

In deze noot staat de betekenis van het arrest *Celaj* voor de Nederlandse praktijk rond artikel 197 Sr. centraal.

#### *De casus*

1. Aanleiding voor het arrest is een vraag van de Florentijnse strafrechter die de zaak tegen de Albanese verdachte Celaj behandelt. Na een veroordeling voor een poging tot diefstal hebben de Italiaanse autoriteiten op 17 april 2012 jegens Celaj een uitzettingsbevel en een verwijderingsbevel uitgevaardigd, gepaard gaande met een inreisverbod door de duur van drie jaar. Hoewel hem geen termijn voor vrijwillig vertrek is toegekend, heeft Celaj Italië eerst op 4 september 2012 verlaten. Nog geen anderhalf jaar later houdt de politie hem aan in het Italiaanse dorp San Piero a Sieve. Celaj wordt vervolgd ter zake van het in weerwil van het jegens hem uitgevaardigde verwijderingsbesluit op het nationale grondgebied terugkeren, welk feit in artikel 13 lid 13 van Italiaans wetsbesluit nr. 286 wordt bedreigd met een gevangenisstraf van één tot vier jaar.<sup>1</sup>

2. Celaj verschilt dus hierin van *El Dridi* (JV 2012/242 nt P. Boeles, ve11001045) en *Achughbaban* (JV 2012/75 nt B. van Dokkum, ve11003075), dat Italië de gemeenschappelijke normen en procedures van de Terugkeerrichtlijn (Tri) reeds op hem heeft toegepast, waarna hij in weerwil van een inreisverbod opnieuw het land is binnengekomen.

#### *De prejudiciële vraag*

3. Dit doet de vraag rijzen of de Tri zich verzet tegen een regeling van een lidstaat waarbij een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een illegaal verblijvende derdelander die, nadat hij in het kader van een terugkeerprocedure naar zijn land van herkomst was teruggekeerd, in weerwil van een inreisverbod illegaal het grondgebied van die lidstaat binnenkomt.<sup>2</sup>

4. In 2013 formuleerde AG Machielse de kwestie zo: "(...) hoe staat het met de gevallen waarin de terugkeerprocedure wel met succes is doorlopen en de vreemdeling na enige tijd weer opduikt op het grondgebied van de lidstaat? Is de lidstaat dan verplicht om weer een terugkeerprocedure te starten ter verwijdering van de vreemdeling? Of mag de lidstaat dan een strafsancie opleggen?"<sup>3</sup>

#### *De Nederlandse rechtspraak*

5. Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad dient de rechter alvorens hij een onvoorwaardelijke gevangenisstraf wegens handelen in strijd met artikel 197 Sr oplegt zich ervan te vergewissen dat de stappen van de in de Tri vastgelegde terugkeerprocedure zijn doorlopen (HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6906, JV 2013/218 nt. C. Grütters, ve13000988), maar geldt deze eis niet in het geval aan de opgelegde terugkeerverplichting is voldaan doordat een verdachte daadwerkelijk is teruggekeerd en hij nadien in strijd met zijn ongewenstverklaring (of inreisverbod)<sup>4</sup> opnieuw in Nederland verblijft. In dat geval hoeft de rechter zich evenmin ervan te vergewissen dat voorafgaand aan de eerdere terugkeer alle stappen van de Tri zijn doorlopen (HR 4 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:309, JV 2014/387 nt. P. Boeles, ve14001718).

6. Is de verdachte ten tijde van zijn berechting ter zake van artikel 197 Sr reeds uitgezet, dan staat de Tri niet in de weg aan de oplegging van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf. De Tri heeft alleen betrekking op de vreemdeling die ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting illegaal verblijft in Nederland en na uitzetting kan van doorkruising van de doelstelling van de Tri geen sprake zijn (HR 1 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2448).

7. In de zaak van een eerder naar Algerije uitgezette, ongewenstverklarde verdachte overwoog het Hof Amsterdam dat het, zo het een onvoorwaardelijke straf ter zake van artikel 197 Sr zou willen opleggen, zich er weliswaar niet van hoeft te vergewissen dat de stappen van de terugkeerprocedure (opnieuw) zijn doorlopen, maar dat het dit wel mag doen. Nu ten aanzien van de verdachte ter fine van uitzetting de maatregel van bewaring werd toegepast en hij reeds eerder naar Algerije was uitgezet, achtte het Hof de kans op uitzetting reëel en, gelet op de doelstelling van de Tri, het opleggen van een straf of maatregel niet opportuun.<sup>5</sup>

#### *De conclusie*

8. Terug naar de prejudiciële procedure. Uitgaande van het belang van de doeltreffendheid van de Tri en het hoofddoel van de Tri samenvattend als beëindiging van illegaal verblijf, concludeerde AG Szpunar dat de Tri

1 Overigens werd tegen Celaj een gevangenisstraf van acht maanden geëist.

2 Waar de verwijzende rechter spreekt van nationale voorschriften die voorzien in gevangenisstraf tot vier jaar, spitst het Hof de vraag toe op een regeling waarbij een gevangenisstraf wordt *opgelegd*. De maximale duur van een evt. op te leggen gevangenisstraf laat het Hof buiten beschouwing.

3 Conclusie vóór HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY315.

4 HR 12 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1143.

5 Gerechtshof Amsterdam, 30 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5838.

zich verzet tegen het opleggen van een vrijheidsstraf aan verdachten als Celaj. De Tri maakt geen onderscheid naargelang het aantal keren dat een derdelander het grondgebied van een lidstaat binnenkomt en zodra er (wederom) sprake is van illegaal verblijf van een derderlander, zijn lidstaten verplicht (wederom) een terugkeerprocedure te starten, die met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel haar beloop te laten hebben en die niet in gevaar te brengen door een vrijheidsstraf ter handhaving van een (eerder) inreisverbod, aldus de AG.

#### *Het arrest*

9. Hoe anders luidt de uitleg door het Hof. Het arrest bevestigt de lijn die de Hoge Raad op 4 november 2014 heeft uitgezet in die zin dat het Hof voor recht verklaart dat de Tri niet uitsluit dat een lidstaat strafrechtelijke sancties oplegt aan derdelanders die in het kader van een eerdere terugkeerprocedure naar hun land van herkomst zijn teruggekeerd en vervolgens in weerwil van een inreisverbod opnieuw de lidstaat binnenkomen.

10. Voortbouwend op *Achughbaban, El Dridi* en *Sagor* (JV 2013/96 nt P. Boeles, ve12002416) overweegt het Hof dat de Tri zich er in beginsel niet tegen verzet dat een lidstaat een nieuwe illegale binnenkomst in weerwil van een inreisverbod als strafbaar feit aanmerkt en daarop een strafrechtelijke sanctie stelt. De toepassing van een strafbepaling mag echter niet de doelstellingen van de Tri – een gemeenschappelijk en doeltreffend terugkeer- en verwijderingsbeleid, waarbij illegaal verblijvende derdelanders op humane wijze en met eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid worden teruggezonden – ondermijnen. Derhalve mag een lidstaat de vaststelling of uitvoering van een terugkeerbesluit niet laten voorafgaan door vervolging die ertoe kan leiden dat tijdens de terugkeerprocedure een gevangenisstraf wordt opgelegd, omdat dit de verwijdering kan vertragen. Nu eerder is geoordeeld dat de Tri zich er niet tegen verzet dat strafrechtelijke sancties worden opgelegd aan derdelanders op wie de terugkeerprocedure is toegepast en die illegaal in de lidstaat verblijven, geldt dit a fortiori ten aanzien van hen die in een eerdere terugkeerprocedure daadwerkelijk zijn teruggekeerd en in weerwil van een inreisverbod wederom in de lidstaat verblijven.

11. Het Hof verbindt echter wel voorwaarden aan het opleggen van een vrijheidsstraf in dergelijke gevallen. Ten eerste dient de rechter na te gaan of het tegen de verdachte uitgevaardigde inreisverbod in overeenstemming is met artikel 11 Tri. In dit verband: een inreisverbod kan alleen worden opgelegd aan de vreemdeling jegens wie een rechtmatig terugkeerbesluit is uitgevaardigd,<sup>6</sup> een derdelander jegens wie een terugkeerbesluit wordt uitgevaardigd heeft het recht om eerst gehoord te worden<sup>7</sup> en de duur van het inreisverbod moet volgens alle relevante omstandigheden van het individuele geval zijn bepaald. Ten tweede moeten de grondrechten volledig worden geëerbiedigd. Hierbij gaat het m.n. om het EVRM en, in voorkomend geval, het Vluchtelingenverdrag, dat vluchtelingen vrijwaart van bestraffing wegens onrechtmatige binnenkomst of onrechtmatig verblijf.

12. Dat de rechter een verdachte in de situatie als die van Celaj een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf kan opleggen laat m.i. onverlet dat, indien die verdachte hard op weg is opnieuw te worden uitgezet, de rechter het om die reden raadzaam kan achten om geen straf of maatregel op te leggen.

#### *Tot slot*

13. *Celaj* past in een reeks arresten over de verenigbaarheid van nationale strafbepalingen met de Tri. Is nu dan alles (é)clair(é)? In de Nederlandse strafrechtpraktijk bestaat nog discussie over in ieder geval één aspect van de Tri in relatie tot artikel 197 Sr. Het betreft de ingangsdatum van de duur van een inreisverbod of een daarmee gelijk te stellen ongewenstverklaring. Moet die duur (van in principe niet meer dan vijf jaar) worden berekend vanaf de datum waarop het inreisverbod is uitgevaardigd of vanaf de datum waarop de derdelander is vertrokken? De Hoge Raad gaat uit van het laatste,<sup>8</sup> maar er zijn ook andere visies. Dit heeft AG Spronken ertoe gebracht recent voor de tweede maal bij de Hoge Raad aan te dringen op het stellen van een prejudiciële vraag over de uitleg van artikel 11 lid 2 Tri.<sup>9</sup>

#### **Heleen de Jonge van Ellemeet, directeur Stichting Migratierecht Nederland**

6 ABRvS 26 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4830, JV 2012/391, ve12001703.

7 Zie HvJ EU 11 december 2014, C-249/13, *Boudjlida*, JV 2015/80 m.nt. M. van Riel, ve15000252; Rb Den Haag zp Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8475, JV 2015/254, ve15001247.

8 HR 4 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3093, JV 2014/388 m.nt. P. Boeles, ve14001715.

9 Conclusie van 17 maart 2015 in de zaak 14/00826. Het arrest in deze zaak staat geagendeerd voor 22 december a.s.