

Het cumulatief punitief karakter van het migratierecht

Joanne van der Leun¹

Steven De Ridder²

INHOUD

Inleiding	29
1. Migratierecht als element van het concept punitiviteit	30
1.1. Criminalisering	30
1.2. Vasthouding van illegale migranten onder administratieve detentie	32
1.3. De verwijdering van het grondgebied en terugkeerverboden	33
2. Conclusie	34
Bibliografie	35

Het concept punitiviteit heeft verschillende dimensies. Deze bijdrage gaat in op een dimensie die veelal onderbelicht is gebleven: die van het migratierecht. De convergentie van migratierecht en strafrecht draagt bij tot de tendens van criminalisering die er heerst ten aanzien van de vreemdelingen in de samenleving. In deze bijdrage hebben we voor België en Nederland deze algemene constatering nader ingevuld aan de hand van de strafbaarstelling van illegaliteit, de vreemdelingendetentie en de verwijdering van illegale migranten van het grondgebied. Ondanks verschillen in de details komt het beeld in grote lijnen overeen: strafrechtelijke instrumenten worden ingezet voor doeleinden van migratiecontrole. Dat geldt voor illegale migranten en steeds vaker ook voor criminele migranten die hun verblijfsstatus als gevolg van hun criminele antecedenten verliezen. Op alle vlakken zien we bovendien een voortgaand proces van uitbreiding en aanscherping van beleid op deze punten. We concluderen dan ook dat het concept punitiviteit zoals traditioneel gemeten een belangrijk aspect over het hoofd ziet; de punitieve houding die zich specifiek richt op migranten.

Inleiding

Het concept punitiviteit verwijst naar de tendens om strenger en harder te straffen bij ongewenst en crimineel gedrag; er zijn verschillende definities, dimensies en politieke en maatschappelijke verklaringen (Bottoms, 1995; Garland, 2001; Pratt, 2002; voor een

kritische bespreking zie Matthews, 2005). De locomotieftekst wijst erop dat het concept dan ook op zeer verschillende wijzen geoperationaliseerd kan worden. Studies vertrekken meestal vanuit het gebruik van strafrechtelijke detentie om punitiviteit in kaart te brengen, door de omvang of de samenstelling van de gevangenispopulatie te beschrijven. Voor internationaal comparatief onderzoek wordt gewerkt aan de hand van de detentieratio. Deze parameter van punitiviteit is enerzijds een heldere en goed te vergelijken maat, maar anderzijds blijkt hij ook problematisch (Jou & Heberton, 2011). Dat komt onder meer door het gebrek aan consensus over de bepaling van de meerderjarigheid (Tubex, 2013) en de onduidelijkheid over inclusiecriteria van bepaalde groepen in de data zoals minderjarigen en illegale migranten (Van Dijk, 2010). Bovendien wordt deze variabele berekend ten opzichte van 100.000 (bekende) inwoners van een land waardoor het aanwezige aantal illegalen in de samenleving niet in rekening wordt gebracht.³ Deze groep is echter wel aanwezig in de gevangenispopulatie (De Ridder & Beyens, 2012; Amnesty International, 2008). Sterker nog, detentie wordt in vele landen steeds meer ingezet als instrument van migratiecontrole (Van Kalmthout, 2007; Leerkes & Broeders, 2012). In deze bijdrage bespreken we dat voor Nederland en België.

Wij stellen in deze bijdrage dan ook de vraag of er redenen zijn om bij het concept punitiviteit expliciet ook elementen van migratiebeleid en -controle te betrekken. Illegale migranten zijn het levende bewijs dat de afdwingbaarheid van het vreemdelingenrecht niet altijd voor de hand ligt en dat er een duidelijke kloof is tussen migratiebeleid op papier en in de praktijk. Toch worden de middelen die ingezet worden om illegaliteit tegen te gaan steeds zwaarder en steeds sneller toepasbaar (Leerkes, Enghersen & Van der Leun, 2012). Dat de klassieke punitiviteitsberekening van het aantal gevangenen per 100.000 inwoners niet geheel juist is ten gevolge van de aanwezigheid van grote groepen illegalen die wel meetellen in de gevangenisstatistieken maar niet in de bevolkingcijfers laten we bij een constatering, al is het wel een belangrijke. Aan de hand van de metafoor van de

1. Hoogleraar Criminologie aan de Universiteit Leiden.
 2. Assistent Criminologie aan de Vrije Universiteit Brussel.
 3. Het aantal illegale migranten in de populaties is slechts te schatten. Volgens een recente Europese inventarisatie zou het in Nederland gaan om tussen de 60.000 en de 130.000 personen op jaarbasis, in België om vergelijkbare aantallen (Vogel, 2009).

gens een recente Europese inventarisatie zou het in Nederland gaan om tussen de 60.000 en de 130.000 personen op jaarbasis, in België om vergelijkbare aantallen (Vogel, 2009).

‘communicerende vaten’ laat de locomotieftekst een interessante opening naar het meer systematisch betrekken van de groep illegale migranten en de toepassing van migratierecht bij de benadering van het concept punitiviteit. De vraag wordt immers opgeworpen in hoeverre opvangmogelijkheden voor bijvoorbeeld personen met mentale stoornissen in gespecialiseerde afdelingen, of illegale vreemdelingen in detentiecentra functioneren als communicerende vaten voor de beteugeling van wie buiten het klassieke strafrecht valt.

In tegenstelling tot de toepassing van het strafrecht, die resulteert in een tijdelijke uitsluiting uit de samenleving, zeker bij het gebruik van de gevangenisstraf, eventueel met het verlies van bepaalde burgerrechten, resulteert het migratierecht in zijn meest repressieve gedaante in een terugkeerverbod, een verwijdering van het grondgebied of een kwalificatie als bedreiging van de openbare orde van een land. Bovendien kunnen deze maatregelen ook gecumuleerd worden (Aliverti, 2012). De migrant wordt daardoor het recht op (enige tijdelijke vorm van) burgerschap ontzegd. Bovendien stellen Fekete en Webber (2010) dat verschillende Europese landen zich voor de toepassing van het migratierecht expliciet richten tot de vreemdelingen in het strafrechtstelsel met het oog op de realisatie van hun verwijdering. Onder andere voor België werd reeds aangetoond dat de penale doelstelling om de overbevolking in gevangenis tegen te gaan, de aandacht van het penale beleid voor vreemdelingen zonder recht op verblijf in de gevangenispopulatie heeft verhoogd. Een dergelijke evolutie is de reden waarom vanuit het migratiebeleid wordt nagegaan hoe men controle kan houden op deze specifieke populatie wat in België heeft geresulteerd in de intrede van migratieactoren in de gevangenissetting die via identificatie de verwijdering van het grondgebied moeten bevorderen (De Ridder & Vanquekelberghe, 2012). In Nederland bestaat sinds eind jaren negentig van de vorige eeuw het VRIS-project (Vreemdelingen in de Strafrechtsketen) dat speciaal toeziet op de verwijdering van criminele vreemdelingen na hun strafrechtelijke detentie (Engbersen, Van der Leun & De Boom, 2007; Leerkes & Broeders, 2010).

Omgekeerd is het via het gebruik van de status ‘be-

“ Het migratierecht resulteert in zijn meest repressieve gedaante in een terugkeerverbod, een verwijdering van het grondgebied en/of een kwalificatie als bedreiging van de openbare orde.

dreiging van de openbare orde’ naar aanleiding van strafrechtelijke inbreuken in verschillende landen niet alleen mogelijk om migranten een terugkeerverbod op te leggen, maar tevens in administratieve gesloten detentie te nemen of hen voor langere periode in deze vorm van vreemdelingendetentie te houden (Wilsher, 2004). In dit verband wijst Miller (2005) op de vervangende grenzen tussen het strafrecht en het migratierecht. Stumpf (2006) verwijst dan weer naar het concept ‘crimmigratie’ en duidt daarmee op (1) de versmelting van immigratierecht en strafrecht, (2) de soortgelijke wijze waarop migratierecht en strafrecht worden afgedwongen en (3) de procedurele parallellen tussen beide rechtsdomeinen.

Deze duidelijke wisselwerking tussen strafrecht en migratierecht maakt het in rekening brengen van de toepassing van het migratierecht dan ook relevant bij het beschouwen van het concept punitiviteit. We zullen in deze bijdrage duiden dat de cumulatieve mogelijkheden tot uitsluiting, waarin voorzien is in het migratierecht, interessante variabelen zijn om in rekening te brengen bij het bepalen van de punitiviteit van bepaalde landen. In deze bijdrage zullen we dus de volgende vraag stellen: *In welke mate richt de waargenomen punitiviteit in de hedendaagse samenleving zich via het migratierecht specifiek op (in)migranten?* Meer specifiek zullen we in deze bijdrage ten eerste dieper ingaan op de criminalisering van illegale migratie, vervolgens op het gebruik van administratieve detentie, en ten slotte op de diversiteit in verwijderingsmaatregelen en het opleggen van terugkeerverboden aan migranten.

1. Migratierecht als element van het concept punitiviteit

1.1. Criminalisering

Een eerste en cruciaal aspect met betrekking tot het migratierecht dat gerelateerd kan worden aan het concept punitiviteit is de strafbaarstelling van illegale migratie. Volgens het European Union Agency for Fundamental Rights (2011) is dat in Europa het geval in België, Cyprus, Denemarken, Estland, Finland, Frankrijk, Duitsland, Griekenland, Ierland, Litouwen, Luxemburg, Roemenië, het Verenigd Koninkrijk en Zweden. Aan dat rijtje kan Italië en binnenkort, volgens de huidige kabinetsplannen van het kabinet-Rutte II, Nederland worden toegevoegd (Regerakkoord, 2012). Niet alleen een gevangenisstraf behoort tot de mogelijkheden, zo wordt in Italië illegaal verblijf bestraft met een boete van 5.000 tot 10.000 euro. Ook in de hiervoor genoemde landen zoals België en binnenkort Nederland kan de veroordeling tot een gevangenisstraf voor illegale toegang of verblijf op het grondgebied gepaard gaan met of voorafgegaan worden door een geldboete.

1.1.1. Criminalisering in België

In België gaat de criminalisering van illegale immigratie historisch gezien dertig jaar terug met de inwerkingtreding van de wet van 15 december 1980 op de toegang, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.⁴ Zo wordt in artikel 75 en 76 de strafbaarstelling vastgelegd op acht dagen tot drie maanden gevangenisstraf en behoort voor herhaaldelijke inbreuk een gevangenisstraf tussen een maand en een jaar tot de mogelijkheden. Hoewel de illegale toegang tot en het verblijf op het Belgische grondgebied reeds decennia gecriminaliseerd zijn, wordt die de facto niet meer toegepast onder invloed van de overbevolking in de Belgische gevangenissen tenzij de inbreuk op de vreemdelingenwet gepaard gaat met een veroordeling voor een overtreding van de strafwet. Louter voor illegale toegang tot of verblijf op het grondgebied wordt aan de meest geïntercepteerde illegale migranten een 'bevel om het grondgebied te verlaten' afgeleverd. Deze verwijderingsbeslissing wordt aan de vreemdeling betekend in de vorm van een A4-papier en legt de uitvoering ervan in de handen van de vreemdeling zelf waardoor de afdwingbaarheid van de beslissing beperkt is (Bergans, Cruysberghs, Verbauwhede, Verstraelen & Verstraete, 2010).

Hoewel er dus een moratorium rust op de uitvoering van de strafbaarstelling van illegale migratie op zich, schuilt er tegelijkertijd een sluipend punitief karakter in deze praktijk. De cumulatie met een overtreding van de strafwet brengt (in vele gevallen) immers ook de inwerkingtreding van de strafmaat op illegale migratie mee bij de uiteindelijke veroordeling. De gevondene strafmaat voorzien in de vreemdelingenwet resulteert voor de veroordeelde illegale migrant dan in een hoger straftotaal van mogelijk meer dan drie jaar. Hierdoor komt de veroordeelde illegale migrant met een straftotaal boven de drie jaar in een systeem terecht dat strengere voorwaarden stelt met betrekking tot de (vervroegde) invrijheidstelling in vergelijking met gedetineerden met een straftotaal onder de drie jaar.⁵ Daarbij komt dat de finaliteit van de (vervroegde) invrijheidstelling van vreemdelingen zonder recht op verblijf ongeacht het straftotaal de verwijdering van het grondgebied inhoudt (zie ook Snacken, Beyens & Beernaert, 2010; De Ridder, Beyens & Snacken, 2012).

1.1.2. Criminalisering in Nederland

In Nederland gaat het kabinet-Rutte II, aldus het regeerakkoord er eveneens toe over om illegaal verblijf

strafbaar te stellen. De Ministerraad stemde in 2011 in met het voorstel van minister Gerd Leers van immigratie en asiel om illegaliteit strafbaar te stellen. Er ligt inmiddels een concreet wetsvoorstel.⁶ Door middel van aanpassingen van de vreemdelingenwet zal illegaal verblijf een overtreding gaan betreffen (geen misdrijf) met een geldboete van maximaal 3.800 euro of vier maanden hechtenis als sanctie. Illegalen die twee keer of vaker worden beboet, krijgen voor maximaal vijf jaar een zwaar inreisverbod opgelegd. Schending van dat verbod wordt beschouwd als een misdrijf waarop een gevangenisstraf van zes maanden of een geldboete kan volgen. Deze strafbaarstelling is het voorlopige sluitstuk van twintig jaar lang door verschillende kabinetten aanscherpen van de aanpak van illegaal verblijf.

In Nederland is de stap naar formele strafbaarstelling in de afgelopen tien tot vijftien jaar diverse malen besproken, maar eerder niet doorgezet om redenen van onuitvoerbaarheid. In de illegalennota uit 2004 stond dat het kabinet er niet voor koos om illegaal verblijf strafbaar te stellen, omdat een mogelijke gevangenisstraf het verblijf van de illegaal in Nederland zou verlengen. Wel werd voorgesteld illegalen die een gevaar vormden voor de openbare orde of nationale veiligheid, vaker ongewenst te verklaren. Ook in het Regeerakkoord van het kabinet-Balkenende IV was te vinden dat illegaal verblijf en het profiteren van illegalen krachtiger moet worden bestreden. Het kabinet wilde dat vooral bereiken met financiële sancties (boetes, het verhalen van uitzettingskosten en het ontnemen van genoten voordeel) en met optreden tegen mensen die zich via illegale migranten verrijken (huisjesmelkers, koppelbazen, werkgevers en pooiers). Algemene strafbaarstelling werd niet genoemd. Van belang is dat staatssecretaris Albayrak in 2007 te verstaan gaf dat destijds wel was gekozen voor specifieke strafbaarstelling via de ongewenstverklaring⁷ (Van der Leun, 2010) en dat zij daarbij zelf meende dat dit misschien wel een indirecte vorm van strafbaarstelling was. Uit een studie hiernaar kan geconstateerd worden dat dit middel toenemend wordt toegepast, maar nog steeds wel selectief (Laagland, van der Leun, van der Meij, & Leerkes, 2009). Opmerkelijk is wel dat het kabinet-Rutte vooral de uitzettingenproblematiek noemt als reden om over te gaan tot een algehele strafbaarstelling. Er zijn echter geen indicaties dat dat probleem ermee zou worden aangepakt (Van der Leun, 2012).

Veel moeilijk uitzetbare illegale migranten kunnen, ondanks ongewenstverklaring in Nederland en een

4. Hierna verkort weergegeven als 'vreemdelingenwet'. Voor een uitgebreid historische duiding van het Vreemdelingenbeleid in België, raadpleeg: Bergans, Cruysberghs, Verbauwhede, Verstraelen & Verstraete, 2010.

5. Conform de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten.

6. Op 21 december 2012 stemde de Ministerraad in om bij de Tweede Kamer een voorstel in te dienen tot wijziging van de Vreemdelingenwet om illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland strafbaar te stellen.

7. De Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) in Nederland kan een vreemdeling op grond van artikel 67 van de vreemdelingenwet 2000 ongewenst verklaren. Het doel van deze administratieve maatregel is om vreemdelingen te weren, aan wie het niet of niet langer is toegestaan in Nederland te verblijven. Wanneer zij toch in Nederland blijven, vallen zij onder artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht, en kunnen zij worden veroordeeld tot een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden. Het gaat daarbij om een misdrijf. De afgelopen jaren is de drempel voor de ongewenstverklaring verlaagd (Laagland et al., 2009).

bevel om het grondgebied te verlaten in België, toch niet worden uitgezet. Deze specifieke vorm van strafbaarstelling leidt vooral tot meer en langere detentie. Dat zal hierna besproken worden.

1.2. Vasthouding van illegale migranten onder administratieve detentie

In sommige Europese lidstaten bestaat er geen consensus over de criminalisering van illegaliteit en in de Europese Unie zijn er verschillende varianten van criminalisering. Bovendien blijkt er vaak een verschil mogelijk te zijn tussen criminalisering de jure en de facto en kenmerkt de administratieve detentie naar aanleiding van illegale toegang tot of illegaal verblijf op het grondgebied zich door een frequenter gebruik in de Europese lidstaten (Welsh & Schuster, 2005). Deze vorm van detentie heeft een dubbel doel: enerzijds proberen staten aan de buitengrenzen de toegang tot het grondgebied te reguleren door illegale migranten in administratieve detentie te plaatsen, anderzijds wordt administratieve detentie ook gebruikt in afwachting van de realisatie van een verwijdering van het grondgebied *manu militare*. In dit verband stelt Wilsher (2004: 897) dat: *'In both situations, detention is said to be essentially non-punitive, being merely ancillary to immigration control.'*

De detentie in administratieve gesloten centra lijkt

“Onderzoek naar de beleving van illegale migranten in administratieve detentie heeft aangetoond dat zij zich gecriminaliseerd voelen door de staat.”

sterk op detentie in een gevangeniscontext waardoor het gebruik van deze vorm van detentie een interessante parameter is om in rekening te brengen bij het beschouwen van het concept punitiviteit. Onderzoek naar de beleving van illegale migranten in administratieve detentie heeft ook reeds aangetoond dat zij zich gecriminaliseerd voelen door de staat (Bosworth, 2012). De duur van de administratieve detentie in lidstaten van de Europese Unie is wat betreft *third country nationals* vastgelegd in de Terugkeerrichtlijn van 16 december 2008 en gelimiteerd tot zes maanden. In geval van (1) gebrek aan medewerking van de *third country national* of (2) verhindering van het verkrijgen van de nodige documenten kan de detentie ver-

lengd worden met nog eens twaalf maanden.⁸

1.2.1. Detentie van vreemdelingen in België

In België is de duur van de administratieve detentie in principe gelimiteerd tot twee maanden. Deze termijn kan verlengd worden met twee maanden tot een maximum van vijf maanden indien de dienst Vreemdelingenzaken de nodige acties heeft ondernomen om de verwijdering te realiseren en deze verwijdering ook binnen een redelijke termijn gerealiseerd kan worden. Indien de persoon beschouwd wordt als een bedreiging voor de openbare orde of de veiligheid van het land dan kan de administratieve detentie zelfs oplopen tot acht maanden. Hoewel dat voor vreemdelingen die veelal geen criminele feiten hebben gepleegd bijzonder ingrijpende maatregelen zijn, lijkt de reglementering van de duur van de administratieve detentie in het voordeel van de illegale migrant te zijn in vergelijking met de Terugkeerrichtlijn. In termen van punitiviteit lijkt België ook een gunstigere bepaling te hebben dan het gebruik van de ongelimiteerde administratieve detentie in de Verenigde Staten (Bosworth & Kaufman, 2011). Echter kan de dienst Vreemdelingenzaken tot een nieuwe periode van administratieve detentie overgaan indien de verwijdering van het grondgebied door de illegale migrant zelf verhinderd werd. Deze stelling werd meermaals bevestigd zowel door het Hof van Cassatie als door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.⁹

1.2.2. Detentie van vreemdelingen in Nederland

Ook in Nederland wordt vreemdelingendetentie veelvuldig toegepast. Het uitgangspunt van de Nederlandse vreemdelingenwet van 2000 is dat eenieder voor wie verblijf in Nederland niet is toegestaan, het land dient te verlaten. Wanneer een vreemdeling dat niet op eigen gelegenheid doet, verspeelt hij zijn recht op vrijheid en kan hij gedetineerd worden. Vreemdelingen die zich toegang tot Nederland hebben verschaffen, maar niet meer over een geldige verblijfsvergunning beschikken, kan de vrijheidsbenemende maatregel van artikel 59 Nederlandse vreemdelingenwet worden opgelegd, een administratieve maatregel.¹⁰ Formeel gezien gaat het om een *ultimum remedium*: een middel dat slechts zou mogen worden toegepast wanneer met minder ingrijpende middelen niet hetzelfde doel kan worden bereikt. Vaak worden vreemdelingen- en grensdetentie echter toegepast zonder na te gaan of met een lichter middel, zoals elektronisch toezicht, had kunnen worden volstaan (Van Kalmthout, 2007; Amnesty International, 2008).

8. Richtlijn 2008/115/EC 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, *Pb. L*. 24 december 2008, L348/98.

9. www.vreemdelingenrecht.be; Cass. arresten van 31 augustus 1999, 28 september 1999, 2 november 1999 en 31 maart 2004; EHRM nr. 52467/99 *Kabongo vs. België*.

10. Dit artikel bepaalt dat, indien het belang van de openbare orde of de nationale veiligheid dat vordert, de minister een vreemdeling die niet rechtmatig verblijft en onder voorwaarden ook een rechtmatig verblijvende vreemdeling met het oog op uitzetting in bewaring kan worden gesteld, artikel 59 vreemdelingenwet 2000.

In Nederland is het sinds de implementatie van de Europese Terugkeerrichtlijn niet meer zonder meer toegestaan om een maatregel van bewaring op te leggen op grond van het strafrechtelijke verleden van een vreemdeling. De Immigratie- en Naturalisatie Dienst (IND) kan alleen nog overgaan tot detentie op grond van eerdere criminele antecedenten van een vreemdeling als ze gerelateerd zijn aan het zich mogelijk onttrekken aan uitzetting. Het is echter zeer de vraag of deze aanpassing grote veranderingen zal meebrengen (Nijland, 2012). Vreemdelingen worden voorts onderworpen aan een sober regime, dat beperkter is dan het strafrechtelijke (Van Kalmthout, 2007; Nationale Ombudsman, 2012). Zij mogen maximaal zes maanden in vreemdelingenbewaring worden gehouden. Verlenging met maximaal twaalf maanden is mogelijk wanneer het uitzetten van de vreemdeling meer tijd nodig heeft, bijvoorbeeld omdat de vreemdeling of het land van herkomst niet actief meewerkt. Het is niet uitzonderlijk dat een vreemdeling meermaals en soms zelfs vele malen in detentie wordt gehouden (Van Kalmthout, 2007).

De detentieduur is dan ook zowel in Nederland als in België lang en vaak ook onzeker. Bij een gevangensetting is die wel zeker en voor veroordeelden bepaald door een rechtbank. Voor migranten in administratieve detentie is er weinig zekerheid over de duur van de administratieve detentie behalve de bepalingen inzake maximumduur. De Belgische en Nederlandse cassussen tonen aan dat deze reglementering omzeild kan worden. Bovendien geldt in de meeste landen voor strafrechtelijk veroordeelden een systeem van voorwaardelijke invrijheidstelling.¹¹ Aangezien de finaliteit van gesloten centra voor administratieve detentie de verwijdering van het grondgebied betreft, is de enige manier om 'vervroegd' vrij te komen de (meestal) gedwongen terugkeer naar het herkomstland. Zoals zal blijken uit de volgende titel heeft deze gedwongen terugkeer echter verschillende varianten en is het arsenaal van het migratierecht daarmee niet uitgeput.

1.3. De verwijdering van het grondgebied en terugkeerverboden

Wanneer het gaat over de verwijdering van het grondgebied, wordt in de volksmond al snel het begrip repatriëring in de mond genomen. Het gebruik van dit containerbegrip doet echter afbreuk aan de verschillende mogelijkheden tot verwijdering waarin voorzien is in de Belgische vreemdelingenwet en de diverse implicaties ervan. Eerder in dit artikel werd reeds gewezen op het 'bevel om het grondgebied te verlaten'. Hoewel dat de vaakst genomen verwijderingsbeslissing is ten aanzien van vreemdelingen zonder recht

op verblijf, bevat de vreemdelingenwet ook meer invasieve verwijderingsmaatregelen die onder dwang kunnen worden opgelegd.

1.3.1. Uitzetting uit België

In België betreft een eerste mogelijkheid tot gedwongen verwijdering de toepassing van het 'bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding te dien einde'. Deze verwijderingsbeslissing gaat dus gepaard met een periode van administratieve detentie en de terugvlucht naar het land van herkomst heeft een gedwongen karakter. Verder heeft deze beslissing dezelfde implicaties als een 'gewoon' bevel om het grondgebied te verlaten: de illegale migrant kan na de verwijdering het Belgische grondgebied opnieuw betreden indien hij voldoet aan de binnenkomstvoorwaarden. Daarnaast heeft de Belgische vreemdelingenwet ook twee bijzondere verwijderingsbeslissingen gedefinieerd, namelijk het ministerieel besluit tot terugwijzing en het koninklijk besluit tot uitzetting. Deze verwijderingsbeslissingen gaan nog een stap verder dan een 'gewone' verwijdering *manu militari*. Een terugwijzing wordt aan een niet in het Rijk gevestigde vreemdeling opgelegd 'wanneer hij de openbare orde of de veiligheid van het land heeft geschaad of de aan zijn verblijf gestelde voorwaarden zoals die door de wet zijn vastgesteld niet heeft nageleefd'.¹² Een uitzetting wordt op zijn beurt betekend aan 'de in het Rijk gevestigde vreemdeling of de vreemdeling die de status van langdurig ingezetene geniet, wanneer hij de openbare orde of de veiligheid van het land ernstig heeft geschaad'.¹³ Bijgevolg kan een uitzetting worden betekend aan vreemdelingen zonder en met recht op verblijf, zelfs als het EU-onderdanen zijn. Beide verwijderingsbeslissingen resulteren dus in het feit dat de persoon aan wie ze betekend worden, beschouwd wordt als een bedreiging voor de openbare orde of veiligheid van het land omwille van strafrechtelijke veroordelingen en ze gaan gepaard met een verbod om tijdens de tien jaar volgend op de beslissing terug te keren naar België.¹⁴ De toekenning van beide beslissingen gaat gepaard met een seining in het Schengen Informatie Systeem. Hierdoor zal de persoon de toegang tot het Belgische grondgebied en bij uitbreiding de hele Schengenzone worden ontzegd zowel bij de effectieve interceptie aan de buitengrenzen als bij het aanvragen van een visum.

Lange tijd waren de terugwijzing en de uitzetting de enige wettelijke mogelijkheid binnen het vreemdelingenrecht om een terugkeerverbod aan een vreemdeling op te leggen. Hier kwam met de implementatie van de Terugkeerrichtlijn¹⁵ in de vreemdelingenwet verandering in via de definiëring van het inreisverbod

11. Voor een uiteenzetting over de praktijk in België, Duitsland, Engeland en Wales, Finland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, Italië, Nederland, Schotland, Slovenië, Spanje en Zwitserland, zie Padfield, Van Zyl-Smit & Dünkel, 2010.

12. Art. 20 en 21 vreemdelingenwet. Hierna verkort weergegeven als 'terugwijzing'.

13. Art. 20 en 21 vreemdelingenwet. Hierna verkort weergegeven als 'uitzetting'.

14. Artikel 26 vreemdelingenwet.

15. Richtlijn 2008/115/EC van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidsta-

als zijnde 'de beslissing waarbij de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor een bepaalde termijn wordt verboden, die kan samengaan met een beslissing tot verwijdering'.¹⁶ Dit inreisverbod kan oplopen tot drie jaar wanneer 'voor het vrijwillig vertrek geen enkele termijn is toegestaan' of wanneer 'een vroegere beslissing tot verwijdering niet uitgevoerd werd'. Gezien de lage afdwingbaarheid van het 'bevel om het grondgebied te verlaten' geeft vooral deze laatste toevoeging in de vreemdelingenwet blijk van een toegenomen punitiviteit ten aanzien van migratie. Dat geldt bij illegale toegang tot of illegaal verblijf op het grondgebied en in het bijzonder bij het niet-naleven van eerder genomen verwijderingsbeslissingen. Indien bovendien 'de onderdaan van een derde land een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid' kan de duur van het inreisverbod de vijf jaar overschrijden.¹⁷ Wat bovendien cruciaal is voor het concept punitiviteit is de uitsluiting die met een dergelijk inreisverbod wordt bereikt. In België is via het inreisverbod de toekenning van een 'verbod op terugkeer na verwijdering' toegekomen, wat geresulteerd heeft in een toegenomen aantal seiningen in het Schengen Informatie Systeem. Op die manier wordt de uitsluiting van illegale migranten in België geëxtrapoleerd naar de volledige Schengenzone. Wanneer een geseind persoon wordt geïntercepteerd op het grondgebied van een van de landen uit de Schengenzone, kunnen ook zij de nodige maatregelen nemen conform hun vreemdelingenwetgeving.

1.3.2. Uitzetting uit Nederland

In Nederland wordt meestal gesproken van de verwijdering of uitzetting van vreemdelingen van het grondgebied. Het uitgangspunt daarbij is dat een vreemdeling die niet of niet langer verblijfsrechten heeft zelfstandig het land dient te verlaten. Hij krijgt daartoe een terugkeerbesluit, waarin is vermeld dat hij het land binnen een bepaalde termijn moet verlaten. Binnen deze termijn moet de vreemdeling dan zijn vertrek naar het land van herkomst regelen, met of zonder hulp van de beschikbare organisaties. Wanneer een vreemdeling niet vertrekt kan hij met de sterke arm worden verwijderd. Dat valt onder de Dienst Terugkeer en Vertrek (DT&V) en houdt in dat hij in bewaring kan worden gesteld om het vertrek te bewerkstelligen. Gedwongen vertrek is alleen mogelijk als het land van herkomst hieraan meewerkt, door het erkennen van de persoon als onderdaan en het afgeven van reisdocumenten. In de praktijk doen zich vaak problemen voor met uitzetting omdat de vreemdelingen niet over de gewenste documenten beschikken, omdat zij de procedures tegenwerken (Broeders & Engbersen, 2007) of omdat het land van herkomst geen medewerking verleent (Van der Leun, 2003; Van Kalmthout, 2007).

Voorts is het reeds gememoreerde inreisverbod ofwel het verbod op toegang tot het Schengengebied voor een bepaalde tijd op grond van de Terugkeerrichtlijn ook van toepassing in Nederland. Een vreemdeling die niet binnen de gestelde termijn vertrekt, kan een inreisverbod opgelegd krijgen voor maximaal vijf jaar, een vreemdeling met criminele antecedenten langer. Het verblijf in Nederland in weerwil van een inreisverbod is strafbaar en bij ontdekking kan er dan vreemdelingenbewaring op volgen.

2. Conclusie

Het migratierecht en het strafrecht verschillen duidelijk, zowel in hun modaliteiten als in hun finaliteit. Toch merken verschillende auteurs een toegenomen convergentie tussen beide rechtstakken op die bijdraagt tot de tendens van criminalisering die er heerst ten aanzien van de vreemdelingen in de samenleving. In deze bijdrage hebben we deze algemene constatering nader ingevuld aan de hand van de strafbaarstelling van illegaliteit, de vreemdelingendetentie en de verwijdering van illegale migranten van het grondgebied. Deze drie aspecten hebben we kort belicht voor België en Nederland.

Ondanks verschillen in de details komt het beeld in grote lijnen overeen: strafrechtelijke instrumenten worden ingezet voor doeleinden van migratiecontrole. De toegenomen convergentie van strafrecht en migratierecht gaat gepaard met de toenemende criminalisering van (illegale) migranten. We concluderen dan ook dat het concept punitiviteit zoals traditioneel gemeenten een belangrijk aspect over het hoofd ziet; de punitieve houding die zich specifiek richt op migranten.

In deze bijdrage hebben we louter gefocust op het

“ Ondanks verschillen in de details komt het beeld in grote lijnen overeen: strafrechtelijke instrumenten worden ingezet voor doeleinden van migratiecontrole. ”

meest repressieve aspect van de vreemdelingenwetgeving namelijk de bepaling van wie (al dan niet) toegang heeft tot het grondgebied en de mogelijkheden waarin wettelijk voorzien is indien dat niet het geval is. Wellicht kan dat nog opengetrokken worden. Het vreemdelingenrecht omvat immers ook het toekennen van verblijfsvergunningen waarbij een steeds restric-

ten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, *Pb. L.* 24 december 2008, 348/98.

16. Art. 1, 8° vreemdelingenwet.

17. Artikel 74/11 § 1 vreemdelingenwet.

tiever wordend beleid geassocieerd kan worden met het concept punitiviteit dat centraal staat in de locomotieftekst van dit themanummer. Ook is het zeker mogelijk dat allerlei opsporingsactiviteiten vanaf het stoppen en ondervragen van mensen op straat tot verder in de strafrechtsketen zich sterker richten op (bepaalde groepen van) migranten dan tot niet-vreemdelingen (Van der Leun & van der Woude, 2011). Dat valt echter buiten de scope van onze studie en vraagt verder onderzoek naar profileringspraktijken.

Een tweede conclusie betreft de cumulatieve werking van het migratierecht. Een belangrijk gevolg van de convergentie tussen strafrecht en migratierecht is dat het punitieve karakter van het migratierecht nog op een hoger niveau uitkomt dan gewoonlijk het geval is, doordat het anders dan het strafrechtelijk traject een cumulatief karakter heeft. Hoewel we zeker niet ontkennen dat de toepassing van het strafrecht en in het bijzonder het gebruik van de gevangenisstraf, eventueel met justitiële follow-up na strafrechtelijke detentie, een ingrijpend punitief karakter heeft, omvat de toepassing van het migratierecht een cumulatief aspect dat het nog aanzienlijk ingrijpender maakt.

De loutere vaststelling van illegale toegang tot of verblijf op het grondgebied zet een reeks maatregelen in werking die binnen het strafrecht haar gelijke niet kent. Ingeval de illegale toegang tot of het illegale verblijf op het grondgebied gecriminaliseerd zijn, is wettelijk in verschillende Europese landen waaronder België en naar alle waarschijnlijkheid binnenkort ook in Nederland uiteindelijk in een gevangenisstraf voorzien. Hoewel die voor illegale toegang tot of verblijf op het Belgische grondgebied de facto niet wordt uitgevoerd, is dat wel het geval indien dit misdrijf gepaard gaat met een strafrechtelijke overtreding wat het cumulatief punitief karakter van de toepassing van het vreemdelingenrecht in de verf zet. Bovendien zet de cumulatie van de toepassing van het strafrecht en het vreemdelingenrecht een aaneenschakeling van opsluitingen in werking, in de gevangenis en onder administratieve detentie, die algemene principes van het penitentiair recht zoals re-integratie, herstel en revalidatie ondermijnt en de verwijdering van het grondgebied op de voorgrond plaatst. Ook dit aspect wijst op het cumulatief punitief karakter van de toepassing van het vreemdelingenrecht.¹⁸

In zowel België als Nederland wordt voorts op uitgebreide schaal gebruikgemaakt van de vreemdelingendetentie, verwijdering en inreisverboden. Waar in de tweede helft van de vorige eeuw illegaal verblijf beschouwd werd als relatief onschuldig gedrag of zelfs als een teken van het tonen van initiatief (Van der Leun, 2003), is de criminalisering in het eerste deel

van deze eeuw op volle gang gebracht. Dat roept vele vragen op over proportionaliteit, rechtsbescherming en beleidsmatige en politieke afwegingen, die ook binnen de debatten over punitiviteit aandacht verdienen. Hoewel we hier geen conclusies kunnen trekken over andere Europese landen is het moeilijk voor te stellen dat België en Nederland uniek zijn in deze ontwikkelingen. In vele Europese landen, en overigens ook ver daarbuiten, zijn de zorgen in verband met illegale migratie de laatste decennia duidelijk zichtbaar en nemen overheden steeds weer nieuwe maatregelen om deze vorm van migratie tegen te gaan (Duvell, 2006). Dit beleid lijkt eveneens in vele landen samen te gaan met beleid ten aanzien van rechtmatig verblijvende criminele migranten (Stumpf, 2006). Beide ontwikkelingen samen zijn zonder twijfel relevant voor discussies over punitiviteit. Het blijven vasthouden aan het conceptualiseren, definiëren en meten van punitiviteit zonder aspecten van migratiebeleid mee te nemen, ziet belangrijke ontwikkelingen die zich op grote schaal internationaal lijken voor te doen over het hoofd. Daar komt nog bij, zoals we aan het begin van deze bijdrage constateerden, dat de klassieke punitiviteitsberekening van het aantal gevangen personen per 100.000 inwoners niet geheel juist is ten gevolge van de aanwezigheid van grote groepen illegalen die wel meetellen in de gevangenisstatistieken maar niet in de bevolkingscijfers. Verder kunnen we als auteurs de recente toename aan onderzoek naar de evolutie van de criminalisering van illegale migratie en de verwevenheid tussen de toepassing van het migratierecht en het strafrecht slechts aanmoedigen aangezien het een duidelijk beeld schetst van hoe in onze hedendaagse samenleving, die gekenmerkt wordt door een toegenomen globalisering, wordt omgegaan met cruciale concepten binnen het criminologische wetenschapsdomein, zoals uitsluiting en detentie.

Bibliografie

- Aliverti, A. (2012). Exploring the Function of Criminal Law in the Policing of Foreigners: The Decision to Prosecute Immigration-related Offences. *Social & Legal Studies*, 21 (4), 511-527.
- Amnesty International (2008). *The Netherlands: The detention of irregular migrants and asylum-seekers*. Londen: Amnesty International.
- Bergans, K., Cruysberghs, W., Verbauwheide, G., Verstraelen, K. & Verstraete, B. (2010). Het verwijderingsbeleid. In Foblets, M.C. & Vanheule, D. (red.), *Migratie- en migrantenrecht: recente ontwikkelingen* (p. 71-197). Brugge: die Keure.
- Bosworth, M. & Kaufman, E. (2011). *Foreigners in a carceral age: Immigration and imprisonment in the US*. University of Oxford Legal Research Paper Series, 34, 101-126.
- Bosworth, M. (2012). Subjectivity and identity in detention:

18. Zie bijvoorbeeld het themanummer van de *European Journal of Probation* (jaargang 4, aflevering 3) getiteld 'Rehabilitation perspectives for irregular migrants: Belgium, England & Wales, Greece and the Netherlands.'

- Punishment and society in a global age. *Theoretical Criminology*, 16 (2), 123-140.
- Bottoms, A. (1995). The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing. In Clarkson, C. & Morgan, R. (red.), *The Politics of Sentencing Reform* (p. 17-49), Oxford: Clarendon Press.
- Broeders, D. & Engbersen, G. (2007). The fight against illegal migration: Identification policies and immigrants' counterstrategies. *American Behavioral Scientist*, 50 (12), 1592-1609.
- Dijk, J. van (2010). Toch een beetje een gidsland. *Secondant*, 24 (2), 52.
- De Ridder, S. & Beyens, K. (2012). Incarcerated by numbers? Wat leren de cijfers ons over 'vreemdelingen' in de gevangenis? *Panopticon*, 33 (4), 305-324.
- De Ridder, S., Beyens, K. & Snacken, S. (2012). Does reintegration need REHAB? Early release procedures for prisoners without a legal permit of residence. *European Journal of Probation*, 4 (3), 21-36.
- De Ridder, S. & Vanquekelberghe, C. (2012). De interactie tussen migratiebeleid en penaal beleid ten aanzien van gedetineerden zonder recht op verblijf in België. *Proces. Tijdschrift voor de Strafrechtspleging*, 91 (6) 470-481.
- Düvell, F. (2006). Irregular migration: A global, historical and economic perspective. In Düvell, F. (red.), *Illegal Immigration in Europe. Beyond Control?* (p. 14-39), Basingstoke: Palgrave.
- Engbersen, G., Leun, J.P. van der & Boom, J. de (2007). The fragmentation of migration and crime in the Netherlands. *Crime and Justice*, 35, 389-452.
- European Union Agency for Fundamental Rights (2011). *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Fekete, A. & Webber, F. (2010). Foreign nationals, enemy penology and the criminal justice system. *Race & Class*, 51(4), 1-25.
- Jou, S. & B. Heberton (2011). Researching and explaining the punitive: Lessons and reflections from a comparative empirical study of Taiwan and England and Wales. *International Journal of Law, Crime and Justice* 39, 12-32.
- Kalmthout, A.M. van (2007). Het regime van de vreemdelingenbewaring: De balans na 25 jaar. *Justitiële Verkenningen*, 4, 89-102.
- Laagland, D.C. & Leun, J.P., van der & Meij, P.P.J., van der & Leerkes, A.S. (2009). Het strafrecht als vicieus sluitstuk van het beleid ten aanzien van criminele vreemdelingen. Het sluimerende probleem van de niet-uitzetbare ongewenst verklaarde vreemdeling. *Delikt en Delinkvent*, 52 (7), 697-724.
- Leerkes, A.S. & Broeders, D. (2010). A case of mixed motives? Formal and informal functions of administrative immigration detention. *British Journal of Criminology*, 50 (5), 830-850.
- Leerkes, A.S., Engbersen, G. & Leun, J.P. van der (2012). Crime among irregular immigrants and the influence of internal border control. *Crime, Law and Social Change*, 58 (1), 15-38.
- Leun, J.P. van der (2003). Looking for loopholes: Processes of incorporation of illegal immigrants in the Netherlands. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Leun, J.P. van der (2010). *Crimmigration*. Apeldoorn/Antwerpen: Maklu.
- Leun, J.P. van der (2012). Strafbaarstelling en evidence vanuit criminologisch perspectief. In Cleiren, C.P.M., Kunst, M.J.J., van der Leun, J.P., Schoep, G.K. & ten Voorde, J.M. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek: Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit* (p. 25-38). Den Haag: Boom Lemma.
- Leun, J.P. van der & Woude, M.A.H. van der (2011). Ethnic profiling in the Netherlands? A reflection on expanding preventive powers, ethnic profiling and a changing social and political context. *Policing and Society* 2011, 21(4), 444-455.
- Matthews, R. (2005). The myth of punitiveness. *Theoretical Criminology*, 9 (2), 175-201.
- Miller, T. (2005). Blurring the boundaries between immigration and crime control after September 11th. *Boston College Third World Law Review*, 25 (1), 81-123.
- Nationale Ombudsman (2012). *Vreemdelingenbewaring: Strafre regime van maatregel om uit te zetten? Over respect voor mensenrechten bij vreemdelingenbewaring*, rapportagenummer 105, 7 augustus 2012.
- Nijland, J. (2012). *Vreemdelingenbewaring in crimmigratieperspectief: Over de rol van strafrechtelijke antecedenten en het ultimumremediumbeginsel voor de maatregel van bewaring in de rechtspraak*. *Proces*, 91 (6), 456-470.
- Padfield, N., Van Zyl-Smit, D. & Dünkel, F. (red.) (2010). *Release from prison: European policy and practice*. Cullompton: Willan Publishing.
- Pratt, J. (2000). *Emotive and Ostentatious Punishment*, *Punishment and Society* 2 (4), 417-39.
- Regeerakkoord VVD-PvdA (2012). *Bruggen Slaan, in te zien via www.kabinetsformatie2012.nl/actueel/documenten/regeerakkoord.html, geraadpleegd op 27 november 2012*.
- Snacken, S., Beyens, K. & Beernaert, M-A. (2010). Belgium. In Padfield, N., Van Zyl-Smit, D. & Dünkel, F. (red.), *Release from prison: European policies and practices* (p. 70-103). Cullompton: Willan Publishing.
- Stumpf, J. (2006). The crimmigration thesis: Immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, 56 (2), 367-419.
- Tubex, H. (2013). Pitfalls of comparative (penological) research and how to overcome them. In Beyens, K. et al (red.), *The pains of doing criminological research*. Brussels: VUBPRESS, forthc.
- Vogel, D. (2009). *Comparative policy brief Size and Development of Irregular Migration to the EU*, <http://clandestino.eliamep.gr/category/irregular-migration-in-the-eu/comparative-analysis>.
- Wilsher, D. (2004). The administrative detention of non-nationals pursuant to immigration control: International and constitutional law perspectives. *International and Comparative Law Quarterly*, 53 (4), 897-934.
- Welsh, M. & Schuster, L. (2005). Detention of asylum seekers in the US, UK, France, Germany, and Italy: A critical view of the globalizing culture of control. *Criminal Justice*, 5 (4), 331-355.