

21 mei 2013  
Strafkamer  
nr. 11/03075

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 5 juli 2011, nummer 22/003675-10, in de strafzaak tegen:  
[Verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1964.

#### 1. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. M. van Stratum, advocaat te 's-Gravenhage, bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal A.J. Machielse heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden arrest ten aanzien van de strafoplegging en tot terugwijzing van de zaak naar het Gerechtshof teneinde in zoverre opnieuw te worden berecht en afgedaan.

#### 2. Bewezenverklaring en bewijsvoering

2.1. Ten laste van de verdachte is onder 2 bewezenverklaard dat:

"hij op 23 juni 2010 te 's-Gravenhage als vreemdeling heeft verbleven, terwijl hij wist dat hij op grond van artikel 67 van de Vreemdelingenwet 2000 tot ongewenst vreemdeling was verklaard".

2.2. Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsmiddelen:

"3. De verklaring van de verdachte.

De verdachte heeft ter terechtzitting in eerste aanleg van 30 juni 2010 verklaard - zakelijk weergegeven -:

Het klopt dat ik tot ongewenst vreemdeling ben verklaard en dat ik de beschikking uitgereikt heb gekregen.

4. Het proces-verbaal d.d. 23 juni 2010 van de politie Haaglanden, nr. PL1521 2010129440, opgemaakt in de wettelijke vorm door daartoe bevoegde opsporingsambtenaren (dossierpagina 11 e.v.). Dit proces-verbaal houdt onder meer in - zakelijk weergegeven -:

Als relaas van die opsporingsambtenaren:

Op woensdag 23 juni 2010 waren wij verbalisanten in uniform gekleed en belast met opvallende voertuigsurveillance. Wij kregen opdracht te gaan naar de Rijnstraat te 's-Gravenhage. Daar hebben wij de aangehouden verdachte [verdachte], geboren op [geboortedatum] 1964 in [geboorteplaats] overgenomen en ten spoedigste voorgeleid aan de hulpofficier van justitie.

5. Het proces-verbaal d.d. 24 juni 2010, van de politie Haaglanden, opgemaakt in de wettelijke vorm door een daartoe bevoegde opsporingsambtenaar (dossierpagina 28 e.v.). Dit proces-verbaal houdt onder meer in - zakelijk weergegeven -:

als relaas van deze opsporingsambtenaar:

op 24 juni 2010 stelde ik een nader onderzoek in naar de vreemdeling zich noemende [verdachte], geboren [geboortedatum] 1964 te [geboorteplaats], nationaliteit Algerijnse. Het betreft een vreemdeling die opgeeft sedert begin 1994 hier te lande te verblijven. Betrokkene komt, voor zover bekend, sinds 1995 regelmatig met politie en justitie in aanraking ter zake van overtreding en/of misdrijf. Dit leidde ertoe dat hij bij beschikking d.d. 11 juni 2004 door de toenmalige Minister van Vreemdelingenzaken en integratie tot ongewenst vreemdeling werd verklaard. Deze beschikking is op 7 juli 2004 te Ter Apel in persoon aan betrokkene uitgereikt.

De vreemdeling is tijdens regelmatig terugkerende verhoren absoluut niet meewerkend. Conform de op betrokkene rustende rechtsplicht om Nederland te verlaten, mag worden verwacht dat hij alles wat redelijkerwijs in zijn vermogen ligt doet, om te bewerkstelligen dat zijn vertrek uit Nederland wordt gerealiseerd. Tot op heden is gebleken, dat betrokkene hiertoe geen enkele inspanning heeft verricht.

6. Een geschrift, zijnde een beschikking van de Immigratie- en Naturalisatiedienst, d.d. 11 juni 2004, opgemaakt en ondertekend door [verbalisant 1] (dossierpagina 31 e.v.).

Het houdt onder meer in - zakelijk weergegeven -:

Kenmerk Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND):

9503.22.2038/9603.11.6073

Deze beschikking heeft betrekking op de ongewenstverklaring ingevolge artikel 67, eerste lid, aanhef en onder c, van de Vreemdelingenwet van de vreemdeling die gesteld heeft te zijn: [verdachte], geboren op [geboortedatum] 1964, gestelde nationaliteit: Franse.

Betrokkene wordt ongewenst verklaard. De ongewenstverklaring heeft tot gevolg dat betrokkene na bekendmaking van de beschikking niet langer rechtmatig in Nederland verblijft. Betrokkene dient Nederland uit eigen beweging onmiddellijk te verlaten. Bij gebreke hiervan kan hij worden uitgezet. Ongewenstverklaring heeft onder meer tot rechtsgevolg dat (verder) verblijf van betrokkene strafbaar is op grond van artikel 197 Wetboek van Strafrecht indien hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat hij tot ongewenste vreemdeling is verklaard.

7. Een geschrift, zijnde een uitreikingsblad behorende bij de beschikking dd. 11 juni 2004 (dossierpagina 34).

Het houdt onder meer in - zakelijk weergegeven -:

Uitreikingsblad behorende bij de beschikking dd. 11 juni 2004

Dossiernummer: 9503.22.2038/9603.11.6073

Betreft: [verdachte]

Geboren op [geboortedatum] 1964

Deze beschikking is

Op 7 juli 2004

Door [verbalisant 2]

Te Ter Apel

In persoon uitgereikt, waarbij de strekking van het besluit in een voor hem begrijpelijke taal is meegedeeld."

### 3. Juridisch kader

3.1. Voor de beoordeling van het middel is de volgende Nederlandse regelgeving van belang:

- art. 197 (oud) Sr:

"Een vreemdeling die in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden, dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenste vreemdeling is verklaard, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie."

- art. 67 (oud) Vreemdelingenwet 2000:

"1. De vreemdeling kan door Onze Minister ongewenst worden verklaard:

- a. indien hij niet rechtmatig in Nederland verblijft en bij herhaling een bij deze wet strafbaar gesteld feit heeft begaan;
- b. indien hij bij onherroepelijk geworden rechterlijk vonnis is veroordeeld wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd dan wel hem terzake de maatregel als bedoeld in artikel 37a van het Wetboek van Strafrecht is opgelegd;
- c. indien hij een gevaar vormt voor de openbare orde of nationale veiligheid en geen rechtmatig verblijf heeft als bedoeld in artikel 8, onder a tot en met e dan wel l;
- d. ingevolge een verdrag, of
- e. in het belang van de internationale betrekkingen van Nederland.

2. Indien de bekendmaking van de beschikking, waarbij de vreemdeling ongewenst wordt verklaard, geschiedt door toezending, wordt van de beschikking mededeling gedaan in de Staatscourant.  
3. In afwijking van artikel 8 kan de ongewenst verklaarde vreemdeling geen rechtmatig verblijf hebben."

3.2. De toepasselijke Europese regelgeving, namelijk 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 (PbEG L 348/98; hierna: de (terugkeer)richtlijn) is voor zover relevant weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.12.

3.3.1. Met betrekking tot de richtlijn heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn uitspraak van 28 april 2011 in de zaak C-61/11 (LJN BQ4483, NJ 2011/247, El Dridi v. Italië) onder meer overwogen zoals in de conclusie van de Advocaat-Generaal in 3.14 uitvoerig is weergegeven.

3.3.2. In die zaak heeft het Hof van Justitie een door de Italiaanse rechter gestelde prejudiciële vraag als volgt weergegeven:

"29. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2008/115, in het bijzonder de artikelen 15 en 16 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat deze zich verzet tegen een regeling van een lidstaat als in het hoofdgeding aan de orde, krachtens welke aan een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land een gevangenisstraf wordt opgelegd op de enkele grond dat die persoon, in strijd met een bevel om het grondgebied van die staat binnen een bepaalde termijn te verlaten, zonder geldige reden zijn verblijf op dat grondgebied voortzet."

3.3.3. Het Hof van Justitie heeft daarop het volgende geantwoord:

"62. Derhalve dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat richtlijn 2008/115, in het bijzonder de artikelen 15 en 16 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat deze zich verzet tegen een regeling van een lidstaat als in het hoofdgeding aan de orde, krachtens welke aan een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land een gevangenisstraf wordt opgelegd op de enkele grond

dat die persoon, in strijd met een bevel om het grondgebied van die staat binnen een bepaalde termijn te verlaten, zonder geldige reden zijn verblijf op dat grondgebied voortzet."

3.3.4. In aanvulling hierop heeft het Hof van Justitie in zijn uitspraak van 6 december 2011 in de zaak C-329/1 (LJN BU8581, NJ 2012/108, Achughbabian v. Frankrijk) onder meer overwogen zoals in de conclusie van de Advocaat-Generaal in 3.16 uitvoerig is weergegeven.

3.3.5. De door de Franse rechter in die zaak gestelde prejudiciële vraag luidt:

"Verzet richtlijn [2008/115], gelet op de werkingssfeer ervan, zich tegen een nationale regeling, zoals art. L.621-1 [Ceseda], krachtens welke aan een onderdaan van een derde land een gevangenisstraf wordt opgelegd op de enkele grond dat hij illegaal het nationale grondgebied is binnengekomen en aldaar illegaal verblijft?"

3.3.6. Het Hof van Justitie heeft, mede in antwoord op opmerkingen van regeringen, inhoudende dat de door het Hof gegeven uitleg van de richtlijn een einde zou maken aan de mogelijkheid van de lidstaten om illegaal verblijf tegen te gaan, daarop het volgende overwogen en geantwoord:

"48. In het bijzonder verzet richtlijn 2008/115 zich er niet tegen dat strafrechtelijke sancties worden opgelegd, volgens de nationale regels van het strafprocesrecht, aan onderdanen van derde landen op wie de bij deze richtlijn ingestelde terugkeerprocedure is toegepast en die illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven zonder dat er een geldige reden om niet terug te keren is.  
(...)

50. Gelet op een en ander dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat richtlijn 2008/115 aldus moet worden uitgelegd dat zij

- zich verzet tegen een regeling van een lidstaat waarbij illegaal verblijf wordt tegengegaan met strafrechtelijke sancties voor zover die regeling toestaat dat een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een onderdaan van een derde land die weliswaar illegaal op het grondgebied van die lidstaat verblijft en niet bereid is dat grondgebied vrijwillig te verlaten, doch op wie niet de in artikel 8 van deze richtlijn bedoelde dwangmaatregelen zijn toegepast en voor wie, in geval van vreemdelingenbewaring met het oog op de voorbereiding en de uitvoering van zijn verwijdering, de maximale duur van die bewaring nog niet is verstreken; en
- zich niet verzet tegen een dergelijke regeling voor zover deze toestaat dat een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een onderdaan van een derde land op wie de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal op dat grondgebied verblijft."

3.3.7. Voorts heeft het Hof van Justitie zich in zijn uitspraak van 6 december 2012 (C-430/11, Md Sagor v. Italië) uitgelaten over de richtlijn. De hier van belang zijnde prejudiciële vragen heeft het Hof van Justitie als volgt weergegeven:

"27. Met zijn eerste twee vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2008/115 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een regeling van een lidstaat, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan onderdanen van derde landen die illegaal op het grondgebied van die lidstaat verblijven worden bestraft met een geldboete, die kan worden vervangen door uitwijzing of huisarrest."

3.3.8. Het Hof van Justitie heeft daarop het volgende geantwoord:

"47. Gelet op een en ander moet op de eerste en de tweede vraag worden geantwoord dat richtlijn 2008/115 aldus moet worden uitgelegd dat zij:

- zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij het illegale verblijf van onderdanen van derde landen wordt bestraft met een geldboete die kan worden vervangen door uitwijzing, en
- zich verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die de mogelijkheid biedt om het illegale verblijf van onderdanen van derde landen te bestraffen met de oplegging van huisarrest, maar niet garandeert dat de uitvoering van die straf een einde neemt zodra het mogelijk is om de betrokkene fysiek uit die lidstaat te verwijderen."

3.4. Ter implementatie van de richtlijn zijn bij wet van 15 december 2011 (Stb. 663) wijzigingen aangebracht in onder meer de Vreemdelingenwet 2000 en art. 197 Sr. Deze wijzigingen zijn in werking getreden op 31 december 2011.

#### 4. Beoordeling van het middel

4.1. Het middel komt in de eerste plaats met motiveringsklachten op tegen de verwerping door het Hof van verweren strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de vervolging en tot ontslag van alle rechtsvervolging.

4.2. Het Hof heeft de in het middel bedoelde verweren als volgt samengevat en verworpen:

"Ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging

Ter terechtzitting in hoger beroep is namens de verdachte betoogd dat het openbaar ministerie ten aanzien van feit 2 niet-ontvankelijk in de vervolging van de verdachte is nu het openbaar ministerie in strijd met de beginselen van behoorlijke procesorde heeft gehandeld, een en ander zoals omschreven in haar ter terechtzitting overgelegde pleitaantekeningen.

Het hof overweegt te dien aanzien als volgt.

Uit de zich in het dossier bevindende processtukken en het verhandelde ter terechtzitting is niet aannemelijk geworden dat de verdachte stateloos is zoals door de verdediging is betoogd, voorts is niet aannemelijk geworden dat de verdachte zelf serieuze pogingen heeft ondernomen om Nederland te verlaten, dan wel om aan identiteitspapieren te komen. Nu de verdachte niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij buiten zijn schuld geen gehoor kan geven aan zijn verplichting tot vertrek uit Nederland wordt het verweer van de raadvrouw verworpen en is het openbaar ministerie ontvankelijk in de vervolging van de verdachte.

(...)

Strafbaarheid van de verdachte

De raadvrouw heeft ter terechtzitting in hoger beroep betoogd dat ten aanzien van feit 2 sprake is van afwezigheid van alle schuld dan wel van overmacht omdat het de verdachte niet valt te verwijten dat hij Nederland nog altijd niet heeft verlaten. De raadvrouw heeft aldus - naar het hof begrijpt - willen bepleiten dat de verdachte van alle rechtsvervolging dient te worden ontslagen, omdat het voorgaande een straf dan wel schulduitsluitingsgrond oplevert.

Het hof verwerpt dit verweer. Nu niet aannemelijk is geworden dat de verdachte serieuze pogingen heeft ondernomen om op legale wijze identiteitspapieren te verkrijgen en het land te verlaten, komt hem geen beroep op afwezigheid van alle schuld dan wel een beroep op overmacht toe. De

verdachte is dan ook, nu ook overigens geen omstandigheid aannemelijk is geworden die de strafbaarheid van de verdachte uitsluit, strafbaar."

4.3. Art. 61 Vreemdelingenwet 2000 verplicht de vreemdeling die niet rechtmatig verblijf heeft, Nederland uit eigen beweging te verlaten. Dit betekent dat de vreemdeling die tot ongewenst vreemdeling is verklaard de rechtsplicht heeft het land te verlaten, terwijl van die verplichting slechts is uitgezonderd de vreemdeling van wie aannemelijk is geworden dat hij buiten zijn schuld niet in het bezit kan komen van reisdocumenten (vgl. HR 20 januari 2009, LJN BF8848, NJ 2009/235).

4.4. Het Hof heeft de verwerping van de in het middel bedoelde verweren doen steunen op zijn oordelen dat niet aannemelijk is geworden dat de verdachte staatloos is en zelf serieuze pogingen heeft ondernomen om Nederland te verlaten dan wel om aan identiteitspapieren te komen. Die oordelen zijn toereikend gemotiveerd. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat de bewijsmiddelen inhouden dat de verdachte tijdens regelmatig terugkerende verhoren niet meewerkend was en dat hij geen inspanning heeft verricht om te bewerkstelligen dat zijn vertrek uit Nederland wordt gerealiseerd. In zoverre kan het middel dan ook niet tot cassatie leiden.

4.5. Het middel klaagt voorts dat het Hof zijn beslissing een gevangenisstraf op te leggen, onvoldoende heeft gemotiveerd.

4.6. De bestreden uitspraak houdt in:

"Door de raadvrouw is bepleit dat gelet op de door de verdachte reeds ondergane hechtenis in onderlinge samenhang bezien met de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (de Hoge Raad begrijpt: Hof van Justitie van de Europese Unie) geen gevangenisstraf aan de verdachte kan worden opgelegd en artikel 9a Wetboek van Strafrecht dient te worden toegepast. Gelet op wat hierboven met betrekking tot de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in deze reeds is overwogen ten aanzien van de opstelling van de verdachte acht het hof geen termen aanwezig om op grond van artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht te bepalen dat geen straf wordt opgelegd.

(...)

Het hof is - alles overwegende - van oordeel dat een geheel onvoorwaardelijke gevangenisstraf van na te melden duur een passende en geboden reactie vormt.

(...)

**BESLISSING**

Het hof:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht:

(...)

Veroordeelt de verdachte tot een gevangenisstraf voor de duur van 4 (vier) maanden."

4.7. De Hoge Raad leidt uit de hiervoor onder 3.3 genoemde rechtspraak van het Hof van Justitie af dat de terugkeerrichtlijn zich niet ertegen verzet dat op grond van art. 197 (oud) Sr een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een tot ongewenst vreemdeling verklaarde onderdaan van een derde land in de zin van art. 3, eerste lid, van de richtlijn op wie de bij die richtlijn voorziene terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal in Nederland verblijft. Het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf aan een dergelijke

onderdaan van een derde land is evenwel strijdig met de richtlijn indien de stappen van de in de richtlijn vastgelegde terugkeerprocedure nog niet zijn doorlopen, nu die strafoplegging de verwezenlijking van de met deze richtlijn nagestreefde doelstelling, te weten de invoering van een doeltreffend beleid van verwijdering en terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, in gevaar kan brengen. Dat betekent dat de rechter die een onvoorwaardelijke gevangenisstraf oplegt wegens handelen in strijd met art. 197 (oud) Sr, zich ervan dient te vergewissen dat de stappen van de terugkeerprocedure zijn doorlopen en daarvan in de motivering van zijn beslissing dient blijk te geven.

4.8.1. Ten tijde van de uitspraak van het Hof was de in art. 20 van de terugkeerrichtlijn gestelde termijn tot 24 december 2010, waarbinnen de lidstaten voor implementatie van de richtlijn benodigde wettelijke bepalingen in werking dienden te laten treden, reeds verstreken. De hiervoor onder 3.4 genoemde wetgeving is pas in werking getreden op 31 december 2011. Nu de formulering van de hier aan de orde zijnde bepalingen van de richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is, kon de verdediging zich in haar verweer bij een vervolging op grond van art. 197 (oud) Sr vanaf het verstrijken van de termijn op het in de richtlijn bepaalde beroepen en diende het Hof de zaak te beoordelen met inachtneming van de hiervoor besproken consequenties van de richtlijn.

4.8.2. Het oordeel van het Hof dat in weerwil van het beroep van de verdediging op de hiervoor bedoelde rechtspraak van het Hof van Justitie "een geheel onvoorwaardelijke gevangenisstraf (...) een passende en geboden reactie vormt", is in dit licht niet zonder meer begrijpelijk. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat het Hof weliswaar de opstelling van de verdachte ten aanzien van de beoogde beëindiging van zijn verblijf in Nederland in zijn oordeel heeft betrokken, doch niets heeft vastgesteld omtrent de vanwege de Nederlandse staat getroffen, op verwijdering van de verdachte gerichte maatregelen. Aldus heeft het Hof in het midden gelaten of de door de richtlijn voorgeschreven stappen van de terugkeerprocedure zijn doorlopen. Voor zover het middel klaagt dat het Hof de strafoplegging ontoereikend heeft gemotiveerd, is het dan ook terecht voorgesteld.

## 5. Slotsom

Nu de Hoge Raad geen grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden uitspraak ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, brengt hetgeen hiervoor is overwogen mee dat als volgt moet worden beslist.

## 6. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak maar uitsluitend wat betreft de strafoplegging;  
wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Den Haag, opdat de zaak in zoverre op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan;  
verwerpt het beroep voor het overige.

Dit arrest is gewezen door de president G.J.M. Corstens als voorzitter, en de raadsheren H.A.G. Splinter-van Kan, W.F. Groos, N. Jörg en V. van den Brink, in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, en uitgesproken op 21 mei 2013.

