

Advies strafbaarstelling illegaal verblijf

14 maart 2013

1. Inleiding

Op 7 januari 2013 heeft de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie namens het kabinet het wetsvoorstel tot strafbaarstelling van illegaal verblijf in Nederland ingediend.¹

Het wetsvoorstel regelt een verruiming van de huidige strafbaarstelling van verblijf in Nederland in weerwil van een opgelegd inreisverbod.² Als het wetsvoorstel wordt ingevoerd, is een vreemdeling zonder rechtmatig verblijf strafbaar op het moment dat hij of zij voor het eerst wordt aangetroffen. In het wetsvoorstel geldt illegaal verblijf van een meerderjarige vreemdeling als overtreding. Na twee boetes wegens illegaal verblijf kan een zogenoemd 'zwaar inreisverbod' worden uitgevaardigd. Als de vreemdeling vervolgens wordt aangetroffen, pleegt hij een misdrijf op grond van artikel 197 Wetboek van Strafrecht (Sr) waarop een gevangenisstraf van maximaal zes maanden staat.

Het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) is bezorgd over mogelijke feitelijke gevolgen voor de bescherming van mensenrechten van vreemdelingen zonder verblijfsvergunning als het voorstel wet wordt.

Het College deelt het uitgangspunt dat vreemdelingen die met inachtneming van internationale verplichtingen en eventuele feitelijke belemmeringen voor terugkeer geen geldige reden hebben om in Nederland te verblijven, Nederland moeten verlaten of bij gebreke daarvan kunnen worden uitgezet. Echter, zolang een vreemdeling zich in Nederland bevindt, dienen zijn of haar mensenrechten te worden gerespecteerd.

Eerbiediging en bescherming van de menselijke waardigheid geldt voor iedereen die zich in Nederland bevindt, ongeacht de verblijfsstatus. De menselijke waardigheid is een fundament dat in tal van verdragen inzake burgerlijke, politieke, sociale en economische rechten verder is uitgewerkt.

De Raad van State en andere instanties en organisaties hebben al eerder over het wetsvoorstel geadviseerd en hun zienswijze geuit over de vraag naar effectiviteit, doelmatigheid en (maatschappelijke) gevolgen van het wetsvoorstel alsmede over de verhouding van het voorstel tot het Unierecht.³

Het College gaat niet nader in op deze aspecten. Het advies richt zich primair op de vraag of (te voorziene) feitelijke gevolgen van invoering van het wetsvoorstel bescherming van

¹ TK 2012-2013, 33512.

² Wet van 15 december 2011 tot wijziging van de Vreemdelingenwet, in werking getreden op 31 december 2011, Stb. 2011, 663. In deze wet is de zogenoemde EU-terugkeerrichtlijn geïmplementeerd en de strafbaarstelling van overtreding van een inreisverbod opgenomen.

³ Advies Commissie Vreemdelingenzaken, Raad voor de Rechtspraak, de Nederlandse Orde van Advocaten, de Vereniging Nederlandse Gemeenten, Amnesty International en andere organisaties (zie www.geenstrafbaarstelling.nl). Zie ook A. Terlouw, Themis 2013-1.

mensenrechten van vreemdelingen zonder verblijfsvergunning onder druk zetten. Specifiek gaat het advies in op de toegang tot onderwijs voor kinderen, tot medische zorg en de implicaties voor bescherming van vreemdelingen tegen mensenhandel, uitbuiting en andere misdrijven.

Hierna volgt een uiteenzetting van het advies van het College. Vervolgens staan onder paragraaf 3 de overwegingen die aan dit advies ten grondslag liggen.

2. Advies

Het advies van het College richt zich niet op de vraag naar de effectiviteit en doelmatigheid van de voorgestelde wet. Wél constateert het College dat het antwoord op de vraag of de voorgestelde wet effectief en/of doelmatig zal zijn, een rol speelt in de afweging of gevolgen van invoering van het wetsvoorstel al dan niet proportioneel zijn om het nagestreefde doel van het voorstel te bereiken.⁴

In de Memorie van Toelichting (MvT) wordt gesteld dat het wetsvoorstel geen veranderingen teweeg brengt in de bestaande uitzonderingen op het zogenoemde 'koppelingsbeginsel', neergelegd in artikel 10 lid 2 Vreemdelingenwet (Vw).⁵ Dat betekent dat het wetsvoorstel de aanspraak op onderwijs voor minderjarige kinderen, op medisch noodzakelijke zorg en rechtsbijstand van vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf beoogt ongemoeid te laten.

Het College constateert echter dat inzicht in feitelijke gevolgen van het wetsvoorstel ontbreekt. Zulk inzicht is noodzakelijk om er zeker van te zijn dat deze rechten inderdaad ongemoeid zullen blijven.

Voorafgaand aan het uitbrengen van het wetsvoorstel heeft geen (ex ante) onderzoek naar de effecten van (algehele) strafbaarstelling van onrechtmatig verblijf op deze terreinen plaatsgevonden. Ook een evaluatie van effecten van strafbaarstelling in weerwil van een opgelegd inreisverbod, die sinds een jaar geldt, heeft niet plaatsgevonden.⁶

Momenteel bestaan in de praktijk al problemen ten aanzien van de toegang van vreemdelingen zonder verblijfsrecht tot voornoemde rechten. Zo signaleerde het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) in een onderzoek uit 2008, verricht op verzoek van de toenmalige staatssecretaris van Justitie, dat er knelpunten zijn op het terrein van toegang tot onderwijs en medische zorg.⁷ In het onderzoek wordt gesignaleerd dat bij leerlingen zonder verblijfsvergunning relatief veel sprake was van schoolverzuim als gevolg van onder meer psychosociale problemen en verhuizingen. Waarschijnlijk ging een deel van deze kinderen helemaal niet naar school, mede als gevolg van onbekendheid bij de vreemdeling en onderwijsinstellingen dat kinderen zonder verblijfsvergunning recht hebben op onderwijs. Ten aanzien van medische zorg wordt in het onderzoek geconstateerd dat de toegang wordt belemmerd door onwetendheid over deze mogelijkheden bij zowel vreemdelingen zelf als bij artsen, hulpverleners en baliemedewerkers van gezondheidsinstellingen. Er wordt in het onderzoek ook een verschil in bereidwilligheid geconstateerd om medische zorg te verlenen aan vreemdelingen zonder verblijfsvergunning.

⁴ Blijkens de Memorie van Toelichting (MvT, p. 27) is het primaire doel niet het vertrek van illegale vreemdelingen te bevorderen, maar hen voor hun onrechtmatige verblijf in Nederland te bestraffen.

⁵ MvT, p. 3 en p. 35.

⁶ TK 2012-2013, 33512, nr. 5, evaluatie van de implementatie van de terugkeerrichtlijn, inclusief het inreisverbod, is voorzien voor 2014.

⁷ WODC, Illegaal verblijf in Nederland, cahier 2008-3 en de beleidsreactie op het onderzoek: brief van 20 juni 2008, TK 2007-2008, 19 637, nr. 1207. Zie ook: onderzoek WODC, Jong en illegaal in Nederland, juni 2010 en beleidsreactie, brief van 5 oktober 2010, TK 2010-2011, 27 062, nr. 66.

Het onderzoek signaleert verder dat voor deze vreemdelingen het risico bestaat om slachtoffer te worden van mensenhandel, uitbuiting en andere misdrijven.

De verwachting is dat met invoering van een algehele strafbaarstelling van onrechtmatig verblijf deze knelpunten eerder zullen toenemen in plaats van afnemen.

Het College heeft daarom, in aanvulling op de hiervoor genoemde adviezen, aanleiding gezien om over de vraag naar de feitelijke gevolgen van algemene strafbaarstelling een bijeenkomst te houden. Doel van deze bijeenkomst was het verkrijgen van meer inzicht in de vraag of invoering van deze wet zal leiden tot inperking van de feitelijke toegankelijkheid tot onderwijs, medische zorg en bescherming tegen misdrijven. Bij deze bijeenkomst waren aanwezig vertegenwoordigers van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, de wetenschap, gemeenten, het onderwijsveld, zorginstellingen, advocatuur, adviesorganen, NGO's en instanties die mensen zonder verblijfsvergunning bijstaan. Ook heeft het College buiten deze bijeenkomst gesprekken gevoerd met vertegenwoordigers op deze terreinen die niet aanwezig konden zijn, als ook met mensen zonder verblijfsvergunning.

Meerdere aanwezigen bij deze bijeenkomst hebben gewezen op te verwachten effecten van het wetsvoorstel. Het risico bestaat dat criminalisering van illegaal verblijf leidt tot (versterking van) negatieve beeldvorming ten aanzien van vreemdelingen. Ook zijn door het wetsvoorstel gedragseffecten te verwachten van zowel vreemdelingen zelf als ook van instellingen waardoor de toegang tot genoemde mensenrechten in de praktijk beperkt wordt.

Het College komt tot de conclusie dat het voorstel bij inwerkingtreding de toegang tot onderwijs voor kinderen, tot medische zorg en rechtsbijstand en de bescherming tegen mensenhandel, uitbuiting en andere misdrijven in de praktijk onder druk zal zetten. Dat geldt ook voor de mogelijkheid voor vreemdelingen om (opnieuw) bescherming op grond van het Vluchtelingenverdrag of art. 3 van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (EVRM) in te roepen.

In het licht van de gesignaleerde knelpunten die nu al in de praktijk bestaan en de fundamentele rechten die in het geding zijn, acht het College het van groot belang om bedoelde en onbedoelde effecten van strafbaarstelling te onderzoeken en evaluatie van de huidige (beperkttere) strafbaarstelling te verrichten alvorens te besluiten tot invoering van het wetsvoorstel. Specifieke aandacht dient te worden besteed aan de te verwachten effecten op de feitelijke toegang tot onderwijs, zorg en rechtsbijstand en bescherming tegen mensenhandel, uitbuitingen andere misdrijven, inclusief de mogelijkheid tot het doen van aangifte van een misdrijf.

Op basis van dit onderzoek kunnen effecten in kaart worden gebracht, afgezet tegen de verwachte opbrengst van strafbaarstelling. Indien mocht worden besloten tot invoering van algehele strafbaarheid van onrechtmatig verblijf, adviseert het College in ieder geval de volgende waarborgen op te nemen:

- Strafbbaarstelling mag geen feitelijke belemmering vormen om bescherming op grond van het Vluchtelingenverdrag en/of artikel 3 EVRM in te roepen of te verkrijgen. Vreemdelingen die deze bescherming inroepen, dienen van de strafbepaling te worden uitgezonderd.
- Vreemdelingen die om beleidsmatige of feitelijke reden niet uitzetbaar zijn, bijvoorbeeld vanwege ziekte, omdat ze geen reispapieren krijgen van hun land van herkomst of omdat zij staatloos zijn, dienen van de strafbepaling te worden uitgezonderd.

- De feitelijke toegang tot onderwijs voor kinderen wordt gewaarborgd en gefaciliteerd. Dat betekent onder meer er geen sprake mag zijn van aangifteplicht of medeplichtigheid van onderwijsinstellingen en/of docenten.
- De feitelijke toegang tot medische zorg (preventief en curatief, inclusief geestelijke gezondheidszorg en jeugdzorg) wordt gewaarborgd en wordt gefaciliteerd in het belang van de vreemdeling en de volksgezondheid. Dat betekent onder meer dat geen sprake mag zijn van een aangifteplicht of medeplichtigheid van artsen, hulp- en zorginstellingen.
- Er zijn voorzieningen voor het doen van veilige aangifte van misdrijven zonder dat de vreemdeling wordt bestraft vanwege illegaal verblijf of in detentie wordt geplaatst.
- Er is flankerend beleid om (ook) aan vreemdelingen zonder verblijfsstatus bescherming te bieden tegen mensenhandel, uitbuiting en andere misdrijven.
- Vrijheidsontnemende maatregelen worden proportioneel toegepast en in overeenstemming met artikel 5 EVRM.
- De waarborgen van artikel 6 EVRM (recht op eerlijk proces) worden in acht genomen bij strafrechtelijke vervolging van illegaal verblijf.

Tot slot, constateert het College dat in de MvT bij het voorstel niet wordt ingegaan op implicaties voor het welzijn en de ontwikkeling van kinderen van wie de ouders strafrechtelijke vervolging dreigt. In het voorstel dient rekening te worden gehouden met het belang van het kind voor de toegang tot genoemde rechten. Ook is het nodig dat duidelijk wordt hoe kinderen worden opgevangen als beide ouders in detentie (vreemdelingenbewaring/vervangende hechtenis/gevangenis) verblijven. Vooral omdat bij invoering van strafbaarstelling van illegaal verblijf de duur en frequentie van bestuurlijke/strafrechtelijke detentie naar verwachting zal toenemen.

3. Achtergrond

Onderstaand volgt een nadere uiteenzetting van de mensenrechten die in het geding zijn en de uitkomsten van de eerder genoemde bijeenkomst over:

- het begrip onrechtmatig verblijf en de problematiek van de niet-uitzetbaren;
- het mensenrechtelijke kader en de (te voorziene) feitelijke belemmeringen ten aanzien van:
 - o toegankelijkheid tot onderwijs voor minderjarigen,
 - o toegankelijkheid medische zorg en
 - o bescherming tegen uitbuiting en misdrijven.

Niet rechtmatig, maar onuitzetbaar

Het begrip rechtmatig verblijf in de wet verwijst naar artikel 8 Vreemdelingenwet (Vw), waarin de gronden voor rechtmatig verblijf limitatief zijn opgesomd. Er zijn echter gevallen waarin strikt genomen op basis van de wet sprake is van onrechtmatig verblijf, maar vreemdelingen desalniettemin Nederland niet kunnen verlaten. Dat is bijvoorbeeld het geval indien het land van herkomst de benodigde reisdocumenten niet verstrekt, er sprake is van ernstige ziekte of de vreemdeling bij terugkeer het risico loopt om slachtoffer te worden van vervolging en/of mensenrechtenschendingen.⁸ Ook voor staatlozen geldt dat zij zich niet kunnen wenden tot autoriteiten van hun land en daardoor problemen kunnen ondervinden om Nederland te verlaten.

⁸ Dat geldt ook voor het doen van een tweede asielaanvraag indien feiten en/of omstandigheden daartoe aanleiding geven.

Het College is met name bezorgd over de mogelijk schrijnende gevolgen van het wetsvoorstel voor deze groep. Strafbaarheid veronderstelt dat het voor de vreemdeling mogelijk is geweest Nederland te verlaten. Echter, er ontstaat voor deze vreemdelingen een situatie waarin zij strafbaar worden vanwege onrechtmatig verblijf, maar zij zelf niets aan deze (strafbare) situatie kunnen veranderen, nu terugkeer voor hen geen reële optie is. Het risico bestaat dat zij herhaald in detentie worden geplaatst, de duur van detentie toeneemt⁹ en zij een langdurig marginaal en uitzichtloos bestaan leiden.

In de MvT bij het wetsvoorstel wordt deze problematiek nauwelijks onderkend. Deze gevallen worden niet formeel uitgezonderd van de strafbepaling.¹⁰ Blijkens de MvT voorzien strafuitsluitingsgronden hierin en kan de vreemdeling een beroep doen op overmacht. Hoe dat in de praktijk zijn beslag moet krijgen is niet duidelijk. Het College is daarom bevreesd voor problemen in de uitvoering. Vooral omdat het de bedoeling lijkt te zijn dat politie en het Openbaar Ministerie deze vreemdelingenrechtelijke aspecten zouden moeten meewegen bij de opsporing en vervolging. De vraag of een vreemdeling buiten zijn schuld niet kan vertrekken of hem bij terugkeer schendingen van mensenrechten dreigt, zal niet op voorhand duidelijk zijn als de politie een vreemdeling zonder verblijfsvergunning aantreft. De mogelijkheid om een beroep te doen op overmacht, zoals in de MvT staat verwoordt, zal in de praktijk niet (altijd) verhinderen dat deze vreemdelingen worden opgepakt en zij te maken krijgen met strafrechtelijke vervolging en detentie.¹¹

Conclusie:

Vreemdelingen die niet-uitzetbaar zijn, omdat zij bij terugkeer slachtoffer dreigen te worden van vervolging en/of andere mensenrechtenschendingen, dan wel sprake is van feitelijke of beleidsmatige belemmeringen voor terugkeer dienen te worden uitgezonderd van de strafbepaling.

Toegang tot onderwijs voor kinderen

Het belang van onderwijs voor kinderen en de daarmee verbonden noodzaak tot toegang daartoe wordt in verschillende mensenrechten bevestigd.

Toegang tot onderwijs is als fundamenteel recht vastgelegd in artikel 26 lid 1 UVRM. Daarin wordt zowel het recht op toegang als ook het verbod op discriminatie neergelegd voor wat betreft de toegang tot onderwijs.¹² Artikel 28 in samenhang met artikel 2 van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) gaat uit van hetzelfde uitgangspunt, namelijk dat alle kinderen op het grondgebied van een staat toegang moeten krijgen tot onderwijs, ongeacht de vraag of zij al dan niet over een verblijfsvergunning beschikken. Het Kinderrechtencomité heeft in *comment* nr. 6 dit duidelijk bevestigd.¹³ In het kader van de Raad van Europa is dit recht ook verankerd, in artikel 2 van het 11^{de} Protocol bij het Europees Verdrag inzake de

⁹ Door het cumulatieve effect van vreemdelingenbewaring/ vervangende hechtenis en/of gevangenisstraf op basis van het wetsvoorstel.

¹⁰ MvT, p. 10: (...) Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat het niet zo is dat een onrechtmatig verblijvende vreemdeling vervolging wegens illegaal verblijf kan voorkomen door bijvoorbeeld een verblijfsaanvraag in te dienen. Weliswaar krijgt hij daardoor rechtmatig verblijf in afwachting op de beslissing van de aanvraag, maar dat doet niets af aan de strafbaarheid van zijn eerdere onrechtmatig verblijf.

¹¹ De MvT zegt hierover: "Indien naar het oordeel van het OM aannemelijk is dat sprake is van overmacht, (dan) zal dat oordeel zwaar meewegen bij de beslissing om al dan niet over te gaan tot vervolging van de verdachte".

¹² Zie ook artikel 13 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten (IVESCR).

¹³ CRC/GC/2005/6 1 september 2005.

Rechten van de Mens (EVRM) en artikel 17 lid 2 van het Europees Sociaal Handvest (ESH). Nederland heeft de zorgplicht om dit recht effectief te waarborgen.

De Nederlandse staat heeft het recht op onderwijs ten aanzien van niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen (en voor zover zij nog in de leerplichtige leeftijd verkeren) uitgewerkt in artikel 10, tweede lid, Vw 2000, jo. artikelen 40, eerste lid, tweede volzin, Wet op het primair onderwijs (Wpo) en artikel 27, lid 1a, onder b, Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo).

Voor de registratie in de school is een BSN-nummer nodig. Kinderen die niet legaal in Nederland zijn geweest, hebben geen BSN-nummer. De school kan daarom voor deze leerlingen een speciaal onderwijsnummer aanvragen bij de DUO (de uitvoeringsorganisatie van de Rijksoverheid voor het onderwijs). Het onderwijsnummer is belangrijk omdat deze leerling dan meetelt bij de leerlingtelling van de school, en de school daarmee ook een vergoeding krijgt voor de leerling.

Voor kinderen van ouders zonder verblijfsvergunning bestaan in de praktijk toch belemmeringen om naar school te gaan.¹⁴ In eerder onderzoek zijn knelpunten genoemd bij de toegang tot onderwijs voor kinderen zonder verblijfsvergunning.¹⁵ Zowel vreemdelingen zelf als onderwijsinstellingen zijn niet altijd bekend met het recht op toegang tot onderwijs. Psycho-sociale problemen van de kinderen en/of de ouders leiden tot verzuim of schooluitval. Ook is een zwervend bestaan en/of zijn vele verhuizingen een praktisch obstakel om naar school te kunnen gaan. Diverse instanties waarmee het College heeft gesproken geven aan dat zowel scholen als vreemdelingen niet (altijd) goed geïnformeerd zijn over wet- en regelgeving op dit vlak. Er zijn zelfs scholen die simpelweg kinderen zonder verblijfsvergunning weigeren.

Er zijn signalen, bevestigd tijdens de eerder genoemde bijeenkomst van het College, dat de angst van vreemdelingen zonder verblijfsvergunning om hun minderjarige kinderen naar school te laten gaan, verder toe zal toenemen bij een algehele strafbaarstelling van illegaal verblijf. Zo wordt gesignaleerd dat de argwaan van vreemdelingen zonder verblijfsrecht tegen instanties, inclusief scholen, toe lijkt te nemen. Er leeft onzekerheid over de vraag of het onderwijsregistratienummer niet ook voor opsporingsdoeleinden kan worden gebruikt. De perceptie van de vreemdeling zonder verblijfsvergunning is dat schoolbezoek van hun kinderen een risico oplevert om ontdekt en gestraft te worden. Deze perceptie wordt bijvoorbeeld bevestigd door een recent voorval dat een van de respondenten noemde van een ouder die is opgepakt vlakbij de school van zijn/haar kind. Zulke voorvallen doen snel de ronde en voeden de angst van ouders zonder verblijfsvergunning om hun kind naar school te laten gaan.

Respondenten geven aan dat de informatie over strafbaarstelling er bij een aantal vreemdelingen toe leidt dat zij een zeer teruggetrokken leven leiden en zo weinig mogelijk buiten komen. Zo vertelde een van de respondenten dat zij een toenemend aantal gezinnen kent, dat met hun kinderen binnenshuis blijft en waarvan de kinderen dus niet naar school gaan. Dit gedrag van ouders heeft zijn weerslag op de uitoefening van het recht op onderwijs van hun kinderen en het welzijn van het kind. Het risico is aanwezig dat ouders die hun kinderen nu nog naar school laten gaan, dat in de toekomst niet meer zullen doen.

Invoering van strafbaarstelling zal naar verwachting de bestaande problematiek ook vergroten door gedragseffecten van (sommige) scholen en schoolbesturen. Er bestaat het risico dat scholen en/of schoolbesturen meer terughoudend zullen zijn om kinderen zonder rechtmatig verblijf en van wie de ouders strafbaar worden op te nemen. Deze terughoudendheid is mede

¹⁴ Zie ook European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, 2011, p. 85 e.v.

¹⁵ Zie voetnoot 7.

ingegeven doordat (sommige) scholen bevreesd zijn zich zelf schuldig te maken aan een strafbaar feit. Er bestaat bijvoorbeeld onduidelijkheid over de vraag of en wanneer er sprake is van medeplichtigheid en/of van een aangifteplicht bij een strafbaar feit. Zo is de aangifteplicht van scholen en docenten uitgezonderd wanneer de strafbaarstelling als overtreding geldt. De aangifteplicht en medeplichtigheid van scholen en docenten is echter niet bij wet uitgezonderd indien illegaal verblijf als misdrijf geldt (nadat een vreemdeling twee keer is beboet voor illegaal verblijf).

In zijn algemeenheid geldt dat de wijze waarop de opsporing en vervolging van onrechtmatig verblijf vorm zal krijgen naar aanleiding het wetsvoorstel, nu al voor onduidelijkheid en onzekerheid zorgt.

Conclusie:

- Er bestaan momenteel al feitelijke belemmeringen voor de toegang tot onderwijs van kinderen zonder verblijfsvergunning. Het risico bestaat dat de feitelijke toegang tot onderwijs zal worden beperkt bij invoering van het wetsvoorstel.
- De feitelijke toegang tot onderwijs, inclusief speciaal onderwijs voor kinderen dient te worden gewaarborgd en gefaciliteerd als het wetsvoorstel wordt ingevoerd. Dat betekent onder meer dat vreemdelingen, scholen/schoolbesturen en hulporganisaties dienen te worden geïnformeerd over de toegang tot onderwijs en de regels hieromtrent.
- Opsporing van onrechtmatig verblijf in en om scholen belemmert de verwezenlijking van het recht op onderwijs en dient daarom achterwege te blijven
- Er bestaat onduidelijkheid bij zowel vreemdelingen als bij (sommige) scholen over de wijze van opsporing en vervolging, alsmede over aangifteplicht en medeplichtigheid als onrechtmatig verblijf een strafbaar feit is. Ter effectuering van het recht op onderwijs, is het noodzakelijk om hierover duidelijkheid te verschaffen. Aangifteplicht alsmede medeplichtigheid van scholen/docenten en hulporganisaties wanneer onrechtmatig verblijf van de ouders als misdrijf wordt gekwalificeerd dient bij wet te worden uitgesloten.

Toegang tot medische zorg

Het algemene recht van een ieder op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid, is vastgelegd in verschillende verdragen.¹⁶ Staten hebben de plicht om ieder mens in geval van ziekte geneeskundige bijstand en verzorging te bieden en dient voor iedereen toegankelijk te zijn. Ten aanzien van vrouwen en kinderen is het recht op gezondheidszorg in specifieke verdragen opgenomen.¹⁷

Het recht op gezondheidszorg is niet afhankelijk van de verblijfsrechtelijke status. Het Comité bij het IVESCR zegt in general comment nr. 14 hierover:

'In particular, States are under the obligation to respect the right to health by, inter alia, refraining from denying or limiting equal access for all persons, including prisoners or detainees, minorities, asylum seekers and illegal immigrants, to preventive, curative and palliative health services.'

De mentale en fysieke gezondheidssituatie van mensen zonder verblijfsvergunning is bijzonder kwetsbaar. Velen leven onder precare leefomstandigheden, zonder vaste woon- en

¹⁶ Art. 25 UVRM, art. 12 IVESCR, artikel 35 EU-Grondrechtenhandvest, artikel 11 en 13 Europees Sociaal Handvest (ESH)

¹⁷ Artikel 14 CEDAW en artikel 24, 25 en 39 IVRK.

verblijfsplaats, op straat en verstoken van elementaire levensbehoeften. Deze situatie heeft zijn weerslag op de gezondheid van deze mensen.¹⁸ Ook medische behandelingen, als deze vreemdelingen al de weg naar een dokter weten te vinden, worden vanwege deze leefomstandigheden bemoeilijkt.

De toegang tot het recht op gezondheidszorg voor vreemdelingen zonder verblijfsvergunning is geregeld in artikel 10, lid 2 Vw, waarin van het zogenoemde 'koppelingsbeginsel' kan worden afgeweken indien er aanspraak wordt gedaan op medisch noodzakelijke zorg en de voorkoming van inbreuken op de volksgezondheid.¹⁹ Vreemdelingen zonder verblijfsvergunning kunnen geen zorgverzekering afsluiten. Indien aanspraak wordt gemaakt op medische zorg dan dient de onverzekerde vreemdeling in beginsel zelf de kosten te dragen. Is dat niet mogelijk, dan kan de zorgaanbieder onder voorwaarden aanspraak maken op een vergoeding van de oninbare kosten bij het College voor Zorgverzekeringen (CVZ). Sinds 2009 is het CVZ op grond van artikel 122a van de Zorgverzekeringswet verantwoordelijk voor het verstrekken van bijdragen aan zorgaanbieders die inkomsten derven als gevolg van het verlenen van medisch noodzakelijke zorg aan vreemdelingen zonder verblijfsvergunning.²⁰

Ten aanzien van de feitelijke toegang tot de gezondheidszorg voor vreemdelingen zonder verblijfsvergunning worden knelpunten genoemd.²¹

Als belangrijkste knelpunt wordt benoemd het grote verschil in de wijze waarop de term 'medisch noodzakelijke gezondheidszorg' in artikel 10, tweede lid Vw 2000 wordt geïnterpreteerd door gezondheidsinstellingen.²² Hieronder valt de zorg uit het basispakket en de AWBZ en/of de zorg die de arts noodzakelijk vindt. Respondenten geven aan dat er gevallen zijn waarin het begrip 'medisch noodzakelijke zorg' zeer beperkt wordt uitgelegd en alleen medische hulp wordt geboden in noodgevallen en wanneer sprake is van onomkeerbaar letsel als medische hulp wordt onthouden.

Ten tweede blijkt dat vreemdelingen zonder verblijfsvergunning zelf vaak niet op de hoogte zijn van het feit dat zij recht hebben op medische zorg. Als zij dat al wel zijn of hulporganisaties bemiddelen bij de toegang tot zorg, blijken er gevallen te zijn waarin de onbekendheid bij gezondheidsinstellingen met de mogelijkheid de hulpverlening vergoed te krijgen een praktisch obstakel te zijn voor het bieden van medische zorg. Ook wordt maar een deel van de kosten vergoed, zodat patiënten voor een (eerste) consult moeten betalen. Dit kan een belemmering zijn bij gebrek aan financiële middelen.

De bereidheid van de zorgaanbieder tot het verlenen van medische zorg varieert. Huisartsen blijken het meest bereid te zijn tot het verlenen van zorg; zij zijn over het algemeen bekend met de bijdrageregeling. Er worden echter ook gevallen gerapporteerd waarin medische zorg

¹⁸ Zie ook onderzoek Bakker, dr. Henneman en prof dr. Deville, VUmc, de toegang tot gezondheidszorg voor ongedocumenteerden onder artikel 122a (Zorgverzekeringswet), p. 8.

¹⁹ Daarnaast is de toegang tot het recht op gezondheidszorg op nationaal niveau gewaarborgd op grond van artikelen 240 en 255 van het Wetboek van Strafrecht, het tuchtrecht (art. 47 Wet big), het civiele recht (art. 7: 453 en 460 bw) en de beroepseigen regelingen (richtlijnen en gedragsregels) van zorgverleners op basis waarvan zij een hulpverlenersplicht voor iedereen hebben.

²⁰ Zie ook rapport Berenschot, evaluatie van bijdrageregeling van artikel 122a van de Zorgverzekeringswet, 7 november 2011. Doorgaans wordt 80% van de oninbare vordering vergoed aan zorgaanbieders.

²¹ Zie ook onderzoek Bakker, dr. Henneman en prof dr. Deville, VUmc, de toegang tot gezondheidszorg voor ongedocumenteerden onder artikel 122a, p. 1. De sociale en economische marginalisatie van ongedocumenteerden werpt barrières op in de toegang tot zorg. Factoren die de toegankelijkheid bepalen zijn sociale netwerken en informatie. Financiële barrières, de bereidheid tot zorgverlening en steun van hulporganisaties worden als bepalend genoemd voor de toegankelijkheid van zorg. Zie ook FRA, fundamental rights of migrants in irregular situations in the European Union, p. 71 e.v.

²² Zie ook Berenschot, p. 8. De beoordeling of in een concrete geval sprake is van medisch noodzakelijke zorg is ter beoordeling van de behandelend arts.

aan vreemdelingen zonder verblijfsvergunning wordt geweigerd.²³ Tandheelkundige behandelingen voor onrechtmatig verblijvende vreemdelingen boven 18 jaar worden niet vergoed door het CVZ en blijken in de praktijk vaak te worden geweigerd²⁴, met als gevolg dat vreemdelingen zonder verblijfsvergunning met klachten blijven doorlopen, of soms pas met een abces en acute pijnklachten naar de eerste hulp gaan.

Toegang tot tweedelijns zorg is beperkt. Dat komt deels door onbekendheid van de kant van de vreemdeling dat hij aanspraak kan maken op deze zorg. In de praktijk komt het ook voor dat zowel door CVZ gecontracteerde als niet gecontracteerde zorginstellingen financiële barrières opwerpen voor ongedocumenteerden.²⁵ Een andere barrière die wordt gesignaleerd is dat soms als voorwaarde voor een medische behandeling wordt gevraagd dat er een stabiele woonplek voorhanden moet zijn. Daaraan kunnen deze vreemdelingen nu juist moeilijk voldoen.

Op basis van de informatie van diverse instanties lijkt het risico op toename van knelpunten bij de toegankelijkheid van gezondheidszorg voor deze groep reëel wanneer een algehele strafbaarstelling van onrechtmatig verblijf wordt ingevoerd. Dit leidt naar verwachting niet alleen tot uitstel van medische behandelingen totdat de klachten acuut worden voor vreemdelingen zelf, maar ook tot risico's voor de volksgezondheid.

Ook in dit verband geldt dat vreemdelingen uit angst om ontdekt en gestraft te worden zich minder snel tot een arts of zorginstelling zullen durven wenden als zij al weten dat zij daar recht op hebben. Gezondheids- en zorginstellingen die nu al terughoudend zijn om zorg te verlenen, zullen - wellicht vanuit hun onwetendheid- nog minder snel geneigd zijn hulp te verlenen als het gaat om "strafbare vreemdelingen". Ook bestaat er het risico dat het begrip 'medisch noodzakelijke zorg' in toenemende mate beperkt wordt uitgelegd als het gaat om deze groep vreemdelingen.

Er zijn signalen dat onzekerheid bestaat aan de kant van zorginstellingen en artsen of zij nog wel zorg mogen verlenen aan vreemdelingen zonder verblijfsvergunning wanneer de wet strafbaarstelling illegaal verblijf in werking zal treden. Er is weliswaar aangegeven dat er geen aangifteplicht voor hen bestaat zolang sprake is van een overtreding. Terecht vragen zij zich echter af of zij wel een aangifteplicht hebben of dat zij medeplichtig zijn als zij hulp verlenen aan een vreemdeling voor wie het onrechtmatige verblijf geldt als misdrijf op grond van artikel 197 Sr.²⁶ Dat blijkt bijvoorbeeld uit de stijging van het aantal telefoontjes met die vraag aan organisaties die gezondheidsinstellingen en artsen voorlichten op dit gebied.

Conclusie:

- Er bestaan momenteel al feitelijke belemmeringen voor de toegang tot gezondheidszorg voor vreemdelingen zonder verblijfsvergunning. Het risico bestaat dat de feitelijke toegang tot gezondheidszorg zal worden beperkt bij invoering van het wetsvoorstel.
- De feitelijke toegang tot gezondheidszorg dient te worden gewaarborgd en gefaciliteerd als het wetsvoorstel wordt ingevoerd. Dat betekent onder meer dat vreemdelingen, gezondheidsinstellingen/artsen/apothekers en hulporganisaties dienen te worden geïnformeerd over de toegang tot medische zorg en de regels hieromtrent.

²³ Zie ook survey van Dokters van de Wereld, Access to health care for vulnerable groups in the European Union in 2012, p. 9. Over een periode van 12 maanden is bijvoorbeeld in Amsterdam aan 29% van de patiënten medische zorg geweigerd. Zie ook Berenschot, p. 19 en 20 voor wat betreft (problemen bij) de toegankelijkheid van ziekenhuizen, en verpleeghuizen en GGZ-instellingen.

²⁴ Zie ook Berenschot, p. 19.

²⁵ Idem, p. 15. " Hoewel de huidige regeling in theorie ruimhartig is, is deze niet in staat de toegang tot zorg voor alle ongedocumenteerden op alle niveaus van zorg te garanderen."

²⁶ Zie p. 1.

- Opsporing van onrechtmatig verblijf in en om huisartsenposten/ gezondheidsinstellingen tast het recht op medische zorg aan en dient daarom achterwege te blijven
- Er bestaat onduidelijkheid bij zowel vreemdelingen als bij gezondheidsinstellingen/ artsen/apothekers over aangifteplicht en medeplichtigheid als onrechtmatig verblijf een strafbaar feit is. Ter effectuering van het recht op medische zorg, is het noodzakelijk om hierover duidelijkheid te verschaffen. Aangifteplicht alsmede medeplichtigheid van artsen/gezondheidsinstellingen/apothekers en hulporganisaties dient, wanneer onrechtmatig verblijf als misdrijf wordt gekwalificeerd, bij wet te worden uitgesloten.

Bescherming tegen mensenhandel, uitbuiting en andere misdrijven

Vreemdelingen zonder verblijfsvergunning hebben recht op bescherming tegen mensenhandel, uitbuiting en andere misdrijven.²⁷

Artikel 3 EVRM bepaalt dat niemand mag worden onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling. Ook is art. 8 EVRM in dit kader relevant. Deze bepaling beschermt het familie- en privéleven, en ziet daarmee ook op de fysieke en psychische integriteit van een individu. Wanneer de (arbeids)uitbuiting zo ernstig wordt, dat het gekwalificeerd kan worden als een vorm van mensenhandel, is ook het recht op vrijwaring van slavernij op basis van artikel 4 EVRM relevant. Ook het Protocol inzake preventie, bestrijding en bestraffing van mensenhandel (uit 2000) en het Verdrag inzake de bestrijding van mensenhandel (2005) van de Raad van Europa bepalen dat staten een positieve verplichting hebben de fysieke veiligheid van slachtoffers te waarborgen, naast de verplichting tot effectieve handhaving door vervolging en bestraffing.²⁸

Het strafbaar stellen van illegaal verblijf, ontslaat Nederland niet van de verplichting om te voorkomen dat een vreemdeling zonder verblijfsvergunning in een dergelijke situatie terecht komt. Dat betekent eveneens dat een vreemdeling zonder verblijfsvergunning dient te worden beschermd tegen een dergelijke schending van zijn integriteit, bijvoorbeeld in het geval hij of zij slachtoffer is van uitbuiting, mensenhandel of andere misdrijven. Effectieve handhaving veronderstelt dat slachtoffers worden aangemoedigd zich tot de autoriteiten te wenden.

Vreemdelingen zonder verblijfsvergunning hebben geen recht op voorzieningen of onderdak. Zij zijn daarom gedurende hun verblijf in Nederland afhankelijk van anderen die hen al dan niet goedbedoelde hulp aanbieden. Dat maakt hen kwetsbaar voor uitbuiting.²⁹ Dit is ook onderkend in het eerder genoemde WODC-onderzoek 'Illegaal verblijf in Nederland', waarin wordt gewezen op risicovolle situaties waarin deze vreemdelingen zich bevinden, die in meerder opzichten, voor bijvoorbeeld werk en onderdak, van hun werkgevers of tussenpersonen afhankelijk zijn.³⁰ Deze afhankelijkheid kan in meer of mindere mate leiden

²⁷ Zie ook MvT, p. 11: In het belang van de bescherming van de Nederlandse samenleving en de rechtsorde is het van belang dat de overheid kan optreden tegen gepleegde misdrijven, ongeacht de verblijfsstatus van het slachtoffer of de getuige.

²⁸ Zie ook EHRM, Rantsev t. Cyprus en Rusland, 7 januari 2010, appl. No. 25965/04, ECHR 2010/29 waarin de positieve verplichtingen van staten ter voorkoming van mensenhandel zijn uitgewerkt door het EHRM. Vgl. EHRM Silidin t. Frankrijk, 26 juli 2005, appl. No. 73316/01, JV 2005, 425.

²⁹ Zie ook MvT, p. 1

³⁰ WODC, Illegaal verblijf in Nederland, 2008 p. 32. Zie ook WODC, Jong en Illegaal.

tot (arbeids)uitbuiting en in sommige gevallen gekwalificeerd worden als een vorm van mensenhandel.³¹

Wanneer een vreemdelingen zonder verblijfsrecht slachtoffer is van mensenhandel, bestaat er, ter bevordering van de aangiftebereidheid, de zogenaamde B9-regeling. Op basis van deze regeling, kan een vreemdeling een (tijdelijke) vergunning krijgen. In de praktijk blijkt dat de bescherming van deze B9-regeling, als er al een beroep op wordt gedaan, te stuiten op een aantal knelpunten. Zo wordt een B9-vergunning ingetrokken zodra het onderzoek naar mensenhandel is afgerond en er geen veroordeling heeft plaatsgevonden. Op zo'n moment is een vreemdelingen zonder verblijfsrecht bekend bij de politie en in de toekomst ook strafbaar.³²

Volgens respondenten zijn opsporingsambtenaren daarnaast wel bedacht op het bestaan van de B9-regeling wanneer zij te maken hebben met (illegale) prostituees en zullen zij deze groep wel op het bestaan van de B9-regeling wijzen. Maar bij slachtoffers van andersoortige arbeidsuitbuiting, wordt in de regel minder vaak gewezen op het bestaan van een B9-regeling en/of wordt deze vergunning minder vaak verleend.

Een groep die volgens de respondenten extra kwetsbaar is voor vormen van uitbuiting zijn de vreemdelingen zonder verblijfsrechten in de leeftijdscategorie van 18 tot 25 jaar. Deze zijn meestal de ex-alleenstaande minderjarige vreemdelingen (AMV's) die tot aan hun 18^e zijn opgevangen en die daarna op straat komen te staan. Een van de respondenten heeft aangegeven dat er verschillende (criminele) circuits zijn die bij opvanglocaties voor daklozen deze jongeren ronselt voor prostitutie of werk onder omstandigheden die als uitbuiting kunnen worden aangemerkt.

De verwachting is dat met invoering van een algemene strafbaarstelling van illegaal verblijf de positie van vreemdelingen om zich teweer te stellen tegen mensenhandel, uitbuiting en andere misdrijven zal verzwakken. Werkgevers of tussenpersonen kunnen, indien zij kwaad willen, vreemdelingen onder druk zetten, niet alleen met de dreiging om hen aan te geven, maar bij inwerkingtreding van de wet ook met strafrechtelijke vervolging. Bovendien zijn deze vreemdelingen van hen afhankelijk voor hun elementaire levensbehoeften, zoals onderdak en inkomen of voedsel. Er zijn signalen dat de dreiging met strafrechtelijke vervolging en hechtenis of gevangenisstraf wordt ingezet als pressiemiddel tegen vreemdelingen zonder verblijfsvergunning om hen te dwingen tot werk onder erbarmelijke omstandigheden, prostitutie of andere activiteiten.

Om zich teweer te kunnen stellen tegen deze praktijken, is het noodzakelijk dat vreemdelingen zonder verblijfsvergunning op zijn minst veilig aangifte kunnen doen. Juist voor de opsporing en vervolging van de kwalijke praktijken die in dit verband worden genoemd, zoals mensenhandel, uitbuiting en huisjesmelkerij, is aangifte essentieel voor opsporing en vervolging. Daarbij is evenzeer van belang het recht op een effectief rechtsmiddel en toegang tot de rechter.³³ Deze rechten zijn in meerdere mensenrechtenverdragen neergelegd.³⁴

³¹ Zie artikel 273f Sr. Dit artikel ziet op mensenhandel in het algemeen, daaraan gerelateerde vormen van uitbuiting en het trekken van profijt daaruit.

³² WODC rapport, 2008, p. 42.

³³ Zie ook Terlouw, Themis 2013-1, p. 17, waarin zij beschrijft dat de drempel om iemand verantwoordelijk te houden voor een schending van hun rechten, bijvoorbeeld werkgevers, voor een illegaal verblijvende nauwelijks te nemen is. Obstakels dat de vreemdeling zich bij autoriteiten bekend moet maken, vinden van een advocaat die hen wil bijstaan, gebrek aan kennis over het recht op rechtsbijstand, problemen bij bewijs van bestaan van arbeidsrelatie en uitzetting terwijl de procedure nog loopt.

³⁴ O.a. in art. 8 en 10 UVRM, art. 13 EVRM, art. 14 en 26 IVBPR, art. 47 - 50 EU-Grondrechtenhandvest.

Het College meent dat het wetsvoorstel hier onvoldoende in voorziet. De MvT vermeldt hierover: "Illegalen die het slachtoffer zijn van uitbuiting of geweld, zullen bij het melden van de misstanden bij de politie een beroep kunnen doen op overmacht in de zin van noodtoestand. Ook staat in de MvT dat voor vreemdelingen zonder verblijfsrechten die aangifte doen van een jegens hem gepleegd misdrijf of zich meldt als getuige van een ernstig misdrijf, vervolging wegens illegaal verblijf op dat moment niet aan de orde zal zijn.³⁵ Onduidelijk is wat wordt bedoeld met de zinsnede "op dat moment". Het laat in ieder geval veel interpretatieruimte en zal naar verwachting het doen van aangifte niet bevorderen.

In de praktijk zal het voor een vreemdeling die slachtoffer is van een misdrijf onvoldoende duidelijk zijn dat hij zich zonder risico's kan wenden tot de politie. Pas wanneer de aangekondigde beleidslijnen hierover duidelijk zijn, kan worden beoordeeld of er voldoende waarborgen zijn voor het doen van een veilige aangifte en toegang tot een effectief rechtsmiddel.

Door verschillende respondenten is voorts gesignaleerd dat door de komst van de wet strafbaarstelling illegaal verblijf de aangiftebereidheid van vreemdelingen zonder verblijfsrechten wanneer zij slachtoffer zullen zijn van uitbuiting, mensenhandel of een ander misdrijf (nog verder) zal dalen. Ook is gesignaleerd dat door de strafbaarstelling, het vertrouwen in de instanties die hulp bieden aan vreemdelingen zonder verblijfsrechten, zal afnemen. Daardoor zullen vreemdelingen ook minder snel de hulp van deze instanties zoeken als zij slachtoffer zijn van uitbuiting of andere misdrijven. Bijkomende effect is dat deze instanties daardoor ook minder vaak een bemiddelende rol kunnen vervullen om vreemdelingen aangifte te laten doen als zij slachtoffer zijn van een misdrijf.

Conclusie:

- Invoering van de wet strafbaarstelling illegaal verblijf verhoogt de kans dat vreemdelingen zonder verblijfsvergunning het risico lopen slachtoffer te worden van mensenhandel, uitbuiting of andere misdrijven en kunnen zich daartegen moeilijk te weer stellen.
- Vreemdelingen zonder verblijfsvergunning doen over het algemeen weinig aangifte als zij slachtoffer zijn van een misdrijf. Invoering van de wet strafbaarstelling illegaal verblijf, zal dit verder doen verminderen. Voor de bescherming van de vreemdeling en voor de opsporing en vervolging van misdrijven is het van belang dat er voorzieningen worden getroffen voor deze groep om veilig aangifte te kunnen doen. Daarnaast is flankerend beleid noodzakelijk om ook voor deze groep bescherming te bieden tegen mensenhandel en uitbuiting en andere misdrijven
- Hulporganisaties spelen een bemiddelende rol bij het doen van aangifte als een vreemdeling slachtoffer is geworden van een misdrijf en bij het zoeken naar bescherming hiertegen. De invoering van de wet strafbaarstelling illegaal verblijf zal tot gevolg hebben dat minder beroep zal worden gedaan op deze hulporganisaties.
- Er bestaat onduidelijkheid bij zowel vreemdelingen als bij hulporganisaties over de wijze van opsporing en vervolging van onrechtmatig verblijf en medeplichtigheid hieraan. Ter effectuering van de bescherming tegen uitbuiting en misdrijven is het noodzakelijk om hierover duidelijkheid te verschaffen. Aangifteplicht alsmede medeplichtigheid van hulporganisaties dient, wanneer onrechtmatig verblijf als misdrijf wordt gekwalificeerd, bij wet te worden uitgesloten.

³⁵ MvT, P. 11.