



# 42. Het recht op verblijf is niet absoluut

## HET RISICO VAN EEN STRAFRECHTELIJKE VEROORDELING<sup>1</sup>

**Vreemdelingenrecht en strafrecht zijn nauw met elkaar verbonden: een strafblad kan leiden tot verlies van een verblijfsstatus, en de voorwaarden van een verblijfsrecht kunnen weer argumenten vormen voor strafmindering in een strafrechtelijke procedure. Voor een verdachte met een verblijfsstatus kunnen vreemdelingenrechtelijke argumenten daarom van groot belang zijn in zijn strafzaak. In dit artikel zullen wij bespreken onder welke omstandigheden een vreemdeling zijn verblijfsrecht kan verliezen wegens een strafrechtelijke veroordeling.**

### 1 Inleiding

In het vreemdelingenrecht is het zo dat een vreemdeling zijn verblijfstitel kan verliezen omdat hij een strafblad heeft. Onder het nationale recht houdt de toets in dat een belangenafweging wordt gemaakt, waarbij het aantal jaar dat een vreemdeling rechtmatig in Nederland verblijft en de hoogte van de strafrechtelijke veroordeling tegen elkaar worden afgewogen. Dat noemen we de glijdende schaal. Voor asielzoekers gelden boven op deze regelgeving nog bijzondere voorwaarden. In dit artikel zullen wij in grote lijnen de gevolgen van een strafrechtelijke veroordeling voor het verblijfsrecht of de asielaanvraag van vreemdelingen uiteenzetten.

### 2 Glijdende schaal

#### 2.1 Toepasselijkheid glijdende schaal

Voor een verdachte met een verblijfsvergunning geldt dat hij indien veroordeeld zijn verblijfsrecht in Nederland kan verliezen. Indien geen Unierecht<sup>2</sup> van toepassing is, zal de IND of vreemdelingenrechter altijd dienen te toetsen aan de zogeheten glijdende schaal van artikel 3.86 van het Vreemdelingenbesluit (Vb) om te beoordelen of een verblijfsvergunning ingetrokken kan worden vanwege het strafblad van de

vreemdeling. De glijdende schaal houdt in dat hoe langer een vreemdeling rechtmatig op Nederlands grondgebied verblijft, hoe groter de inbreuk op de openbare orde zal moeten zijn om de verblijfsstatus in te trekken. Op grond van de artikelen 16 tot en met 22 van de Vreemdelingenwet (Vw) is de Nederlandse Staat namelijk bevoegd om een verblijfsrecht in te trekken indien de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde.

Hierbij kan de rechter gebruikmaken van de tabellen in artikel 3.86 Vb waarin – kort gezegd – de verblijfsduur wordt afgezet tegen de ernst van het misdrijf. Meer specifiek wordt de lengte van het rechtmatige verblijf afgezet tegen de hoogte van de bedreigde gevangenisstraf horende bij het gepleegde misdrijf, en vervolgens de hoogte van de concreet opgelegde straf. De leden 1 en 2 bevatten de algemene bepalingen. In lid 3 staat de belangenafweging bij zware misdrijven. De leden 4 en 5 bevatten een aparte schaal voor de veelplegers. Let wel: alleen een onherroepelijk geworden rechterlijk vonnis van een misdrijf wordt meegewogen. Meegewogen wordt een gevangenisstraf, jeugddetentie, een taakstraf of een maatregel als bedoeld in artikel 37a, 38m of 77h, vierde lid, onder a of b, Sr.<sup>3</sup>

Via artikel 3.95 juncto artikel 3.98 Vb zijn de bepalingen van de glijdende schaal van overeenkomstige toepassing op de afwijzing en intrekking van de verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. Vreemdelingen met een verblijfsvergunning

<sup>1</sup> Met dank aan de strafrechtelijke blik van Aimée Timorason.

<sup>2</sup> Bij de paragraaf over de Unierechtelijke openbare-orde-toets zullen wij uitleggen wanneer wél sprake is van Unierecht. In alle overige gevallen is de glijdende schaal van art. 3.86 Vb van toepassing.

<sup>3</sup> Let wel: art. 9a Sr staat niet opgenomen in dit rijtje.

voor onbepaalde tijd zijn dus niet in beginsel 'veilig', ook al heeft het verblijfsrecht een permanent karakter. Dat zou alleen anders zijn als zij inmiddels de Nederlandse nationaliteit bezitten.<sup>4</sup> Tevens is het niet zonder meer mogelijk dat een vreemdeling de Nederlandse nationaliteit aanvraagt, bijvoorbeeld via een naturalisatieprocedure. Dikwijls zal het hebben van een strafblad in de weg staan aan het verkrijgen van het Nederlanderschap. Bovendien zal het op het spel staande verblijfsrecht wegens strafrechtelijke antecedenten vaak tevens een probleem vormen: de vreemdeling dient gedurende de naturalisatieprocedure (die maximaal één jaar kan duren) in het bezit te zijn van een geldige verblijfsvergunning.

## 2.2 Aanscherpingen van de glijdende schaal

De glijdende schaal is in 1990 geïntroduceerd in het vreemdelingenrecht en is sindsdien in totaal zeven keer aangepast. De meest ingrijpende aanpassingen dateren van 2010 en 2012, waarvan de wetwijziging van 1 juli 2012 het meest recent is.<sup>5</sup> Welke versie van toepassing is in het concrete geval, hangt af van de datum van het gepleegde delict. Zo is op een datum delict van 2 juli 2012 wél de glijdende schaal met ingangsdatum van 1 juli 2012 van toepassing, maar op een datum delict van 30 juni 2012 niet.

In de wetwijzigingen is een duidelijke tendens te zien, namelijk een steeds verdere aanscherping van de glijdende schaal. De Nederlandse overheid achtte de aanscherpingen noodzakelijk om de samenleving te beschermen tegen criminele vreemdelingen. Daar wordt tegenin gebracht dat het beginsel van proportionaliteit ernstig in het gedrang dreigt te komen, en dat het zeer de vraag is in hoeverre de snel op elkaar volgende wetwijzigingen noodzakelijk en legitiem zijn.<sup>6</sup> Deze kritiek is te herleiden tot het gedachtegoed van Willem Witteveen, die in zijn boek *De wet als kunstwerk* betoogt dat de overheid moet overgaan tot een *slow law*-beweging, en dus niet klakkeloos de opinie van de dag moet omzetten tot nieuwe wetgeving.<sup>7</sup>

Het meest sprekende voorbeeld van een aanscherping is de thans geldende glijdende schaal bij een verblijf in Nederland van drie jaar of minder (het 'lik op stuk'-beleid), waarbij het totaal van één dag gevangenisstraf, of twee uur werkstraf, al voldoende is om het verblijfsrecht in te trekken. Een door een strafrechtadvocaat gemotiveerd argument bij de strafrechter dat minder uren werkstraf opgelegd dienen te worden in verband met de glijdende schaal, kan dan voor beide rechtsgebieden leiden tot een positief resultaat voor de cliënt. De algemene regel blijft dat hoe langer sprake is van rechtmatig verblijf, hoe moeilijker het wordt de verblijfsvergunning in te trekken.

Toch hanteert de IND een steeds strikter beleid ten aanzien van de duur van de gevangenisstraf, waardoor het verblijfsrecht gemakkelijker kan worden ingetrokken. Wat dit precies betekent voor het aantal intrekkingen op grond van de openbare orde, is officieel nog niet bekend, omdat de IND pas sinds begin 2016 deze intrekkingen registreert.<sup>8</sup> In onze praktijk lijken wij echter wel een toename van dit type zaken te zien. Ook het WODC heeft in 2014 reeds de inschatting gemaakt dat het aangescherpte beleid zal leiden tot een groter aantal beëindigingen van rechtmatig verblijf.<sup>9</sup> Terzijde merken wij op dat de IND of vreemdelingenrechter altijd dient te toetsen aan artikel 8 EVRM, namelijk of de uitzetting van de vreemdeling in strijd zou zijn met zijn privé- en gezinsleven.<sup>10</sup> Zelfs het hebben van een gezinsleven, eventueel met minderjarige kinderen, kan de vreemdeling echter niet altijd helpen. Het is tevens complex om privéleven aan te tonen bij een criminele vreemdeling die jaren in de cel heeft gezeten, want waarom zou hij geïntegreerd zijn als hij juist is afgezonderd van de Nederlandse samenleving? Omdat deze belangenafweging erg casuïstisch is en niet direct van belang voor de strafrechtelijke praktijk, zullen wij hier niet verder over uitweiden.

## 2.3 Twintigjaarstermijn

Het meest sprekende voorbeeld van de steeds striktere regelgeving is de afschaffing van de twintigjaarstermijn, dat wil zeggen de regel dat na rechtmatig verblijf van twintig jaar een crimineel antecedent niet meer kan leiden tot intrekking van de verblijfsvergunning. Deze termijn is afgeschaft met de aanscherping van 1 juli 2012. Toch is er nog steeds een groep

4 Tenzij de Nederlander terroristische activiteiten pleegt of voorbereidt, indien hij meer dan één nationaliteit heeft (bijv. Marokkaans en Nederlands): zie de op 13 maart in de Staatscourant gepubliceerde WBN 2017/3, waarin de Handleiding voor de toepassing van de Rijkswet op het Nederlanderschap wordt gewijzigd, en de wijziging van de Rijkswet op het Nederlanderschap zelf, per 1 maart 2017 (Stb. 2017, 52).

5 Besluit van 26 maart 2012, Stb. 2012, 158.

6 Zie de adviezen van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (AVCZ) inzake de conceptwijziging van het Vreemdelingenbesluit (Vb) 2000 (aanscherping glijdende schaal), van 23 augustus 2011 (AVCZ/ADV/2011/022) en van 29 januari 2013 (AVCZ/ADV/2013/003).

7 W. Witteveen, *De wet als kunstwerk*, Amsterdam: Boom 2014, zoals aangehaald door plaatsvervangend voorzitter van de AVCZ Hans Sondaal tijdens een cursus aan de Specialisten Vereniging Migratierecht Advocaten (SVMA).

8 Zie in dit verband S. Meijer, 'De invloed van de strafrechter op de bijkomende gevolgen van de straf', DD 2017/16.

9 Rapport WODC/Panteia, *Aanscherping glijdende schaal. Geschatte resultaten van recente en voorgenomen wijzigingen*, Zoetermeer: WODC/Ministerie van Veiligheid en Justitie 2014, p. 62-64.

10 Zie art. 3.86 lid 17 Vb en bijv. de volgende EHRM-zaken: EHRM 2 augustus 2001, nr. 54273/00, «JV» 2001/254, m.nt. Boeles (*Boultif/Zwitserland*) en EHRM (Grote Kamer) 18 oktober 2006, nr. 46410/99, «JV» 2006/417, m.nt. Boeles, par. 57 e.v. (*Üner/Nederland*).

vreemdelingen die aanspraak kan maken op de twintigjaars-termijn. Een voorbeeld:

Een Surinamer heeft een verblijfsstatus in Nederland van kinds af aan, sinds 1979. Hij heeft een ernstig misdrijf gepleegd in 2005, en de strafrechter heeft hem tbs met dwangverpleging opgelegd. Hij heeft sindsdien geen nieuw misdrijf gepleegd. Inmiddels heeft hij een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. Met de aanscherping van 2012 is de regel afgeschaft die bepaalt dat het verblijfsrecht van vreemdelingen die meer dan twintig jaar in Nederland verblijven, niet langer kan worden ingetrokken op grond van de glijdende schaal. In 2017 komt de IND erachter dat hij een strafblad heeft, en gaat vervolgens over tot een voornemen tot intrekking van zijn verblijfsvergunning omdat hij een gevaar voor de openbare orde zou vormen. Hij heeft recentelijk opnieuw een verlenging van de tbs-maatregel opgelegd gekregen door de strafrechter en verblijft in een tbs-kliniek.

In dit geval heeft onze Surinaamse man het recht aan zijn kant: hij heeft immers meer dan twintig jaar rechtmatig verblijf, en de glijdende schaal van 2004 (de laatste aanscherping voorafgaand aan het misdrijf) is van toepassing.<sup>11</sup> In deze versie van de glijdende schaal was de twintigjaarstermijn nog opgenomen.

Mocht hij bijvoorbeeld op 1 augustus 2016 (dus na de laatste grote aanscherping uit 2012) nog een tweede misdrijf hebben gepleegd waarvoor hij onherroepelijk is veroordeeld, al is het maar iets relatief kleins als een winkeldiefstal, dan zou hij het risico lopen de dupe te worden van de thans geldende glijdende schaal. Het thans geldende artikel 3.86, tweede lid, Vb houdt in dat bij een verblijf van ten minste vijftien jaar het verblijfsrecht al kan worden ingetrokken bij 65 maanden opgelegde gevangenisstraf. Het eerste misdrijf in combinatie met de winkeldiefstal kan dus al leiden tot een intrekking van het verblijfsrecht.

## 2.4 Uitzonderingen glijdende schaal

In elke variant van de glijdende schaal zijn door de jaren heen verschillende uitzonderingen op de hoofdregel opgenomen. Zelfs in de thans geldende glijdende schaal, hoe strikt ook, zijn uitzonderingen op de hoofdregel opgenomen.

11 Uit het overgangsrecht blijkt immers telkens dat de aanscherping van de glijdende schaal zo moet worden uitgelegd dat de verblijfsrechtelijke positie van de vreemdeling van wie het verblijf vóór de inwerkingtreding van een wijzigingsbesluit niet kon worden beëindigd, moet worden geëerbiedigd, wat betekent dat de regelgeving van vóór het wijzigingsbesluit van toepassing blijft in de situatie waarin een vreemdeling zich na die datum niet meer heeft schuldig gemaakt aan een misdrijf waarvoor hij onherroepelijk is veroordeeld. Zie bijv. ABRvS 29 januari 2016, ECLI:RVS:201679, r.o. 6 en 7, betreffende het wijzigingsbesluit van 26 maart 2012 (*Stb.* 2012, 158, art. II).

De eerste uitzondering betreft vreemdelingen die hier geboren zijn, of voor hun 4de levensjaar tot Nederland zijn toegelaten, en hier altijd hebben gewoond op grond van artikel 21, vierde lid, Vw.<sup>12</sup> Een andere belangrijke exceptie is opgenomen in het negende lid van artikel 3.86 Vb, waarin minderjarigen met één Nederlandse, en in Nederland wonende, ouder worden vrijgesteld van de glijdende schaal. Ook wordt er niet afgewezen of ingetrokken op grond van de glijdende schaal bij een onafgebroken verblijfsduur van tien jaar, tenzij sprake is van een misdrijf uit de Opiumwet waarop een gevangenisstraf van zes jaar of meer is gesteld, of een misdrijf als bedoeld in artikel 22b, eerste lid, Sr.

Daarnaast kan de glijdende schaal niet tot verlies van verblijfsrecht leiden indien de vreemdeling verblijfsrecht ontleent aan de Overeenkomst<sup>13</sup> en het Besluit<sup>14</sup> dat de EU met Turkije heeft opgesteld, of indien uitzetting strijd zou opleveren met artikel 8 EVRM, het recht op gezinsleven. Wat betreft Turkse vreemdelingen geldt dat gunstigere bepalingen van toepassing zijn, dat het daarom altijd loont een vreemdelingenrechtsspecialist te betrekken en dat de glijdende schaal vaak niet van toepassing zal zijn.

Ten slotte is het van belang goed in het oog te houden dat de glijdende schaal in beginsel niet geldt voor die vreemdelingen op wie Europese regelgeving van toepassing is. Nadere uitleg over wanneer het Unierecht van toepassing is, volgt hierna.

## 2.5 Rekenen voor gevorderden bij veelplegers

Het uitgangspunt van de IND is dat de pleegdatum van het laatstgepleegde delict bepaalt welke glijdende schaal van toepassing is. Voor veelplegers en zware misdrijven zijn er aparte, zwaardere schalen van toepassing. Op 31 juli 2010 trad de recidiveregeling in werking in artikel 3.86 Vb. Vanaf die datum werden bij veroordelingen voor vijf of meer misdrijven de straffen bij elkaar opgeteld. Een totale duur van veertien maanden gevangenisstraf kon zo al leiden tot intrekking van het rechtmatig verblijf, ongeacht de duur van het verblijf.<sup>15</sup> Sinds de aanscherping van 1 juli 2012 telt de recidiveschaal echter al na drie veroordelingen. Een voorbeeld:

12 Tenzij er sprake is van een onherroepelijk geworden rechterlijk vonnis met een gevangenisstraf van meer dan zestig maanden ter zake van handel in verdovende middelen.

13 De zogeheten Overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Gemeenschap en Turkije, Ankara, van 12 september 1963.

14 Er zijn meerdere besluiten, maar meestal betreft het in het vreemdelingenrecht Besluit 1/80 van de Associatieraad EEG-Turkije van 19 september 1980.

15 Voor het berekenen van de jaren rechtmatig verblijf is het aan te raden niet blind uit te gaan van de informatie van de helpdesk van de IND. Het blijkt vaak nodig te zijn het departementaal dossier op te vragen vooraleer een goede inschatting kan worden gemaakt van de exacte verblijfsgegevens.

Een Braziliaanse man uit 1986 heeft een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd. In 1997 gaat hij op 11-jarige leeftijd naar zijn vader in Nederland gekomen. Hij heeft een lang strafblad, opgebouwd vanaf de puberteit. Zijn laatstgepleegde delict dateert van augustus 2012. Zijn eerste delict (als minderjarige) dateert van 2001. Zijn vader is in 2002 Nederlander geworden. Sinds hij meerderjarig is, is hij in totaal zevenmaal veroordeeld, in totaal voor acht jaar aan straffen (waarvan zeven onherroepelijke). Zijn eerste delict als meerderjarige dateert van 2005. Er staat nog een zaak open van 2013, waarvoor hij is gedagvaard.

De glijdende schaal van 1 juli 2012 is van toepassing gezien de datum van zijn laatstgepleegde delict.<sup>16</sup> De zaak waarvoor hij is gedagvaard telt niet mee, omdat hij (nog) niet onherroepelijk veroordeeld is. De Braziliaan is voor meer dan drie misdrijven veroordeeld als meerderjarige, dus is de veelplegersschaal van toepassing (zie lid 4 en 5). Vanaf de start van zijn rechtmatig verblijf (1997) tot de datum van het eerste misdrijf als meerderjarige (2002) is ten minste zes jaar, maar minder dan zeven jaar verstreken. Het totaal aan ten uitvoer gelegde straffen moet in dat geval ten minste gelijk zijn aan zeven maanden om in te trekken. De man is al voor in totaal achttien maanden veroordeeld. Zijn verblijfsrecht kan dus wél worden ingetrokken.

Stel nu dat hij net géén zeven maanden straf opgelegd zou hebben gekregen, dan zal de IND vervolgens kijken naar het daaropvolgende gepleegde delict en de daarbij horende glijdende schaal. De misdrijven die hij vóór 2005 heeft gepleegd, kunnen op zichzelf niet tot intrekking leiden op grond van de glijdende schaal die toen gold, omdat zijn vader is genaturaliseerd en hij destijds nog minderjarig was.<sup>17</sup> Een onderbreking in zijn verblijfsrecht (bijvoorbeeld omdat hij zijn vergunning te laat heeft verlengd) kan worden tegengeworpen, wat betekent dat de IND weer opnieuw begint met het tellen van het aantal jaar verblijf vanaf het moment dat er opnieuw rechtmatig verblijf is.

### 3. Unierechtelijke openbare-ordetoets

#### 3.1 Doelgroep Unierecht

Indien Unierecht van toepassing is op het verblijfsrecht, speelt het principe van de glijdende schaal niet. De ervaring leert dat de IND zal proberen de glijdende schaal zo vaak mogelijk van toepassing te achten, omdat de Unierechtelijke openbare-ordetoets minder snel tot intrekking van het verblijfsrecht zal leiden.<sup>18</sup>

Het Unierecht is vanzelfsprekend van toepassing bij Unieburgers en hun familieleden op grond van het Verdrag en Richtlijn nr. 2004/38/EG.<sup>19</sup> Het wordt echter al snel gecompliceerder: ook vreemdelingen met hun in Nederland wonende gezinslid kunnen onder het bereik van een Europese richtlijn vallen.<sup>20</sup>

#### 3.2 Openbare-ordetoets

De jurisprudentie van zowel het Europese Hof van Justitie als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State lijkt steeds meer tot een geüniformeerd openbare-ordebegrip te komen, gebaseerd op Richtlijn nr. 2004/38/EG:<sup>21</sup>

**‘Het gedrag moet een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormen.’<sup>22</sup>**

Deze toets is aanzienlijk anders dan de toets van de glijdende schaal. Zo zou onder de glijdende schaal een reeks kleine winkeldiefstallen makkelijk tot een intrekking kunnen leiden, maar dat is met de Unierechtelijke toets gecompliceerder. De IND zal dan immers dienen te onderbouwen wat precies de voldoende ernstige dreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving inhoudt bij bijvoorbeeld een man die stelselmatig sokken steelt.<sup>23</sup> Van belang is of zwaardere straffen dan gewoonlijk zijn opgelegd, wat voor schade precies is veroorzaakt aan de samenleving en het recidivisico. Een positief reclasseringsrapport kan dan helpen, wat door de advocaat moet worden opgevraagd en ingebracht.

#### 3.3 Actuele dreiging

Opvallend aan het Unierechtelijke openbare-ordebegrip is de toets van de actuele bedreiging voor de openbare orde.<sup>24</sup> In de glijdende schaal is immers geen actualiteitseis terug te vinden. In de praktijk betekent het dat een misdrijf uit het

16 Besluit van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel van 25 juni 2012, WBV 2012/12.

17 Zie art. 3.86 lid 9 Vb, zoals die op 31 juli 2012 gold.

18 Zie bijv. ABRvS 2 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1550, «JV» 2016/199.

19 Ook Nederlanders kunnen tot deze groep behoren indien zij met hun partner langer dan drie maanden in een andere EU-lidstaat hebben gewoond en daarna zijn teruggekeerd (de zogeheten België- of Europaroute).

20 Richtlijn nr. 2003/86/EG. Of een van de bijzondere richtlijnen zoals de richtlijn voor langdurig ingezetenen (Richtlijn nr. 2003/109/EG), asielzoekers, Turkse onderdanen, studenten, houders van een Blauwe Kaart enz.

21 Zie o.m. HvJ EU 11 juni 2015, zaak C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377 (*Zh. en O.*); HvJ EU 24 juni 2015, zaak C-373/13 (*HT*); HvJ EU 15 februari 2016, zaak C-601/15 (*JN*); ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4075. Er zal de komende jaren nog veel geprocedeerd worden over het al dan niet bestaan van een geüniformeerd begrip.

22 Art. 27 lid 2 tweede alinea Richtlijn nr. 2004/38/EG.

23 Zie ook ABRvS 18 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:62.

24 Zie o.a. HvJ EG 27 oktober 1977, zaak C-30/77, *RV 1977/87 (Bouchereau)*.

verleden niet vandaag nog automatisch kan leiden tot een gevaar voor de openbare orde.

Andersom is de vraag: hoe snel komt de IND erachter dat een vreemdeling een strafblad heeft? Dat is immers bepalend voor het vaststellen van een actueel gevaar. In het verleden liep men meestal tegen de lamp bij een verlenging of wijziging van het verblijfsrecht, dus bij een actieve handeling van de vreemdeling in zijn IND-dossier. Sinds pakweg een jaar of vier heeft de IND een projectgroep genaamd JUDOKA,<sup>25</sup> wat inhoudt dat de IND automatisch wordt ingelicht over strafrechtelijke vervolgingen en veroordelingen van een vreemdeling. Meteen wordt bekeken of de criminele antecedenten tot een intrekking van het verblijfsrecht dienen te leiden. De voornemens tot intrekking van het verblijfsrecht worden geautomatiseerd verstuurd.

Om het concreter te maken: laten we even teruggaan naar onze Surinamer. We hebben eerder vastgesteld dat zijn verblijfsrecht ingetrokken zou kunnen worden op grond van de glijdende schaal indien hij in 2016 een winkeldiefstal zou hebben gepleegd. Stel nu dat hij geen tbs opgelegd heeft gekregen en het Unierecht op hem van toepassing zou zijn, doordat hij bijvoorbeeld een Franse echtgenote heeft die tevens in Nederland woont en voldoende inkomsten geniet. Dan zou de IND niet zomaar zijn verblijfsrecht kunnen intrekken, immers moet nog maar blijken dat sprake is van een actuele dreiging in het geval dat één ernstig misdrijf is gepleegd in 2005 en één (recentere) winkeldiefstal in 2016. De belangenafweging kan weer anders uitvallen indien de Surinaamse man in 2016 tevens een ernstig misdrijf heeft gepleegd, waarvoor bijvoorbeeld een zwaardere straf is opgelegd.

### 3.4 Verblijfsduur onder het Unierecht

In de Unierechtelijke openbare-ordetoets speelt de duur van onafgebroken rechtmatig verblijf een minder directe rol, maar het kan een rol van betekenis spelen in de Unierechtelijke evenredigheidstoets. Op dit moment liggen er prejudiciële vragen bij het Europese Hof van Justitie over de kwestie of onafgebroken rechtmatig verblijf onderbroken kan worden door een detentieperiode.<sup>26</sup> Wat betreft familieleden van Unieburgers, heeft het Europese Hof in 2014 reeds een uitspraak gedaan: gedurende de detentieperiode kunnen geen Unierechtelijke verblijfsrechten worden opgebouwd. Het optellen van jaren om een permanent verblijfsrecht te krijgen, begint dus weer opnieuw na een detentieperiode.<sup>27</sup>

25 De afkorting staat voor: Justitiële Documentatie op basis van Keten Abonnementen.

26 HvJ EU 1 augustus 2016, zaak C-424/16 (*Vomero*).

27 HvJ EU 16 januari 2014, zaak C-423/12.

## 4 Het asielrecht

### 4.1 Wanneer is het asielrecht van toepassing?

Strafrechtelijke veroordelingen hebben in het asielrecht een andere doorwerking dan in het reguliere vreemdelingenrecht – tenminste, als de betrokkene in het bezit is van een asielvergunning, of als hij daar recht op zou hebben gehad zonder veroordeling. Hetgeen hiervoor is besproken, is ook van toepassing op personen met (recht op) een asielvergunning, maar in hun geval gelden aanvullende waarborgen.

In deze paragraaf komt aan de orde welke aanvullende waarborgen er zijn voor deze groep vreemdelingen, bestaande uit asielzoekers (vreemdelingen die zijn verwickeld in een lopende asielprocedure) en asielvergunninghouders. Binnen deze groep kan bovendien een onderscheid worden gemaakt tussen personen die als vluchteling zijn of moeten worden erkend, en personen die recht hebben op ‘subsidiare bescherming’. Dit onderscheid is niet alleen van belang in het asielrecht, maar óók voor strafrechtjuristen, zoals zal blijken. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de antecedenten die een risico opleveren in deze afzonderlijke situaties. Ten slotte wordt het beleid van de IND, om meerdere veroordelingen bij elkaar op te tellen voor de berekening van de strafmaat, kritisch besproken.

In Nederland heeft een asielzoeker recht op asiel als hij aanmerkelijk maakt dat hij gegronde vrees heeft om bij terugkeer naar zijn land van herkomst te worden vervolgd in de zin van het Vluchtelingenverdrag, dan wel als hij daar een reëel risico loopt op foltering, onmenselijke behandeling<sup>28</sup> of ‘ernstige schade’.<sup>29</sup> In dat tweede geval wordt hem zogenaamde subsidiare bescherming geboden.

Van vluchtelingenrechtelijke vervolging is sprake bij een bedreiging voor leven of vrijheid, of bij andere grove mensenrechtenschendingen, vanwege minimaal één van de in artikel 1(A) van het verdrag genoemde vervolgingsgronden: etniciteit, religie, nationaliteit, politieke mening of het lidmaatschap van een specifieke sociale groep.<sup>30</sup> Als een asielzoeker gegronde vrees heeft voor vervolging, wordt hij in het bezit gesteld van een asielvergunning op grond van artikel 29,

28 In de zin van art. 3 EVRM.

29 In de zin van art. 15 onder c EU-Definitierichtlijn (Richtlijn nr. 2011/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiare bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming (herschikking)).

30 Par. 51 van het *Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status*, van het UNHCR ([www.unhcr.org/3d58e13b4.pdf](http://www.unhcr.org/3d58e13b4.pdf)). N.B. De richtlijnen van het UNHCR zijn juridisch niet bindend, maar wel gezaghebbend.



eerste lid, onder a, Vw. Als een vervolgingsgrond ontbreekt maar er wel reden is voor subsidiaire bescherming, dient een asielvergunning te worden verleend op grond van artikel 29, eerste lid, onder b, Vw. Subsidiair beschermden vallen dus buiten het toepassingsbereik van het Vluchtelingenverdrag. Zij ontleen hun recht op asiel voornamelijk aan artikel 3 EVRM.

Hoewel er grofweg twee verschillende grondslagen zijn voor asiel, is er maar één soort asielaanvraag en beoordeelt de IND naar aanleiding daarvan of de asielzoeker als vluchteling dient te worden erkend of dat hij subsidiaire bescherming verdient. Als een van de grondslagen van toepassing is, wordt een asielvergunning verleend. Een 'a-vergunning' heeft dezelfde rechtsgevolgen als een 'b-vergunning'. Als de asielzoeker aan wie subsidiaire bescherming is verleend van mening is dat hij als vluchteling had moeten worden erkend, kan hij daar dus niet over klagen in rechte, omdat procesbelang ontbreekt.<sup>31</sup> Zoals hierna zal blijken, loopt het verblijfsrecht van een subsidiair beschermd bij een strafrechtelijke veroordeling echter wel sneller gevaar dan dat van een erkend vluchteling.

## 4.2 Verspelen van het recht op asiel vanwege strafrechtelijke antecedenten

Het Vluchtelingenverdrag biedt bescherming tegen vervolging. De belangrijkste component daarvan is dat een vluchteling niet kan worden uitgezet naar zijn land van herkomst. Dit recht is echter niet onvoorwaardelijk, het kan vervallen om redenen van openbare orde. Bij ernstige vermoedens dat de asielzoeker in zijn land van herkomst oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid heeft begaan, handelingen in strijd 'met de doelstellingen en beginselen van de VN' heeft verricht,<sup>32</sup> of ernstige niet-politieke (commune) misdrijven heeft gepleegd, is de *exclusion clause* van artikel 1(F) Vluchtelingenverdrag van toepassing. Als artikel 1(F) wordt toegepast, wordt geen vluchtelingenstatus verleend. Daarnaast is in artikel 33, tweede lid, Vluchtelingenverdrag bepaald dat bescherming ook kan worden onthouden of ingetrokken aan vreemdelingen die in het land waar zij naartoe zijn gevlucht onherroepelijk zijn veroordeeld voor 'een bijzonder ernstig delict'. Dit artikel biedt geen grondslag om een persoon die onder de definitie van artikel 1(A) Vluchtelingenverdrag valt niet als vluchteling te erkennen, echter die persoon verliest wel het recht om niet te worden uitgezet. In de Nederlandse praktijk is er tussen het onthouden van de vluchtelingenstatus enerzijds of enkel het recht om niet

te worden uitgezet anderzijds (vooralnog) overigens geen relevant verschil.<sup>33</sup>

Het Vluchtelingenverdrag staat derhalve onder omstandigheden toe dat een – uitgeprocedeerde – asielzoeker wordt uitgezet naar een land waar hij gegronde vrees heeft voor vervolging. In de praktijk komt dit echter niet voor, omdat gegronde vrees voor vervolging in de zin van het Vluchtelingenverdrag ook altijd een reëel risico op onmenselijke behandeling inhoudt (niet per definitie, maar een uitzondering is moeilijk voor te stellen). En anders dan het recht op bescherming van artikel 1(A) Vluchtelingenverdrag, is de bescherming die artikel 3 EVRM biedt wel absoluut.<sup>34</sup> Hoe ernstig het delict ook is, een asielzoeker kan niet worden uitgezet naar een land waar hij een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM zal moeten ondergaan.

Enkel een reëel artikel 3 EVRM-risico weerhoudt de IND er evenwel niet van om asielaanvragen af te wijzen om redenen van openbare orde. Het resultaat is dat deze personen vervolgens 'gedoogd' illegaal in Nederland zullen verblijven. Zij kunnen niet worden uitgezet en daarom ook niet in vreemdelingenbewaring worden gesteld, maar ze hebben geen recht op voorzieningen<sup>35</sup> noch de mogelijkheid om te werken.

## 4.3 De gevolgen van een veroordeling voor een (bijzonder) ernstig misdrijf

Artikel 1(F) Vluchtelingenverdrag ziet uitsluitend op misdrijven die zijn gepleegd buiten Nederland, voorafgaand aan de asielaanvraag. Voor de Nederlandse strafrechtjurist is artikel 33, tweede lid, Vluchtelingenverdrag daarom van groter belang: de veroordeling ter zake van een bijzonder ernstig misdrijf in het gastland, Nederland.

Zoals hiervoor opgemerkt zouden a- en b-asielvergunningen exact dezelfde rechten moeten bieden. Echter, binnen de 'openbare orde afwijzingsgronden' wordt er wel degelijk een onderscheid gemaakt. A-statushouders ontleen rechten aan het Vluchtelingenverdrag, b-statushouders niet. Als het

31 ABRvS 28 maart 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE1168, «JV» 2002/153, m.nt. BKO.

32 Bijv. terroristische misdrijven, zie ook HvJ EU 31 januari 2017, zaak C-573/14 ECLI:EU:C:2017:71, «JV» 2017/78, m.nt. M. van Eik (*Lounani*).

33 Naar Nederlands recht valt de vluchtelingenstatus namelijk samen met de verblijfsvergunning. Als een verblijfsrecht wordt geweigerd of ingetrokken onder toepassing van art. 33 lid 2 Vluchtelingenverdrag, dan geldt dat daarom ook voor de vluchtelingenstatus. Lidstaten zijn gehouden om een asielzoeker als vluchteling te erkennen als hij onder de definitie van art. 1(A) Vluchtelingenverdrag valt, tenzij een van de uitsluitingsgronden – zoals art. 1(F) – van toepassing is. Art. 33 van het verdrag bevat geen uitsluitingsgrond. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen van België, waar een vergelijkbare praktijk geldt, heeft onlangs prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) (zaken C-77/17 en C-78/17 (*X et X*), ingediend op 13 februari 2017) over dit onderwerp. Naar het oordeel van de Belgische rechter is het ontoelaatbaar dat art. 33 als uitsluitingsgrond wordt toegepast.

34 EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06, «JV» 2006/312, par. 127 (*Saadi/Italië*).

35 Behalve medisch noodzakelijke zorg.

Vluchtelingenverdrag van toepassing is, kan een asielvergunning dus ook alleen worden geweigerd of ingetrokken als de betrokkene onherroepelijk is veroordeeld voor een ‘bijzonder ernstig misdrijf’.<sup>36</sup> Bij b-statushouders ligt de lat lager, zij kunnen hun recht op asiel al verliezen bij de veroordeling voor een ‘ernstig’ misdrijf.<sup>37</sup> Dit onderscheid komt voort uit de EU-Definitierichtlijn.<sup>38</sup>

Hoewel het onmogelijk is voor een asielzoeker om bij de verlening van een b-vergunning door te procederen voor een a-vergunning, kan hij bij een eventuele intrekking van zijn asielvergunning wel aanvoeren dat hij als verdragsvluchteling had moeten worden erkend. Als hij daar gelijk in krijgt, zal zijn verblijfsvergunning niet kunnen worden ingetrokken vanwege de veroordeling voor een ernstig misdrijf, maar zal sprake moeten zijn van een delict dat past in de categorie van ‘bijzonder ernstige misdrijven’.

In het beleid (de Vreemdelingencirculaire 2000) zijn deze begrippen verder uitgewerkt. Of een delict ernstig of bijzonder ernstig is hangt vrijwel uitsluitend af van de opgelegde gevangenisstraf. Elk strafbaar feit dat tot een veroordeling van ten minste zes maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf heeft geleid, is een ernstig delict, een veroordeling tot ten minste tien maanden is bijzonder ernstig.<sup>39</sup> Voorheen ging het overigens om respectievelijk 18 en 24 maanden onvoorwaardelijk. Het beleid is in 2016 fors aangescherpt.<sup>40</sup>

Als de veroordeling voldoet aan de norm, zal deze als ernstig of bijzonder ernstig worden aangemerkt aan de hand van de bijzondere omstandigheden, volgens het beleid. Aangezien zowel het formeel als het materieel asielrecht is uitgewerkt in EU-richtlijnen, ligt het in de rede dat daarbij ook aan de maatstaven van het hiervoor besproken Europese openbare-ordebegrip moet worden voldaan. Ook zal dan dus per geval beoordeeld moeten worden of sprake is van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.

Omdat de IND altijd naar het oordeel van de strafrechter verwijst bij de beoordeling van de ernst van een delict en de inbreuk op de openbare orde, kan het lonen als al in de strafprocedure verweer wordt gevoerd op deze punten. Wellicht kan de strafrechter dan worden verleid om in zijn vonnis bijvoorbeeld net iets meer woorden te wijden aan de actualiteit van het gevaar voor de openbare orde (het recidiverisico), dan strikt noodzakelijk is voor de strafrechtelijke procedure. Verwezen kan worden naar het belang van een goed gemotiveerd vonnis voor de verblijfsrechtelijke procedure die loopt

of gaat volgen, zodat in deze fase al kan worden voorkomen dat de IND het oordeel van de strafrechter anders uitlegt dan daadwerkelijk bedoeld. Indien in de vreemdelingenrechtelijke procedure op verzachtende omstandigheden wordt gewezen, doet de IND dit namelijk doorgaans af met de overweging dat de strafrechter het bij zijn oordeel heeft betrokken en toch tot een veroordeling is gekomen (ofwel: het doet niets af). Als de verzachtende omstandigheden al duidelijk(er) worden vermeld in het vonnis, zal de IND de besluiten naar aanleiding daarvan tenminste scherper moeten motiveren.

#### 4.4 Twee misdrijven is één misdrijf?

Discussabel is de beleidsregel<sup>41</sup> die voorschrijft dat een optelsom van meerdere veroordelingen ook leidt tot de kwalificatie van ‘een’ (bijzonder) ernstig misdrijf. Taalkundig sluit dat niet aan op de tekst van artikel 33 Vluchtelingenverdrag en ook niet op artikel 14, vierde lid, onder b, en artikel 17, eerste lid, onder b, EU-Definitierichtlijn.

De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om de kwalificatie van het (bijzonder) ernstige misdrijf uit te werken aan de hand van de strafmaat. Dat biedt concrete handvatten en daar is dus iets voor te zeggen. Echter, met deze beleidsregel lijkt uit het oog te zijn verloren dat de hoogte van de straf een invulling is van de norm, niet een vervanging daarvan. Het is duidelijk niet de bedoeling geweest van de Verdragen- en Uniewetgever om het recht op asiel te ontzeggen vanwege meerdere kleinere delicten. Er is enkel een grondslag gecreëerd om daartoe over te gaan als sprake is van – ten minste – één misdrijf dat voldoende ernstig is.

Dat de optelsom ontoelaatbaar is, is reeds in meerdere uitspraken vastgesteld door de vreemdelingenrechter, terwijl ons geen uitspraken bekend zijn waarin het beleid expliciet rechtmatig is bevonden.

Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg, heeft in de uitspraak van 31 juli 2014 de beleidsregel buiten toepassing gesteld wegens strijd met het Unierecht, voor zover het de optelsom betrof.<sup>42</sup> Deze uitspraak is in stand gebleven nadat de staatssecretaris hoger beroep had ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling).<sup>43</sup> De uitspraak van de Afdeling bevat helaas geen motivering,<sup>44</sup> maar aangezien de staatssecretaris het oordeel van de rechtbank op dit punt inhoudelijk had aangevochten, mag ervan worden uitgegaan dat de Afdeling de optelsom ook ontoelaatbaar acht.

36 Art. 3.105c onder b Vb 2000.

37 Art. 3.105f lid 2 onder b Vb 2000.

38 Art. 14 lid 4 onder a en 17 lid 1 onder b EU-Definitierichtlijn.

39 Par. C7/7.10.1 van de Vreemdelingencirculaire 2000.

40 WBV 2016/8, *Stcrt.* 2016, 33891.

41 Zie eveneens par. C7/7.10.1 van de Vreemdelingencirculaire 2000.

42 Rb. Den Haag zp Middelburg 31 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:17009.

43 ABRvS 27 maart 2015, nr. 201407219/1/v1 (niet gepubliceerd).

44 Het ontbreken van een motivering is toegestaan en ook gebruikelijk, ook als geschilpunten uitdrukkelijk worden besproken in de grieven. Dit volgt uit art. 91 lid 2 Vw.

Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Zwolle, heeft het oordeel bij uitspraak van 10 november 2015 nogmaals herhaald.<sup>45</sup> De staatssecretaris heeft in die zaak geen hoger beroep ingesteld, maar opvallend genoeg is nadien desalniettemin de aanscherping van het beleid doorgevoerd, met daarin nog steeds de mogelijkheid van een optelsom. Kennelijk is het beleid onder de loep genomen, maar werd ondanks de al bekende rechtspraak geen reden gezien om het onderdeel dat in strijd is met het Unierecht te schrappen. Oftewel, het feit dat de beleidsregel buiten toepassing is gesteld door de hoogste bestuursrechter wegens strijd met hogere internationale regelgeving, is voor de regering geen reden geweest om de beleidsregel daadwerkelijk buiten toepassing te laten. De optelsom wordt ook in de praktijk nog steeds toegepast. Waarschijnlijk zal alleen een gemotiveerd oordeel van de Afdeling of een prejudiciële procedure bij het HvJ EU hier verandering in kunnen brengen. Het is ook een merkwaardige keuze van de Afdeling geweest om de besproken uitspraak van Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg, kaal en zonder motivering te bevestigen, maar dit maakt het niet minder kwalijk dat de staatssecretaris doet alsof zijn neus bloedt.

---

45 Rb. Den Haag zp Zwolle 10 november 2015, nr. AWB 15/7372 (niet gepubliceerd).

## 5 Conclusie

In het strafrecht kan de verblijfsstatus van de vreemdeling een argument vormen in het kader van de op te leggen strafmaat. De hoogte van een straf, afgezet tegen de verblijfsduur van de vreemdeling, kan immers leiden tot een intrekking van het verblijfsrecht. Strafrechters zijn bereid om te luisteren naar goed onderbouwde, vreemdelingenrechtelijke argumenten. Op die manier kan een vreemdelingenrechtelijke procedure zelfs worden voorkomen.

Bij vreemdelingen met een verblijfstitel is het van belang vast te stellen welke glijdende schaal van toepassing is. Door de vele aanscherpingen van de afgelopen tien jaar is dat een ingewikkelde klus geworden. Ook hebben de aanscherpingen ertoe geleid dat het verblijfsrecht reeds als gevolg van een relatief lichte straf zal worden ingetrokken. Door het projectteam JUDOKA zal de IND sneller handelen bij een strafrechtelijke veroordeling en is het gevaar van een intrekking nog groter geworden.

In elk geval is het vanuit het vreemdelingenrecht altijd aan te raden om via een ingang het Unierecht van toepassing te verklaren, nu de Unierechtelijke openbare-ordetoets in veel gevallen gunstiger zal uitpakken dan de glijdende schaal. Dat kan bijvoorbeeld omdat er sprake is van een partner uit een andere EU-lidstaat, maar ook als een speciale, Europese richtlijn voor buitenlandse studenten van toepassing zou zijn. Als de vreemdeling een asielvergunning heeft, is het aanvullend van belang om na te gaan of het om een a- of b-vergunning gaat. De gevolgen van de veroordeling zijn immers groot als deze tot de kwalificatie van (bijzonder) ernstig misdrijf kan leiden, wat sinds de aanscherping van het beleid in 2016 lang niet meer zo bijzonder is – zeker niet als u zich bedenkt dat de besproken optelsom, waarbij het gehele strafblad kan worden betrokken, nog steeds wordt toegepast.