

Strafrecht als instrument van het migratiebeleid, of omgekeerd? De verwijderingsstraf.

Ellen Vandennieuwenhuysen

Onderzoeker Universiteit Antwerpen – Onderzoeksgroep Rechtshandhaving

Het strafrecht en het migratierecht en -beleid raken steeds meer met elkaar verweven. Een recent voorbeeld hiervan is de indiening van het wetsvoorstel tot invoeging van de verwijdering van het grondgebied als autonome straf in het Strafwetboek op 19 september 2019 door een aantal parlementsleden van Open Vld. Dit voorstel geeft de strafrechter de mogelijkheid om de verwijdering van het grondgebied op te leggen voor een bepaalde duur aan vreemdelingen die een misdrijf gepleegd hebben dat gestraft kan worden met een politie- of correctionele straf en die niet voldoen aan de voorwaarden inzake toegang en verblijf. In deze bijdrage wordt de draagwijdte van deze straf met inbegrip van haar gevolgen onderzocht en toegelicht, wordt de mogelijke meerwaarde van deze straf onderzocht, en worden een aantal kritische bedenkingen geformuleerd waarmee de wetgever rekening dient te houden.

I. Inleiding en afbakening

1. Het strafrecht en het migratierecht en -beleid raken steeds meer met elkaar verweven. Deze wisselwerking wordt ook wel ‘cimmigratie’ genoemd.¹ Hierdoor lijkt het strafrecht in toenemende mate te worden gecontroleerd en beheerd vanuit het perspectief van het migratierecht, en vice versa.² Zo breiden steeds meer landen het aantal en de types strafbaarstellingen van inbreuken op de migratiewetgeving uit.³ Ook in België worden inbreuken op de migratiewetgeving reeds strafrechtelijk gesanctioneerd. De Vreemdelingenwet⁴ bevat verschillende strafbepalingen.⁵ Zo bepaalt artikel 75 Vreemdelingenwet, eerste lid dat de vreemdeling die onwettig het Rijk binnenkomt of er verblijft, gestraft wordt met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en met een

¹ J. STUMPF, “Crimmigration Thesis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power”, *American University Law Review* 2006, (367) 381. Stumpf stelt dat crimmigratie zich op 3 domeinen uit: (1) de handhaving van het immigratierecht en het strafrecht overlappen elkaar steeds meer, (2) de handhaving van het immigratierecht lijkt steeds meer op de strafrechtelijke handhaving en (3) de procedurele aspecten van de vervolging van schendingen van het immigratierecht hebben veel van de kenmerken van de strafrechtelijke procedure overgenomen.

² J. STUMPF, “Crimmigration Thesis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power”, *American University Law Review* 2006, (367) 376, 679; J. VAN DER LEUN en S. DE RIDDER, “Het cumulatief punitief karakter van het migratierecht”, *Orde van de Dag* 2013, afl. 16, (29) 34; S. DE RIDDER, “Crimmigration en gedetineerden zonder verblijfsrecht in België”, *Panopticon* 2017, afl. 38, (338) 338-339.

³ A. ALIVERTI, “The Wrongs of Unlawful Immigration”, *Criminal Law & Philosophy* 2017, afl. 11, 375; M. BOSWORTH, K. FRANKO en S. PICKERING, “Punishment, globalization and migration control: ‘Get them the hell out of here’”, *Punishment & Society* 2018, afl. 20, (34) 54. Onder meer in België, Cyprus, Denemarken, Estland, Finland, Frankrijk, Duitsland, Griekenland, Ierland, Litouwen, Luxemburg, Roemenië, het Verenigd Koninkrijk en Zweden worden inbreuken op de migratiewet strafrechtelijk gesanctioneerd. European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2011, 42, doi:10.2811/31559. In Nederland werd het wetsvoorstel tot invoering van de strafbaarstelling van illegaal verblijf echter ingetrokken, www.stichtinglos.nl/content/strafbaarstelling-illegaal-verblijf; zie ook T. MILLER, “Blurring the Boundaries Between Immigration and Crime Control after September 11th”, *Boston College Third World Law Review*, 2005, (81) 82-85.

⁴ Wet 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, BS 13 december 1980, 14584 (hierna: Vw.)

⁵ Art. 75 - 81 Vw.

geldboete van 26 tot 200 euro of met een van die straffen alleen.⁶ In de praktijk wordt dit misdrijf echter zelden vervolgd. In de meeste gevallen wordt dit misdrijf bovendien slechts vervolgd in combinatie met andere misdrijven.⁷ De wetgever tracht nu een stap verder te zetten met een wetsvoorstel tot invoeging van de verwijdering van het grondgebied als autonome straf in het Strafwetboek dat op 19 september 2019 is ingediend door een aantal parlementsleden van Open Vld.⁸ In deze bijdrage wordt deze straf met inbegrip van haar gevolgen onder de loep genomen, waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan de mogelijke knelpunten. Hoewel het onzeker is in welke mate dit voorstel op een voldoende parlementaire meerderheid zal kunnen rekenen, roept het toch een aantal interessante vraagstukken op inzake het hanteren van strafrecht voor verblijfsrechtelijke doeleinden. Bovendien werd in 2015 een identiek voorstel ingediend,⁹ en een gelijkaardig voorstel in 2011.¹⁰

2. Doorheen de bespreking wordt vergeleken met Frans en Zwitsers recht. In beide landen kan de verwijderingsstraf immers op grond van het Strafwetboek worden opgelegd. Zo bepaalt artikel 130-30 van het Franse Strafwetboek:¹¹ *“Lorsqu'elle est prévue par la loi, la peine d'interdiction du territoire français peut être prononcée, à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable d'un crime ou d'un délit.*

L'interdiction du territoire entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, (...).”

3. Overeenkomstig artikel 66a Zwitsers Strafwetboek¹² is de rechter verplicht de verwijdering voor een termijn van vijf tot tien jaar uit te spreken, indien de vreemdeling veroordeeld wordt tot een straf op grond van de in het artikel bepaalde ernstige misdrijven. De rechter kan echter bij wijze van uitzondering afzien van een uitzetting als dit de vreemdeling in een ernstige persoonlijke situatie zou brengen en het algemeen belang bij de uitzetting niet zwaarder weegt dan het privébelang van de vreemdeling om in Zwitserland te blijven. In dit verband zal hij rekening houden met de bijzondere situatie van vreemdelingen die in Zwitserland geboren of getogen zijn. De rechter kan ook afzien van de uitzetting als de daad is gepleegd in een staat van verschoonbare verdediging of van verschoonbare noodzaak. Indien de vreemdeling wordt veroordeeld tot een straf of maatregel voor andere misdrijven dan die uit artikel 66a heeft hij de mogelijkheid deze straf uit te spreken.

4. Opvallend is dat in Frankrijk, in tegenstelling tot in Zwitserland¹³ en in België¹⁴, het louter illegaal verblijf niet meer strafbaar wordt gesteld. Voordien werd illegaal verblijf bestraft met

⁶ Art. 75 Vw. Verder wordt onder meer het aangaan van een schijnhuwelijk of een schijnwettelijke samenwoning en het schenden van een terugwijzings- of uitwijzingsbesluit strafbaar gesteld in art 79bis, 79ter resp. 76 Vw.

⁷ B. DE SMET, “Toetsing van het onderliggende bevel om het grondgebied te verlaten bij een strafvervolgung wegens illegaal verblijf” (noot onder Cass. 11 maart 2015), *RW* 2016-17, (898) 900; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 896.

⁸ Wetsvoorstel tot invoeging in het Strafwetboek van de verwijdering van het grondgebied als autonome straf en tot wijziging van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 55K0402/001 (hierna: Wetsvoorstel 2019). Ingediend door Katja Gabriëls, Egbert Lachart en Goedele Liekens.

⁹ Wetsvoorstel tot invoeging in het Strafwetboek van de verwijdering van het grondgebied als autonome straf en tot wijziging van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54K0893/001. Ingediend door Carina Van Cauter, Sabien Lahaye-Battheu en Vincent Van Quickenborne (Open Vld).

¹⁰ Wetsvoorstel tot invoering in het Strafwetboek van de verwijdering van het grondgebied als autonome straf, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1434/001, ingediend door Sabien Lahaye-Battheu, Carina Van Cauter, Herman De Croo, Patrick Dewael (Open Vld).

¹¹ Art. 130-1 Code pénal (hierna : Sw. (Fr.)).

¹² Art. 66a code pénal suisse (hierna : Sw. (Zw.)).

¹³ Art. 115 Loi sur les étrangers et l'intégration (hierna: Vw. (Zw.)).

¹⁴ Art. 75 Vw.

een gevangenisstraf van een jaar en een geldboete van 3750 euro.¹⁵ Het Hof van Justitie oordeelde echter in verschillende arresten dat de Terugkeerrichtlijn zich verzet tegen het opleggen van een gevangenisstraf louter omwille van illegaal verblijf.¹⁶ De Franse wetgever opteerde niet voor de mogelijkheid om enkel de mogelijke straffen te wijzigen, maar schrapte de strafbaarstelling volledig.¹⁷ Wel voerde de wetgever het nieuwe misdrijf “*maintien irrégulier sur le territoire*” in.¹⁸ Ook de strafbaarstelling van onwettige binnenkomst langs een binnengrens van de Schengenzone werd geschrapt naar aanleiding van rechtspraak van het Hof van Justitie.¹⁹ De strafbaarstelling van de binnenkomst zonder de voorwaarden van artikel 5 Schengengrenscodes te vervullen, blijft wel bestaan.²⁰

5. In België werd bovengenoemd artikel 75 Vreemdelingenwet niet aangepast naar aanleiding van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Wel oordeelt het Hof van Cassatie conform deze rechtspraak dat geen vrijheidsstraf opgelegd kan worden om de enige reden dat de betrokkene in strijd met een bevel om het grondgebied te verlaten, zonder geldige reden op het grondgebied aanwezig blijft. Deze sanctie kan echter wel opgelegd worden na een eerste overtreding van een dergelijk bevel.²¹

6. In wat volgt wordt het wetsvoorstel verder toegelicht. Zo worden de toepassingsvoorwaarden *ratione personae* en *ratione materiae* van de verwijderingsstraf onderzocht en worden reeds een aantal kritische opmerkingen geformuleerd. Na het schetsen van een duidelijk beeld van de straf wordt hetzelfde gedaan voor de *ratio legis*. Daarna wordt ingegaan op het rechtskarakter van de voorgestelde straf, met als vraag of deze een maatregel dan wel een straf vormt. Vervolgens worden enkele procedurele knelpunten besproken, net als de verschillende gevolgen die het wetsvoorstel zou teweegbrengen waarvoor de wetgever antwoorden dient te formuleren. Tenslotte wordt ingegaan op de meerwaarde die de straf zou kunnen bieden. Deze bijdrage wordt afgesloten met een kort besluit.

II. De straf tot verwijdering van het grondgebied toegelicht

7. Het wetsvoorstel, dat de bewoording van een vorig wetsvoorstel van 11 september 2015 overneemt²², voegt een nieuwe hoofdstraf toe aan het Strafwetboek, namelijk de verwijdering van het grondgebied. Het nieuw artikel 37bis/1, §1 zou het volgende bepalen: “*Indien een feit van die aard is om door een politiestraf of een correctionele straf gestraft te worden, kan de rechter als hoofdstraf de verwijdering van het grondgebied opleggen.*”

De verwijdering van het grondgebied bestaat in de verplichting voor een vreemdeling als bepaald bij artikel 1 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het

¹⁵ Oud artikel 621-1 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (hierna: Vw. (Fr.)).

¹⁶ HvJ 28 april 2011, C-61/11, ECLI:EU:C:2011:268, *El Didri/Frankrijk*; HvJ 6 december 2011, C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807, *Achughbabian/Frankrijk*.

¹⁷ M. SEGONDS, “Fasc. 20: Étrangers”, *JurisClasseur Lois pénales spéciales* 2019, 3, nr. 3.

¹⁸ Art. 624-1 Vw. (Fr.). Dit stelt het verdere illegaal verblijf van de vreemdeling die het voorwerp is geweest van een verwijderingsbevel, nadat hij het voorwerp heeft uitgemaakt van een regelmatige detentiemaatregel of huisarrest die is geëindigd zonder dat hij kan worden verwijderd, strafbaar.

¹⁹ Oud art. 621-2, 2° Vw. (Fr.); Circulaire du 5 novembre 2018 du ministère de la justice présentant les dispositions de droit pénal immédiatement applicables de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie; M. SEGONDS, “Fasc. 20: Étrangers”, *JurisClasseur Lois pénales spéciales* 2019, 4, nr. 6; HvJ 7 juni 2016, nr. C-47/15, ECLI:EU:C:2016:408, *Affum/Frankrijk*.

²⁰ Art. 621-1, 1° Vw. (Fr.).

²¹ Cass. 30 november 2011, AR P.11.1497.F, APT 2012, 199.

²² Wetsvoorstel tot invoeging in het Strafwetboek van de verwijdering van het grondgebied als autonome straf en tot wijziging van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54K0893/001. Ingediend door Carina Van Cauter, Sabien Lahaye-Battheu en Vincent Van Quickenborne (Open Vld).

grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen²³, die veroordeeld is en op het ogenblik van het vonnis de voorwaarden inzake toegang tot het grondgebied of verblijf niet vervult of niet langer vervult, het grondgebied te verlaten voor een duur die wordt bepaald overeenkomstig § 2. Die verplichting om het grondgebied te verlaten gaat gepaard met een verbod van toegang en verblijf voor diezelfde duur.”

8. In het regeerakkoord m.b.t. de legislatuur 2014-2019 werd reeds overeengekomen dat de regering de mogelijkheid zou onderzoeken om in het Strafwetboek een straf op te nemen die een verbod oplegt om (tijdelijk of definitief) op het grondgebied te verblijven aan een persoon die niet beschikt over de Belgische nationaliteit en die schuldig wordt bevonden aan het plegen van welbepaalde misdrijven.²⁴ Deze straf, die onder meer voorkomt in Frankrijk en Zwitserland, is niet weerhouden in de werkzaamheden van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht.²⁵ De straf is evenmin terug te vinden in het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek, ingediend op 24 september 2019.²⁶

9. Het Belgische wetsvoorstel dat de verwijdering invoert, vereist daarentegen niet het plegen van welbepaalde misdrijven vooraleer de verwijderingsstraf kan worden uitgesproken. De straf kan immers naar aanleiding van eender welk misdrijf worden opgelegd.²⁷ Het stelt echter als premisse - en hierin verschilt het wetsvoorstel van het regeerakkoord en de overeenkomstige straffen in Frankrijk en Zwitserland - dat de vreemdeling (niet) langer voldoet aan de voorwaarden inzake toegang tot het grondgebied of verblijf.

2.1 Toepassingsgebied *ratione personae*

A. Begrip: de vreemdeling die de voorwaarden inzake toegang of verblijf niet (langer) vervult

10. De Vreemdelingenwet bepaalt de verschillende voorwaarden waaraan vreemdelingen moeten voldoen vooraleer ze recht hebben op toegang of verblijf op het grondgebied. Meer specifiek worden in Hoofdstuk II van de eerste titel de voorwaarden betreffende de toegang tot het grondgebied en het kort verblijf²⁸ bepaald. Hoofdstuk III regelt de voorwaarden voor de toekenning van een verblijf van meer dan drie maanden. Tenslotte bepaalt de wet ook de toegangs- en verblijfsvoorwaarden voor bepaalde categorieën van vreemdelingen, waaronder EU-burgers en hun familieleden, vluchtelingen en subsidiair beschermden, studenten, en hooggekwalificeerde werknemers.

11. Indien de vreemdeling de voorwaarden voor toegang tot het grondgebied niet vervult, kan hij worden teruggedreven.²⁹ Indien hij de voorwaarden tot het verkrijgen van verblijf niet (langer) vervult, kan de minister of zijn gemachtigde³⁰ het verblijf weigeren of beëindigen en

²³ Dit is een persoon die niet de Belgische nationaliteit bezit, art. 1, 1^o Vw.

²⁴ Regeerakkoord 2014-2019, 9 oktober 2014, 117, https://www.premier.be/sites/default/files/articles/accord_de_gouvernement_-_regeerakkoord.pdf. Zie ook K. GEENS, *Het justitieplan: een efficiëntere justitie voor meer rechtvaardigheid*, Brussel, Federale overheidsdienst Justitie, 2015, 34.

²⁵ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar Een Nieuw Strafwetboek? Het Voorstel van de Commissie Tot Hervorming van Het Strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 591 p.

²⁶ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 55K0417/001. Zie ook Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54K3651/001.

²⁷ Mits het een misdrijf is dat van die aard is om door een politiestraf of een correctionele straf gestraft te kunnen worden en indien het geen uitgesloten misdrijf vormt.

²⁸ Dit is een verblijf van maximum drie maanden.

²⁹ Art. 4 *juncto* art. 3 Vw.; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 75.

³⁰ Dit zijn de minister bevoegd over de Vreemdelingenwet resp. een ambtenaar van de Dienst Vreemdelingenzaken.

een bevel om het grondgebied te verlaten afgeven.³¹ De vreemdeling krijgt een termijn waarin hij het grondgebied vrijwillig kan verlaten. Indien dit niet gebeurt kan de vreemdeling uiteindelijk gedwongen worden verwijderd.³²

12. De redenen voor de teruggrijping of het afgeven van een bevel om het grondgebied te verlaten zijn divers: het niet bezitten van de juiste documenten; niet over voldoende bestaansmiddelen beschikken; gesignaleerd zijn in het Schengeninformatiesysteem; sedert minder dan tien jaar zijn teruggewezen of uitgezet zonder dat deze maatregel werd ingetrokken of opgeschort; het voorwerp uitmaken van een inreisverbod; lijden aan een bepaalde ziekte; een beroep uitoefenen zonder in het bezit te zijn van de vereiste machtiging;³³ niet kunnen bewijzen dat men werk zoekt, noch over voldoende bestaansmiddelen beschikken, noch ingeschreven zijn voor het volgen van een opleiding;³⁴ het plegen van fraude voor het verkrijgen van het verblijf³⁵, en zo verder.

13. Hieruit blijkt duidelijk dat er heel wat voorwaarden inzake toegang en verblijf na te leven zijn. Het is echter de vraag of het wetsvoorstel wel op al deze voorwaarden doelt.

14. De premisse van het niet voldoen aan de voorwaarden inzake toegang en verblijf doet immers sterk denken aan het constitutioneel bestanddeel van het misdrijf zoals omschreven in artikel 75 Vreemdelingenwet. In dat artikel wordt het volgende bepaald: *“Onder voorbehoud van artikel 79, wordt de vreemdeling die onwettig het Rijk binnenkomt of er verblijft, gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en met geldboete van zesentwintig euro tot tweehonderd euro of met een van die straffen alleen.*

Met dezelfde straffen wordt gestraft de vreemdeling die verplicht werd bepaalde plaatsen te verlaten, ervan verwijderd te blijven of in een bepaalde plaats te verblijven, en die zich zonder geldige reden aan deze verplichting onttrekt.

In geval van herhaling binnen de termijn van drie jaar van een van de misdrijven bedoeld in het eerste en het tweede lid, worden die straffen gebracht op gevangenisstraf van een maand tot een jaar en op geldboete van honderd euro, tot duizend euro of op een van die straffen alleen.”

15. De wetgever heeft echter nagelaten om exacter te omschrijven wat bedoeld wordt met “onwettig het Rijk binnenkomen of er verblijven”. In de rechtsleer werd reeds opgemerkt dat de wetgever beter de artikels had opgesomd waarvan de niet-naleving tot de kwalificatie “onwettige binnenkomst” of “onwettig verblijf” aanleiding geeft. Uit de wet volgt immers niet duidelijk of men zich schuldig maakt aan onwettig verblijf indien men in het Rijk verblijft zonder houder te zijn van de vereiste documenten, of indien men zich bevindt in de artikel 7 Vreemdelingenwet opgesomde gevallen, of indien men in het Rijk verblijft zonder daartoe toegelaten of gemachtigd te zijn.³⁶

16. Tot op heden wordt slechts onbetwist aanvaard dat de vreemdeling op grond van artikel 75 Vreemdelingenwet kan worden bestraft indien hij zich in de gevallen van artikel 7, eerste lid, 1° en 2° Vreemdelingenwet bevindt. Dit is het geval indien hij in België verblijft zonder in het

³¹ Zie bv. Art. 7, 44^{ter}, §1 (unieburgers), 61 (student) Vw. Deze bevoegdheid is echter niet steeds gebonden.

³² Art. 44^{quinquies}, § 1 en 74/15, § 2 Vw.

³³ Art. 3 en 7 Vw.

³⁴ Art. 40, § 4, 1° Vw.

³⁵ Art. 43, § 1, 1° Vw.

³⁶ M. DE KOCK, J. DE CEUSTER, J. DE JONGHE en P. VAN NUFFEL, *De nieuwe verblijfsregeling voor vreemdelingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 177, nr. 294; L. DUPONT en D. TIELEMANS, “Administratieve en strafrechtelijke sancties” in L. BOLLEN en H. HOUTTE (eds.), *De Vreemdelingenwet. commentaar op de Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 44, nr. 57.

bezit te zijn van de vereiste documenten, of indien hij er langer verblijft dan de toegestane termijn zonder een toelating of machtiging tot verblijf te hebben. In de andere gevallen bepaald in artikel 7, eerste lid, 3°-12° Vreemdelingenwet is er immers geen sprake van een onwettig verblijf zolang er geen bevel om het grondgebied te verlaten is afgegeven. Pas wanneer de vreemdeling geen gevolg geeft aan dit bevel, maakt hij zich schuldig aan onwettig verblijf zoals strafbaar gesteld in artikel 75 Vreemdelingenwet.³⁷ Ook tijdens de termijn voor vrijwillig vertrek verblijft de vreemdeling aldus onwettig in België.³⁸ De correctionele rechtbank te Brussel meende dat dit op voorwaarde is dat de verwijderingsmaatregel wettig is en in zoverre er geen annulatie- en schorsingsverzoek werd ingediend.³⁹

17. Toch lijken er nog enkele onduidelijkheden te bestaan in de rechtsleer. DE KOCK meende dat terecht verdedigd kon worden dat men zich niet aan onwettige binnenkomst schuldig maakt indien men zich bevindt in de in artikel 3 Vreemdelingenwet voorziene gevallen omdat de terugdrijving slechts facultatief is.⁴⁰ De overheid kan de toegang aan de vreemdeling weigeren. Er is aldus geen sprake van een gebonden bevoegdheid. Slechts indien de vreemdeling binnenkomt zonder in het bezit te zijn van de vereiste documenten maakt hij zich schuldig aan onwettige binnenkomst.⁴¹

DENYS leidt echter uit artikel 1, § 1, 4° Vreemdelingenwet, ingevoegd op 19 januari 2012 met de omzetting van de Terugkeerrichtlijn, af dat ook het feit dat de vreemdeling niet (meer) voldoet aan de voorwaarden van artikel 3 Vreemdelingenwet illegaal of onwettig verblijf uitmaakt.⁴² Dit artikel 1, § 1, 4° definieert illegaal verblijf als de aanwezigheid op het grondgebied van de vreemdeling die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden voor de toegang tot of het verblijf op het grondgebied.

18. Tenslotte dient erop gewezen te worden dat het wetsvoorstel niet dezelfde bewoording als artikel 75 Vreemdelingenwet hanteert, noch verwijst naar het desbetreffende artikel.

19. Bovendien definieert de Terugkeerrichtlijn, die gemeenschappelijke regels vaststelt voor terugkeer en verwijdering van derdelanders die illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven, illegaal verblijf nog net iets anders, namelijk als de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat, van een onderdaan van een derde land die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden voor toegang die zijn vastgesteld in artikel 5 van de Schengengrenscode, of aan andere voorwaarden voor toegang tot, verblijf of vestiging in die lidstaat.⁴³ Het uitgangspunt van de Terugkeerrichtlijn is dat de staat een bevel om het grondgebied te verlaten moet afleveren aan de vreemdelingen in illegaal verblijf en dat deze ook effectief moeten worden uitgewezen.⁴⁴

³⁷ L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 895; M. DE KOCK, J. DE CEUSTER, J. DE JONGHE en P. VAN NUFFEL, *De nieuwe verblijfsregeling voor vreemdelingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 178, nr. 296.

³⁸ Art. 74/14, § 2 Vw.; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 763.

³⁹ Corr. Brussel 30 juni 2017, *RDE* 2017, 650.

⁴⁰ M. DE KOCK, J. DE CEUSTER, J. DE JONGHE en P. VAN NUFFEL, *De nieuwe verblijfsregeling voor vreemdelingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 177, nr. 295.

⁴¹ Art. 2 Vw.; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 894; M. DE KOCK, J. DE CEUSTER, J. DE JONGHE en P. VAN NUFFEL, *De nieuwe verblijfsregeling voor vreemdelingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 177, nr. 295.

⁴² L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 894-895.

⁴³ Art. 3 (2) Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, *Pb.L.* 24 december 2008, afl. 348/98 (hierna: Terugkeerrichtlijn).

⁴⁴ Art. 7 Vw. en art. 8, § 1 Terugkeerrichtlijn; H. VAN VRECKOM, "De omzetting van de Terugkeerrichtlijn in het Belgisch recht", *T.Vreemd.* 2012, nr. 4, (260) 261.

20. Bij de omzetting van de Terugkeerrichtlijn week de Belgische wetgever af van het in beginsel facultatieve karakter van verwijderingsmaatregelen.⁴⁵ Overeenkomstig artikel 7, eerste lid Vreemdelingenwet heeft de overheid in de bepaalde gevallen onder 1°, 2°, 5°, 9°, 11° en 12° geen appreciatievrijheid, maar is zij verplicht om het bevel om het grondgebied te verlaten af te geven.⁴⁶ Er is aldus sprake van een gebonden bevoegdheid.

21. We bespraken reeds het onwettig verblijf overeenkomstig artikel 75 Vreemdelingenwet en het illegaal verblijf zoals gedefinieerd in de Terugkeerrichtlijn. Artikel 25/3 Wet Externe Rechtspositie hanteert nog een andere terminologie. Dit artikel bepaalt dat de strafuitvoeringsmodaliteit van voorlopige invrijheidsstelling met het oog op verwijdering van het grondgebied kan opgelegd worden aan “*de veroordeelde, van wie op grond van een advies van de Dienst Vreemdelingenzaken blijkt dat hij niet toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf in het Rijk*”. Artikel 55 bepaalt dat de vreemdeling in dat geval verplicht is om het grondgebied effectief te verlaten en het hem verboden is om tijdens de proeftijd terug te keren naar België zonder in orde te zijn met de wetgeving en de reglementering betreffende de toegang, het verblijf of de vestiging in het Rijk en zonder de voorafgaande toelating van de strafuitvoeringsrechtbank.⁴⁷

22. Gelet op de coherentie is het aangewezen dat de wetgever de terminologie aanpast en overeenstemt met de andere bepalingen, indien hij steeds dezelfde categorie vreemdelingen bedoelt.

23. De wetgever zou een concrete invulling kunnen geven aan de voorwaarden inzake toegang en verblijf door bijvoorbeeld de gevallen waarin de rechter de verwijderingsstraf kan opleggen op te sommen. Dit kunnen zoals gesteld de gevallen zijn waarin de vreemdeling reeds een bevel om het grondgebied te verlaten heeft gekregen. Ook mogelijk zijn de gevallen wanneer de vreemdeling zich in de situatie van artikel 7, 1° en 2° bevindt, of in alle gevallen van artikel 7 waarin de overheid een gebonden bevoegdheid heeft. Tevens kan de wetgever besluiten dat indien de vreemdeling niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 3 of andere voorwaarden inzake toegang en verblijf, de rechter hem de verwijderingsstraf kan opleggen. Dit lijkt echter slechts mogelijk indien de rechter zelf de bevoegdheid heeft de verblijfsstatus van de vreemdeling te onderzoeken met dezelfde beoordelingsbevoegdheid die de overheid heeft. Hierop wordt verder in deze bijdrage ingegaan.

B. Uitsluiting van Unieburgers?

24. Merkwaardig genoeg wordt in de toelichting bij het wetsvoorstel gesteld dat de niet-Belgische burgers van de Europese Unie ten allen tijde voldoen aan de voornoemde

⁴⁵ RvS 28 juni 2011, nr. 214.221; L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 741 en 751.

⁴⁶ Dit is het geval wanneer: de vreemdeling niet in het bezit is van een geldig verblijfsdocument (art. 7, 1°); hij langer in het Rijk verblijft dan de overeenkomstig artikel 6 bepaalde termijn of er niet in slaagt het bewijs te leveren dat deze termijn niet overschreden werd (art. 7, 2°); hij, met het oog op weigering van toegang en verblijf signaleerd staat in het Schengeninformatiesysteem, of in de Algemene Nationale Gegevensbank (art. 7, 5°); hij, met toepassing van de internationale overeenkomsten of akkoorden die België binden, of met toepassing van op 13 januari 2009 geldende bilaterale overeenkomsten tussen de lidstaten van de Europese Unie en België, door de overheden van de overeenkomstsluitende Staten, ter verwijdering van het grondgebied van deze Staten, aan de Belgische overheden wordt overgedragen (art. 7, 9°); hij minder dan tien jaar geleden werd teruggewezen of uitgezet en deze maatregel niet werd opgeschort of ingetrokken (art. 7, 11°); hij het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod dat niet opgeschort of opgeheven is (art. 7, 12°).

⁴⁷ Art. 55, 4° Wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten, BS 15 juni 2006, 30455 (hierna: Wet Externe Rechtspositie).

voorwaarden in verband met de toegang tot het grondgebied of het verblijf. Hieruit volgt dat de verwijderingsstraf niet op hen van toepassing zou zijn.

25. Vermoedelijk verwijst het voorstel naar de voorwaarden onder Titel I, Hoofdstuk II Toegang tot het grondgebied, kort verblijf en illegaal verblijf. Deze voorwaarden zijn enkel van toepassing op derdelanders.

26. Nochtans moeten ook de burgers van de Europese Unie wel degelijk voldoen aan bepaalde voorwaarden om geldig in België te kunnen verblijven. Deze voorwaarden worden geregeld onder Titel II, Hoofdstuk I Vreemdelingen, burgers van de Unie en hun familieleden en vreemdelingen, familieleden van een Belg. Deze bepalingen vormen een omzetting van de Burgerschapsrichtlijn.⁴⁸

27. Unieburgers worden vermoedelijk buiten de toepassingsveld van het wetsvoorstel gelaten vanwege de Burgerschapsrichtlijn die stelt dat men pas verwijderd kan worden indien men een onredelijke belasting voor het socialebijstandstelsel vormt en geen werknemer, zelfstandige of werkzoekende is, of indien men een bepaald gevaar voor de openbare orde of nationale veiligheid vormt.⁴⁹ Bovendien kan een verwijderingsbesluit om andere redenen dan openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid niet verbonden worden aan een verbod het grondgebied binnen te komen.⁵⁰ Ten slotte kan de staat slechts een maatregel tot verwijdering van het grondgebied nemen bij wijze van straf, indien deze de artikelen in acht neemt die de lidstaten toelaten een verwijderingsbesluit te nemen op grond van redenen van openbare orde en nationale veiligheid en hier bepaalde waarborgen voor stellen.⁵¹ Zo moet de maatregel onder meer steeds op grond van het persoonlijk gedrag gegrond zijn, moet de vreemdeling een bepaalde gradatie van gevaar vormen, dienen bepaalde beoordelingselementen in overweging genomen worden, en dient het proportionaliteitsbeginsel te worden gerespecteerd.⁵²

28. In Frankrijk en Zwitserland kan de verwijderingsstraf wel tevens opgelegd worden ten aanzien van een Unieburger.⁵³ De Unieburger die een inbreuk maakt op de toegangs- of verblijfsvoorwaarden in Frankrijk zal echter slechts geldboete moeten betalen, in tegenstelling tot een derdelander die een grondgebiedverbod van drie jaar opgelegd kan krijgen.⁵⁴ Bovendien kan het levenslang grondgebiedverbod niet worden opgelegd aan een Unieburger ingevolge rechtspraak van het Hof van Justitie.⁵⁵

⁴⁸ Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51K2845/001, 4; Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *Pb.L.* 29 juni 2004, afl. 229/ 35 (hierna: Burgerschapsrichtlijn).

⁴⁹ Art. 14, vierde lid en overweging 16 Burgerschapsrichtlijn.

⁵⁰ Art. 15, derde lid Burgerschapsrichtlijn.

⁵¹ Art. 33 Burgerschapsrichtlijn.

⁵² Art. 27 en 28 Burgerschapsrichtlijn.

⁵³ I. HAREL-DUTIROU, “Art. 131-30 à 131-30-2 - Fasc. 20 : INTERDICTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS”, *JurisClasseur Pénal Code* 2011, bijgewerkt tot 4 juni 2019, 4-3, nr. 14.

⁵⁴ I. HAREL-DUTIROU, “Art. 131-30 à 131-30-2 - Fasc. 20 : INTERDICTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS”, *JurisClasseur Pénal Code* 2011, bijgewerkt tot 4 juni 2019, 4-3, nr. 14.

⁵⁵ HvJ 19 januari 1999, nr. C-348/96, ECLI:EU:C:1999:6, *Calfa*, § 23; V. TCHEN, “ Fasc. 524-22 : Étrangers. – Expulsion. – Interdiction judiciaire du territoire ”, *JurisClasseur Droit International* 2017, bijgewerkt tot 1 januari 2019, 47, nr. 264.

29. De Zwitserse strafrechter dient rekening te houden met de Overeenkomst tussen Zwitserland en de Europese Unie.⁵⁶ Artikel 5 van de bijlage bij deze Overeenkomst bepaalt dat slechts redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid een beperking op de vrijheden kan rechtvaardigen. Om deze overeenkomst na te leven, die zo in een afweging van belangen voorziet bij de verwijdering van een vreemdeling en om het automatische karakter van artikel 66a te temperen, kan de rechter, zoals reeds gesteld, bij wijze van uitzondering afzien van het opleggen van de verwijderingsstraf.⁵⁷ Dit is het geval wanneer de uitwijzing de vreemdeling in een ernstige persoonlijke situatie zou brengen en dat het algemeen belang niet opweegt tegen het persoonlijk belang van de vreemdeling om in Zwitserland te blijven.⁵⁸ Overeenkomstig artikel 5, lid 1, van de bijlage bij de Overeenkomst is de rechtspraak van oordeel dat de rechter, om een Unieburger te kunnen uitwijzen, moet aantonen "dat er sprake is van een reële en zekere ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast".⁵⁹

30. De uitsluiting van Unieburgers van het toepassingsgebied van de verwijderingsstraf zou op het eerste gezicht een discriminatie kunnen lijken. Het EHRM heeft echter in het verleden steeds aangenomen dat voor het onderscheid dat gemaakt wordt tussen Unieburgers en derdelanders bij uitwijzingen een objectieve en redelijke verantwoording bestaat, verwijzend naar de bijzondere rechtsorde waartoe deze onderdanen behoren,⁶⁰ en naar het Unieburgerschap⁶¹. Dit Unieburgerschap zal waarschijnlijk als voldoende worden beschouwd om aan te nemen dat er geen discriminatie voorligt.

31. Het is opmerkelijk dat het wetsvoorstel niet in een uitzondering voorziet voor de familieleden van de Unieburger.⁶² Zij bezitten echter op grond van Uniewetgeving vaak - net zoals de Unieburgers - een bijzonder statuut. In het wetsvoorstel werd hier echter geen rekening mee gehouden. Verschillende elementen lijken hierdoor strijdig met het Unierecht te zijn. Hierop wordt verder in deze bijdrage ingegaan.

C. Bijkomende personele uitzonderingen?

32. Het wetsvoorstel voorziet niet in personele uitzonderingen waarin de verwijderingsstraf niet zou kunnen worden uitgesproken, tenzij de uitsluiting van Unieburgers en minderjarigen.

33. In Frankrijk kan de straf echter niet uitgesproken worden in vijf gevallen. Dit is zo bij vreemdelingen die een tijdelijke verblijfstitel wegens ziekte hebben of die reeds een bepaalde tijd in Frankrijk hebben gewoond. De vereiste duur is afhankelijk van de leeftijd waarop de

⁵⁶ Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Zwitserse Bondsstaat, anderzijds, over het vrije verkeer van personen - Slotakte - Gemeenschappelijke verklaringen - Informatie betreffende de inwerkingtreding van de zeven overeenkomsten met de Zwitserse Bondsstaat in de sectoren vrij verkeer van personen, luchtvervoer en overlandvervoer, overheidsopdrachten, wetenschappelijke en technologische samenwerking, wederzijdse erkenning van overeenstemmingsbeoordeling en handel in landbouwproducten, *Pb.L.* 30 april 2002, afl. 114, 6-72 (hierna: Overeenkomst).

⁵⁷ S. GRODECKI en Y. JEANNERET, "L'expulsion judiciaire / IV. - VI." in A.-S. DUPONT en A. KUHN (eds.), *Droit pénal – Evolutions en 2018*, Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn – CEMAJ – Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2017, (143) 153, nr. 47.

⁵⁸ Art. 66a, tweede lid Sw. (Zw.).

⁵⁹ Tribunal Fédéral, 20 februari 2017, nr. 2C_1097/2016, 4.2-4.3.

⁶⁰ EHRM 18 februari 1991, nr. 12313/86, *Moustaquim/België*, § 49; EHRM 8 juni 2010, nrs. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 en 56001/08, *Maggio/Italië*, beslissing.

⁶¹ EHRM 7 augustus 1996, nr. 21794/93, *C./België*, § 38.

⁶² De familieleden waarop in deze bijdrage wordt gedoeld zijn de echtgenoot, de geregistreerde partner, de rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn, alsmede die van de echtgenoot of geregistreerde partner beneden de leeftijd van 21 jaar of te hunnen laste en de rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn, alsmede die van de echtgenoot of geregistreerde partner die hen te laste zijn, overeenkomstig artikel 2 Burgerschapsrichtlijn.

vreemdeling in Frankrijk is aangekomen; het al dan niet (gehad) hebben van een huwelijk van vier jaar met een Frans staatsburger; of het hebben van een kind.⁶³

Deze uitzonderingen gelden echter niet indien de vreemdeling zich schuldig maakte aan de misdrijven opgesomd in artikel 131-30-2, laatste lid Strafwetboek. Dit zijn onder meer terroristische misdrijven en aanslagen op de fundamentele belangen van de staat.

Het grondgebiedverbod kan nooit uitgesproken worden ten aanzien van een minderjarige.⁶⁴

34. In vijf gevallen dient de rechter de straf bijzonder te motiveren, wat betreft de ernst van het misdrijf en de persoonlijke en familiale situatie van de vreemdeling.⁶⁵

35. In Zwitserland bestaan in beginsel geen vooraf bij wet bepaalde uitzonderingen, tenzij de uitzondering dat de straf niet uitgesproken kan worden ten aanzien van minderjarigen.⁶⁶ Artikel 66a, tweede lid van het Zwitsers Strafwetboek verplicht de rechter echter een belangenafweging uit te voeren. Hierbij houdt de rechter rekening met de bijzondere situatie van de vreemdeling die geboren of opgegroeid is in Zwitserland. Bovendien kan de rechter besluiten de uitwijzing niet uit te spreken indien het misdrijf gepleegd werd in “*défense excusable*” of “*nécessité excusable*”.⁶⁷

36. Zowel in het wetsvoorstel als in de Vreemdelingenwet zijn geen uitzondering terug te vinden op het uitwijzen van vreemdelingen. Tot 2017 konden vreemdelingen die in België geboren waren of vreemdelingen die voor hun twaalf jaar in België aankwamen en er sindsdien voornamelijk en legaal verbleven, niet uitgezet of uitgewezen worden om redenen van openbare orde of nationale veiligheid.⁶⁸ De schrapping van deze zogenaamde “onvervreemdbaarheidsclausule” leidde tot kritiek dat hierdoor een risico voor schending van het recht op privé- en familielevens, het non-discriminatiebeginsel en het evenredigheidsbeginsel ontstond.⁶⁹ Het Grondwettelijk Hof oordeelde in zijn arrest van 18 juli 2019 dat de schrapping van dit artikel de Grondwet niet schendt indien de wet zo wordt geïnterpreteerd dat zij de mogelijkheid tot verwijdering van deze vreemdelingen beperkt tot de gevallen van terrorisme of zeer zware criminaliteit.⁷⁰ Dit is in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM. Het EHRM oordeelt immers dat artikel 8 EVRM geen absolute bescherming biedt tegen uitwijzing van vreemdelingen die geboren zijn in de gaststaat of daar wonen sinds hun vroege kindertijd. Wel zijn er ernstige redenen vereist voor de verwijdering van een gesettlede migrant die heel of het grootste deel van zijn kindertijd en jeugd in de gaststaat heeft verbleven.⁷¹

⁶³ Art. 131-30-2 Sw. (Fr.). Deze bepaling is echter niet van toepassing wanneer de feiten waarop de veroordeling is gebaseerd, zijn gepleegd tegen de echtgenoot of kinderen van de vreemdeling of enig ander kind waarover hij het ouderlijk gezag uitoefent.

⁶⁴ Art. 20-4 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

⁶⁵ Art. 131-30-1 Sw. (Fr.) Dit geldt echter slechts in correctionele zaken.

⁶⁶ Art. 3 Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 20 juin 2003, RS 311.1.

⁶⁷ Art. 66a, tweede lid, resp. derde lid Sw. (Zw.); art. 16 en 18 Sw (Zw.).

⁶⁸ Voormalig artikel 21, § 1 Vw.

⁶⁹ Verslag bij het Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, met het doel de bescherming van de openbare orde en de nationale veiligheid te versterken, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54K2215/003, 12-14; J. DE CONINCK en Y. EL KADDOURI, “Openbare orde en nationale veiligheid in de Belgische Vreemdelingenwet: Individuele rechten theoretisch en illusoir?”, *T.Vreemd.* 2018, afl. 4, 302-317; K. BELORF, “Deportatiewet Francken: waar blijft het middenveld?”, *DeWereldMorgen.be* 15 februari 2017; Open brief, “Geen tweederangsburgers in onze democratische rechtstaat,” *De Morgen* 28 februari 2017.

⁷⁰ GwH 18 juli 2019, nr. 112/2019, B.24.10.

⁷¹ EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov/Oostenrijk*, § 75.

Alleszins zullen rechters bij hun oordeel over het al dan niet opleggen van de verwijderingsstraf steeds het recht op bescherming van het privé- en gezinsleven zoals gewaarborgd in artikel 8 EVRM moeten respecteren.⁷²

37. Tenslotte kan er nog op gewezen worden dat de verwijderingsstraf beschouwd zou kunnen worden als discriminerend in haar toepassingsgebied, aangezien eigen onderdanen voor het begaan van dezelfde misdrijven niet uitgewezen kunnen worden.⁷³ Het EHRM oordeelde echter reeds in 1991 dat in het licht van de regeling waardoor een vreemdeling het land kan worden uitgezet wegens een strafrechtelijke veroordeling, Belgen niet te vergelijken zijn met vreemdelingen. Een staat mag haar eigen onderdanen immers niet uitzetten op basis van artikel 3 Protocol 4 EVRM.⁷⁴ Bijgevolg kan niet geoordeeld worden dat er sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Bovendien is het criterium waarop het onderscheid gebaseerd wordt niet meer de nationaliteit, in tegenstelling tot de straffen in Frankrijk, Zwitserland, en de straf voorgesteld in het regeerakkoord, maar het al dan niet illegaal verblijf.

Eventueel zou men zelfs kunnen stellen dat er in de omgekeerde zin sprake is van discriminatie. De vreemdeling die hoe dan ook een bevel om het grondgebied te verlaten zou krijgen van de Dienst Vreemdelingenzaken wegens het niet voldoen aan de voorwaarden inzake toegang en verblijf, en hetzelfde misdrijf pleegt als een Belg, lijkt niet meer afzonderlijk bestraft te worden als reactie op het misdrijf dat hij pleegde, indien hem slechts de verwijderingsstraf wordt opgelegd.

2.2 Toepassingsgebied *ratione materiae*

38. De straf kan slechts worden opgelegd indien het feit van die aard is om door een politiestraf of een correctionele straf gestraft te worden.⁷⁵ Ook gecorrectionaliseerde misdaden kunnen bijgevolg met deze straf gestraft worden.

De rechter mag de straf niet opleggen voor bepaalde zware feiten, met name gijzelneming (art. 347*bis* Sw.), seksueel misbruik (art. 275-377 Sw.), uitbuiting van ontucht en van prostitutie voor feiten gepleegd op of met minderjarigen (art. 379-387 Sw.) en doodslag in zijn verschillende vormen (art. 393-397 en 475 Sw.).⁷⁶ Het wetsvoorstel stelt dat dit ernstige feiten zijn waarover de regering van oordeel blijft dat die met een gevangenisstraf moeten worden

⁷² Niet alleen verwijderingsmaatregelen, maar ook wegeringen tot afgifte van een verblijfsrecht of van voortgezet verblijf en beëindigen van dit verblijfsrecht kunnen een inmenging vormen op het recht op privé- of familielevens, EHRM 18 oktober 2006, nr. 46410/99, *Üner/Nederland*, resp. EHRM 30 juni 2015, nr. 39350/13, *A.S./Zwitserland*, § 44-46; EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10, *Jeunesse/Nederland*, § 105 en 120; EHRM 10 juli 2014, nr. 52701/09, *Mugenzi/Frankrijk*, § 51-52, resp. EHRM 26 april 2018, nr. 63311/14, *Hoti/Koratië*, § 141; EHRM 11 juli 2000, nr. 29192/95, *Ciliz/Nederland*, § 67 en 72. De proportionaliteitstoets moet zowel bij beslissingen over het voortgezet verblijf, als over het eerste verblijf worden gevoerd, EHRM 26 april 2018, nr. 63311/14, *Hoti/Koratië*, § 141; EHRM 18 oktober 2006, nr. 46410/99, *Üner/Nederland*, resp. EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10, *Jeunesse/Nederland*, § 121. Het Hof heeft het privéleven opgebouwd in precair of onwettig verblijf reeds als beschermenswaardig beschouwd, EHRM 4 december 2012, nr. 47017/09, *Butt/Noorwegen*, § 79 en §90; EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Nunez/Noorwegen*, § 67 en 72; EHRM 3 oktober 2010, nr. 12738/10, *Jeunesse/Nederland*, § 108.

⁷³ M. BOUHON, “La peine d’interdiction de territoire en quête de sens face aux mesures d’éloignement existantes”, *RDPC* 2016, (365) 391-393; M. DURANTON, “Interdiction du territoire français : Du prononcé à l’extinction, le fil d’Ariane de l’exception”, *La Revue des Droits de l’Homme* 2016, (1) 3.

⁷⁴ EHRM 18 februari 1991, nr. 12313/86, *Moustaquim/Belgie*, § 49. Zie ook GwH 18 juli 2019, nr. 112/2019, B.22.1.

⁷⁵ Art. 4 Wetsvoorstel 2019.

⁷⁶ *Ibid.*; Wetsvoorstel 2019 6; Zie bv. ook Wetsontwerp tot invoering van de probatie als autonome straf in het Strafwetboek, tot wijziging van het Wetboek van strafvordering, het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53K3274/001, 8.

bestraft.⁷⁷ Uitgezonderd de gijzelneming en doodslag gepleegd om diefstal of afpersing te vergemakkelijken of om de straffeloosheid ervan te verzekeren, zijn dit dezelfde misdrijven als diegenen waarvoor de andere alternatieve hoofdstraffen niet kunnen worden opgelegd.⁷⁸

39. Net zoals de werkstraf, het elektronisch toezicht en de autonome probatiestraf kan de verwijderingsstraf slechts worden uitgesproken indien de beklaagde op de terechtzitting aanwezig of vertegenwoordigd is, de rechter de draagwijdte van de straf heeft toegelicht en de beklaagde hierover is gehoord. De rechter die de straf weigert uit te spreken, hoewel deze door het openbaar ministerie gevorderd werd of door de beklaagde werd gevraagd, moet zijn beslissing met redenen omkleden.⁷⁹ Anders dan bij de andere alternatieve straffen is er evenwel geen instemming vereist van de betrokkene.⁸⁰ De rechter kan aldus geen verwijderingsstraf opleggen aan de vreemdeling die bewust niet verschijnt ter terechtzitting of die zich niet laat vertegenwoordigen. De vraag rijst dan ook of hierdoor geen mogelijke ontsnappingsroute ontstaat, en de vreemdeling zich hierdoor eenvoudig aan de oplegging van een verwijderingsstraf kan onttrekken.

Het Openbaar Ministerie, de onderzoeksrechter, de onderzoeksgerechten en de vonnisgerechten kunnen de Dienst Vreemdelingenzaken de opdracht geven een voorlichtingsrapport op te stellen over de mogelijkheid om de betrokken persoon van het grondgebied te verwijderen. Het blijft echter de rechter die uitspraak moet doen over de opportuniteit van een verwijderingsstraf.⁸¹

40. De verplichting om het grondgebied te verlaten gaat gepaard met een eveneens strafrechtelijk verbod van toegang en verblijf voor diezelfde duur. Deze duur bedraagt minstens één jaar en hoogstens 20 jaar.⁸² De verwijderingsstraf kan niet met de bestraffingsmodaliteit van het uitstel worden uitgesproken.⁸³

41. De straf wordt beschouwd als een hoofdstraf die minder zwaar is dan een gevangenisstraf maar zwaarder dan een straf onder elektronisch toezicht. De straf mag bijgevolg niet in combinatie worden uitgesproken met een gevangenisstraf, straf onder elektronisch toezicht, werkstraf of autonome probatiestraf.⁸⁴ Wel moet een vervangende gevangenisstraf worden opgelegd, waarbij rekening wordt gehouden met de duur van de eventueel al uitgevoerde verwijdering.⁸⁵

2.3 Ratio legis

42. Opmerkelijk genoeg wordt in het wetsvoorstel met geen woord gerept over het doel van de invoering van de verwijderingsstraf. Het wetsvoorstel van 5 mei 2011, waarbij het huidige wetsvoorstel sterk aanleunt, werd onmiskenbaar gemotiveerd met het tegengaan van de overbevolking in de Belgische gevangenissen.⁸⁶ Dit voorstel stelde dat de gevangenissen

⁷⁷ Wetsvoorstel 2019, 6.

⁷⁸ Art. 37ter, § 1, tweede lid, 37quinquies, § 1, tweede lid, 37octies, § 1, tweede lid Sw. Bijzonder is dat het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek voorziet dat voor bepaalde seksuele misdrijven de autonome probatiestraf weer mogelijk moet zijn.

⁷⁹ Art. 4 Wetsvoorstel 2019; Art. 37octies, § 3, 37ter, § 4, 37quinquies, § 3 Sw.

⁸⁰ Art. 37octies, § 3, 37ter, § 4, 37quinquies, § 3 Sw.

⁸¹ Art. 5 Wetsvoorstel 2019; Wetsvoorstel 2019, 5.

⁸² Art. 4 Wetsvoorstel 2019.

⁸³ Art. 8 Wetsvoorstel 2019.

⁸⁴ Wetsvoorstel 2019, 6.

⁸⁵ Art. 4 Wetsvoorstel 2019.

⁸⁶ Wetsvoorstel 2019, 3; Wetsvoorstel tot invoering in het Strafwetboek van de verwijdering van het grondgebied als autonome straf, *Parl.St. Kamer* 2010-11, nr. 53K1434/001, ingediend door Sabien Lahaye-Battheu, Carina Van Cauter, Herman De Croo, Patrick Dewael (Open Vld). Uit cijfers van het Directoraat-Generaal Penitentiaire Inrichtingen blijkt dat dit in 2016 44% was, Directoraat-Generaal Penitentiaire Inrichtingen, *Jaarverslag 2016*, Brussel, FOD Justitie, 2017, 41.

destijds bevolkt werden door 43% vreemdelingen.⁸⁷ In het voorstel werd aangekaart dat het zeer moeilijk is de vreemdeling zijn straf te laten uitzitten in het buitenland.⁸⁸ Daarnaast verwees het naar de ineffectieve uitvoering van de verwijdering van het grondgebied als strafmodaliteit voor vreemdelingen zonder verblijf.⁸⁹ Bovendien vreesden de indieners van het voorstel nog steeds voor een ondercapaciteit van de gevangenis, zelfs na de bouw van de extra cellen en gevangenis die toen voorzien waren.⁹⁰ Deze vrees blijkt ondertussen duidelijk terecht.

43. Het wetsvoorstel van 2011 trachtte eveneens de verwijdering als hoofdstraf in te voeren. Bijzonder is dat het voorstel het niet voldaan zijn aan de voorwaarden inzake toegang en verblijf niet als premisse vooropstelde, dit in tegenstelling tot huidig voorstel.

44. Hoewel het huidige wetsvoorstel nauw aanleunt bij het voorstel van 2011 is de motivering van de overbevolking van de gevangenis niet overgenomen, noch wordt verwezen naar een ander motief.

45. In Zwitserland lijkt het voornaamste doel van de (herinvoering) van de verplichte en facultatieve verwijderingsstraf ervoor te zorgen dat buitenlanders die veroordeeld zijn voor bepaalde ernstige strafbare feiten of die abusief sociale zekerheids- of bijstandsuitkeringen hebben ontvangen, al hun rechten op verblijf in Zwitserland worden ontnomen en worden uitgezet.⁹¹ Volgens de Zwitserse regering is het doel van de verwijderingsstraf het verhinderen dat vreemdelingen nieuwe misdrijven (kunnen) plegen in Zwitserland.⁹²

46. Het vinden van de motivering voor het invoeren van de verwijderingsstraf in Frankrijk is iets minder voor de hand liggend, daar de straf oorspronkelijk ingevoerd werd voor de meest ernstige inbreuken op de Drugswet.⁹³ Vervolgens werd het in het Strafwetboek uitgebreid tot enkele van de meest ernstige misdrijven (misdrijven tegen de menselijkheid, moord en doodslag, verkrachting, gewelddaden, terreurdaden, vals geld, enz.). Het toepassingsgebied is aldus geleidelijk, maar steeds verder uitgebreid tot verschillende inbreuken gedefinieerd door het strafwetboek, de arbeidswetgeving en de verblijfswetgeving.⁹⁴

⁸⁷ Wetsvoorstel tot invoering in het Strafwetboek van de verwijdering van het grondgebied als autonome straf, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1434/001, 3.

⁸⁸ Wetsvoorstel tot invoering in het Strafwetboek van de verwijdering van het grondgebied als autonome straf, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1434/001, 3-5.

⁸⁹ Wetsvoorstel tot invoering in het Strafwetboek van de verwijdering van het grondgebied als autonome straf, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1434/001, 5-8, met verwijzing naar art. 26 van de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de gedetineerde, *BS* 15 juni 2006, 30455.

⁹⁰ Wetsvoorstel tot invoering in het Strafwetboek van de verwijdering van het grondgebied als autonome straf, *Parl.St.* Kamer 2011, nr. 53K1434/001, 3.

⁹¹ Message concernant l'initiative populaire "Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)" et la modification de la loi fédérale sur les étrangers du 24 juin 2009, *FF* 2008-2451 (4571) 4580; Message concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire (Mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels), *FF* 2013-0152, (5373) 5374.

⁹² Message concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire (Mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels), *FF* 2013-0152, (5373) 5398.

⁹³ Loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite de substances vénéneuses; I. HAREL-DUTIROU, "Art. 131-30 à 131-30-2 - Fasc. 20 : INTERDICTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS", *JurisClasseur Pénal Code* 2011, bijgewerkt 4 tot juni 2019, 2, nr. 2.

⁹⁴ Service des études juridiques, division des études de législation comparée, *la double peine*, Les documents de travail du sénat, série législation comparée peine, 11 januari 2003, nr. LC 117, 2. Zie voor een recent overzicht: I. HAREL-DUTIROU, "Art. 131-30 à 131-30-2 - Fasc. 20 : INTERDICTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS", *JurisClasseur Pénal Code* 2011, bijgewerkt tot 4 juni 2019, 8-11, nrs. 37-54.

47. De vraag rijst aldus of het voorliggende wetsvoorstel tot invoering van de verwijderingsstraf weer ingegeven werd door de gevangenisoverbevolking en of dit een valabel argument is voor het invoeren van de verwijderingsstraf.

48. Het indijken van overbevolking in gevangenissen lijkt een legitieme doelstelling. Overbevolkte gevangenissen hebben vaak een verminderde werking van de diensten en plaatsgebrek tot gevolg, wat kan leiden tot mensonwaardige toestanden en een schending van artikel 3 EVRM.⁹⁵

49. Toch moet de vraag gesteld worden of de verwijderingsstraf aan haar doelstelling tegemoet kan komen. De gevangenissen zullen alleszins ontlast worden indien de strafrechter er regelmatig voor kiest deze straf op te leggen. Dit is in het bijzonder het geval indien de vreemdeling vrijwillig vertrekt of onmiddellijk kan worden gerepatrieerd. Aangezien het wetsvoorstel niet bepaalt wat er gebeurt indien dit niet het geval is, zou teruggevallen kunnen worden op de procedure uit de Vreemdelingenwet. Het wetsvoorstel bepaalt slechts dat de minister of diens afgevaardigde na het in kracht van gewijsde treden van de rechterlijke beslissing, de vreemdeling per aangetekende brief in kennis stelt van de verplichting zich binnen tien dagen na ontvangst aan te melden bij de Fedasil, teneinde de verwijderingsprocedure aan te vangen.⁹⁶

50. Indien er geen andere dwingende maatregelen doeltreffend zijn, en in het bijzonder wanneer er een risico op onderduiken bestaat, of indien de vreemdeling de voorbereiding van de terugkeer of verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert, kan de vreemdeling die niet binnen de gestelde termijn gevolg gegeven heeft aan de verwijderingsmaatregel, of die geen termijn voor vrijwillig uitvoering heeft bekomen, worden opgesloten voor de tijd die strik noodzakelijk is voor de uitvoering van deze maatregel.⁹⁷ De Unieburger en zijn familieleden kunnen enkel worden vastgehouden indien redenen van openbare orde, nationale veiligheid of volksgezondheid dit vereisen, en indien geen minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast.⁹⁸

Deze opsluitingen gelden voor een maximumduur van 2 maanden, maar kunnen telkens met twee maanden verlengd worden.⁹⁹ De maximumduur van de vrijheidsberoving bedraagt vijf maanden. Daarna wordt de vreemdeling in vrijheid gesteld. Deze verlengde termijn kan echter verder verlengd worden indien de vrijheidsberoving noodzakelijk is voor de bescherming van de openbare orde of de nationale veiligheid. De vrijheidsberoving wordt dan telkens verlengd met een maand, tot de termijn van 8 maanden bereikt wordt.¹⁰⁰ Bij een wederrechtelijk verzet tegen de repatriëring kan de Dienst Vreemdelingenzaken een nieuwe beslissing tot vrijheidsberoving nemen, waardoor een nieuwe termijn begint te lopen.¹⁰¹

Aanvankelijk werden vreemdelingen in verblijfsdetentie steeds opgesloten in gevangenissen. Reeds geruime tijd worden vreemdelingen in gesloten centra en woonunits opgesloten,

⁹⁵ EHRM 25 november 2014, nr. 64682/12, *Vasilescu/België*; EHRM 22 oktober 2009, nr. 17885/04, *Orchowski/Polen*.

⁹⁶ Wetsvoorstel 2019, 11-12.

⁹⁷ Art. 7, tweede en derde lid, *juncto* art. 7, eerste lid, 21, 22 of 24 Vw.; art. 27, § 3, eerste lid, art. 74/14, § 3 Vw.

⁹⁸ Art. 44*septies*, § 1, eerste lid Vw.

⁹⁹ Art. 7; 27, § 3, en 44*septies*, § 1, tweede lid Vw.

¹⁰⁰ Art. 7, derde, vijfde, zevende en achtste lid; 44*septies*, § 1, laatste lid Vw.

¹⁰¹ Cass. 6 februari 2007, AR P.06.1660.N; Cass. 31 maart 2004, AR P.04.0248.F; EHRM 2 juni 2005, nr. 52467/99, *Kabongo/België*. Zie ook V. VEREECKE, "Ruimer wettigheidstoezicht op vrijheidsberoving van vreemdelingen.", *T.Vreemd.* 2013, 323-328.

waarvoor nieuwe gebouwen werden opgericht, of oude of vernieuwde ontruimde gevangenissen worden gebruikt.¹⁰²

Aangezien de vreemdeling die een verwijderingsstraf opgelegd krijgt een misdrijf heeft gepleegd, is het echter mogelijk de vreemdeling onder te brengen bij andere veroordeelden van gemeen recht of personen in voorlopig hechtenis.

Zolang de vreemdeling niet gerepatriëerd kan worden, kan hij worden ondergebracht in een gesloten centrum of een gevangenis, die ook met overbevolking te kampen (kunnen) hebben.

51. Anderzijds zou de vreemdeling overeenkomstig de regels van de voorlopige hechteniswet¹⁰³ in bepaalde gevallen onmiddellijk kunnen worden aangehouden ter terechtzitting en worden opgesloten in de zogenaamde arresthuizen.

52. Bovendien bestaat reeds de strafuitvoeringsmodaliteit van de voorlopige invrijheidstelling met het oog op de verwijdering van het grondgebied. Deze modaliteit kan door de strafuitvoeringsrechtbank worden toegekend aan vreemdelingen zonder verblijfsrecht met een straftotaal van meer dan drie jaar.¹⁰⁴ Voor veroordeelden met een straftotaal van drie jaar of minder geldt een gelijkaardige mogelijkheid.¹⁰⁵

Aangezien de vreemdeling die deze strafuitvoeringsmodaliteit toegekend krijgt, reeds na één derde van zijn straf de gevangenis mag verlaten, zou deze modaliteit kunnen gezien worden als een maatregel om de overbevolking in gevangenissen tegen te gaan en zou eventueel gesteld kunnen worden dat de verwijderingsstraf niet nodig is.

Dit is echter bedenkelijk, nu de modaliteit door de strafuitvoeringsrechtbanken en gevangenisdirecteurs beschouwd wordt als gunst. Bovendien staan ze weigerachtig tegenover de toekenning van de modaliteit als de vreemdeling nog familie in België heeft of geen banden heeft met het eigen land. Ook vereisen verschillende rechters een bewijs van onderdak en werk of een andere dagbesteding vooraleer ze de modaliteit toekennen.¹⁰⁶ Zowel in gevallen waarin de vreemdeling niet geïdentificeerd is,¹⁰⁷ als in de gevallen waarin ze denken dat de vreemdeling niet zal vertrekken, doordat deze bijvoorbeeld geen gevolg heeft gegeven aan een

¹⁰² L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 856.

¹⁰³ Wet 20 juli 190 betreffende de voorlopige hechtenis, *BS* 14 augustus 1990, 15779.

¹⁰⁴ Art. 47 Wet Externe Rechtspositie.

¹⁰⁵ Ministeriële omzendbrief nr. 1817 van de Federale Overheidsdienst Justitie, 15 juli 2015 betreffende de voorlopige invrijheidstelling van veroordeelden die één of meer vrijheidsstraffen ondergaan waarvan het uitvoerbaar gedeelte drie jaar of minder bedraagt, niet gepubliceerd, zoals gewijzigd door Ministeriële omzendbrief nr. 1817bis van de Federale Overheidsdienst Justitie, 29 april 2016 betreffende de voorlopige invrijheidstelling van veroordeelden die één of meer vrijheidsstraffen ondergaan waarvan het uitvoerbaar gedeelte drie jaar of minder bedraagt, niet gepubliceerd. <https://privaat.advocaat.be/Documenten/OVB/MO%201817%20-%20Voorlopige%20invrijheidstelling.pdf> resp. <https://privaat.advocaat.be/Documenten/OVB/MO%201817bis%20-%20Voorlopige%20invrijheidstelling.pdf>.

¹⁰⁶ L. DE PELECIJN, S. DE RIDDER en V. SCHEIRS, “Wie niet weg is, is gezien? De beslissing tot voorlopige invrijheidstelling van gedetineerde vreemdelingen zonder verblijfsrecht door de strafuitvoeringsrechtbank”, *Panopticon* 2017, afl. 38 (5), (319) 321-325, 328. Zie hierover ook S. DE RIDDER en L. BREULS, “De vervroegde invrijheidstelling van buitenlandse gedetineerden zonder verblijfsrecht” in: K. BEYENS en S. SNACKEN (eds.), *Straffen. Een penologisch perspectief*, Antwerpen, Maklu, 2017, 703-717.

¹⁰⁷ L. DE PELECIJN, S. DE RIDDER en V. SCHEIRS, “Wie niet weg is, is gezien? De beslissing tot voorlopige invrijheidstelling van gedetineerde vreemdelingen zonder verblijfsrecht door de strafuitvoeringsrechtbank”, *Panopticon* 2017, afl. 38 (5), (319) 327 en 334. Art. 64, 8° Wet Externe Rechtspositie bepaalt bovendien dat de voorlopige invrijheidstelling met het oog op de verwijdering van het grondgebied herroepen kan worden als de veroordeelde na het verkrijgen van de modaliteit nalaat of weigert effectief het grondgebied te verlaten, niet meewerkt met zijn verwijdering, niet meewerkt met zijn identificatie met het oog op het verkrijgen van een reisdocument of terugkeert zonder de vereiste toestemming van de strafuitvoeringsrechtbank.

eerder afgeleverd bevel om het grondgebied te verlaten, zullen ze terughoudend zijn om de modaliteit toe te kennen.¹⁰⁸

Deze terughoudendheid leidt ertoe dat de strafuitvoeringsmodaliteit beschouwd kan worden als een onvoldoende middel om de overbevolking van de gevangenen tegen te gaan. Het is echter mogelijk dat de strafrechter die over de opportuniteit van de verwijderingsstraf beslist, dezelfde bedenkingen heeft. Of de verwijderingsstraf echt aan deze doelstelling tegemoet kan komen, lijkt vooralsnog onduidelijk.

53. Een andere motivering kan het sneller en efficiënter verwijderen van vreemdelingen in onregelmatig verblijf zijn. Ook hier is het betwistbaar of de straf haar doelstelling kan realiseren.

De verwijderingsstraf kan immers pas worden uitgevoerd zodra de veroordeling in kracht van gewijsde getreden is, d.i. als alle rechtsmiddelen tot en met het cassatieberoep uitgeput zijn of hun termijnen verstreken zijn. Deze rechtsmiddelen verhinderen namelijk de uitvoering van de bestreden beslissing.¹⁰⁹ BOUCKAERT veronderstelde reeds dat het feit dat de vervolging van inbreuken op artikel 75 Vreemdelingenwet geen prioriteit van de parketten vormt, wellicht verband houdt met het feit dat aan deze illegale verblijfhouders doorgaans een verwijderingsmaatregel wordt betekend op grond waarvan zij vastgehouden kunnen worden in een gesloten detentiecentrum. *“Daarbovenop nog een (langdurige) strafrechtelijke vervolgings- en bestraffingsprocedure opstarten, achtten de meeste parketmagistraten weinig zinvol.”*¹¹⁰

Bovendien moet erop gewezen worden dat de rechter geen verwijderingsstraf kan opleggen aan de vreemdeling die bewust niet verschijnt ter terechtzitting of die zich niet laat vertegenwoordigen. De vraag rijst dan ook in hoeveel gevallen de rechter deze straf in de praktijk zal kunnen opleggen.

54. Tenslotte kan de vreemdeling die niet in aanmerking kwam voor de voorlopige invrijheidstelling met de oog op verwijdering van het grondgebied, of die zelf opteerde om zijn straf volledig uit te zitten,¹¹¹ maar het voorwerp uitmaakt van een uitvoerbaar koninklijk besluit tot uitzetting, van een uitvoerbaar ministerieel besluit tot terugwijzing, of van een uitvoerbaar bevel tot verlaten van het grondgebied met bewijs van effectieve verwijdering, op grond van artikel 20/1 Wet Externe Rechtspositie effectief verwijderd worden, of worden overgebracht naar een plaats die valt onder de bevoegdheid van de minister bevoegd over de Vreemdelingenwet, reeds zes maanden voor het einde van het uitvoerbaar gedeelte van de vrijheidsstraf waartoe hij is veroordeeld. De minister van Justitie of zijn gemachtigde verleent de invrijheidstelling met dit oogmerk.¹¹²

III. Rechtskarakter: straf of maatregel?

55. Bij het bespreken van deze straf dient ook te worden stil gestaan bij de vraag of er sprake is van een werkelijke straf waarop alle rechtsgevolgen van een straf van toepassing zijn, of van een maatregel. Het Hof van Cassatie definieert de straf nu eens als de oplegging door de

¹⁰⁸ L. DE PELECIJN, S. DE RIDDER en V. SCHEIRS, “Wie niet weg is, is gezien? De beslissing tot voorlopige invrijheidstelling van gedetineerde vreemdelingen zonder verblijfsrecht door de strafuitvoeringsrechtbank”, *Panopticon* 2017, afl. 38 (5), (319) 330-331, 333.

¹⁰⁹ Art. 428, eerste lid Sv.; F. DERUYCK, *Overzicht van het Belgisch strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 279.

¹¹⁰ S. BOUCKAERT, “Criminalisering van migratie en de (toenemende) grenzen van het recht” in B. WILLY, E. DE WREE, J. GOETHALS, P. PONSAERS, P. VAN CASTER, T. VANDER BEKEN en C. VERMEULEN (eds.), *Van pionier naar onmisbaar: over 30 jaar Panopticon*, Antwerpen, Maklu, 2009, (737) 741.

¹¹¹ V. VEREECKE, “De invrijheidstelling van veroordeelde vreemdelingen”, *T.Vreemd.* 2017, (159) 163.

¹¹² Art. 20/1 Wet Externe Rechtspositie.

rechterlijke macht van een door de wet bepaald leed als sanctie op een gepleegd misdrijf¹¹³, dan weer als een kwaad dat als sanctie wordt opgelegd voor een daad die bij wet verboden is¹¹⁴. Leedtoevoeging lijkt voor het Hof aldus essentieel.¹¹⁵

56. Ook het EHRM hanteert een bepaald sanctiebeprip aan de hand van de drie zogenaamde Engelcriteria, die het Hof ontwierp in rechtspraak rond artikel 6 EVRM. Dit artikel voorziet in verschillende waarborgen die een eerlijk proces garanderen in burgerlijke en strafrechtelijke zaken.

57. Nu de verwijdering als hoofdstraf kan worden uitgesproken door de strafrechter, en de nationale wetgever de verwijdering kwalificeert als straf, zou men kunnen denken dat alle waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing zijn. Niets lijkt echter minder waar te zijn. Het Hof oordeelde immers in zijn principe arrest *Maaouia/Frankrijk* dat beslissingen omtrent de toegang, het verblijf, en de uitwijzing van vreemdelingen geen straf uitmaken in de zin van de Engelcriteria. Het Hof stelde dat de meeste landen van de Raad van Europa verwijderingsmaatregelen niet als strafrechtelijke maatregelen kwalificeren, maar als preventieve beveiligingsmaatregelen die door een administratieve overheid worden opgelegd en die geen beoordeling inhouden van de gegrondheid van een eventueel tegen de betrokken vreemdeling ingestelde strafvordering. *In casu* werd de verwijderingsmaatregel echter opgelegd door de strafrechter nadat deze had vastgesteld dat de betrokkene een misdrijf had gepleegd. Dit deed volgens het Hof niets af aan preventieve karakter ervan.¹¹⁶ Op dit arrest en de redenering die het Hof destijds maakte, is behoorlijk wat kritiek geuit, zowel in *dissenting* en *concurring opinions*,¹¹⁷ als in de rechtsleer¹¹⁸.

58. Zo stelde rechter COSTA in zijn *concurring opinion*, eveneens onderschreven door rechters HEDIGAN en PANTÎRU, dat een verbanningsbevel uitgesproken door de strafrechter, beschouwd dient te worden als een bijkomende straf die niet alleen preventief maar ook punitief van aard is. Hij meent dat deze beslissing bijgevolg onder het strafrecht en onder het toepassingsgebied van artikel 6, § 1 EVRM valt.

¹¹³ Cass. 14 juli 1924, *Pas.* 1924, I, 473; Cass. 16 maart 1970, *Arr.Cass.* 1970, 675; C. VAN DEN WYNGAERT, P. TRAEEST en S. VANDROMME, *Strafrecht & strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2017, 402.

¹¹⁴ Cass. 14 januari 2004, AR P.03.1185.F.

¹¹⁵ J. ROZIE, "Ceci n'est pas une peine... Over de vraag hoe lang het hybride Belgische sanctiebeprip nog overeind kan blijven?" in F. DERUYCK (ed.), *De wet voorbij: Liber Amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (319) 326.

¹¹⁶ EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98, *Maaouia/Frankrijk*, § 39. Zie ook I. BRYAN en P. LANGFORD, "Impediments to the Expulsion of Non-Nationals: Substance and Coherence in Procedural Protection under the European Convention Human Rights", *Nordic Journal of International Law* 2010, afl. 79, 457-479; S. VANDROMME, "Cumul van strafrechtelijke, burgerrechtelijke, administratiefrechtelijke maatregelen t.a.v. illegale, criminele en/of frauderende vreemdelingen (met inbegrip van de ontneming van de Belgische nationaliteit): ne bis in idem?" in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Samenloop van strafrechtelijke, privaatrechtelijke en bestuurlijke sancties*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (19) 48-49.

¹¹⁷ Zie bv. *Concurring opinion* van rechter Costa en *dissenting opinion* van rechter Louciades.

¹¹⁸ A. BALDACCINI en E. GUILD (eds.), *Terrorism and the Foreigner. A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 100-105; C. FOLDER, "Family Rights and Integration Law: a European Perspective" in H. SCHNEIDER (ed.) *Migration, integration and citizenship: a challenge for Europe's future*, Maastricht, Forum Maastricht, 2005, Volume II, (71) 74; E. LONCKE, *Het recht op toegang tot de Raad van State als cassatierechter*, Brugge, die Keure / la Charte, 2018, 61-65; H. TIGROUDJA "L'inapplicabilité de l'article 6, § 1er de la Convention à la procédure de relèvement d'une interdiction du territoire", *RTDH* 2002, (446) 447. Zie ook M.-F. VALETTE, "DOUBLE PEINE"/ LES FAUSSES NOTES DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME Cour européenne des droits de l'homme, Gde Ch., Üner c. Pays-Bas, 18 octobre 2006", *RTDH* 2007, afl. 72, (1101) 1117-1118.

Ook rechter BRATZA was van mening dat een uitwijzing onder het toepassingsgebied van artikel 6, § 1 kan komen, op voorwaarde dat de uitwijzing door een rechter als straf werd opgelegd bij een veroordeling tot een misdrijf.

Het is dan ook vaste rechtspraak van het Hof dat de drie Engelcriteria als alternatief dienen te worden beschouwd. Dit wil zeggen dat ofwel de sanctie internrechtelijk als straf wordt gekwalificeerd, of de aard van de inbreuk ertoe leidt dat de reactie erop als straf wordt gekwalificeerd, of uit de aard en de ernst van de sanctie volgt dat deze als straf dient te worden beschouwd.¹¹⁹ De internrechtelijke kwalificatie wordt door het Hof weliswaar niet als determinerend beschouwd. Dit is met name om te voorkomen dat de toepassing van artikel 6 EVRM eenvoudigweg kan worden omzeild door de partijen bij het verdrag door de nationale kwalificatie van de sancties.¹²⁰

Bijgevolg zou het Hof artikel 6 EVRM in principe van toepassing moeten verklaren indien de sanctie nationaalrechtelijk wordt gekwalificeerd als straf, en wordt pas overgegaan tot de toetsing van de andere Engelcriteria om een sanctie alsnog als straf in de zin van artikel 6 EVRM te kunnen beschouwen.¹²¹ Hierdoor lijkt het Hof in het arrest *Maaouia/Frankrijk* een foute toepassing van de criteria te hebben gemaakt.¹²²

59. Anderzijds ging het in de zaak van *Maaouia* over de herroeping van bevel om het grondgebied te verlaten voor tien jaar dat opgelegd was als aanvullende straf door de strafrechter, als veroordeling voor het niet naleven van een voorgaand verwijderingsbevel.

60. Het Hof lijkt zijn redenering echter niet helemaal door te trekken. In het arrest *Gurguchiani/Spanje* oordeelde het immers dat de vervanging van een gevangenisstraf door een uitwijzing en een inreisverbod van tien jaar een straf vormde in de zin van artikel 7 EVRM en dat ook artikel 6 EVRM erop van toepassing was.¹²³ MACQ stelt zich dan ook de vraag of hieruit afgeleid kan worden dat deze maatregel wel beschouwd zou kunnen worden als een straf indien ze door een strafrechter als hoofdstraf wordt uitgesproken, en niet als bijkomende straf.¹²⁴

61. Tenslotte was rechter LOUCAIDES in zijn *dissenting opinion* die ook onderschreven werd door rechter TRAJA, iets verregaander van mening dat burgerlijke rechten en verplichtingen zo ruim moeten worden geïnterpreteerd dat alles wat niet als strafrechtelijk kan worden gekwalificeerd, burgerlijk is. Volgens hem is het doel van artikel 6, § 1 EVRM immers om, via judiciële waarborgen, een eerlijke rechtsbedeling te garanderen aan eenieder die zijn juridische rechten of plichten laat vaststellen.

¹¹⁹ EHRM 8 juni 1976, nrs. 100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, *Engel/Nederland*; EHRM 15 november 2016, nrs. 24130/11 en 29758/11, *A. en B./Noorwegen*, § 105.

¹²⁰ EHRM 8 juni 1976, nrs. 100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, *Engel/Nederland*, § 81; EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79, *Öztürk/Duitsland*, § 52; D. SLATER, S. THOMAS en D. WAELBROECK, “Competition Law Proceedings before the European Commission and the Right to a Fair Trial: No Need for Reform”, *European Competition Journal* 2009, afl. 5, (97) 100-101.

¹²¹ J. ROZIE, “Ceci n’est pas une peine... Over de vraag hoe lang het hybride Belgische sanctiebeprijp nog overeenind kan blijven?” in F. DERUYCK (ed.), *De wet voorbij: Liber Amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (319) 324.

¹²² S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen: grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen, Maklu, 2007, nr. 576.

¹²³ EHRM 15 december 2009, nr. 16012/06, *Gurguchiani/Spanje*, § 40, § 47-48.

¹²⁴ C. MACQ, “Le point sur le retrait du droit au séjour et l’éloignement pour motifs d’ordre public des étrangers en séjour legal”, *RDE* 2018, afl. 198, (179) 215, voetnoot 308.

62. Ondanks de kritiek, heeft het Hof heeft zijn rechtspraak sindsdien verschillende malen bevestigd.¹²⁵ Deze rechtspraak van het Hof heeft grote gevolgen voor de rechtswaarborgen van de vreemdeling en is dan ook betreurenswaardig, niet in het minst omdat de verwijdering voor vele vreemdelingen aanvoelt als een volwaardige, zware straf.¹²⁶

63. Anderzijds heeft de geuite kritiek voornamelijk betrekking op gevallen waarin vreemdelingen die legaal in het land verblijven, worden verwijderd ingevolge het plegen van het misdrijf of omdat ze volgens de overheid een gevaar vormen voor de openbare orde. Bij de bespreking van huidig wetsvoorstel dient erop gewezen te worden dat het gaat om vreemdelingen in irregulier verblijf, die in beginsel¹²⁷ hoe dan ook een bevel om het grondgebied te verlaten zullen krijgen van de Dienst Vreemdelingenzaken.

IV. Procedureel knelpunt: de rechter in het vaarwater van het bestuur?

4.1 Wie bezit de beoordelingsbevoegdheid?

64. Het voorstel geeft de rechter de mogelijkheid de verwijderingsstraf op te leggen aan de vreemdeling die niet aan de toegangs- en verblijfsvoorwaarden voldoet. Uiteraard rijst dan de vraag wie beslist over het al dan niet voldaan zijn van deze voorwaarden. Aangezien het wetsvoorstel zwijgt over wie de beoordelingsbevoegdheid bezit, dienen de verschillende mogelijkheden te worden onderzocht.

65. Een eenvoudige interpretatie naar analogie met artikel 75 Vreemdelingenwet lijkt niet mogelijk wegens de onduidelijkheid die rond de correcte toepassing van het artikel heerst. Overeenkomstig dit artikel bestraft de rechter de vreemdeling die onwettig het Rijk binnenkomt of er verblijft, met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en met een geldboete van 26 tot 200 euro of met een van die straffen alleen. In een arrest van 11 maart 2015 stelt het Hof dat het misdrijf van illegaal verblijf los van een verwijderingsmaatregel kan bestaan. De rechter baseert het misdrijf van illegaal verblijf immers niet op het bestaan van een bevel om het grondgebied te verlaten, maar op de vaststelling dat de bestanddelen van dat wanbedrijf verenigd zijn. Het Hof verwijst voor deze conclusie echter enkel naar artikel 7, eerste lid, 1° en 2° Vreemdelingenwet. Dit zijn gevallen waarin de vreemdeling in het Rijk verblijft zonder houder te zijn van de vereiste documenten of er langer verblijft dan de toegestane termijn. Het Hof spreekt zich bijgevolg niet uit over de vraag of de strafrechter artikel 75 Vreemdelingenwet ook in andere gevallen kan toepassen los van een voorafgaande verwijderingsmaatregel. Hoeveel belang aan dit arrest gehecht moet worden, is onduidelijk. Het lijkt immers een alleenstaand arrest te zijn, dat tevens bekritiseerd werd in de rechtsleer.¹²⁸ Ook andere arresten van het Hof brengen geen opheldering over wat juist de bevoegdheid van de rechter zou kunnen zijn in relatie tot beslissingen van de Dienst Vreemdelingenzaken.

66. Het huidig wetsvoorstel geeft de rechter de bevoegdheid om aan de Dienst Vreemdelingenzaken een voorlichtingsrapport vragen over de mogelijkheid om de betrokken vreemdeling van het grondgebied te verwijderen. Het voorstel verplicht de rechter echter niet tot het vragen van voornoemd rapport. Vermoedelijk zijn de indieners van het voorstel van mening dat dit in het voordeel is van de procesduur. In zeer duidelijke gevallen van het niet of

¹²⁵ EHRM 7 juni 2016, nr. 20672/15, *Findikoglu/Duitsland*, § 44 (beslissing); EHRM 14 april 2015, nr. 65692/12, *Tatar/Zwitserland*, § 61; EHRM 10 januari 2012, nr. 22251/07, *G.R./Nederland*, § 48; EHRM 14 februari 2008, nr. 12338/02, *Hussain/Roemenië*, § 98.

¹²⁶ Zo verklaarde de verzoeker in de zaak Üner dat hij liever langer gestraft zou zijn, als dat tot gevolg had dat niet uitgewezen zou worden, EHRM 18 oktober 2006, nr. 46410/99, *Üner/Nederland*, § 44.

¹²⁷ Dit zal afhangen van welke bevoegdheid de rechter zal krijgen, zie infra onder “4.2 Bevoegdheid van de rechter overeenkomstig het wetsvoorstel”.

¹²⁸ J. MARTENS, “Variations sur le thème de l’exception d’illégalité”, *JLMB* 2015, 1360-1362; X. DELRANGE, “La cour de cassation refuse le contrôle de légalité incident lorsqu’un recours est ouvert devant une juridiction administrative, ballon d’essai ou erreur sans lendemain?”, *APT* 2015, 511-521.

juist wel voldoen aan de verblijfsvoorwaarden kan de rechter meteen oordelen over het al dan niet opleggen van de verwijderingsstraf.

Het lijkt echter ten zeerste aangewezen dat de rechter steeds een voorlichtingsrapport vraagt aan de Dienst Vreemdelingenzaken. De vreemdeling kan immers in een administratieve procedure verwickeld zijn tot het verkrijgen van rechtmatig verblijf. Anderzijds is het mogelijk dat de vreemdeling die bijvoorbeeld reeds een lange tijd met zijn gezin in België verblijft en werkt, toch niet voldoet aan de verblijfsvoorwaarden. Indien de rechter dan wegens onwetendheid niet beslist tot het opleggen van de verwijderingsstraf maar tot een gevangenisstraf, en de Dienst Vreemdelingenzaken nadien beslist tot het afgeven van een bevel om het grondgebied te verlaten, worden de voordelen van de verwijderingsstraf deels tenietgedaan en bestaat er mogelijks een discriminatie.¹²⁹

67. Overeenkomstig de Vreemdelingenwet is de overheid primair bevoegd om individuele beslissingen betreffende de verblijfstatus van vreemdelingen te nemen. Volgt hieruit dat steeds een verblijfsbeslissing moet worden genomen door de overheid, en gepaard moet gaan met een bevel het grondgebied te verlaten, vooraleer de rechter deze straf kan opleggen? Kan de rechter in bepaalde mate zelf beslissen of aan deze voorwaarden voldaan is? Of bestaat er misschien een derde weg? In wat volgt worden de verschillende mogelijkheden toegelicht.

4.2 Voorafgaande beslissing van de Dienst Vreemdelingenzaken

68. Indien men steeds een voorafgaande beslissing door de Dienst Vreemdelingenzaken zou vereisen, lijkt de verwijderingsstraf bijna geen voordelen meer te bieden ten opzichte van het huidige systeem. Ingeval het verblijf immers werd geweigerd of beëindigd door het bestuur, maar de vreemdeling zich nog in België bevindt, heeft de verwijderingsstraf slechts tot gevolg dat de vreemdeling naast een administratieve plicht, nu ook de plicht heeft zich van het grondgebied te verwijderen op grond van een strafrechtelijke veroordeling.

69. In de gevallen waarin de Dienst Vreemdelingenzaken niet op de hoogte is van het feit dat de vreemdeling illegaal in België verblijft en de rechter een voorlichtingsrapport vraagt om dit na te gaan, biedt deze interpretatie echter wel een meerwaarde. De vreemdeling verschijnt immers als het ware op de radar van het bestuur. De Dienst Vreemdelingenzaken zal dan het verblijfsrecht moeten weigeren of beëindigen vooraleer de rechter de verwijderingsstraf kan uitspreken. Zo beschouwd, stelt het wetsvoorstel de overheid in staat om sneller en effectiever op te treden tegen vreemdelingen die niet of niet langer wettelijk in België verblijven.

70. Anderzijds heeft dit een vertragend effect op de strafprocedure nu de strafrechter de verwijderingsstraf pas zal kunnen opleggen nadat de Dienst Vreemdelingenzaken zich over het verblijf heeft uitgesproken.

4.3 Strafrechter met beoordelingsbevoegdheid

71. Volgens de andere interpretatie is geen voorafgaande verblijfsbeslissing vereist door de Dienst Vreemdelingenzaken en is de rechter bevoegd tot het beoordelen van het al dan niet voldoen aan de voorwaarden inzake toegang tot het grondgebied of verblijf door de vreemdeling. De rechter zal dan de straf kunnen uitspreken in gevallen waarin de toegang of het verblijf nog niet werd geweigerd of beëindigd door de Dienst Vreemdelingenzaken en bijgevolg geen verwijderingsbeslissing werd genomen, maar - eventueel uit het voorlichtingsrapport - blijkt dat dit wel het geval moet zijn.

72. De beoordeling van de rechter zal relatief eenvoudig uit te voeren zijn in gevallen waarin het duidelijk is dat de vreemdeling niet in bezit is van de vereiste documenten, dat hij gesignaleerd is in het Schengeninformatiesysteem, dat hij het voorwerp uitmaakt van een

¹²⁹ Zie infra randnummer 95.

inreisverbod, dat hij een beroep uitoefent zonder in het bezit te zijn van de vereiste machtiging,
...

73. Daarentegen is het bij andere voorwaarden allerm minst eenvoudig om te bepalen of er al dan niet aan voldaan is. Hierbij kan worden verwezen naar de voorwaarde om geen (ernstig) gevaar te vormen voor de openbare orde of nationale veiligheid. Het gaat hier namelijk om vreemdelingen die tot op het moment van het misdrijf over een geldige verblijfstitel beschikken maar waarbij uit het misdrijf en de concrete omstandigheden zou kunnen afgeleid worden dat zij een gevaar voor de openbare orde vormen. Afhankelijk van de categorie vreemdeling, namelijk Unieburger of onderdaan van een derde land en het soort verblijf waarom wordt verzocht, zijn er verschillende gradaties van gevaar voor de openbare orde of nationale veiligheid vereist voor de weigering van de toegang of het verblijf. Hetzelfde geldt voor de beëindiging van het verblijf om deze redenen.¹³⁰

Zowel de vrij vage, minstens ruime begrippen ‘openbare orde en nationale veiligheid’ als de verschillende beoordelingselementen waarmee rekening moet worden gehouden,¹³¹ hebben geleid tot overvloedige complexe en casuïstische rechtspraak van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen,¹³² die de beroepen tegen deze verblijfsbeslissingen behandelt.¹³³

74. Op deze manier wordt het wetsvoorstel zo geïnterpreteerd dat bepaalde beslissingen die gewoonlijk gemaakt moeten worden door het bestuur in handen komen van de rechter. Dit is bijzonder aangezien de overheid in bepaalde gevallen een ruime beoordelingsbevoegdheid heeft,¹³⁴ en de administratieve rechter deze beslissingen vaak slechts marginaal kan toetsen.¹³⁵ Zo oordeelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dat hij, in de gevallen waarin hij geen beroepsrechter tegen beslissingen van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen is¹³⁶, “*enkel bevoegd [is] om na te gaan of de administratieve overheid bij de beoordeling van de aanvraag is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet onredelijk tot haar besluit is gekomen*”.¹³⁷

In gevallen van gebonden bevoegdheid¹³⁸ en indien het eenvoudig is te oordelen of aan deze voorwaarden voldaan is, lijkt dit in het licht van bovengenoemde principes niet problematisch.

In andere gevallen zou de strafrechter over een appreciatiemarge moeten beschikken om te beslissen of hij de verwijderingsstraf kan opleggen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de vreemdeling een bepaalde ziekte heeft of een beroep uitoefent zonder in het bezit te zijn van

¹³⁰ Art. 21, 22, 44bis, § 1, § 2, § 3 Vw.

¹³¹ Art. 21 en 22 *juncto* art. 45, § 1-2, art. 61/7, art. 74/13 Vw.

¹³² C. MACQ, “Le point sur le retrait du droit au séjour et l’*éloignement* pour motifs d’ordre public des étrangers en séjour legal”, *RDE* 2018, (179) 199, nrs. 52 en 53. Bij de beoordeling van het gevaar moet bovendien met alle relevante elementen rekening gehouden worden, zie HvJ 23 november 2010, nr. C-145/09, *Tsakouridis*, § 33. Een omvattende weergave van deze rechtspraak valt buiten het bestek van deze bijdrage en enkele voorbeelden zouden deze stelling teniet doen, daarom verwijs ik u door naar de interessante rechtspraak van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

¹³³ Art. 39/1 en 39/2, § 2 Vw.

¹³⁴ Zie bijvoorbeeld RvV 22 september 2015, nr. 153.083, in verband met artikel 9 Vw; RvV 22 juni 2015, nr. 148.275 in verband met artikel 9ter Vw; J. WAASDORP, “De Unierechtelijke context van het openbare-ordebegrip bij inreisverboden.”, *T.Vreemd.* 2017, (147) 155; HvJ 19 december 2013, C-84/12, *ECLI:EU:C:2013:862, Koushkaki/Duitsland*, § 60.

¹³⁵ L. DENYS, *Overzicht van het vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 994. T.a.v. de beslissingen van de Dienst Vreemdelingenzaken beschikt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen enkel over een annulatiebevoegdheid; zie art. 39/2, § 2 Vw.

¹³⁶ In deze gevallen bezit de RvV soms volledige rechtsmacht; zie art. 39/2, § 1, 1° Vw.

¹³⁷ Zie bv. RvV 25 januari 2010, nr. 37.471.

¹³⁸ Art. 7, eerste lid, 1°, 2°, 5°, 9°, 11° en 12° Vw.

een vereiste machtiging, of indien hij geacht wordt de openbare orde of nationale veiligheid te kunnen schaden.¹³⁹

75. Het afleiden van deze ruime beoordelingsbevoegdheid voor de strafrechter uit het wetsvoorstel zou bovendien op gespannen voet kunnen staan met het principe van de scheiding der machten. Op grond van dit beginsel mag de rechter zich niet in de plaats stellen van het bestuur.¹⁴⁰ Indien de wetgever deze bevoegdheid aan de rechter wil toekennen, is het aangewezen dat hij deze bevoegdheid opneemt in de wet of eventueel zelfs in de grondwet.

76. Verder zal deze bevoegdheid een zeer grote inspanning van de rechters vergen, aangezien de rechtspraak uit het administratiefrechtelijk contentieux en in het bijzonder het vreemdelingencontentieux uitermate omvangrijk, complex en casuïstisch is.¹⁴¹ Hiervoor kan bijvoorbeeld gewezen worden op de rechtspraak in verband met het gevaar van de vreemdeling voor de openbare orde en nationale veiligheid, die, zoals reeds vermeld, varieert naargelang de nationaliteit en het verblijfsstatuut dat de vreemdeling bezit¹⁴² en het recht op privé- en gezinsleven.¹⁴³ Het is nog maar de vraag of men kan verwachten van een strafrechter om bovendien volledig bekend te zijn met dit kluwen aan wetgeving en rechtspraak.

77. Daarom lijkt deze interpretatie enkel haalbaar indien de wetgever of het Hof van Cassatie de bevoegdheid van de rechter tot het beoordelen van het voldaan zijn aan de voorwaarden inzake toegang en verblijf, beperkt tot de voorwaarden waarin de overheid een gebonden bevoegdheid heeft zoals bijvoorbeeld overeenkomstig artikel 7, 1°, 2°, 5°, 9°, 11° en 12°.

78. Tenslotte zou deze interpretatie tot gevolg moeten hebben dat met het vonnis dat de verwijderingsstraf oplegt, automatisch de weigering of beëindiging van het verblijf gepaard gaat, zoals ook gebeurt in Zwitserland¹⁴⁴. Het zou immers inconsistent zijn en afbreuk doen aan de rechtszekerheid als de strafrechter kan oordelen dat niet voldaan is aan de voorwaarden van verblijf en toegang en een verwijderingsstraf oplegt, terwijl de vreemdeling wel nog in het bezit is van een geldige verblijfstitel.

4.4 Hybride lezing

79. Ten derde is een meer hybride lezing mogelijk. De wetgever zou de rechter kunnen verplichten zich volledig op het voorlichtingsrapport van de Dienst Vreemdelingenzaken te baseren. Dan is geen voorafgaande verblijfsbeslissing vereist door de Dienst Vreemdelingenzaken, maar blijft de beoordelingsbevoegdheid over het voldoen aan de voorwaarden inzake toegang tot het grondgebied en verblijf, bij het bestuur. De strafrechter zal dan vermoedelijk kunnen beslissen om de verwijderingsstraf niet op te leggen hoewel dit

¹³⁹ Art. 7, eerste lid, 7° resp. 8° resp. 3° Vw.

¹⁴⁰ J. THEUNIS, “De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?” in I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 156, nr. 3.

¹⁴¹ Zie bv. D. VANHEULE, “Valse illusies van het verblijfsrecht” in *Voor recht, rechtvaardigheid en Camus. Liber Amicorum Bernard Hubeau*, Brugge, die Keure, 2018, (127) 130.

¹⁴² C. MACQ, “Le point sur le retrait du droit au séjour et l'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers en séjour legal”, *RDE* 2018, (179) 199, nrs. 52 en 53.

¹⁴³ P. DE HERT, “Vreemdelingen, artikel 8 E.V.R.M. en de Raad van State. De rechtspraak onder de loep”, *T.Vreemd.* 2002, 237-253. Zie ook I. HUET, “La double peine et la Convention européenne des droits de l'homme” in P. LAMBERT en C. PETTITI (eds.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Brussel, 2003, 72-73; G. DE BECO, “L'expulsion des étrangers mineurs délinquants: une leueur de clarté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, *RTDH* 2009, 1092-1094.

¹⁴⁴ Art. 61, eerste lid Vw. (Zw.); S. GRODECKI en Y. JAENNERET, “L'expulsion judiciaire/VII.-XI.” in A.-S. DUPONT en A. KUHN (eds.), *Droit pénal – Evolutions en 2018*, Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn – CEMAJ – Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2017, (167) 170, nr. 93.

volgens het voorlichtingsrapport wel mogelijk is, aangezien hij beslist over de opportuniteit van de straf. Anderzijds zal de strafrechter niet kunnen beslissen dat toch niet aan de voorwaarden inzake toegang en verblijf voldaan is.

Belangrijk hierbij is dat de vreemdeling nog steeds zijn opmerkingen moet kunnen geven en gehoord wordt in verband met de verblijfsbeslissing die impliciet genomen wordt, op grond van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur.¹⁴⁵

Ook hier zou automatisch met het vonnis dat de verwijderingsstraf oplegt, de weigering of beëindiging van het verblijf gepaard moeten gaan, om dezelfde reden als hierboven beschreven.

4.5 En wat met het hoger beroep?

80. Bij de drie voorgestelde mogelijkheden rijst de vraag naar hoe de vreemdeling kan opkomen tegen de (impliciete) beslissing over zijn verblijfsstatuut.

81. Bij de eerste mogelijkheid zal de verblijfsbeslissing aangevochten kunnen worden bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Momenteel is de rechter echter niet gehouden tot de schorsing van de strafprocedure indien de vreemdeling het bevel om het grondgebied te verlaten heeft aangevochten voorafgaandelijk aan de dagvaarding van het parket wegens illegaal verblijf. Het uitstel van behandeling is slechts een mogelijkheid en geen verplichting. DE SMET spreekt van een sterke scheidingsmuur tussen het strafrecht en het administratief recht. Volgens hem dient de strafrechter problemen over de wettigheid van administratieve bevelen zelf te beoordelen en kan hij daarover geen prejudiciële vraag stellen aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.¹⁴⁶ Mij lijkt het echter aangewezen, in overeenstemming met het vonnis van de correctionele rechtbank te Brussel,¹⁴⁷ dat de strafrechter zijn uitspraak uitstelt tot na dit beroep, en minstens de beroepstermijn. Anderzijds kan de wetgever ingrijpen en de appelrechter de bevoegdheid geven meteen te oordelen over de interne en externe wettigheid¹⁴⁸ van de verblijfsbeslissing genomen door de Dienst Vreemdelingenzaken. Het lijkt alleszins aangewezen dat hieromtrent een duidelijke keuze wordt gemaakt.

82. Onder de tweede - en minst voor de hand liggende - mogelijkheid zou de verblijfsbeslissing en opgelegde verwijderingsstraf die genomen werd door de strafrechter in hoger beroep kunnen worden hervormd.

83. Bij de derde mogelijkheid zou tegen de weliswaar impliciete verblijfsbeslissing bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen beroep kunnen worden ingediend. Ook in dit geval is het aangewezen dat de strafrechter zijn uitspraak uitstelt tot na het oordeel van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. De wetgever zou echter ook kunnen opteren voor de beroepsprocedure bij mogelijkheid 2.

V. Gevolgen van de opportuniteitsbeoordeling door de strafrechter en het strafrechtelijk gewijsde

¹⁴⁵ RvS 5 mei 2003, nr. 118.957; A. WIJNANTS, "Wie niet horen wil.. Over de evolutie van de hoorplicht in het bestuursrecht onder Europese impulsen. Een casus in het vreemdelingenrecht" in P. FOUBERT, B. VANHEUSDEN, N. TORFS, A. DE BECKER, J. ACKAERT en S. VERBIST (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 357-372; H.C.H. HOFMANN en B.C. MIHAESCU, "The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General principles of EU law: Good Administration as the Test Case", *European Constitutional Law Review* 2013, (73) 83-86; I. OPDEBEEK, "De hoorplicht" in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 235.

¹⁴⁶ B. DE SMET, "Toetsing van het onderliggende bevel om het grondgebied te verlaten bij een strafvervolgung wegens illegaal verblijf" (noot onder Cass. 11 maart 2015), *RW* 2016-17, (898) 901.

¹⁴⁷ Corr. Brussel 30 juni 2017, *RDE* 2017, 650.

¹⁴⁸ Overeenkomstig artikel 159 Gw.

84. De vraag die verder rijst is wat het gevolg is van de beslissing van de rechter om niet de verwijderingsstraf maar bijvoorbeeld een andere hoofdstraf op te leggen, omdat hij een verwijderingsstraf niet opportuun acht. De rechter zou bijvoorbeeld kunnen opteren voor een gevangenisstraf indien hij de verwijderingsstraf te mild acht.

85. Het wetsvoorstel bepaalt dat de strafrechter over de opportuniteit van de verwijderingsstraf beslist. Hij kan hiervoor rekening houden met een aantal elementen. Zo kan de rechter oordelen dat het niet gepast is om de vreemdeling reeds tot een verwijderingsstraf te veroordelen, bijvoorbeeld omdat bij een verwijdering het risico bestaat dat de schadevergoeding niet meer betaald wordt. De rechter kan in zijn beoordeling uitgaan van de persoonlijkheid van de betrokkene en van diens risico of gevaar voor de openbare orde of veiligheid, maar kan ook rekening houden met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokkene. Tenslotte moet de houding van de betrokkene ten aanzien van het slachtoffer in aanmerking worden genomen. Dit gebeurt bijvoorbeeld indien bemiddeling¹⁴⁹ werd aangevat maar om een onbekende reden is mislukt ondanks positieve inbreng van betrokkene, of indien excuses zijn aangeboden en aanvaard, of indien inspanningen tot schadevergoeding zijn geleverd.¹⁵⁰

86. Deze opportuniteitsbeoordeling lijkt echter zeer sterk aan te leunen bij een wettigheidsbeoordeling. Dit is met name zo in het geval dat de rechter op grond van het privé- of gezinsleven oordeelt dat het opleggen van een verwijderingsstraf niet opportuun is. Of nog, indien hij het gevaar voor de openbare orde te beperkt zou vinden om een verwijderingsstraf te rechtvaardigen. De rechter dient in beginsel steeds artikel 8 EVRM in acht te nemen. Wat betreft het gevaar voor openbare orde, kan worden verwezen naar de reeds besproken rechtspraak omtrent de wettigheidstoetsing van beslissingen van de Dienst Vreemdelingenzaken, en naar de verschillende interpretatiemogelijkheden van het wetsvoorstel. Deze opportuniteitsbeoordeling lijkt aldus op een slappe koord te balanceren.

87. Bovendien is het onduidelijk hoe deze beoordelingselementen geïnterpreteerd dienen te worden. Het wetsvoorstel laat toe dat de rechter rekening houdt met het gevaar voor de openbare orde van de vreemdeling bij zijn beoordeling om de verwijderingsstraf al dan niet op te leggen. Wat hiermee juist bedoeld wordt is een raadsel. Is het de bedoeling dat de rechter net wel de verwijderingsstraf uitspreekt ten aanzien van een vreemdeling van wie een groot gevaar voor de openbare orde uitgaat, zodat hij van het Belgisch grondgebied verwijderd is? Of kan de rechter deze vreemdeling beter laten opsluiten?

88. De vraag ligt voor of het na de beslissing van de strafrechter om de verwijderingsstraf niet op te leggen, nog mogelijk voor het bestuur om de vreemdeling om quasi dezelfde redenen uit te wijzen.

89. In Zwitserland bepalen de artikelen 62 en 63 van de *Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration* dat elke intrekking van het verblijfsrecht die uitsluitend gebaseerd is op feiten waarvoor de strafrechter reeds een straf of maatregel heeft opgelegd, maar heeft afgezien van het recht om een uitzetting op te leggen, onwettig is.¹⁵¹

Naar Frans recht wordt hierover net zoals in het Belgische voorstel niets bepaald.

¹⁴⁹ De vraag rijst welke vorm van bemiddeling hiermee bedoeld wordt. De zogenaamde slachtofferdaderbemiddeling is immers een vertrouwelijke procedure waarvan magistraten geen weet hebben, tenzij de partijen beslissen dit mede te delen zie art. 553-555 Sv. en art. 3ter VT. Sv. Wellicht doelt de wetgever daarom op het verval van strafvordering door de uitvoering van maatregelen en de naleving van voorwaarden, zoals beschreven in art. 216ter Sv.

¹⁵⁰ Wetsvoorstel 2019, 5.

¹⁵¹ Art. 62, tweede lid en 63 derde lid Vw. (Zw.); C. PERRIER DEPEURSINGE, "L'expulsion selon les art. 66a à 66d du Code pénal suisse", *Revue pénale suisse* 2017, (389) 410.

90. Dit is minder relevant bij vreemdelingen die niet voldoen aan de voornoemde duidelijke voorwaarden en niet bestraft worden met een verwijderingsstraf door de strafrechter. De vraag is des te belangrijk in gevallen waarin het verblijf zou worden beëindigd of niet toegekend om redenen van openbare orde of nationale veiligheid.

91. Vooreerst wordt de verwijderingsstraf mee opgenomen in de lijst met hoofdstraffen die niet gecombineerd mogen worden uitgesproken. Deze hoofdstraffen zijn immers alternatieven voor elkaar.¹⁵² De rechter kiest steeds in eer en geweten de best gepaste hoofdstraf. Ook bij voortgezette en collectieve misdrijven, waarbij verscheidene wanbedrijven geacht worden één enkel misdrijf te vormen is het de rechter niet toegelaten verschillende alternatieve hoofdstraffen op te leggen.¹⁵³ Dit lijkt dan weer niet zo te zijn bij meerdaadse samenloop, waar er geen sprake is van eenheid van opzet tussen de verschillende misdrijven.¹⁵⁴

92. Verder is het relevant de verschillende strafdoelen kort te belichten. De straffen in het Belgisch straffenarsenaal trachten onder meer tegemoet te komen aan de strafdoelen zoals bescherming van de maatschappij, herstel, rehabilitatie, resocialisatie en re-integratie. Bovendien zal een sanctie steeds vergeldend werken.¹⁵⁵ Men kan bezwaarlijk stellen dat deze straffen niet het gewenste doel hebben bij veroordeelden zonder de Belgische nationaliteit. Voor de nationale onderdanen worden deze straffen immers wel voldoende geacht.

Het lijkt dan ook moeilijk te aanvaarden dat wanneer de rechter van oordeel is dat een andere hoofdstraf dan de verwijdering het meest gepast is, en in het individueel geval het meest tegemoetkomt aan bovengenoemde strafdoelen, de Dienst Vreemdelingenzaken de verwijdering nadien nog kan opleggen wegens hetzelfde misdrijf. Het streven naar rehabilitatie, resocialisatie en re-integratie in de maatschappij wordt zo bovendien bijna volledig tenietgedaan.¹⁵⁶

93. Hierbij kan gewezen worden op de discussie rond het van toepassing zijn van het ‘ne bis in idem’-beginsel, volgens hetwelk men niet twee keer bestraft kan worden wegens hetzelfde feit.¹⁵⁷ Momenteel wordt een administratieve uitwijzing na de uitvoering van een strafrechtelijke straf wel aanvaard door het EHRM, dat stelt dat de verwijderingsmaatregel een

¹⁵² Art. 7 tweede lid Sw.; Wetsvoorstel 2019, 6.

¹⁵³ Cass. 12 oktober 2010, P.10.1168.N/1, *T.Strafr.* 2011, 67, noot; P. TERSAGO, “Combinatie gevangenisstraf en werkstraf kan niet”, *Juristenkrant* 26 januari 2011, 16. Zie ook S. VANDROMME, “Kan bij toepassing van artikel 65, tweede lid, Sw. nog een werkstraf als bijkomende veroordeling worden uitgesproken?”, *T. Strafr.* 2004, 300-302.

¹⁵⁴ Corr. Gent 4 oktober 2002, *RABG* 2003, 314, noot M. ROZIE; J. ROZIE, “Artikel 60 Sw. m.b.t. de meerdaadse samenloop van wanbedrijven: strijdig met het gelijkheids- en het proportionaliteitsprincipe?”, *NC* 2019, (93) 96-97.

¹⁵⁵ Deze strafdoelen worden in het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek ik artikel 28 opgenomen. Algemene en individuele preventie werden hierin niet opgenomen als strafdoel, daar deze functie niet ondersteund wordt door criminologische studies noch door rechtspsychologisch onderzoek, Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 55K0417/001, 6; zie daarentegen P. HOET, *Gemeenschapsgerichte straffen en maatregelen. Opschorting, uitstel, probatie, werkstraf en elektronisch toezicht*, in *Bibliotheek Strafrecht Larcier*, Gent, Larcier, 2014, 1-3.

¹⁵⁶ C. MACQ, “Le point sur le retrait du droit au séjour et l’*éloignement* pour motifs d’ordre public des étrangers en séjour legal”, *RDE* 2018, (179) 215.

¹⁵⁷ Zie bijvoorbeeld M. GAFNER, “Personnes de nationalité étrangère, délinquance et renvoi : Une double peine?”, *Revue de droit administratif* 2007, 1-3 ; Service des études juridiques, division des études de législation comparée, *la double peine*, Les documents de travail du sénat, série législation comparée peine, 11 januari 2003, nr. LC 117, 2.

eerder preventieve beveiligingsmaatregel dan een punitieve sanctie is.¹⁵⁸ Deze maatregel kan echter niet opgelegd worden aan nationale onderdanen.¹⁵⁹

94. Hoewel er overeenkomstig de wetgeving en hogere rechtsnormen niets aan in de weg staat, lijkt het op grond van bovenstaande redenen aangewezen dat de Dienst Vreemdelingenzaken slechts een bevel om het grondgebied te verlaten afgeeft nadat de strafrechter een andere straf dan de verwijderingsstraf heeft opgelegd, indien de verwijderingsbeslissing niet hoofdzakelijk gemotiveerd wordt op basis van het misdrijf waarvoor de betrokkene door de strafrechter veroordeeld werd. De Dienst Vreemdelingenzaken zal dan slechts op basis van nieuwe feiten kunnen oordelen dat de vreemdeling een voldoende gevaar voor de openbare orde vormt om een verwijderingsbeslissing te kunnen rechtvaardigen.

95. Het is in elk geval zeer belangrijk dat de rechter zijn beslissing voor het al dan niet opleggen van de verwijderingsstraf grondig motiveert. Anders bestaat er een gevaar voor discriminatie tussen de vreemdeling waarbij de rechter het gepast vond hem meteen en dus enkel de verwijderingsstraf op te leggen, en de vreemdeling die door de rechter veroordeeld wordt tot een gevangenisstraf en nadien wordt uitgewezen door de Dienst Vreemdelingenzaken.

96. Ten slotte is deze vraag tevens relevant in het geval waarin de rechter de verwijderingsstraf niet oplegt omdat hij dit in het licht het recht op het privé- en gezinsleven van de vreemdeling niet opportuun acht. Hierbij werd reeds gewezen op de dunne grens tussen de opportuniteits- en de wettigheidsbeoordeling. Kan de Dienst Vreemdelingenzaken nadien oordelen dat de verwijdering van het grondgebied geen ongerechtvaardigde inbreuk vormt op het recht op privé- en familielevens, indien zich in de feiten geen verandering heeft voorgedaan na het oordeel van de strafrechter? Het antwoord hierop zal afhangen van de concrete motivering van de strafrechter, en van hoe het beginsel van het gezag van gewijsde door de rechtspraak zal worden toegepast. Volgens dit beginsel kan men geen beslissing uitspreken in strijd met wat in een in kracht van gewijsde gegane beslissing zeker en noodzakelijk werd beslist.¹⁶⁰

VI. Gevolgen verbonden aan de straf

6.1 Duur van het inreisverbod en de opheffing

A. Duur van het inreisverbod

97. De verwijderingsstraf zou gepaard gaan met een toegangs- en verblijfsverbod voor dezelfde duur. De duur van de verwijdering van het grondgebied als straf bedraagt minimum één jaar en maximum twintig jaar. Een verwijdering van 2 jaar of minder is een politiestraf, een verwijdering van meer dan twee jaar is een correctionele straf.

98. Dit doet denken aan het administratief inreisverbod dat gedefinieerd wordt in artikel 1, 8° Vreemdelingenwet, als “*de beslissing die kan samengaan met een beslissing tot verwijdering en waarbij de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van het Rijk of het grondgebied van alle lidstaten, met inbegrip van het grondgebied van het Rijk, voor een bepaalde termijn verboden wordt*”.

99. De Vreemdelingenwet laat, in overeenstemming met de Uniewetgeving, slechts in bepaalde gevallen het opleggen van een inreisverbod toe.

¹⁵⁸ EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98, *Maaouia/Frankrijk*, § 39, zie ook S. VANDROMME, “Cumul van strafrechtelijke, burgerrechtelijke, administratiefrechtelijke maatregelen t.a.v. illegale, criminele en/of frauderende vreemdelingen (met inbegrip van de ontneming van de Belgische nationaliteit): ne bis in idem?” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Samenloop van strafrechtelijke, privaatrechtelijke en bestuurlijke sancties*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 48-49.

¹⁵⁹ Art. 3 Protocol 4 EVRM.

¹⁶⁰ C. VAN DEN WYNGAERT, P. TRAEEST en S. VANDROMME, *Strafrecht & strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2017, 905-908.

100. Overeenkomstig artikel 44*nonies*, § 1 Vreemdelingenwet kan aan een Unieburger of zijn familielid die een bevel om het grondgebied te verlaten heeft ontvangen slechts een inreisverbod opgelegd worden om redenen van openbare orde, nationale veiligheid of volksgezondheid. Dit artikel is in overeenstemming de Burgerschapsrichtlijn, die enkel om deze redenen een inreisverbod toelaat. Een verwijderingsbesluit genomen om een andere reden, bijvoorbeeld wegens het vormen van een onredelijke belasting voor het sociaalebijstandstelsel, kan niet met een inreisverbod gepaard gaan.¹⁶¹

Ten slotte mag de duur van een inreisverbod opgelegd met een bevel om het grondgebied te verlaten aan een Unieburger of zijn familielid niet meer dan vijf jaar mag bedragen, tenzij zij een ernstige bedreiging vormen voor de openbare orde of nationale veiligheid.¹⁶²

101. Het is de lidstaten niet toegestaan af te wijken van voormelde bepalingen van de Burgerschapsrichtlijn. Deze bepalingen hebben grote gevolgen voor de toepassing van de verwijderingsstraf op familieleden van Unieburgers. Indien de rechter hiermee geen rekening houdt, zou de straf strijdig kunnen zijn met het Unierecht.

102. De Vreemdelingenwet bepaalt verder, in overeenstemming met de Terugkeerrichtlijn¹⁶³, dat de verwijderingsbeslissing uitgesproken ten aanzien van illegaal verblijvende derdelanders in bepaalde gevallen verplicht gepaard gaat met een inreisverbod van maximum drie jaar. In bepaalde gevallen wordt dit maximum opgetrokken naar vijf jaar,¹⁶⁴ of zelfs langer indien de vreemdeling een gevaar voor de openbare orde vormt.¹⁶⁵ De mogelijke duur van het toegangs- en verblijfsverbod overeenkomstig het wetsvoorstel is bijgevolg in talrijke gevallen significant langer dan de duur van het inreisverbod overeenkomstig de Vreemdelingenwet.

103. Lidstaten kunnen echter wel afwijken van de Terugkeerrichtlijn op grond van artikel 2, tweede lid. Overeenkomstig dit artikel is ze van toepassing op illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen. Artikel 2, tweede lid, b) bepaalt daarentegen dat de lidstaten kunnen besluiten deze richtlijn niet toe te passen op onderdanen van derde landen die verplicht zijn tot terugkeer als strafrechtelijke sanctie of als gevolg van een strafrechtelijke sanctie overeenkomstig de nationale wetgeving, of jegens wie een uitleveringsprocedure loopt.

In 2011 stelde het Hof van Justitie bovendien dat onderdanen van derde landen die naast het strafbare feit van illegaal verblijf een of meer andere strafbare feiten hebben gepleegd, in voorkomend geval krachtens artikel 2, lid 2, sub b, van richtlijn 2008/115 buiten de werkingssfeer daarvan vallen.¹⁶⁶

Het besluit van een lidstaat om gebruik te maken van de afwijking en de richtlijn niet toe te passen bij strafrechtelijke zaken dient vooraf - expliciet of impliciet - duidelijk te worden gemaakt in de nationale omzettingwetgeving. De lidstaten kunnen tevens in een later stadium besluiten om van de afwijking gebruik te maken. Dit mag echter geen nadelige gevolgen hebben voor personen die reeds gebruik hebben kunnen maken van de gevolgen van de terugkeerrichtlijn.¹⁶⁷

¹⁶¹ Art. 15, derde lid Burgerschapsrichtlijn.

¹⁶² Art. 44*nonies*, § 2 Vw.

¹⁶³ Art. 11 Terugkeerrichtlijn.

¹⁶⁴ Art. 74/11, § 1 Vw.

¹⁶⁵ Art. 11 Terugkeerrichtlijn.

¹⁶⁶ HvJ 6 december 2011, nr. C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807, *Achughbabian/Frankrijk*, § 41.

¹⁶⁷ Terugkeerhandboek, 14, bijlage bij de Aanbeveling (EU) 2017/2338 van de Commissie van 16 november 2017 tot vaststelling van een gemeenschappelijk „terugkeerhandboek” voor gebruik door de bevoegde autoriteiten van de lidstaten bij de uitvoering van terugkeergerelateerde taken, C/2017/6505, *Pb.L.* 19 december 2017, afl. 339, 83-159.

104. België heeft van deze mogelijkheid reeds toepassing gemaakt in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteit van de voorlopige invrijheidstelling met het oog op de verwijdering. Sinds 2016 bepaalt de Wet Externe Rechtspositie dat de vreemdeling aan wie deze modaliteit toegekend wordt, verplicht is het grondgebied te verlaten en het hem verboden is tijdens de proeftijd terug te keren naar België zonder in orde te zijn met de wetgeving en de reglementering betreffende toegang, het verblijf of de vestiging in het Rijk en zonder de voorafgaande toelating van de strafuitvoeringsrechtbank.¹⁶⁸ De proeftijd is overeenkomstig artikel 71 Wet Externe Rechtspositie gelijk aan "*de duur van de vrijheidsstraf die de veroordeelde nog moest ondergaan op de dag waarop de beslissing (...) betreffende de voorlopige invrijheidstelling met het oog op verwijdering van het grondgebied of met het oog op overlevering uitvoerbaar is geworden. Die proeftijd kan evenwel niet korter zijn dan twee jaar. (...)*". Ook ten opzichte van de verplichting tot het verlaten van het grondgebied en het verbod op terugkeer tijdens de proefperiode in het raam van deze strafuitvoeringsmodaliteit is de mogelijke duur van het van het toegangs- en verblijfsverbod overeenkomstig het wetsvoorstel in veel gevallen aanzienlijk langer.

105. Het is aldus mogelijk voor de strafrechter om geen rekening te houden met de bepalingen van de Terugkeerrichtlijn bij het opleggen van de verwijderingsstraf, behalve indien hij deze straf uitsluitend oplegt wegens illegaal verblijf.

106. In Frankrijk kan het grondgebiedverbod tijdelijk of definitief worden uitgesproken.¹⁶⁹ Een tijdelijk verbod kan maximum 10 jaar bedragen. Na deze termijn mag de vreemdeling naar Frankrijk terugkeren als hij de toegangsvoorwaarden vervult. Het definitief verbod verhindert elke terugkeer naar Frankrijk. Een grondgebiedverbod van 20 jaar is bijgevolg niet mogelijk. Daarnaast leggen verschillende bepalingen andere maxima op wat betreft de duur van het uit te spreken verbod.¹⁷⁰

107. In Zwitserland is de strafrechter verplicht de vreemdeling die zich schuldig maakte aan bepaalde misdrijven en hiervoor wordt veroordeeld tot een straf, uit te wijzen voor een termijn van 5 tot 10 jaar.¹⁷¹ Indien de vreemdeling veroordeeld wordt tot een straf of een maatregel voor het plegen van andere strafbare feiten dan diegene waarvoor een verplichte uitwijzing moet worden opgelegd, kan de rechter de vreemdeling uitwijzen voor een periode van 3 tot 15 jaar.¹⁷² De rechter spreekt een nieuwe uitwijzing van 20 jaar uit indien hij na een uitgesproken uitwijzing moet overgaan tot een verplichte uitwijzing.¹⁷³ Indien de vreemdeling een nieuw misdrijf pleegt waarvoor de verplichte uitwijzing moet worden uitgesproken, op het moment dat de eerste uitwijzing nog uitgevoerd dient te worden, kan de rechter een grondgebiedverbod voor het leven uitspreken.¹⁷⁴

B. Opheffing van het inreisverbod

108. Het wetsvoorstel bepaalt niets met betrekking tot een mogelijke opheffing van het inreisverbod. Daarentegen bepaalt de Vreemdelingenwet dat de Unieburger of zijn familielid

¹⁶⁸ Art. 55, 4° Wet Externe Rechtspositie.

¹⁶⁹ Art. 131-30 eerste lid Sw. (Fr.).

¹⁷⁰ Zo mag bijvoorbeeld bij inbreuken op de vreemdelingenwet mag de duur 3 jaar (art. L. 621-1 en L. 624-3) of 10 jaar (L. 622-3 en L. 624-2) niet overschrijden. Wat betreft de inbreuken op zwartwerk, de indienstneming en het onregelmatig binnenbrengen van buitenlandse werknemers, mag de duur van het verbod niet langer zijn dan vijf jaar (arbeidswetboek, art. L. 5222-1, L. 5224-2),...

¹⁷¹ Art. 66a Sw. (Zw.).

¹⁷² Art. 66abis Sw. (Zw.).

¹⁷³ Art. 66b Sw. (Zw.); S. GRODECKI en Y. JEANNERET, "L'expulsion judiciaire / IV. - VI." in A.-S. DUPONT en A. KUHN (eds.), *Droit pénal – Evolutions en 2018*, Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn – CEMAJ – Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2017, (143) 149, nr. 42.

¹⁷⁴ Art. 66b, tweede lid Sw. (Zw.).

de schorsing of de intrekking van het inreisverbod kan vragen na een redelijke termijn en in ieder geval na drie jaar te rekenen vanaf de uitvoering ervan. Deze aanvraag moet vanuit het buitenland worden ingediend.¹⁷⁵ De Burgerschapsrichtlijn vereist echter een mogelijkheid tot opheffing.¹⁷⁶

109. In Frankrijk bezit de vreemdeling de mogelijkheid een verzoek tot opheffing van het tijdelijk grondgebiedverbod in te dienen bij hetzelfde rechtscollege dat de veroordeling uitgesproken heeft, indien hem dit verbod niet als hoofdstraf maar als bijkomende straf werd opgelegd.¹⁷⁷ De rechter kan het grondgebiedverbod slechts als hoofdstraf opleggen indien hij enkel bijkomende straffen uitspreekt en geen hoofdstraf, wat slechts mogelijk is in correctionele zaken.¹⁷⁸

Het verzoek kan in beginsel enkel ingesteld worden indien de vreemdeling reeds in het buitenland verblijft.¹⁷⁹ Elk verzoek ingediend door een vreemdeling die clandestien teruggekeerd is naar Frankrijk en er bijgevolg illegaal verblijft, wordt onontvankelijk verklaard door de strafrechter.¹⁸⁰ De vreemdeling die zijn gevangenisstraf nog ondergaat en daardoor verplicht is in Frankrijk te blijven, kan ook een verzoek tot opheffing indienen. Deze uitzondering is bedoeld om de straf te individualiseren. De rechter die kennis neemt van het verzoek zal immers in het bijzonder rekening houden met het gedrag van de verzoeker in detentie.¹⁸¹ De opheffing mag pas zes maanden na het uitspreken van het grondgebiedverbod verzocht worden.¹⁸² De strafrechter moet zijn beslissing motiveren. Hierbij wordt hij geleid door dezelfde overwegingen als diegene bij de uitspraak van het grondgebiedverbod.¹⁸³ Het verbod kan opgeheven worden in zijn geheel, of gedeeltelijk, wat inhoudt dat de duur van het verbod zal worden ingekort.¹⁸⁴

110. In Zwitserland voorziet de wet niet in de mogelijkheid om tijdens de uitvoering de uitwijzingsmaatregel op te heffen.¹⁸⁵ De Zwitserse Vreemdelingenwet bevat dit evenmin. Het is echter vaste rechtspraak van het *Bundesgericht*, op basis van rechtspraak van het Hof van Justitie dat elke persoon die valt onder de Overeenkomst na vijf jaar een periodiek recht heeft op herbeoordeling van een administratiefrechtelijk inreisverbod. Hierbij moet worden beoordeeld of op grond van de huidige omstandigheden een actueel gevaar voor de openbare orde voorligt.¹⁸⁶

¹⁷⁵ Art. 44*decies*, § 1 en § 2 Vw.

¹⁷⁶ Art. 32 Burgerschapsrichtlijn.

¹⁷⁷ Art. 132-21, tweede lid Sw. (Fr.) en 702-1 en 703 code de procédure pénale (hierna: Sv. (Fr.)); I. HAREL-DUTIROU, “Art. 131-30 à 131-30-2 - Fasc. 20 : INTERDICTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS”, *JurisClasseur Pénal Code* 2011, bijgewerkt tot 4 juni 2019, 22, nr. 118-119.

¹⁷⁸ Art. 131-11, eerste lid Sw. (Fr.); Cass. crim. 2 februari 2005, nr. 05-80.196, *JurisData* nr. 2005-027067 ; I. HAREL-DUTIROU, “Art. 131-30 à 131-30-2 - Fasc. 20 : INTERDICTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS”, *JurisClasseur Pénal Code* 2011, bijgewerkt tot 4 juni 2019, 2, nr. 7.

¹⁷⁹ Art. 541-2 Vw. (Fr.).

¹⁸⁰ *Ibid.*; Cass. crim. 28 maart 2001, *JurisData* nr. 2001-009313, *Bull. crim.* 2001, nr. 85.

¹⁸¹ I. HAREL-DUTIROU, “Art. 131-30 à 131-30-2 - Fasc. 20 : INTERDICTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS”, *JurisClasseur Pénal Code* 2011, bijgewerkt tot 4 juni 2019, 24, nr. 128.

¹⁸² Art. 702-1, derde lid Sv. (Fr.).

¹⁸³ I. HAREL-DUTIROU, “Art. 131-30 à 131-30-2 - Fasc. 20 : INTERDICTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS”, *JurisClasseur Pénal Code* 2011, bijgewerkt tot 4 juni 2019, 25, nr. 140.

¹⁸⁴ Art. 702-1 Sv. (Fr.).

¹⁸⁵ S. GRODECKI en Y. JEANNERET, “L’expulsion judiciaire / IV. - VI.” in A.-S. DUPONT en A. KUHN (eds.), *Droit pénal – Evolutions en 2018*, Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn – CEMAJ – Faculté de droit de l’Université de Neuchâtel, 2017, (143), 150, nr. 44.

¹⁸⁶ Zie bijvoorbeeld BGer. 2 april 2013, nr. 2C_487/2012, § E. 4.5. en BGer. 12 december 2012, nr. 2C_1224/2013, § E. 5.1.2; N. BURRI en V. PRIULI, “Landesverweisung und Freizügigkeitsabkommen”, *Aktuelle Juristische Praxis* 2017, (886) 896-897.

111. Bijgevolg zou de wet moeten voorzien in de mogelijkheid tot het vragen van intrekking van het inreisverbod voor familieleden van Unieburgers.

112. Op grond van de strafrechtelijke principes, met name het strafrechtelijk gewijsde, waaruit de onherroepelijkheid van de straf volgt,¹⁸⁷ lijkt dit momenteel niet mogelijk. Daarnaast moet voor een strafrechtelijke herziening, de aanvraag gericht zijn tegen de veroordeling op strafgebied, en is de herziening uitgesloten voor veroordelingen tot een politiestraf.¹⁸⁸ Een herziening is bovendien slechts in de drie opgesomde gevallen uit artikel 443 Wetboek van Strafvordering mogelijk.¹⁸⁹

113. Een verzoek tot schorsing of intrekking zou eventueel wel mogelijk kunnen zijn bij de strafuitvoeringsrechtbank, aangezien het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek de strafuitvoeringsrechtbank de bevoegdheid geeft om de straf in bepaalde gevallen aan te passen. Zo zullen de bijzondere voorwaarden kunnen worden aangepast, opgeschort, en nader omschreven.¹⁹⁰ Ook zal de strafuitvoeringsrechtbank de straf tot ontzetting uit bepaalde burgerlijke en politieke rechten kunnen herzien.¹⁹¹ De strafuitvoeringsrechtbank zal tevens de mogelijkheid krijgen om een in kracht van gewijsde gegane veroordeling tot een beroepsverbod te wijzigen door de duur van het verbod te verminderen, het verbod op te schorten of te beëindigen.¹⁹² Hetzelfde zal gelden bij de uitsluiting van het recht in te schrijven voor overheidsopdrachten of om concessies te verkrijgen¹⁹³, bij het verval van het recht tot sturen¹⁹⁴ en bij de veroordeling tot woon- of contactverbod¹⁹⁵.

114. Beroep doen op de bepalingen van de Vreemdelingenwet die in dit verzoek voorzien, lijkt niet evident op grond van een analoge toepassing van het gezag van strafrechtelijk gewijsde ten aanzien van de burgerlijke rechter. De burgerlijke rechter kan na een in kracht van gewijsde gegane strafrechtelijke beslissing, geen oordeel vellen dat strijdig is met wat de strafrechter beslist heeft over de strafvordering. Dit gezag van gewijsde slaat op wat de strafrechter zeker en noodzakelijk heeft beslist, al was het impliciet.¹⁹⁶ Anderzijds is dit gezag van gewijsde slechts beperkt tot de partijen die betrokken waren in het strafrechtelijk geding.¹⁹⁷ Afhankelijk van de gekozen interpretatie is de Dienst Vreemdelingenzaken wel of niet “partij” in de strafzaak. Bovendien brokkelt het gezag van gewijsde steeds verder af.¹⁹⁸ Dit begon reeds bij het Stappers-arrest van 15 februari 1991, waarin het Hof van Cassatie het absoluut karakter van het gezag van gewijsde relativeerde door te stellen dat dit ten opzichte van derden die geen partij waren bij het strafproces, slechts geldt behoudens tegenbewijs, en bereikt zijn voorlopig eindpunt met het arrest van 14 februari 2019. In dit arrest oordeelde het Grondwettelijk Hof dat

¹⁸⁷ R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2007, 154-155.

¹⁸⁸ Cass. 1 oktober 1934, *JT*, 1934, 797, *RGAR* 1935, nr. 1841 en noot A. LE PAIGE; Cass. 8 oktober 1934, *Pas.*, 1935, I, 11, *RDP* 1934, 939 resp. art. 443, eerste lid Sw.; Cass., 4 juni 1923, *Pas.*, 1923, I, 347, *RDP* 1923, 724.

¹⁸⁹ Art. 443 Sv. zoals gewijzigd door art. 2 Wet houdende diverse bepalingen in strafzaken, *BS* 11 juli 2018, 57582; C. VAN DEN WYNGAERT, P. TRAEEST en S. VANDROMME, *Strafrecht & strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2017, 1392.

¹⁹⁰ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 55K0417/001, 153

¹⁹¹ *Ibid.*, 179.

¹⁹² *Ibid.*, 181.

¹⁹³ *Ibid.*, 188-189.

¹⁹⁴ *Ibid.*, 195.

¹⁹⁵ *Ibid.*, 190.

¹⁹⁶ J. MEESE, “Het gezag van gewijsde in strafzaken” in P. LECOCQ en C. ENGELS (eds.), *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters*, Brugge, die Keure, 2010, (351) 630-361.

¹⁹⁷ Cass. 2 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 381; Cass. 24 april 2006, S.05.0075.N; Cass. 7 maart 2008, C.06.0253.F; GwH 14 februari 2019, nr. 24/2019, B.5.2.

¹⁹⁸ GwH 14 februari 2019, nr. 24/2019, *NC*, noot P. THIRIAR, (303) 306-307.

de partij die tijdens een strafproces is veroordeeld en die vervolgens is opgeroepen voor de burgerlijke rechter, in dat burgerlijk proces van het bewijs moet kunnen genieten dat in die burgerlijke zaak door een derde bij het strafgeding is geleverd en waarbij de elementen afgeleid uit het strafgeding worden weerlegd.¹⁹⁹ Deze rechtspraak lijkt de deur alvast op een kier te zetten voor de mogelijkheid om na de strafrechtelijke uitspraak beroep te doen op de bepalingen van de Vreemdelingenwet en een verzoek tot opheffing in te dienen.²⁰⁰

6.2 Proportionaliteit van de straf

115. Een andere vraag is of de verwijderingsstraf wel in overeenstemming is met het proportionaliteitsbeginsel. De verwijderingsstraf kan immers worden opgelegd voor het plegen van een misdrijf dat van die aard is om door een politiestraf of een correctionele straf gestraft te worden. Hieronder vallen de overtredingen, wanbedrijven en gecorrectionaliseerde misdaden. Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de opgelegde straf in verhouding moet staan tot de ernst van het gepleegde misdrijf.²⁰¹

116. Dat deze straf mogelijk is na het plegen van een overtreding is een eerste bijzonderheid.²⁰² Zowel in Frankrijk als in Zwitserland kan de verwijdering enkel opgelegd worden bij een veroordeling wegens het plegen van een misdaad of een wanbedrijf.²⁰³ De overtredingen zijn hiervan uitgesloten.²⁰⁴ Volgens GRODECKI en JEANNERET is dit vereist om in overeenstemming te zijn met het proportionaliteitsbeginsel.²⁰⁵ Deze overweging is niet in de toelichting bij het wetsvoorstel terug te vinden.

Anderzijds stelt het wetsvoorstel, in tegenstelling tot de Franse en Zwitserse wetgeving, als voorwaarde dat niet aan de toegangs- of verblijfsvoorwaarden voldaan is. Het is algemeen aanvaard dat de staat de toegang tot grondgebied mag controleren en vreemdelingen mag uitwijzen wanneer ze niet aan de toegangs- of verblijfsvoorwaarden voldoen.²⁰⁶ Het wetsvoorstel leidt er enkel toe dat nu ook de rechter dit kan uitspreken.

117. Voor de vreemdeling die een misdrijf begaat en gelet op zijn onrechtmatig verblijf hoe dan ook administratief verwijderd zal worden, zou de verwijderingsstraf misschien zelfs kunnen

¹⁹⁹ GwH 14 februari 2019, nr. 24/2019, B.10.

²⁰⁰ Zo stelt THIRIAR het volgende in zijn noot bij het arrest: “*De vaststellingen en het oordeel van de strafrechter worden in de burgerlijke procedure gedegradeerd tot een louter weerlegbaar vermoeden ten aanzien van alle procespartijen, ook ten aanzien van partijen bij de strafprocedure die daarin vrij hun belangen hebben kunnen verdedigen.*” GwH 14 februari 2019, nr. 24/2019, NC, noot P. THIRIAR, (303) 307, nr. 6. Bovendien meent hij dat het oordeel van de strafrechter over de burgerlijke vordering zich enkel opdringt voor zover de rechtsgrond die de vorderingen in beide procedures schraagt, identiek is, *ibid.*, 308.

²⁰¹ L. CLAES, “De sociale toestand van de beklaagde als (verplicht?) criterium bij het bepalen van een proportionele geldboete” (noot onder Cass. 12 december 2017), *NC* 2018, 395, nr. 1. Zie ook art. 49, derde lid Handvest.

²⁰² *Opm.*: Het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek voert een tweeledige indeling van de misdrijven in misdaden en wanbedrijven in en stelt voor de overtredingen te depenaliseren. Afhankelijk van de gemaakte keuzes zullen bepaalde misdrijven strafrechtelijk worden gesanctioneerd door de overtredingen als wanbedrijf strafbaar te stellen, of niet strafrechtelijk, met bijvoorbeeld bestuurlijke sancties, bevel tot betaling of een burgerrechtelijke afhandeling, Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 55K0417/001, 46.

²⁰³ Art. 131-30 Sw. (Fr.); Art. 105 Sw. (Zw.).

²⁰⁴ Art. 105, eerste lid Sw. (Zw.).

²⁰⁵ S. GRODECKI en Y. JEANNERET, “L’expulsion judiciaire / IV. - VI.” in A.-S. DUPONT en A. KUHN (eds.), *Droit pénal – Evolutions en 2018*, Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn – CEMAJ – Faculté de droit de l’Université de Neuchâtel, 2017, (143) 146, nr. 36.

²⁰⁶ EHRM, 26 september 1997, nr. 25613/94, *El Boujaïdi/Frankrijk*, § 39; EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93, *Chahal/Verenigd Koninkrijk*, §73 “*As the Court has observed in the past, Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens.*”

aanvoelen als een strafverlichting of -vermindering. Men zou kunnen stellen dat deze straf niet proportioneel is, aangezien de vreemdeling in ieder geval een bevel om het grondgebied te verlaten zou krijgen en bijgevolg niet meer echt een straf wordt opgelegd als reactie op het gepleegde misdrijf.

Van het omgekeerde kan sprake zijn bij de vreemdeling die tot op het ogenblik van het plegen van de feiten legaal verblijft, maar net omwille van begaan van een minder ernstig misdrijf, zoals bijvoorbeeld een overtreding, in combinatie met andere elementen, een gevaar uitmaakt voor de openbare orde en daarom niet meer aan de voorwaarden zou voldoen. De straf kan dan worden beschouwd als niet evenredig tot het begane misdrijf waarvoor ze wordt opgelegd. Uiteraard kan de strafrechter in het achterhoofd houden dat de Dienst Vreemdelingenzaken nadat de vreemdeling een andere straf heeft uitgevoerd nog steeds een verwijderingsbeslissing kan nemen.

Ook hier moet er op worden gewezen dat de duur van het toegangs- en verblijfsverbod overeenkomstig het wetsvoorstel significant langer kan zijn dan de duur van het inreisverbod overeenkomstig de Vreemdelingenwet. De Vreemdelingenwet bepaalt immers dat de duur het inreisverbod slechts langer kan zijn dan vijf jaar in geval van een gevaar voor de openbare orde of nationale veiligheid. Ingevolge het wetsvoorstel zou de verwijderingsstraf echter in elk geval opgelegd kunnen worden voor een duur van één tot 20 jaar.

Bijgevolg zal de rechter geval per geval moeten oordelen en dient hij erover te waken dat de straf die hij oplegt evenredig is.

118. Net zoals bij de werkstraf, de autonome probatiestraf en de straf onder elektronisch toezicht worden misdaden uitgesloten van het toepassingsgebied. Zolang niet alle misdaden correctionaliseerbaar zijn, heeft dit tot het gevolg dat een aantal misdrijven van het toepassingsgebied van de verwijderingsstraf wordt uitgesloten. In Frankrijk en Zwitserland is dit niet het geval en kunnen ook daders van een misdaad de verwijderingsstraf opgelegd krijgen.²⁰⁷

Mogelijks volgt deze omissie uit de idee dat het opleggen van een verwijderingsstraf bij misdaden zou neerkomen op een strafvermindering aangezien deze straf in de hiërarchie van straffen onder de gevangenisstraf komt.²⁰⁸ Alleszins wordt hierop gealludeerd in de toelichting bij het wetsvoorstel van 2011.²⁰⁹ Of dit in de praktijk ook zo zou worden aangevoeld, valt te betwijfelen.

119. Dezelfde redenering kan worden doorgetrokken voor het uitsluiten van de strafbare feiten gijzelneming, seksueel misbruik, uitbuiting van ontucht en prostitutie van minderjarigen, kinderpornografie, doodslag en moord in zijn verschillende vormen. Zowel in Frankrijk als in Zwitserland is de verwijderingsstraf mogelijk voor deze misdrijven.

120. Tenslotte dient de rechter er ook over te waken dat de straf die hij oplegt de proportionaliteitstoets in het kader van artikel 8 EVRM doorstaat. Dit impliceert dat er een belangenafweging plaatsvindt waarbij een "*fair balance*" moet worden gevonden tussen het belang van de vreemdeling en diens familie enerzijds, en het algemeen belang van de samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde anderzijds.²¹⁰

²⁰⁷ Art. 130-30 Sw. (Fr.) en art. 66a en 66*abis* Sw. (Zw.).

²⁰⁸ Deze wordt als zwaarste straf wordt beschouwd wegens het hebben van de grootste impact op de individuele vrijheid van de veroordeelde, Cass. 11 oktober 2005, *RW* 2006-07, 443-445.

²⁰⁹ Wetsvoorstel tot invoering in het Strafwetboek van de verwijdering van het grondgebied als autonome straf, *Parl.St.* Kamer 2010-11, 53K1434/001, 9.

²¹⁰ EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov/Oostenrijk*, § 76; EHRM 9 oktober 2003, nr. 48321/99,

VII. De verwijdering als hoofdstraf waarbij geen uitstel mogelijk is

121. De voorgestelde verwijderingsstraf is een hoofdstraf die wordt uitgesloten van het toepassingsgebied van de bestraffingsmodaliteit van het uitstel. Ook hoofdstraffen andere dan de gevangenisstraf, met name de autonome probatiewetstraf en de straf onder elektronisch toezicht en de werkstraf, kunnen niet met uitstel worden opgelegd.²¹¹

122. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek bepaalt dat wat de uitsluiting van de werkstraf betreft in antwoord op het advies van de Raad van State, gesteld kan worden dat deze straf een bijzonder opvoedend karakter heeft. Indien deze straf met uitstel wordt opgelegd en het uitstel later wordt herroepen, is er ondertussen zoveel tijd verstreken dat deze doelstelling van de straf niet langer kan worden gerealiseerd.²¹² Het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek sluit echter de straf onder elektronisch toezicht niet meer uit van het toepassingsgebied van het uitstel als bestraffingsmodaliteit.²¹³

123. De indieners van het wetsvoorstel tot invoering van de verwijderingsstraf verklaren niet waarom ze het uitstel onmogelijk maken. De redenen die werden gegeven bij het uitsluiten van de werkstraf, kunnen niet worden aangenomen in dit geval.

124. De uitsluiting van het toepassingsgebied van het uitstel is echter wel begrijpelijk, aangezien de verwijderingsstraf impliceert dat de vreemdeling niet legaal in België verblijft. De vreemdeling zou normaal gezien hoe dan ook op grond van een bevel om het grondgebied te verlaten, zich zo snel mogelijk uit België moeten verwijderen. Het uitspreken van uitstel zou leiden tot de mogelijkheid voor de vreemdeling om langer illegaal in België te verblijven. Dit is bijgevolg vergelijkbaar met Zwitserland in het geval van de verplichte verwijdering die het vervallen van de verblijfsvergunning tot gevolg heeft.²¹⁴ Ook in Frankrijk is uitstel onmogelijk indien de straf als hoofdstraf wordt opgelegd.²¹⁵

125. Interessant is dat de opschorting van de uitspraak van de veroordeling wel mogelijk blijft, wat per definitie tot gevolg heeft dat geen verwijderingsstraf kan worden uitgesproken. De probatiewetstraf zal in vele gevallen echter niet kunnen opgelegd worden, omdat hiervoor een vast adres vereist is,²¹⁶ wat voor illegaal verblijvende vreemdelingen niet steeds mogelijk lijkt.

VIII. De verwijderingsstraf, een meerwaarde?

Slivenko/Letland, § 113.

²¹¹ Art. 8, § 1, derde lid Probatiewet. Het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek voorziet echter weer het uitstel van de straf onder elektronisch toezicht, Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 55K0417/001, 210.

²¹² Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 55K0417/001, 210. Zie ook Wetsontwerp houdende wijzigingen van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54K1418/001, 30-31.

²¹³ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 55K0417/001, 210.

²¹⁴ Art. 61, eerste lid e Vw. (Zw.); Zie voor meer over het uitstel art. 66c Sw. (Zw.), art. 42, eerste lid en 43, tweede lid Sw. (Zw.). C. PERRIER DEPEURSINGE, “L’expulsion selon les art. 66a à 66d du Code pénal suisse”, *Revue pénale suisse* 2017, (389) 390, S. GRODECKI en Y. JAENNERET, “L’expulsion judiciaire/VII.-XI.” in A.-S. DUPONT en A. KUHN (eds.), *Droit pénal – Evolutions en 2018*, Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn – CEMAJ – Faculté de droit de l’Université de Neuchâtel, 2017, (167) 169 -170, nr. 89-93.

²¹⁵ Art. 132-31 Sw. (Fr.); Zie voor meer over het uitstel en de opschorting art. 131-30, 132-40 en 132-48 Sw. (Fr.), I. HAREL-DUTIROU, “Art. 131-30 à 131-30-2 - Fasc. 20 : INTERDICTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS”, *JurisClasseur Pénal Code* 2011, bijgewerkt tot 4 juni 2019, 19-22, nrs. 96-117.

²¹⁶ Art. 1, § 2, 2° Probatiewet.

126. Na het bespreken van verschillende knelpunten van het wetsvoorstel, past het om stil te staan bij de vraag of de verwijderingsstraf een meerwaarde kan betekenen.

127. Het leggen van de bevoegdheid tot het uitspreken van de verwijderingsstraf bij de rechter kan vooreerst een positieve invloed uitoefenen op de rechten van de vreemdeling, nu een dermate ingrijpende beslissing genomen wordt met de waarborgen van een strafproces voor de rechter met volle rechtsmacht. Bovendien bepaalt het wetsvoorstel dat de verwijderingsstraf niet uitgesproken mag worden bij verstek en dat de vreemdeling gehoord wordt nadat de rechter een toelichting geeft over de inhoud van de straf.²¹⁷ Het kan de rechten van de vreemdeling ten goede komen indien hij bepaalde zaken nog mag verduidelijken die in overweging worden genomen bij de beoordeling van het voldaan zijn van de verblijfsvoorwaarden. Hierdoor zal het hoorrecht als beginsel van behoorlijk bestuur²¹⁸, steeds nageleefd worden. Bij beslissingen om een bevel tot het grondgebied te verlaten wordt de vreemdeling immers niet steeds gehoord. Bovendien acht de Raad van State dit recht pas geschonden indien de procedure zonder deze onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben.²¹⁹ Dit voordeel zal, net als de andere besproken voordelen, in meer of mindere mate aanwezig zijn afhankelijk van de besproken beoordelingsbevoegdheid. Anderzijds mag dit voordeel niet overroepen worden, nu in principe niet vereist lijkt te zijn dat bij het opleggen van een verwijderingsstraf de waarborgen uit artikel 6 EVRM worden gerespecteerd, zoals reeds besproken.

128. Een ander voordeel is dat door de invulling van de verwijderingsstraf als hoofdstraf ze niet langer verkeerdelijk als een dubbele straf kan worden aanzien. Indien de rechter de bevoegdheid krijgt om zelf de verwijdering op te leggen, kunnen er zich geen spanningen voordoen met het verbod op dubbele bestraffing in de gevallen waarin de rechter voor deze straf opteert.

129. Bovendien zorgt het karakter van hoofdstraf ervoor dat geen problematische verhouding zal ontstaan met de strafuitvoeringsmaatregelen. Dat het toekennen van strafuitvoeringsmodaliteiten aan vreemdelingen in onrechtmatig verblijf niet vanzelfsprekend is, bewijst het arrest van het Grondwettelijk Hof van 21 december 2017. Hierin oordeelde het dat een automatische uitsluiting van alle vreemdelingen in onwettig verblijf van bijna elke strafuitvoeringsmaatregel te verregaand en dus discriminatoir was.²²⁰

130. Tevens kan deze straf bijdragen aan een betere bescherming van het vermoeden van onschuld. Hoewel ook dit rechtsbeginsel niet van toepassing is bij administratiefrechtelijke verblijfsbeslissingen, aangezien deze geen straf vormen in de zin van artikel 6 EVRM,²²¹ lokte de miskennis van het vermoeden van onschuld ongenoegen uit.²²² De Dienst Vreemdelingenzaken kan immers het verblijf beëindigen om redenen van openbare orde en nationale veiligheid zonder dat de vreemdeling reeds veroordeeld is voor het misdrijf waarmee de verblijfsbeslissing gemotiveerd werd. Door de rechter de verwijderingsstraf te laten uitspreken, is alleszins het misdrijf waarmee de beëindiging van het verblijfsrecht onder meer gemotiveerd wordt, bewezen.

²¹⁷ Art. 4 Wetsvoorstel 2019.

²¹⁸ Het hoorrecht als recht van verdediging zal immers niet van toepassing zijn, indien de verwijderingsstraf niet als punitieve sanctie wordt beschouwd.

²¹⁹ RvS 26 april 2016, nr. 234.511; RvV 24 juli 2018, nr. 207.137.

²²⁰ GwH 21 december 2017, nr. 148/2017; R. VILAIN and W. YPERMAN, "Grondwettelijk Hof 21 december 2017: 'It came in like a wrecking ball'", NC 2018, (1) 9-10.

²²¹ EHRM, *Guide fair trial Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb)*, Strasbourg, European Court of Human Rights, 2018, 10 en 15.

²²² J. DE CONINCK en Y. EL KADDOURI, "Openbare orde en nationale veiligheid in de Belgische Vreemdelingenwet: Individuele rechten theoretisch en illusoir?", *T.Vreemd.* 2018, afl. 4, (302) 313; K. BELORF, "Deportatiewet Francken: waar blijft het middenveld?", *DeWereldMorgen.be* 15 februari 2017; Open brief, "Geen tweederangsburgers in onze democratische rechtstaat," *De Morgen* 28 februari 2017.

131. Voorts lost de mogelijkheid tot het uitspreken van een verwijderingsstraf ook een ander actueel probleem op. Momenteel doen vreemdelingen immers vaak beroep op artikel 6.3.b EVRM, dat het recht om te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van de verdediging inhoudt, in beroepsprocedures tegen een administratieve verwijderingsbeslissing indien zij op het moment dat zij een verwijderingsbeslissing ontvangen, nog niet (definitief) strafrechtelijk veroordeeld zijn. De vreemdeling zal daardoor namelijk niet in België kunnen zijn om zijn proces te voeren en bij te wonen. In een aantal gevallen schorsten de Raad van State en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de verwijderingsbeslissing omdat de verwijdering van de vreemdeling zijn verdediging buitensporig moeilijk zou maken.²²³ In andere arresten oordeelden ze echter dat deze schade die de vreemdeling wegens de verwijderingsbeslissing zou ondervinden, niet actueel is en daarom de schorsing ervan niet rechtvaardigt.²²⁴ Het Grondwettelijk Hof oordeelde ondertussen dat het feit zich te kunnen laten vertegenwoordigen tijdens het strafproces een voldoende waarborg voor de eerbiediging van het recht van verdediging vormt.²²⁵

Aangezien de verwijderingsstraf meteen uitgesproken wordt door de strafrechter, kan geen andere straf meer worden opgelegd wegens hetzelfde feit en zal de vreemdeling bijgevolg heel zijn proces in België kunnen bijwonen.

132. Bovendien kan deze verwijderingsstraf bijdragen tot het tegengaan van de overbevolking in de Belgische gevangenissen. Hierop werd reeds eerder in deze bijdrage ingegaan.

133. Of de invoering van de verwijderingsstraf de proceseconomie ten goede zal komen, is echter niet zeker. Zoals reeds vermeld kunnen vreemdelingen wel sneller op de radar van de Dienst Vreemdelingenzaken verschijnen, die tot op heden vaak pas gecontacteerd wordt door de gevangenisdirecteur zodra de onregelmatig verblijvende vreemdeling wordt opgesloten, met het oog op de identificatie.²²⁶ Anderzijds zal niet efficiënter en sneller kunnen worden opgetreden tegen illegaal verblijf, gelet op het feit dat de straf pas kan worden uitgevoerd zodra zij in kracht van gewijsde getreden is. Er kan immers aangenomen worden dat de Dienst Vreemdelingenzaken in beginsel sneller kan ingrijpen. Veel hangt af van de concrete wisselwerking tussen deze Dienst en de strafrechter. Alleszins zal erover gewaakt moeten worden dat een adequate informatieoverdracht plaatsvindt. Bovendien rijst de vraag in hoeveel gevallen de rechter de verwijderingsstraf in de praktijk zal kunnen opleggen, aangezien hij deze straf niet kan opleggen aan de vreemdeling die niet verschijnt ter terechtzitting of die zich niet laat vertegenwoordigen.

134. Tevens blijven zoals reeds toegelicht nog een heel aantal vragen met betrekking tot het toepassingsgebied *ratione personae* en *materiae* onbeantwoord.

135. Verder is het voorsnog onduidelijk of steeds een verblijfsbeslissing van de Dienst Vreemdelingenzaken aan het opleggen van de verwijderingsstraf vooraf moet gaan, wie in welke gevallen de toegangs- en verblijfsvoorwaarden beoordeelt en wat hiervan de gevolgen zijn, wat de waarde van het voorlichtingsrapport is, hoe het hoger beroep tegen de verblijfsbeslissing en de verwijderingsstraf moet worden ingevuld, en zo verder. Bovendien is in bepaalde gevallen mogelijks sprake van discriminatie, worden aan de strafdoelen re-

²²³ RvS 29 mei 2018, nr. 241.632; RvS 25 maart 2005, nr. 142.666; RvS 5 april 2002, nr. 105.412; RvV 7 augustus 2017, nr. 190.430; RvV 6 augustus 2016, nr. 172.889; RvV 7 augustus 2015, nr. 150524, allemaal met verwijzing naar artikel 6.3.b) EVRM.

²²⁴ RvS 22 juni 2001, nr. 96.922; RvV 11 november 2015, nr. 156.336; RvV 14 juli 2014, nr. 127012. De verwijdering verhindert het recht om zich te verdedigen immers enkel indien de overheid het verzoek tot toegang tot het grondgebied voor dat doel, zou weigeren

²²⁵ GwH 18 juli 2019, nr. 112/2019, B.29.2.

²²⁶ Art. 74/8, tweede lid Vw.

integratie resocialisatie en rehabilitatie niet voldaan en zal de rechter zowel bij het opleggen van de verwijderingsstraf als het kiezen van de strafmaat voldoende kennis moeten hebben van het vreemdelingenrecht. Ten slotte houdt het wetsvoorstel onvoldoende rekening met het Unierecht wat betreft de familieleden van Unieburgers.

IX. Besluit

136. Het strafrecht wordt met de invoering van de verwijderingsstraf duidelijk geïnstrumentaliseerd in functie van het migratiebeleid. Deze analyse toont aan dat de groeiende convergentie en versmelting op meerdere vlakken tot spanningen kan leiden, gelet op de verschillende doelen die deze rechtstakken nastreven, en de verschillende principes die ze beheersen. Bovendien dient erover gewaakt te worden dat het strafrecht zich in de toekomst niet bovenmatig fixeert op de (criminele) vreemdeling.

137. Echter mag niet worden vergeten dat het strafrecht deze migratierechtelijke principes ook lijkt over te nemen vanuit een eigen, terechte bekommernis, namelijk de overbevolking van de gevangenissen.

138. Initieel lijkt deze straf een goede aanvulling van zowel het strafrechtelijk als migratierechtelijk handhavingsarsenaal. De wetgever mag echter een aantal besproken zaken niet over het hoofd zien, en dient duidelijke antwoorden voor de geformuleerde knelpunten uit te werken. Ten slotte kan slechts de toekomst uitwijzen of de straf aan haar doelstelling tegemoet zal komen.