De auteur is advocaat bij Böhler Franken Koppe Wijngaarden advocaten te Amsterdam

² Met ongewenstverklaring wordt in dit artikel bedoeld de ongewenstverklaring van art. 67 Vw 2000, zoals uitgewerkt in artt. 3.86 en 3.87 Vb. en Hoofdstuk A5 Vc. 2000.

³ Zie bv. ABRvS 6 juli 2006, JV 2006/347

⁴ Opheffing in beginsel slechts na 5 (bij gewone misdrijven) of 10 jaar (bij geweldsmisdrijven, drugsmisdrijven en 1F-ers), opschorting alleen bij uitzonderlijke en dringende gevallen (zwaarwegende familieomstandigheden, optreden in rechte als partij of getuige).

⁵ ABRvS 7 augustus 2006, JV 2006, 371

⁶ ABRvS 13 mei 2009, JV 2009/268

⁷ (Voormalig) asielzoekers die rechtmatig verblijf is onthouden vanwege het begaan van misdrijven als bedoeld in art. 1 (F) Vluchtelingenverdrag, zoals oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid.

herkomst wordt uitgezet loopt waarschijnlijk in de honderden⁸. Dat aantal neemt eerder toe dan af.

Reden om ook voor de vreemdelingenpraktijk de strafrechtelijke gevolgen van een ongewenstverklaring maar eens onder de loep te nemen. De Afdeling gaat ten slotte ieder jaar wel een keer “om” in het vreemdelingenrecht...

Art. 197 Sr.

Dit artikel stelt simpelweg strafbaar het verblijf in Nederland voor degene die “weet of redelijke reden heeft om te vermoeden” dat hij op grond van een wettelijk voorschrift ongewenstverklaard is. Het is een misdrijf, en art. 197 stelt op overtreding een maximumstraf van zes maanden gevangenisstraf of een geldboete van de derde categorie⁹.

De ongewenstverklaring hoeft niet onherroepelijk te zijn, die voorwaarde bevat de strafbepaling niet. Omdat een bezwaarschrift de werking van een ongewenstverklaring niet opschort¹⁰ is het verblijf in Nederland voor een vreemdeling dus strafbaar vanaf het moment van de eerste ongewenstverklaring. Dat betekent niet dat al vanaf de eerste dag na ongewenstverklaring ook een sanctie volgt. In de oriëntatiepunten straftoemeting van het Landelijk Overleg van Voorzitters van Strafkamers¹¹ is opgenomen dat een vreemdeling in ieder geval na een eerdere veroordeling een redelijke termijn moet krijgen om Nederland te verlaten, anders wordt de strafmaatverhoging wegens recidive – een maand extra voor iedere art. 197-veroordeling in de voorafgaande vijf jaren - niet toegepast. De oriëntatiepunten stellen die redelijke termijn op drie a zes maanden. Enig respijt heeft de ongewenstverklaarde vreemdeling dus wel.....

Hoewel normaliter de werking van een besluit door een voorzieningenrechter kan worden geschorst, hangende daartegen aanhangig bezwaar of beroep, heeft de Afdeling juist voor de ongewenstverklaring geoordeeld dat dat niet mogelijk is. Schorsing of opschorting van een ongewenstverklaring door een voorzieningenrechter is uitsluitend in zoverre mogelijk, dat tijdelijk de mogelijkheid om de vreemdeling uit te zetten (of, naar ik aanneem: zijn vertrekplicht) kan worden opgeschort¹². Dit oordeel wordt door de voorzieningenrechters van de rechtbanken overigens maar mondjesmaat gevolgd. Met enige regelmaat worden bijvoorbeeld de strafrechtelijke gevolgen van een ongewenstverklaring wel door een voorzieningenrechter geschorst¹³.

Soms komt het voor dat de verblijfsprocedure en de strafprocedure in het geheel niet op elkaar zijn afgestemd. Dan gebeurt het dat een vreemdeling, die van mening is dat hij Nederland überhaupt niet *kan* verlaten, door de strafrechter wordt veroordeeld voor zijn verblijf in Nederland terwijl de vreemdelingenrechter zich nog moet uitlaten over (de redelijkheid van) de vertrekplicht.

⁸ In de “Notitie betreffende de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag” van 6 juni 2008 (Kamerstukken 30 800 VI nr. 116, te vinden op www.vluchtweb.nl) erkende de Staatssecretaris van Justitie van 40 1F-ers dat ze op grond van art. 3 EVRM niet konden worden uitgezet. Dat betrof echter alleen personen waarvan de SvJ ermee bekend was dat ze nog in Nederland waren, en was exclusief alle nog procederende 1F-ers.

⁹ 7.400 euro

¹⁰ Artikel 6:16 Algemene Wet Bestuursrecht (Awb); de uitzondering in art. 73 Vw. dat bezwaar wel schorsende werking heeft geldt alleen voor aanvraag- en intrekingsbeschikkingen, niet voor ongewenstverklaringen.

¹¹ Te vinden op www.rechtspraak.nl

¹² Bv Vz. ABRvS 5 juni 2009, JV 2009/304.

¹³ Voorzieningenrechter Amsterdam, 6 april 2007, JV 2007/316; Voorzieningenrechter Dordrecht 15 maart 2007, JV 2007/208; Voorzieningenrechter Amsterdam 27 november 2008, AWB 08/13498 (ongepubliceerd).

Voorlopige hechtenis

Dat klemt des te meer, nu in beginsel een ongewenst verklaarde vreemdeling die in Nederland wordt aangetroffen, in de strafrechtketen in voorlopige hechtenis wordt genomen¹⁴. Het verblijf van een ongewenst verklaarde vreemdeling in Nederland is immers een misdrijf, en de meeste ongewenst verklaarde vreemdelingen hebben geen vaste woon- of verblijfplaats – een aparte grond voor toepassing van de voorlopige hechtenis¹⁵. Maar ook als de vreemdeling wel een vast adres heeft wordt deze “zwerwersfictie” toegepast. In dat geval bevat de vordering tot in bewaringstelling, meestal ook de basis voor de langere gevangenhouding, de strofe dat gevaar voor vlucht aanwezig is omdat de vreemdeling geen rechtmatig verblijf in Nederland heeft en *dus* aannemelijk is dat hij zich aan zijn berechting en bestraffing zal onttrekken.

Kort en goed: de ongewenst verklaarde vreemdeling die in Nederland strafrechtelijk wordt aangehouden gaat meestal ook in voorlopige hechtenis.

Strafmaat

Zoals gezegd: de maximumstraf voor het verblijf als ongewenst verklaard vreemdeling in Nederland is zes maanden gevangenisstraf. Die wordt niet direct bij de eerste overtreding opgelegd, maar bij ongewenstverklaring lijkt de maximumstraf wel vaker op te worden gelegd dan bij andere delicten, zoals diefstal en mishandeling¹⁶. Volgens de oriëntatiepunten straftoemeting wordt voor overtreding van art. 197 Sr. in principe een gevangenisstraf van twee maanden opgelegd, en wordt daar voor elke eerdere veroordeling voor artikel 197 Sr die minder dan vijf jaar oud is een maand extra aan vastgeplakt – tot het maximum van zes maanden gevangenisstraf is bereikt, meer staat de wet nu eenmaal niet toe. Tussen verschillende art. 197-vervolgingen door dient er wel een redelijke periode te zijn verstreken, die de vreemdeling in staat heeft gesteld actie te ondernemen teneinde zijn verblijf in Nederland te beëindigen. De oriëntatiepunten stellen deze periode op drie a zes maanden. Worden meerdere overtredingen van deze bepaling in één dagvaarding tenlastegelegd, dan dient de rechter volgens de oriëntatiepunten allereerst te bezien of er tussen de verschillende feiten door wel voldoende tijd zit. Daarvoor wordt een termijn van enkele weken gehanteerd. Ligt die termijn niet tussen de verschillende overtredingen in één dagvaarding, dan wordt een straf opgelegd voor die meerdere overtredingen alsof er maar één overtreding van art. 197 Sr. is geweest. Waarom de vertrekperiodes voor feiten die op één resp. meerdere dagvaardingen staan verschillen, dat vermelden de oriëntatiepunten helaas niet.

Verweren

Over het algemeen is een vervolging voor overtreding van art. 197 Sr. weinig problematisch voor het openbaar ministerie. Het enige bewijs dat geleverd hoeft te worden is dat de vreemdeling weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden dat hij ongewenstverklaard is. Aangezien een vreemdeling voorafgaand aan een ongewenstverklaring al moet worden gehoord,¹⁷ en bekendmaking van een ongewenstverklaring in beginsel in persoon moet

¹⁴ Vaak worden bij ongewenstverklaring overigens direct al vreemdelingenbewaring en vreemdelingrechtelijke uitzetting toegepast, in aansluiting op de strafrechtelijke detentie.

¹⁵ Artikel 67, tweede lid, Wetboek van Strafvordering (Sv.)

¹⁶ Die een maximumstraf van 4 resp. 2 jaar kennen.

¹⁷ Ogv art. 4:7 en 4:8 Awb

plaatsvinden,¹⁸ is dat zelden een probleem. Het andere bewijs, dat hij zich in Nederland bevindt, levert de vreemdeling doorgaans zelf met zijn aanwezigheid.

Of een beschikking tot ongewenstverklaring door de strafrechter zelf op rechtmatigheid moet worden onderzocht, daarover wordt verschillend geoordeeld. De Europees recht kamer van de rechtbank Amsterdam oordeelde van wel, en onderzocht zelf de rechtmatigheid van de ongewenstverklaring van een zgn. Unieburger¹⁹. Omdat de SvJ had verzuimd, in strijd met EU richtlijn 2004/38, de ongewenstverklaring van deze Unieburger aan het juiste (Europeesrechtelijke) criterium²⁰ te toetsen oordeelde de rechtbank dat de ongewenstverklaring niet “op grond van een wettelijk voorschrift” had plaatsgevonden, en werd de verdachte wegens gebrek aan bewijs voor dit onderdeel van de tenlastelegging vrijgesproken²¹.

Het Gerechtshof in Den Bosch heeft echter een ander standpunt, en vindt dat het niet aan de strafrechter is om de rechtsgeldigheid van de ongewenstverklaring te beoordelen.²²

Eén groep vreemdelingen stelt het strafrecht voor problemen, en levert dus ook interessante jurisprudentie op: de vreemdelingen die Nederland niet *kunnen* verlaten. Daarin zijn twee categorieën te onderscheiden: de vreemdelingen die Nederland buiten hun schuld niet kunnen verlaten omdat er geen land van herkomst is dat hen als onderdaan erkent of wil opnemen (de “buitenschuld vreemdelingen”), en de vreemdelingen die niet naar hun wel bekende land van herkomst terug kunnen vanwege het risico van schending van artikel 3 EVRM aldaar (de “3-EVRM’ers”).

Over de laatste categorie is bijzonder weinig jurisprudentie gepubliceerd. Dat ondersteunt de gedachte dat bij het openbaar ministerie niet zo erg veel prioriteit wordt gegeven aan het vervolgen van deze groep ongewenst verklaarde vreemdelingen. Dat is ook wel te begrijpen: een groot deel van deze groep bestaat uit de zogenaamde 1-F²ers, vreemdelingen die zich in het land van herkomst vermoedelijk wel²³, maar in Nederland nimmer aan strafbare feiten hebben schuldig gemaakt. Deze mensen veroorzaken geen overlast, plegen in Nederland geen andere strafbare feiten en komen in Nederland dus zelden in het strafrechtelijk traject terecht. En in de praktijk is de vervolging op grond van artikel 197 Sr. meestal toch verbonden met andere strafbare feiten, in ieder geval de eerste keren.

De andere categorie, de buiten schuldvreemdelingen, heeft voor meer jurisprudentie gezorgd. En die jurisprudentie begint, na een vrij turbulente ontwikkeling, vrij helder te worden.

In een uitspraak van november 1999²⁴ bepaalde de Hoge Raad, dat een ongewenstverklaring niet kan prevaleren boven het aanwezigheidsrecht dat een vreemdeling ten aanzien van zijn strafzitting heeft. Mede naar aanleiding van deze uitspraak is in de Vreemdelingencirculaire thans de mogelijkheid van tijdelijke opschorting van de ongewenstverklaring opgenomen

¹⁸ Vc. Hoofdstuk B1/9.7.7.1, onder 2b

¹⁹ Een burger van een lidstaat van de Europese Unie.

²⁰ Art. 27, tweede lid, van de Richtlijn bepaalt dat verblijfsbeperkingen op grond van de openbare orde alleen mag plaatsvinden vanwege persoonlijk gedrag dat een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt. Strafrechtelijke veroordelingen zijn als zodanig geen reden hiervoor.

²¹ Rb. Amsterdam 29 november 2007, LJN BD 1911

²² Hof Den Bosch 1 augustus 2008, LJN BD9239.

²³ Meer dan een ernstig vermoeden voor het gepleegd hebben van misdrijven is voor toepassing van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag niet noodzakelijk.

²⁴ NJ 2000, 90

voor de vreemdeling, die een zitting bij de Nederlandse rechter bij wil wonen – niet alleen van de strafrechter, maar ook in civiele gedingen.

In het verleden leidde de onuitzetbaarheid van een vreemdeling, en hun eigen onmogelijkheid om Nederland te verlaten, nog wel eens tot een niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie²⁵. In 2007 bepaalde de Hoge Raad echter dat de onuitzetbaarheid van een ongewenst verklaarde vreemdeling per definitie niet tot niet-ontvankelijkverklaring van het OM kan leiden²⁶. Ontslag van rechtsvervolging van ongewenst verklaarde vreemdelingen, die Nederland om praktische redenen (bv. omdat het land van herkomst geen *laisser passer* wil afgeven) niet kunnen verlaten, op grond van overmacht²⁷ kwam vaker voor maar recentelijk, in oktober 2008, heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin de lat voor die situatie bijzonder hoog is gelegd²⁸.

De casus was als volgt. Het betrof een Palestijn uit Libanon, een land dat bekend staat vanwege de weigerachtigheid om mensen van Palestijnse origine die het land hebben verlaten weer binnen te laten. Dat was in deze strafzaak ook wel komen vast te staan: bij het Hof in Den Haag waren vertegenwoordigers van Buitenlandse Zaken en van de IND gehoord, die vrij eensluidend verklaarden over de onwil van de Libanese autoriteiten om Palestijnen terug te nemen. Toch werd de Palestijn in kwestie veroordeeld, en werd zijn beroep op overmacht verworpen. Hij had namelijk niet naar de administratie van het vluchtelingenkamp in Libanon, waar hij vroeger had gewoond, brieven gestuurd om ook daar vandaan bewijzen te verkrijgen, waarmee hij bij de Libanese autoriteiten de toegang tot Libanon had kunnen afdwingen. Ook al stond vast dat de Libanese autoriteiten die toelating bijna nooit laten afdwingen, en de desbetreffende documenten die toelating waarschijnlijk niet hadden kunnen waarborgen, werd de Palestijn vanwege het niet hebben verricht van deze (op het oog toch vrij futiele) inspanningen niet ontslagen van rechtsvervolging, maar veroordeeld voor overtreding van artikel 197 Sr.

De toets die de Hoge Raad hier aanlegt voor het aannemen van de stelling dat terugkeer naar het land van herkomst of bestendig verblijf niet mogelijk is, lijkt zwaarder te zijn dan de toets die de vreemdelingenrechter hanteert bij het beantwoorden van dezelfde vraag. Meer specifiek lijkt de Hoge Raad een zwaardere bewijslast op de vreemdeling te leggen dan de vreemdelingenrechter, ook al is die bewijslast in woorden identiek: de vreemdeling moet “aannemelijk maken” dat hij buiten zijn schuld niet naar zijn land van herkomst of van bestendig verblijf kan terugkeren. In het vreemdelingenrecht is het buiten schuld criterium immers in het beleid vorm gegeven, en is in enigerlei mate voorzienbaar wanneer een vreemdeling wel, en wanneer de vreemdeling niet aannemelijk heeft gemaakt dat die situatie zich voordoet. Het ligt in de lijn der verwachting dat de Hoge Raad zich ook door dit beleid²⁹ heeft laten inspireren, maar de buitengewoon enge wijze van interpreteren wringt met de juridische logica. Immers, van degene die een begunstigende beschikking verlangt mag doorgaans meer bewijs worden gevraagd, dan van wie zich tegen een strafvervolging verweert. Om dan voor het verweer in de strafzaak hogere eisen te stellen is geen voor de hand liggende keuze.

²⁵ Zie bv. Hof Den Haag 15 juni 2006, Nbsr 2006, 342; Rb. Maastricht 1 november 2006, LJN AZ 3366

²⁶ HR 29 mei 2007, NJ 2007, 327

²⁷ Art. 40 Sr.

²⁸ HR 28 oktober 2008, BE 9611

²⁹ Neergelegd in Vc. 2000, hoofdstuk 14/3.

Het ligt echter aanmerkelijk anders indien de vreemdeling niet naar zijn land van herkomst kan worden uitgezet of terugkeren omdat hij daar een reëel risico loopt te worden onderworpen aan een behandeling in strijd met art. 3 EVRM. Een uitspraak van de Hoge Raad uit december 2009³⁰ legt de lat in die situatie juist hoog voor het verwerpen van een beroep op overmacht.

Het betrof een Congolees die in Nederland was veroordeeld voor betrokkenheid bij foltering in het voormalig Zaïre, die mede vanwege die feiten met toepassing van art. 1F van het Vluchtelingenverdrag een verblijfsvergunning was geweigerd en ongewenst was verklaard. Het risico op een behandeling in strijd met art. 3 EVRM in Congo stond vast. De vreemdeling stelde dat er geen ander land was waar hij terecht kon, maar had geen inspanningen verricht om Nederland te verlaten.

Anders dan het Hof oordeelde de Hoge Raad dat dit ontbreken van inspanningen onvoldoende was om het beroep op overmacht te verwerpen. Het Hof had in zijn motivering tot uitdrukking moeten brengen aan welke inspanningen zou kunnen worden gedacht en of van dergelijke inspanningen, al dan niet met ondersteuning van de Nederlandse overheid, redelijkerwijs enig resultaat te verwachten was. In een dergelijke situatie ligt de bewijslast voor de onmogelijkheid Nederland te verlaten dus niet op de vreemdeling, maar zal het Openbaar Ministerie of de feitenrechter moeten aanvoeren cq. vaststellen dat er daadwerkelijk mogelijkheden zijn die redelijkerwijs tot het vertrek uit Nederland kunnen leiden. Eerst dan zijn inspanningen van de vreemdeling relevant voor de beoordeling van een beroep op overmacht.

Herziening

Het onherroepelijk worden van een strafvonnis is niet altijd het einde van de strafrechtelijke procedure. De afgelopen jaren is het meermalen voorgekomen dat een staatssecretaris van Justitie zich genoodzaakt zag beslissingen tot ongewenstverklaring in te trekken of te herzien. Bijna altijd betrof dit Unieburgers, die in strijd met de EU-richtlijnen ongewenst waren verklaard, en daarbij simpelweg de glijdende schaal³¹ was toegepast, in plaats van een beoordeling of de vreemdeling een actuele, concrete en voldoende feitelijke bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormde³².

Er lijken zich twee situaties voor te kunnen doen. De eerste situatie is die, waarin de beschikking tot ongewenstverklaring met terugwerkende kracht is opgeheven. Of daarvan sprake is zal afhangen van de tekst van de beschikking van de staatssecretaris van Justitie, waarbij de ongewenstverklaring wordt opgeheven. Als met zoveel woorden sprake is van intrekking met terugwerkende kracht³³ dan wordt een herzieningsaanvraag gegrond verklaard, vanwege het ernstige vermoeden dat de vreemdeling zou zijn vrijgesproken van overtreding van artikel 197 Sr. als de strafrechter ermee bekend was geweest dat de ongewenstverklaring niet klopte. Staat in de opheffingsbeslissing niet met zoveel woorden dat sprake is van terugwerkende kracht, maar is dat uit die beschikking wel af te leiden, dan wordt een aanvraag tot herziening ook gegrond verklaard. Dit is bijvoorbeeld het geval als sprake is van opheffing omdat de ongewenstverklaring niet strookt met het EU-recht: de Hoge Raad houdt het er dan voor dat die opheffing terugwerkende kracht heeft³⁴.

³⁰ HR 1 december 2009, NJ 2010, 101 mt. nt. N. Keijzer

³¹ Artikel 3.86 Vb 2000

³² Artikel 27 Richtlijn 2004/38/EG

³³ HR 10 maart 2009, LJNBH 5418

³⁴ HR 20 februari 2007, JV 2008/36

Dat is anders wanneer de ongewenstverklaring wordt opgeheven vanwege nieuw feiten of omstandigheden. In dat geval wordt een herzieningsaanvraag afgewezen³⁵.

Executiefase

Ook in de executiefase van een strafvonnis, tot slot, heeft een ongewenstverklaring grote gevolgen voor een vreemdeling. Wanneer een rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling ongewenst wordt verklaard op basis van een strafrechtelijke veroordeling, en hij bevindt zich nog in een strafrechtelijk traject (lees: de gevangenis), dan ondervindt de vreemdeling daarvan de nadelige gevolgen.

De normale detentiefasering loopt via de gevangenis en de halfopen inrichting naar een open inrichting en/of elektronisch toezicht (het bekende enkelbandje). De vreemdeling die ongewenst verklaard wordt heeft echter geen rechtmatig verblijf in Nederland meer, en gaat een ander traject in: dat van de illegale vreemdeling. Daarbij is geen sprake van verlof, van halfopen of open inrichtingen, geen sprake van resocialisatie of deelname aan TR-trajecten³⁶. De vreemdelingen die geen rechtmatig verblijf hebben, dus ook de ongewenstverkleerde vreemdelingen, worden in beginsel na de voorlopige hechtenis, nadat zij door de rechtbank zijn veroordeeld, ondergebracht in de speciale gevangenis voor vreemdelingen in Veenhuizen, penitentiaire inrichting Esserheem. Dit tot vier maanden voordat hun straf erop zit: dan worden ze overgeplaatst naar een uitzetcentrum, bijvoorbeeld in Alphen a/d Rijn. Daarna volgen het uitzetcentrum en de vlucht naar het land van herkomst. Van aanhouding tot uitzetting, zonder één dag buiten de inrichting te zijn geweest.

Ook hierin is ingrijpen van de vreemdelingenrechter overigens mogelijk: een verzoek tot opschorting van een ongewenstverklaring, met als doel het normale executietraject in de strafrechtketen te kunnen volgen, kan voldoende belang opleveren in een voorzieningenprocedure ontvankelijk te zijn³⁷.

De categorie gedetineerden die het meeste nadelen van ongewenstverklaring ondervindt zijn de vreemdelingen die een maatregel van terbeschikkingstelling³⁸ (TBS) en een ongewenstverklaring combineren. Zij lopen het risico door de ongewenstverklaring op een long stay afdeling te eindigen. TBS is immers een behandeling, waarvan verlopen een onlosmakelijk onderdeel zijn. Ongewenstverkleerde vreemdelingen hebben echter geen rechtmatig verblijf en moeten Nederland verlaten, krijgen de voor verlof noodzakelijke toestemming van het Ministerie van Justitie dus niet, zodat hun behandeling per definitie stagneert vanaf het moment dat de behandeling verlof voorschrijft. Zij eindigen op dit moment in afdeling Grittenveld van FPC Veldzicht, waar getracht wordt de behandeling in het land van herkomst, en daarmee uitzetting, gestalte te gaan geven – in afwachting van een wetwijziging die deze afloop van de maatregel moet vergemakkelijken. Een serieuze behandeling is er in Veldzicht niet, en na 9 maanden verblijf moet er dan ook een soort passantenvergoeding worden betaald³⁹. Hoewel deze situatie op gespannen voet lijkt te staan met o.a. art. 5 EVRM, heeft de Afdeling in enkele uitspraken geoordeeld dat het de SvJ is toegestaan opheffing van de ongewenstverklaring te weigeren, ook al maakt dit de behandeling illusoir, en ook al vinden de behandelaars het verlof verantwoord.⁴⁰ Proefverlof

³⁵ HR 17 oktober 2006, LJNAZ 0248

³⁶ Trajecten terugdringen recidive, waarbij gedetineerden via een uitgebreid programma van gedragstrainingen, cursussen en scholing op hun terugkeer in de maatschappij worden voorbereid.

³⁷ Voorzieningenrechter Amsterdam 27 november 2008, AWB 08/13498 (ongepubliceerd).

³⁸ Art. 37a Sr.

³⁹ Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, 19 december 2007, 07/0155/TA

⁴⁰ ABRvS 21 februari 2006, JV 2006/149

is simpelweg geen grond voor opschorting, aldus de Afdeling. Nog geen jaar later oordeelde de Afdeling dat de gestelde vicieuze cirkel (geen proefverlof vanwege ongewenstverklaring leidt tot geen einde TBS en dus ook geen einde verblijf in Nederland – het doel van de ongewenstverklaring) niet bestaat wanneer de vreemdeling “op termijn” kan worden overgeplaatst naar een inrichting die volledig is gericht op uitzetting dan wel overdracht van de tenuitvoerlegging van de maatregel⁴¹. Dit ongeacht hoe reëel die uitzetting is naar landen als Irak, Tsjetsjenië en dergelijke. Niet alleen art. 5, ook art. 8 EVRM en – voor Unieburgers – Richtlijn 2004/38/EG lijken echter aan deze praktijk in de weg te staan⁴².

Conclusie

De Afdeling heeft tot uitgangspunt gekozen dat de strafrechtelijke gevolgen van een ongewenstverklaring niet door de vreemdelingenrechter mogen worden beoordeeld. De gevolgen van een ongewenstverklaring zijn in de strafrechtketen echter aanmerkelijk, en doen zich voelen vanaf het allereerste begin – de aanhouding – tot aan het allerlaatste eindje: de executie van een eventuele straf. Gezien die gevolgen is een grote zorgvuldigheid bij toepassing van het paardenmiddel van een ongewenstverklaring bepaald geen overbodige luxe. De vraag is, of het totaal buiten beschouwing laten van belangrijke gevolgen van een ongewenstverklaring zich wel met die zorgvuldigheid verdraagt. Een vraag, die niet in één simpele uitspraak kan worden beantwoord – ook niet door de Afdeling.

⁴¹ ABRvS 5 februari 2007, 200607154/1, zo ook ABRvS 20 november 2008, JV 2009/47.

⁴² Zie voor een uitgebreide beschrijving van de feitelijke en juridische problemen van deze praktijk het uitstekende artikel van F. Wassenaar, Ongewenstverklaring en TBS: the twain shall never meet, in MR 2009/5.