

Bijdrage van Hans Sondaal (plv. Vz ACVZ) aan de Workshop 'Openbare orde voor de Gevorderde' van de SVMA (Specialisten Vereniging Migratierecht Advocaten),

Rotterdam 27 maart 2015.

Graag lever ik een bijdrage aan deze workshop die de titel draagt "Openbare orde voor de Gevorderde" en waarin de rechtszekerheid en het openbare orde beleid centraal staan. Ik doe dat aan de hand van adviezen die de ACVZ heeft gegeven bij drie wetsontwerpen. Alle drie de wetsontwerpen raken de openbare in de zin dat ik daaronder versta de maatschappelijke ordening en de rust in de samenleving die de overheid via wetten aanbrengt.

1. Glijdende schaal

Het eerste advies betrof de in 2011 voorgenomen wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 die ten doel had de glijdende schaal aan te scherpen.

De glijdende schaal is, zoals u ongetwijfeld weet, een instrument voor de handhaving van de openbare orde waarbij een verband wordt gelegd tussen de verblijfsduur van de vreemdeling en de ernst van de inbreuk op de openbare orde. Bij een korte verblijfsduur kan een relatief licht vergrijp reeds doorslaggevend zijn om verblijf te beëindigen en in te zetten op vertrek van de vreemdeling. Bij een langer verblijf dient er sprake te zijn van een zwaardere inbreuk op de openbare orde.

De glijdende schaal is in 1990 in het vreemdelingenbeleid geïntroduceerd. Sindsdien is de schaal al vijfmaal aangescherpt, de laatste keer in 2010. De regering achtte de aanscherpingen nodig om de Nederlandse samenleving te beschermen tegen criminele vreemdelingen.

In haar advies van augustus 2011 heeft de ACVZ pittige kritiek van meer algemene aard geleverd op het wijzigingsvoorstel. Die kritiek bevatte de volgende punten:

-De ACVZ oordeelde dat het beginsel van proportionaliteit ernstig in het gedrang dreigde te komen.

-De ACVZ plaatste daarnaast vraagtekens bij de noodzakelijkheid van het wijzigingsvoorstel gezien de omstandigheid dat zo kort na elkaar al aanscherpingen hadden plaatsgevonden. Het effect van eerdere aanscherpingen was niet bekend.

-Ook de motivatie vond de commissie onvoldoende. Die bestond er slechts uit, dat het voornemen was opgenomen in het regeerakkoord VVD-CDA.

-Tot slot twijfelde de commissie aan de legitimiteit van de voorgenomen wijziging. Zij meende dat verschillende voor Nederland geldende verplichtingen, die voortvloeiden uit Europese regelgeving, onvoldoende waren geïncorporeerd in het nationale beleid ten aanzien van de glijdende schaal.

Min of meer dezelfde bezwaren uitte de ACVZ toen de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie in december 2012 advies vroeg over weer een nadere aanscherping van de glijdende schaal. Ook de Raad van State oordeelde dat dit laatste wijzigingsvoorstel onvoldoende was onderbouwd. De Raad adviseerde om eerst de resultaten van de eerdere aanscherpingen te meten teneinde het

voorstel van een dragende motivering te kunnen voorzien. Daarop heeft de organisatie Panteia in opdracht van het WODC een onderzoek naar die resultaten uitgevoerd. De belangrijkste conclusie van het onderzoek was, dat een verdere aanscherping van de glijdende schaal, zoals voorgenomen door de regering, niet of nauwelijks zou leiden tot meer verblijfsbeëindigingen van derdelanders. De regering heeft daarop in november 2014 besloten op dat moment niet over te gaan tot een verdere aanscherping.

2. Strafbaarstelling illegaal verblijf

Het tweede advies betrof het voorstel in 2011 van de toenmalige minister voor Immigratie, Integratie en Asiel om de Vreemdelingenwet 2000 te wijzigen in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland. Ten aanzien van dit voorstel formuleerde de ACVZ bezwaren van fundamentele aard die soortgelijk waren aan de algemene bezwaren die naar voren waren gebracht met betrekking tot de glijdende schaal.

De noodzaak van de strafbaarstelling was onvoldoende aangetoond. Een analyse daarvan ontbrak en zij werd op geen enkele manier gemotiveerd. Ook in dit geval was het belangrijkste motief, dat de strafbaarstelling in het regeerakkoord was opgenomen.

De commissie had verder ernstige twijfels bij de effectiviteit van de voorgenomen maatregel. De handhaving ervan zou nog worden gezien en zou selectief zijn. De vraag die zich dus opdrong was, of de maatregel het beoogde doel wel zou verwezenlijken.

Daarnaast voorzag de commissie ongewenste neveneffecten. Zij dacht daarbij aan de versturende invloed van de maatregel op het bestaande bestuursrechtelijke instrumentarium en aan de extra belasting van de rechterlijke macht, het Openbaar Ministerie en de uitvoeringsinstanties.

Tot slot wees de ACVZ erop, dat de voorgenomen maatregel in strijd zou kunnen zijn met de Terugkeerrichtlijn, waardoor de legitimiteit van de maatregel in het geding was.

Vervolgens heeft de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie het wetsvoorstel aangepast in het licht van de commentaren, niet alleen die van de ACVZ. Hij heeft het aangepaste wetsvoorstel eind 2012 opnieuw aan de ACVZ voorgelegd, maar hoe hij het commentaar daarop beoordeeld heeft, is niet bekend, want de staatssecretaris heeft het wetsvoorstel uiteindelijk in mei 2014 ingetrokken als gevolg van een politieke afspraak tussen de VVD en de PvdA.

3. Intrekken Nederlanderschap in belang nationale veiligheid

Het derde ACVZ advies betrof de in 2014 voorgenomen wijziging van de Rijkswet op het Nederlanderschap in verband met het intrekken van dat Nederlanderschap in het belang van de nationale veiligheid.

In haar advies van februari 2015 heeft de ACVZ naar voren gebracht, dat die intrekking op gespannen voet staat met fundamentele rechten vastgelegd in artikel 47 van het EU Handvest, juncto de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, te weten het recht op een eerlijke en openbare behandeling van de zaak. Ook bij dit voorstel was de legitimiteit ervan in het geding.

Verder heeft de commissie bedenkingen waar het gaat om de effectiviteit van het voorstel (intrekking kan alleen bij personen met meer dan één nationaliteit) en plaatst zij kanttekeningen bij de rechtsbescherming in individuele zaken.

Eerder al, naar aanleiding van een verzoek van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie in augustus van 2013 met betrekking tot de mogelijkheden tot ontneming en de gronden voor verlies van het Nederlanderschap bij terroristische activiteiten, had de ACVZ aangeraden om het voorstel voor het van rechtswege verliezen van het Nederlanderschap bij een onherroepelijke veroordeling wegens deelname aan een terroristische organisatie te heroverwegen. Als redenen gaf de commissie dat het voorstel in strijd was met Europees recht en niet zou passen in de wetsystematiek; dat de noodzaak niet was aangetoond en dat het risico op een onjuiste constatering van het verlies van het Nederlanderschap te groot was en zulks onevenredig nadelige gevolgen zou hebben voor de betrokken persoon.

Wat waren, samengevat, de kernbezwaren van de ACVZ met betrekking tot deze drie wetsvoorstellen?

- Twijfel aan de juridische dimensie van legitimiteit, vooral door strijd of schuren met Europese wet- en regelgeving.
- Aan de aspecten van effectiviteit werd niet of onvoldoende aandacht besteed. Het ging daarbij om alle drie de aspecten van effectiviteit, te weten: de mate waarin een voorgenomen regeling het beoogde doel zal helpen verwezenlijken; de neveneffecten ervan en de lasten van de voorgenomen regeling voor - in deze gevallen - vooral de rechterlijke macht.
- Met het proportionaliteitsbeginsel was niet of onvoldoende rekening gehouden, zowel in de zin, dat een sanctie, van welke aard dan ook, evenredig zou moeten zijn aan de/het te bestraffen overtreding/misdrijf, als in de zin, dat de inbreuk op het individuele belang evenredig zou moeten zijn aan het doel waarmee beoogd wordt het algemeen belang te dienen.
- De noodzaak van de wetsvoorstellen was onvoldoende aangetoond en onderbouwd.
- Van een streven naar een bestendig karakter van de wetgeving was geen sprake.
- Het valt te betwijfelen, of de overheid wel onderzocht had, of de beoogde doelstellingen bereikt hadden kunnen worden door een betere toepassing van bestaande wetgeving en de handhaving ervan.

In aanvulling hierop wil ik er nog op wijzen, dat de ACVZ naar aanleiding van het recente voorstel tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit in verband met de aanpassing van de regels over de oplegging en de duur van het inreisverbod, haar zorg uitsprekt over de complexiteit van de voorgenomen regeling. De commissie suggereert daarom een eenvoudiger alternatief. Ik besef, dat complexe wetgeving niet altijd te vermijden is, omdat de te regelen onderwerpen complex zijn. Maar het is en blijft noodzaak dat de regering streeft naar duidelijkheid en eenvoud, want de toegankelijkheid van de wetgeving moet voorop staan.

Met het benoemen van deze bezwaren beweer ik in feite, dat de regering zich niet houdt aan de Aanwijzingen voor de regelgeving, in het bijzonder aanwijzingen 6, 7, 9, 10 en 15. Volgens de toelichting bij Aanwijzing 5 hebben de aanwijzingen bindende kracht voor ministers, staatssecretarissen en de onder hen ressorterende diensten en personen.

Deze aanwijzingen zijn niet zomaar wat technisch-administratieve regeltjes. Integendeel, zij hebben een belangrijk doel, namelijk voorzien in een adequaat wetgevingsproces dat rechtszekerheid en rechtsgelijkheid waarborgt. Zij schragen de idee van de rechtsstaat.

De ACVZ staat in deze kritiek op de vaak onvoldoende doordachte voorstellen tot wijziging van het vreemdelingenrecht niet alleen. Ook andere instellingen hebben eenzelfde inhoudelijke kritiek. Die kritiek is er voorts ook op andere wetgevingsterreinen, bijvoorbeeld dat met betrekking tot de inburgering van vreemdelingen en dat van het strafrecht.

Het tijdschrift *Asiel en Migrantenrecht (A&MR)* publiceerde begin dit jaar twee verhelderende artikelen over de Wet inburgering. Ook in deze artikelen wordt gewezen op de gemankeerde relatie tussen de door incidenten geïnspireerde wetgeving en de beoogde effecten ervan.

In één artikel bespreken Elles Besselsen en Betty de Hart hun onderzoek naar de verblijfsrechtelijke gevolgen van deze wet, zoals gewijzigd op 1 januari 2013. Op grond van dit onderzoek spreken zij de verwachting uit, dat de wijzigingen van de Wet inburgering 2013 de integratie van migranten in de Nederlandse samenleving niet bevorderen. Daarmee wordt de effectiviteit van de wet serieus in twijfel getrokken.

In een ander artikel met de titel 'Vluchtelingen extra hard geraakt door Wet inburgering' reageert Erna Lensink van Vluchtelingwerk Nederland op dit onderzoek. Lensink wijst op de vele beleidswijzigingen die in de zestien jaar inburgeringsbeleid zijn geïntroduceerd, terwijl de resultaten van het beleid daarbij maar een beperkte rol speelden. De meeste wijzigingen vonden plaats zonder de effecten van de maatregelen af te wachten. Zij wijst erop, dat het Sociaal Cultureel Planbureau al vaststelde, dat de Wet inburgering van 2013 niet is voortgekomen uit onvrede met het oude stelsel: dat kwam juist goed op stoom. Aan de nieuwe wet lagen vooral politiek-ideologische redenen ten grondslag.

Ook de ACVZ heeft enkele malen over de Wet inburgering geadviseerd. In haar advies van mei 2011 plaatste de commissie kritische kanttekeningen bij de legitimiteit, de effectiviteit en de proportionaliteit van het toen voorliggende voorstel tot wijziging van de Wet.

In een pre-essay voor de Jonge Nederlandse Juristen Vereniging van november 2010 met de titel 'Grondwettelijke toetsing van strafwetgeving in de Nederlandse veiligheidscultuur' had Maartje van der Woude het over de tendens naar juridisch activisme bij de politieke actoren. Zij stelde, dat er nauwelijks meer een rem lijkt te bestaan op de vertaling van de wil van het volk in wetgeving, terwijl het bij wetgeving toch zou moeten gaan om meer dan de verzameling van ad hoc gevormde individuele meningen die vaak zonder daadwerkelijke kennis van zaken worden gevormd. Zij noemde dit een verontrustende ontwikkeling, omdat daarbij vragen betreffende noodzaak, legitimiteit en consistentie van wetgeving uit het oog dreigen te worden verloren.

In zijn afscheidscollege 'Grimmig Spiegelbeeld' van mei 2013 kraakte ook emeritus hoogleraar Theo de Roos een stevige kritische noot over recente ontwikkelingen in het strafrecht. Dat doet hij onder meer aan de hand van onderwerpen als de criminalisering van immigratie, de steeds hogere straffen en de levenslange gevangenisstraf. Hij spreekt over symboolwetgeving (symbool in de zin van een loos gebaar), want over de beoogde afschrikkende werking van wetsvoorstellen op die terreinen bestaat gerede twijfel. Constaterende, dat de

noodzaak van nieuwe strafmaatregelen niet is aangetoond, heeft hij het ook over 'fact free politics'.

De vraag die zich dwingend stelt is, waarom regering en parlement toch telkens die incidentenreflex vertonen en bij wetgeving de waarborgen en de zorgvuldigheid waarmee het proces van wetgeving is omgeven, negeren en ondanks steekhoudende kritiek veelal, niet altijd zeg ik erbij, in dat negeren volharden.

Mijn antwoord op die vraag is kort en luidt: de tijdgeest. De maatschappij is verhard. De roep om een strenger beleid ten aanzien van migranten (en criminelen) neemt toe en wordt luider. Teneinde het vertrouwen van de bevolking te behouden (of terug te winnen) geeft de regering in een sterk gefragmenteerd politiek speelveld graag aan die oproep gehoor. Zij wil daadkrachtig overkomen en de bevolking instant veiligheid bieden. 'Lik op stuk' beleid is het antwoord, meer punitievere wetgeving. Gelegenheidswetgeving van aanzienlijk symbolisch karakter wordt gepresenteerd als de oplossing voor elk maatschappelijk probleem. Veel parlementsleden gaan daarin mee.

Ik wil er overigens geen misverstand over laten bestaan, dat ik zeker begrip heb voor de groeiende zorgen over de veiligheid van de samenleving. Maar ik heb wel de indruk, dat het argument van veiligheid en de bescherming van de openbare orde erg gemakkelijk wordt gehanteerd om andere politieke doeleinden te dienen. Hoe het ook zij, bij het maken van wetgeving moeten ook andere belangen dan veiligheidsbelangen worden meegenomen en afgewogen. En daar zit naar mijn mening het probleem.

Het wetgevingsproces dat ik geschetst heb, wordt verdedigd met het argument, dat zodra een wet met de vereiste meerderheid door het parlement is aangenomen, er democratisch is gehandeld. Daarmee is de kous af, daarmee heeft de wet zijn bestaansrecht gekregen.

Maar wij leven niet alleen in een democratie, wij leven in een democratische rechtsstaat. Dat betekent dat de politiek zich dient te schikken naar het recht. Ook het handelen van de overheid is gebonden aan de regels van het recht, zowel de nationale als de door ons land aanvaardde internationale regels. Dat betekent dat de wet ook daadwerkelijk recht moet zijn.

Voor de goede orde: ik beweer niet dat wetgeving niet zou mogen inspelen op nieuwe ontwikkelingen. Integendeel. Maar aan de inhoud van beoogde wetswijzigingen en de wijze waarop die tot stand komen, stelt de rechtsstaat bepaalde grenzen.

Tot slot een citaat en een oproep.

Het citaat komt uit een toespraak van de vice-president van de Raad van State die hij op 6 september 2012 hield bij de opening van het academisch jaar van de Academie voor Overheidsjuristen en de Academie voor Wetgeving. De titel van de toespraak luidde: 'Wetgeving en Crisis' en daarin staat onder meer:

'Wetgeven in crisistijd is niet eenvoudig. Maar we moeten oppassen dat we niet eindigen met een crisis in de wetgeving. Als de wetgeving gaat meedeinen op golven van redeloosheid en radeloosheid in politiek en bestuur (ik laat in het midden wie in deze redeloos en wie radeloos is) dan is de wetgeving uiteindelijk reddeloos.'

Mijn oproep (en in deze oproep sta ik zeker niet alleen) is dat regering en parlement het boek lezen van Willem Witteveen: 'De Wet als Kunstwerk'. Met al de gedachten die de voormalige hoogleraar Rechtstheorie en Retorica in dit magistrale boek ontwikkelt, hoef je het zeker niet eens te zijn, maar het is wel goed om die tot je door te laten dringen. Gegeven de inhoud van mijn voordracht, sluit ik mij in het bijzonder aan bij het pleidooi dat Witteveen houdt voor een 'slow law'-beweging. Een dergelijke beweging, aldus Witteveen, 'zou er een eer in stellen om, vooraleerst in de marge van de malende beleidsmachines, eigen enclaves te stichten waar wetten in alle rust worden voorbereid, voorzien worden van hoogwaardige en bruikbare normstelsels die hun basis vinden in een goed begrip van de feiten'.

'Wegwerprecht', zo zegt Witteveen, (en daaronder versta ik in het kader van deze voordracht wetgeving die schuurt met de idee van de rechtsstaat), 'Wegwerprecht is het fastfood van de overheidssfeer. Slow law is de ware kunst van het wetgeven'.