

Openbare orde en aanscherping glijdende schaal

## **Wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 in verband met de openbare orde (consultatiefase)**

24 maart 2010

**Commentaar van de Adviescommissie vreemdelingenrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten** (*mrs. J.A. Kroes, I. Oomen, T. Pondaag, T.H.G. Schuringa, L.M. Straver, F. Wassenaar, W. Verberk*)

### **Inleiding**

De Adviescommissie vreemdelingenrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten ("de Adviescommissie") heeft kennis genomen van het concept tot aanpassing van de artikelen 3.86 en 3.95 en 6.6 van het Vreemdelingenbesluit 2000 (verder: Vb). De Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Justitie hebben reeds in hun brief van 30 oktober 2009 aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal (TK 2009-2010, 19 637, nr. 1306) namens het Kabinet een vijftal maatregelen aangekondigd om criminaliteit onder vreemdelingen te bestrijden en tot een effectiever openbare orde beleid te komen. In het concept tot wijziging van de artikelen van het Vb zijn deze artikelen aan deze maatregelen aangepast, waarbij met name de glijdende schaal is aangescherpt.

Hierna zal de Adviescommissie deze vijf maatregelen en een aantal aanvullende wijzigingen bespreken en voor zover naar haar mening vanuit het perspectief van rechtsbescherming noodzakelijk, van commentaar voorzien. Alvorens daartoe over te gaan zal de Adviescommissie eerst de context van het Nederlandse openbare ordebeleid m.b.t. vreemdelingen schetsen.

### **Context**

In het Nederlandse vreemdelingenbeleid wordt uitgegaan van het principe van de glijdende schaal om wegens veroordeling(en) van een misdrijf tot beëindiging van het verblijf van de vreemdeling te kunnen komen. Dit principe houdt in dat naarmate een vreemdeling langer in Nederland rechtmatig op grond van een verblijfsvergunning heeft verbleven, de gepleegde inbreuk op de openbare orde ernstiger dient te zijn om tot beëindiging van het verblijf van de vreemdeling over te kunnen gaan. De op de openbare orde gepleegde inbreuk wordt aan de hand van de duur van het onvoorwaardelijk ten uitvoer te leggen gedeelte van de opgelegde straf(fen) of maatregel(en) wegens veroordeling voor een misdrijf, bepaald.

Het vraagstuk van de openbare orde, de toepassing van de glijdende schaal en in het bijzonder een aanscherping daarvan, is al geruime tijd onderwerp van maatschappelijk en politiek debat. De in art. 3.86 Vb neergelegde huidige glijdende schaal dateert van juli 2002. In april 2005 heeft De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (verder: ACVZ) een advies over het vreemdelingrechtelijk openbare orde beleid en de toepassing van de glijdende schaal als maatstaf voor het intrekken van de verblijfsvergunning van in Nederland verblijvende vreemdelingen uitgebracht. In dit advies is de ACVZ tot de conclusie gekomen dat de destijds door de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie in 2004 voorgestelde aanscherpingen op serieuze juridische en praktische problemen stuiten. Wel heeft de ACVZ een voorstel gedaan tot een beperkte aanpassing van de huidige glijdende schaal, namelijk ten aanzien van veelplegers. Het Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven (verder: IOO) heeft daarnaast in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum op 13 augustus 2009 een rapport

uitgebracht waarin verslag is gedaan van het onderzoek naar de toepassing van de huidige glijdende schaal en het voorstel tot aanscherping van de glijdende schaal zoals gedaan door de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie in 2004 / 2005. Uit dit onderzoek is onder meer naar voren gekomen dat in de praktijk met name veel vreemdelingen die in het bezit zijn van een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd niet worden getoetst aan de glijdende schaal. De procedure voorziet voor deze vreemdelingen namelijk niet in een vast toetsingsmoment voor controle op antecedenten. Verder concludeert het Instituut dat het belang van het instrument glijdende schaal bij verblijfsbeëindiging relatief beperkt is. Slechts in 28% van de daadwerkelijke verblijfsbeëindigingen kwam deze door toepassing van de glijdende schaal tot stand.

### **Veroordelingen voor ernstige misdrijven**

Vreemdelingen die veroordeeld zijn tot een onvoorwaardelijke straf of maatregel voor een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van meer dan zes jaar is bedreigd, vallen in het voorstel eerder onder het bereik van de glijdende schaal. Hiertoe wordt de onvoorwaardelijke straf of maatregel in art. 3.86 lid 3 Vb voor toepassing van de glijdende schaal met een factor twee vermenigvuldigd.

De Adviescommissie is van mening dat de noodzaak van deze voorgestelde maatregel onvoldoende is gemotiveerd. Zij begrijpt dat het kabinet bepaalde delicten die de samenleving hevig kunnen schokken vreemdelingrechtelijk harder wil aanpakken. Het kabinet onderkent echter onvoldoende dat de ernst van het strafbare feit en de gevolgen hiervan voor de samenleving in het algemeen en voor het slachtoffer in het bijzonder reeds door de strafrechter in de opgelegde straf zijn verdisconteerd. Daarbij komt dat het beëindigen van het verblijf van de vreemdeling wegens gevaar voor de openbare orde zou moeten impliceren dat de vraag beantwoord wordt of de vreemdeling momenteel een reëel gevaar vormt. Zonder afbreuk te doen aan de ernst van de delicten zou in ogenschouw genomen moeten worden dat een merendeel van deze delicten in de relationele sfeer plaatsvinden en van recidive veelal geen sprake is. Het bepaalde in art. 3.87 Vb biedt daarnaast reeds een mogelijkheid voor de Minister om het verblijf wegens gevaar voor de openbare orde te beëindigen, indien zwaarwegende belangen daartoe nopen.

### **Cumulatie onvoorwaardelijke opgelegde straffen**

Momenteel vindt in geval van een verblijfsduur van vijf jaren of minder voor de toepassing van de glijdende schaal cumulatie van alle onvoorwaardelijk opgelegde gedeelten van straffen of maatregelen plaats. In het voorstel wordt het maximum van de verblijfsduur van vijf jaren of minder, verlaten. Ook na vijf jaar verblijf in Nederland zal rekening worden gehouden met eerder wegens misdrijven opgelegde onvoorwaardelijke straffen en maatregelen. Eerst na twintig jaren verblijf zal de glijdende schaal niet meer worden tegengeworpen.

De ratio van deze voorgestelde maatregel is gelegen in de wens om effectief vreemdelingrechtelijk op te treden tegen veelplegers. Naar het oordeel van de Adviescommissie wordt dit doel reeds bereikt door het hierna te bespreken voorstel omtrent veelplegers. Tot op heden is de grens van vijf jaren verblijf bij cumulatie van straffen juist gehanteerd om een actueel beeld van het gedrag van de vreemdeling te kunnen vormen. Het huidige art. 22 lid 1 onder c Vw biedt de mogelijkheid om een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd, welke onder bepaalde voorwaarden na een verblijf van vijf jaren kan worden verleend, in te kunnen trekken wanneer de vreemdeling een actuele en ernstige bedreiging voor de openbare orde vormt. De Adviescommissie meent dan ook dat de voorgestelde maatregel in strijd is met de wet althans met in ieder geval de bedoeling van de wetgever.

## **Aparte glijdende schaal voor veelplegers**

De afgelopen jaren zou zijn gebleken dat de vreemdelingrechtelijke aanpak van veelplegers achterblijft, doordat veelal de opgelegde straf onvoldoende is voor beëindiging van het verblijf. Voor veelplegers wordt in navolging van het voorstel van de ACVZ in haar advies van 2005 een aparte glijdende schaal geïntroduceerd. In het voorstel wordt voor veelplegers niet alleen de opgelegde straf, maar ook het aantal keren dat een misdrijf wordt gepleegd dat tot een veroordeling leidt, bepalend voor verblijfsbeëindiging. In het gewijzigde vierde lid van art. 3.86 Vb zijn vreemdelingen die veroordeeld zijn wegens ten minste vijf misdrijven, dan wel bij een verblijfsduur korter dan twee jaren wegens ten minste drie misdrijven, aangemerkt als veelplegers voor wie de aparte glijdende schaal zoals neergelegd in het vijfde lid van art. 3.86 Vb van toepassing is.

De Adviescommissie is positief gestemd over het feit dat in het voorstel het advies van de ACVZ van 2005 en het door haar gedane voorstel grotendeels is gevolgd. Het door het Kabinet gedane voorstel wijkt ten opzichte van het voorstel van de ACVC echter af ten aanzien van de maximale verblijfsduur van de veelpleger. De aparte glijdende schaal loopt in het concept wijziging van art. 3.86 lid 5 Vb tot een maximum van minder dan twintig jaren verblijfsduur. De Adviescommissie meent echter dat het voorstel van de ACVZ op dit punt volledig zou moeten worden gevolgd en de aangepaste glijdende schaal beperkt moet blijven tot een verblijfsduur van maximaal vijf jaren om een actueel beeld van het gedrag van de vreemdeling te blijven behouden.

Dit lijkt ook veel meer in overeenstemming te zijn met de openbare orde bepalingen van richtlijn 2003/86/EG en de richtlijn voor langdurig ingezetenen 2003/109/EG. Immers in de gezinsherenigingsrichtlijn is in artikel 6 bepaald dat rekening wordt gehouden met de ernst en de aard van de inbeuk of het risico dat van de vreemdeling uitgaat. Deze zaken dienen in acht te worden genomen alvorens de lidstaat tot verblijfsbeëindiging mag overgaan. Het criterium dat geldt voor langdurig ingezetenen is strenger, immers daar zal de staat dienen te bewijzen dat de vreemdeling 'een actuele en voldoende bedreiging' voor de openbare orde vormt (artikel 12 richtlijn 2003/109/EG). Gelet op deze Europees rechtelijke normen ziet de Adviescommissie zich gesteund in haar oordeel dat ten aanzien van veelplegers, de actualiteit van het veelplegen in acht dient te worden genomen. De Adviescommissie is van mening dat naarmate het verblijf langer duurt een delinquent verleden anders moet worden gewogen bij een actueel strafbaar feit dan thans het oogmerk lijkt te zijn van de regeling. De door de Adviescommissie voorgestelde beperking van geldigheid van de regeling voor veelplegers voor de verblijfsduur van 5 jaren komt overigens overeen met de voorgeschreven verblijfsduur om in aanmerking te komen voor een vergunning op grond van de richtlijn voor langdurig ingezetenen.

Tenslotte wordt in dit verband gewezen op de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak Omojudi vs UK<sup>1</sup> waarin het EHRM uitdrukkelijk meewoog dat er geen onderliggend patroon was van de dader bij het herhaald plegen van strafbare feiten. De Adviescommissie stelt vast dat het voorstel weliswaar een resttoets belooft ten aanzien van artikel 8 EVRM, echter dit doet niet af aan de verwachting van de Adviescommissie dat op grond van de huidige voorgestelde regeling, een geval als hierboven beschreven, leidt tot verblijfsbeëindiging. De Adviescommissie baseert dit oordeel op ervaringen in de praktijk. Daarom meent de Adviescommissie dat het de voorkeur verdient het advies van de ACVZ te volgen.

## **Aanvullende wijzigingen**

De uitzonderingsbepalingen die in de huidige glijdende schaal gelden voor de in Nederland geboren vreemdeling of de vreemdeling die voor zijn tiende jaar een verblijfsvergunning in Nederland heeft

---

<sup>1</sup>EHRM, 1820/08 (Omojudi - VK), JV 2010/27 nt M.A.G. Reurs

gekregen, worden in het voorstel eveneens gewijzigd. Naast veroordeling wegens handel in verdovende middelen zal ook een veroordeling wegens geweldsmisdrijven in het voorstel een grond worden om bij een verblijfsduur van tien jaren tot beëindiging van het verblijf van deze groep over te gaan. Niet gewijzigd wordt de bepaling dat de aanvraag van de vreemdeling niet wordt afgewezen, indien de vreemdeling minderjarig is en één van zijn ouders met de Nederlandse nationaliteit in Nederland is gevestigd.

De door het Kabinet voorgestelde vijfde maatregel betreft een wijziging op het niveau van de uitvoering. Eén van de conclusies uit het hierboven genoemde onderzoek van het IOO van augustus 2009 ligt hieraan ten grondslag. In het voorstel zal bij vernieuwing of vermissing van het verblijfsdocument aan de openbare orde getoetst gaan worden.

In de Nota van toelichting tot aanpassing van het Vb is expliciet beschreven dat de glijdende schaal een afweging tussen de mate van integratie van de vreemdeling in Nederland en de ernst van de inbreuk op de openbare orde in abstracto vormt. Bij een voorgenomen beëindiging van het verblijf in het concrete geval zal echter altijd een nadere aanvullende belangenafweging plaats dienen te vinden opdat de individuele beslissing in overeenstemming zal zijn met de in het nationale en internationale recht verankerde beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en met de meer specifieke bepalingen in het internationale recht omtrent beëindiging van het verblijf om redenen van openbare orde. Hieraan heeft het Kabinet in de voorgestelde leden 13 tot en met 18 van art. 3.86 Vb nadere invulling willen geven.

De Adviescommissie juicht het toe dat in het voorstel expliciet bepaalde voor de praktijk zeer relevante internationale bepalingen zullen worden neergelegd. De leden 16 en 17 van art. 3.86 Vb zullen expliciet beschrijven dat de aanvraag niet wordt afgewezen, indien de vreemdeling verblijfsrecht ontleent aan Besluit 1/80 van de Associatieraad EEG-Turkije, tenzij diens persoonlijke gedrag een actuele, werkelijke en ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt. In lid 18 zal expliciet worden neergelegd dat de aanvraag niet wordt afgewezen, indien uitzetting van de vreemdeling in strijd zou zijn met art. 8 EVRM.

Niettemin mist de Adviescommissie een analyse van de reeks aan uitspraken die in de afgelopen jaren zijn gedaan door het EHRM over openbare orde en verblijfsbeëindiging. De Adviescommissie verwacht dat het zwaartepunt van procedures omtrent verblijfsbeëindiging bij verdere aanscherping van de glijdende schaal nog meer dan thans al het geval is, zal liggen op de uitleg van 8 EVRM in individuele zaken.<sup>2</sup> Het realiteitsgehalte van het openbare orde gevaar wordt door de glijdende schaal geabstraheerd, echter de motieven die thans lijken te spelen omtrent de aanscherping van de glijdende schaal hebben veel meer te doen met een nog meer verminderde tolerantie jegens delinquente vreemdelingen. De Adviescommissie meent dat aanscherping van de glijdende schaal eerst gerechtvaardigd zou zijn als blijkt dat vreemdelingen die lagere straffen opgelegd hebben gekregen 'gevaarlijker' zijn geworden in termen van recidive. De jurisprudentie van het EHRM laat weliswaar ruime marge voor de overheid en dus ook voor een strenge overheid, echter indien een delinquente vreemdeling niet een gevaar vormt, weegt het belang van de lidstaat minder zwaar dan het belang van de vreemdeling om zijn verblijf te continueren.

Uit het oogpunt van rechtsbescherming worden vreemdelingen door de voorgestelde aanscherping benadeeld. Dit is eenvoudigweg zo omdat de overheid het makkelijker krijgt om tot beëindiging van het verblijf over te gaan terwijl de vreemdeling hiervoor niets terug krijgt om zijn rechtspositie te kunnen verdedigen. Integendeel de bewijslast om aan te tonen dat hij geen gevaar vormt voor de openbare orde, komt sneller bij de vreemdeling te liggen en zal bovendien zwaarder zijn. De Adviescommissie meent dat dit onwenselijk is.

---

<sup>2</sup> In dit verband wordt ook gewezen op het EHRM arrest Maslov/Oostenrijk van 23 juni 2008, nr. 1638/03, JV 2008/267 nt. P. Boeles.

Hoewel dit geen wijziging in het voorstel betreft, komt het de Adviescommissie wenselijk voor dat lid 13 redactioneel ook zal worden gewijzigd. In lid 13 van art. 3.86 Vb zijn de factoren waarmee rekening gehouden dient te worden bij de beoordeling van de aanvraag dan wel de vraag of tot beëindiging van het verblijf dient te worden besloten voor vreemdelingen die in het kader van gezinshereniging of gezinsvorming verblijf hebben, neergelegd. Deze factoren zijn afkomstig uit het bepaalde in art. 17 Gezinsherenigingsrichtlijn. In art. 17 Gezinsherenigingsrichtlijn is echter bepaald dat *terdege* (en niet slechts, zoals in het voorstel, "ten minste") rekening met deze factoren gehouden dient te worden.

## **Conclusie**

De Adviescommissie is van oordeel dat de noodzaak van de voorgestelde maatregel om de glijdende schaal te verscherpen voor vreemdelingen die voor ernstige misdrijven veroordeeld zijn, onvoldoende is gemotiveerd. Ook kan zij zich niet vinden in de cumulatie van onvoorwaardelijke opgelegde straffen na een verblijfsduur van vijf jaren. De Adviescommissie meent dat de aparte glijdende schaal voor veelplegers alleen tot een verblijfsduur van vijf jaren zou moeten gelden. De Adviescommissie juicht het toe dat in het voorstel expliciet een aantal internationaalrechtelijke bepalingen in het Vb worden neergelegd en beveelt tenslotte aan om in de Nota van toelichting een analyse van recente jurisprudentie van het EHRM omtrent de uitleg van art. 8 EVRM bij openbare orde en verblijfsbeëindiging op te nemen en art. 3.86 lid 13 Vb redactioneel te wijzigen.

*Mr. L.M. Straver en mr. F. Wassenaar*