

Toepassing Zh. en O. bij inreisverboden en ongewenstverklaringen

Wat is een daadwerkelijk en actueel gevaar voor de openbare orde?

Sinds het arrest Zh. en O. van het HvJ EU gaat de strafrechter niet alleen op de IND af maar toetst hij zelf of een derdelander in geval van een inreisverbod of ongewenstverklaring daadwerkelijk een actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving. De Schutter en Berends wijzen op het belang van deze jurisprudentie voor de straf- en vreemdelingenrechtelijke praktijk van inreisverboden en ongewenstverklaringen.

Op 11 juni 2015 heeft het Hof van Justitie in *Zh. en O.* antwoord gegeven op prejudiciële vragen die door de Afdeling Bestuursrechtspraak zijn gesteld over de uitleg van het begrip 'gevaar voor de openbare orde' als bedoeld in artikel 7, vierde lid, van de Terugkeerrichtlijn 2008/115/EG (hierna: de Tri).¹ Het Hof heeft in dit arrest duidelijk gemaakt dat een lidstaat het begrip 'gevaar voor de openbare orde' in de zin van artikel 7, vierde lid, van de Tri zo dient uit te leggen dat per geval beoordeeld dient te worden of de persoonlijke gedragingen van de betrokken derdelander een daadwerkelijk en actueel gevaar voor de openbare orde vormen.² Wanneer een lidstaat daarbij steunt op een algemene praktijk of een vermoeden om vast te stellen dat er sprake is van een dergelijk gevaar, zonder dat naar behoren rekening wordt gehouden met de persoonlijke gedragingen van de derdelander en met het gevaar dat van die gedragingen uitgaat voor de openbare orde, gaat die lidstaat volgens het Hof voorbij aan het vereiste van een verplicht individueel onderzoek, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel (punt 50 van het arrest). Het enkele feit dat een derdelander veroordeeld is voor, of verdacht wordt van het plegen van een misdrijf, is onvoldoende voor de conclusie dat de derdelander een gevaar oplevert voor de openbare orde in de zin van artikel 7, vierde lid, Tri (punt 54 van het arrest).

Het Hof verwijst expliciet naar zijn jurisprudentie met betrekking tot het vrij verkeer van Unieburgers en overweegt dat het begrip 'gevaar voor de openbare orde' als bedoeld in artikel 7, vierde lid, Tri hoe dan ook veronderstelt dat er, naast de verstoring van de maatschappelijke orde die bij elke wetsovertreding plaatsvindt, sprake moet zijn van een werkelijke actuele, en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast (punt 60). Bij de beoordeling hiervan kunnen ook andere gegevens van belang zijn, zoals de aard en de ernst van het strafbare feit, het tijdsverloop sinds dat feit werd gepleegd en de omstandigheid dat de derdelander het grondgebied aan het verlaten was toen hij door de nationale autoriteiten werd aangehouden (punt 65).

Naar aanleiding van het arrest Zh. en O. is de praktijk rondom artikel 197 Wetboek van strafrecht (Sr) in beweging gekomen. Voorheen gingen strafrechters voor de beantwoording van de bewijsvraag in het kader van artikel 197 Sr bij derdelanders vooral uit van de beoordeling van de IND op dit punt, in die zin dat het bestanddeel 'op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenste vreemdeling is verklaard of tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd' bewezen verklaard kon worden louter vanwege het bestaan van beschikking tot ongewenstverklaring dan wel een inreisverbod. Thans voelen (sommige) strafrechters zich evenwel genoodzaakt om de Justitiële Documentatie van een verdachte zelf onder de loep te nemen en te beoordelen of er ondanks een (onherroepelijke) ongewenstverklaring of een (onherroepelijk) inreisverbod in een bepaald geval

¹ HvJ EU 11 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:377, JV 2015/209, m.nt. G.N. Cornelisse.

² HvJ EU 11 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:377, JV 2015/209, m.nt. G.N. Cornelisse, r.o. 50.

wel sprake is van een daadwerkelijk en actueel gevaar voor de openbare orde in het licht van de criteria uit *Zh. en O.*

1. Twee arresten

Het Gerechtshof Amsterdam heeft in twee arresten de verdachten vrijgesproken van overtreding van artikel 197 Sr vanwege strijd met artikel 11, lid 2 Tri.³ In beide zaken is cassatie ingesteld door de A-G.

In het arrest van 17 november 2015 was de verdachte ten laste gelegd dat hij op 7 januari 2015 en op 12 december 2014 artikel 197 Sr had overtreden. Aan de verdachte was bij besluit van 14 februari 2014 een inreisverbod uitgevaardigd voor de duur van tien jaar vanwege een ernstige bedreiging voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid.⁴ De ernstige bedreiging voor de openbare orde bleek volgens het inreisverbod uit het feit dat betrokkene bij herhaling misdrijven had gepleegd, waaronder een geweldsdelict. Voorts werd in het inreisverbod opgemerkt dat betrokkene was gedagvaard voor een zedenmisdrijf. Het inreisverbod was nog niet onherroepelijk omdat er nog een procedure aanhangig was bij de Raad van State.⁵

De verdachte uit het arrest van 16 december 2015 werd eveneens verweten dat hij artikel 197 Sr had overtreden. Deze verdachte kreeg bij beschikking van 20 maart 2013 ook een inreisverbod opgelegd voor de duur van tien jaar omdat hij een bedreiging voor de openbare orde vormde, na een eerdere ongewenstverklaring die tegelijk met de uitvaardiging van het inreisverbod is opgeheven. De bedreiging voor openbare orde bleek uit een straatroof van 5 juni 1998 en andere veroordelingen, die door het hof niet nader zijn geconcretiseerd.

Artikel 197 Sr

Een vreemdeling die in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden, dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenste vreemdeling is verklaard of tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.

dat bij de uitleg van het bepaalde in artikel 11, tweede lid, Tri een ander, minder verstrekkend, niveau van rechtsbescherming leidend zou moeten zijn dan het in de uitspraak HvJ-EU d.d. 11 juni 2015 in het kader van artikel 7, vierde lid Tri geschetste niveau.

Volgens het hof zou er in ieder geval niet een minder verstrekkend niveau van rechtsbescherming moeten zijn. Wij menen dat er een verstrekkender niveau van rechtsbescherming zou moeten zijn, nu in artikel 11 Tri een *ernstige* bedreiging van de openbare orde wordt genoemd als voorwaarde om een inreisverbod voor langer dan vijf jaar op te leggen. In artikel 7 Tri komt het woord ‘ernstig’ niet voor. Het hof gaat in het arrest niet nader in op het verschil tussen artikel 7 en 11 Tri, terwijl het HvJ EU zich in het arrest *Zh. en O.* beperkt tot de uitleg van de term ‘gevaar voor de openbare orde’ uit artikel 7 Tri.

In het arrest van 17 november 2015 overweegt het gerechtshof als volgt:

In het eerste arrest oordeelt het hof dat de motivering tekort schoot, in het tweede laat het zich zelfs inhoudelijk uit de ernst van de onderliggende strafbare feiten.

Het hof komt in de arresten tot een vrijspraak omdat het bestanddeel ‘een wettelijk voorschrift’ niet bewezen kan worden verklaard. Het hof oordeelt dat de motivering van het inreisverbod onvoldoende is in het licht van de Terugkeerrichtlijn en acht de besluiten waarin de inreisverboden zijn opgelegd niet rechtmatig. Bij een inreisverbod (of ongewenstverklaring) dat is uitgevaardigd in strijd met rechtstreeks werkende bepalingen van EU-recht, is er geen sprake van ‘een wettelijk voorschrift’.

Het hof sluit in de arresten aan bij de motiveringsvereisten uit het arrest *Zh. en O.*, over het begrip ‘openbare orde’ uit artikel 7 Tri. Het hof oordeelt dat dit arrest ook van toepassing is op het begrip ‘ernstige bedreiging van de openbare orde’ uit artikel 11, tweede lid Tri. Immers, zo overweegt het hof in het arrest van 17 november 2015, bieden inhoud en strekking van de Terugkeerrichtlijn geen aanknopingspunt voor de conclusie

‘Het hof zal er daarom bij de beoordeling van de (...) tenlastegelegde feiten vanuit gaan dat de uitleg die het HvJ EU in het arrest geeft aan artikel 7, vierde lid Terugkeerrichtlijn richtinggevend is voor de uitleg van artikel 11 van deze richtlijn. Met toepassing van het openbare orde begrip uit *Zh. en O.* komt het hof tot de conclusie dat de motivering uit het besluit tot oplegging van het inreisverbod niet voldoende is. De enkele verwijzing naar de aard van twee misdrijven is daarvoor onvoldoende. Voor het overige wordt slechts gesproken van “misdrijven” die de verdachte “bij herhaling” gepleegd zou hebben, welke motivering eveneens te kort schiet.’

Opvallend aan het arrest van 16 december 2015 is dat het gerechtshof nog verder lijkt te gaan in de toetsing van de rechtmatigheid van het inreisverbod. Waar het hof in het arrest van 17 november 2015 nog ‘slechts’ oordeelde dat de motivering te kort schoot, gaat het in de uitspraak van december verder door zich inhoudelijk uit te laten over de actualiteit en ernst van de strafbare feiten op grond waarvan het inreisverbod is opgelegd. Het hof overweegt:

‘Het hof is van oordeel dat de motivering van de oplegging van het inreisverbod van 20 maart 2013 in het licht van de uitspraak van het HvJ EU van 11 juni 2015 geformuleerde criteria, onvoldoende is voor de conclusie dat in dit geval sprake is van een (ernstige) bedreiging van de openbare orde. De meest recente veroordeling ter zake van straatroof dateert van 5 juni 1998; de dreiging die daarvan uit gaat voor de openbare orde kan redelijkerwijs niet als actueel bestempeld

3 Gerechtshof Amsterdam, 17 november 2015, parketnummer 23-001779-15, *JV* 2015/43 m.nt. M.F. Wijngaarden en Gerechtshof Amsterdam 16 december 2015, parketnummer 23-003151-15, *JV* 2015/44.

4 Ex artikel 66a, eerste lid aanhef en onder a Vw juncto artikel 66a, zevende lid aanhef en onder c Vw.

5 Het hof overweegt dat het besluit tot oplegging van het inreisverbod nog niet rechtens onaantastbaar is nu er nog een procedure loopt bij de Raad van State. Maar uit het arrest blijkt niet of dit een relevante omstandigheid is voor het hof. In het arrest van 16 december 2015 gaat het om een besluit van 20 maart 2013 waarbij er vanuit gegaan kan worden dat dit wel onherroepelijk is (het wordt niet als zodanig genoemd door het hof) en daarin komt het hof tot dezelfde uitkomst.

worden. Ten aanzien van de andere veroordelingen waarnaar in de beschikking wordt verwezen geldt dat, voor zover deze actueel zouden zijn, uit de gegeven motivering niet naar voren komt dat zij dermate ernstig zijn dat redelijkerwijs van een actuele en ernstige dreiging kan worden gesproken.'

Het hof merkt ten slotte in het arrest van 17 november 2015 nog op dat het niet aan het hof is om in het kader van de strafprocedure het betreffende gebrek te 'helen'. Hiermee lijkt het hof aan te geven dat er geen sprake kan zijn van het repareren van een motiveringsgebrek van een inreisverbod tijdens een strafrechtelijke procedure. De advocaat-generaal in deze zaak lijkt nog wel een poging hiertoe te hebben gedaan. In het arrest is opgenomen dat de advocaat-generaal zich op het standpunt heeft gesteld dat er op juiste gronden een inreisverbod voor 10 jaar was opgelegd omdat het verbod niet slechts was gebaseerd om vermogensdelicten maar ook op ernstiger feiten, die gedurende langere tijd hebben plaatsgevonden.

De juridische status van een persoon mag niet bepalen welk openbare orde-criterium op hem van toepassing is.

2. Ook de vreemdelingenrechter

Het oordeel van het gerechtshof dat Zh. en O. ook van toepassing is op artikel 11 Tri, is inmiddels ook door de vreemdelingenrechter bevestigd. De rechtbank Utrecht oordeelt dat, omdat artikel 66a Vw onderdeel is van de implementatie van de Terugkeerrichtlijn en in dit artikel wordt verwezen naar artikel 62 Vw, het begrip 'gevaar voor de openbare orde' in artikel 62, lid 2 aanhef en onder c Vw dient te worden uitgelegd als in Zh. en O.⁶

De Afdeling heeft in de uitspraak van 30 december 20157 geoordeeld dat er geen ruimte bestaat om het begrip 'openbare orde' in de Opvangrichtlijn anders uit te leggen dan het begrip 'gevaar voor de openbare orde' in artikel 7, vierde lid Tri. De Afdeling verwijst voor de uitleg van het begrip naar het arrest Zh. en O. en stelt dat de staatssecretaris moet motiveren dat en waarom de desbetreffende vreemdeling een daadwerkelijk en actueel gevaar voor de openbare orde vormt.

De Afdeling verwijst ook naar het arrest H.T. van het HvJ EU over artikel 8, derde lid onder e van de Opvangrichtlijn.⁸ In dit arrest worden prejudiciële vragen behandeld over intrekking van een asielvergunning en het begrip openbare orde uit de Definitierichtlijn 2004/83. In r.o. 77 van dit arrest overweegt het Hof, nadat het heeft vastgesteld dat het begrip in de richtlijn zelf niet is gedefinieerd, als volgt:

'Daarentegen heeft het Hof wel reeds de gelegenheid gehad de begrippen "openbare veiligheid" en "openbare orde" in de artikelen 27 en 28 van richtlijn 2004/38 [de Verblijfsrichtlijn] uit te leggen. Al streeft deze richtlijn andere doelen na dan richtlijn 2004/83 en al blijven lidstaten vrij om de eisen van de openbare orde en de openbare veiligheid af te stemmen op hun nationale behoeften, die per lidstaat en per tijdsgewricht kunnen verschillen (...), dit neemt niet weg dat de omvang van de bescherming die een samenleving aan haar fundamentele belangen wenst te bieden, niet mag verschillen naargelang van de juridische status van de persoon die deze belangen schaaft.'

6 VK Rb 's-Gravenhage zp Utrecht, 2 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1328. Zie anders VK Rb Roermond, 13 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11719, ve15001757.

7 ABRvS 30 december 2015, nr. 201507479/1/V3, ECLI:NL:RVS:2015:4075, ve16000034.

8 HvJ EU 24 juni 2015, C-373/13, ECLI:EU:C:2015:413.

Hier zegt het Hof dat de juridische status van een persoon niet mag bepalen welk openbare orde-criterium op hem van toepassing is.⁹

3. Niet buiten het boekje

De vraag kan gesteld worden of het Gerechtshof Amsterdam niet zijn boekje te buiten gaat door op deze manier een door de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie uitgevaardigd, en mogelijk door de bestuursrechter rechtmatig bevonden, inreisverbod te toetsen en onrechtmatig te achten. In gevallen van 'evidente' schending met rechtstreeks werkende bepalingen van Europees recht in ieder geval niet.

De Hoge Raad heeft zich hierover in het verleden al uitgelaten en stelt zich op het standpunt dat in voorkomende gevallen

de strafrechter gehouden is te onderzoeken of de ongewenstverklaring in strijd is met rechtstreeks werkende bepalingen van Europees gemeenschapsrecht, indien ter zake verweer is gevoerd.¹⁰ Hier was aan de orde dat een EU-burger ongewenst was verklaard zonder dat was getoetst aan het criterium van de 'actuele en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving' uit de voorloper van de Verblijfsrichtlijn 2004/38.¹¹

De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat het niet uitmaakt of tegen de desbetreffende beschikking een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat of heeft opengestaan en dat de verdachte van deze rechtsgang geen gebruik heeft gemaakt. De Hoge Raad oordeelde in r.o. 3.5:

'In het zich hier niet voordoende geval dat de verdachte de bestuursrechtelijke rechtsgang heeft gevolgd, geldt in verband met een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter en met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken in een situatie als de onderhavige het volgende. Is de desbetreffende beschikking door de bestuursrechter bij onherroepelijke uitspraak in stand gelaten, dan staat zulks er niet aan in de weg dat de strafrechter het verweer dat de ongewenstverklaring in strijd is met het Europees gemeenschapsrecht onderzoekt en daarop beslist indien die ongewenstverklaring evident in strijd is met dat recht.'

De vraag doet zich voor of er een verschil is tussen hetgeen de Hoge Raad als voorwaarde stelt, namelijk een 'evidente' strijd met het EU-recht, en hetgeen het Gerechtshof Amsterdam oordeelde in de arresten van 17 november en 16 december 2015, te weten een 'dusdanige' strijd met het EU-recht. Het gebruik van het woord 'dusdanig' in plaats van 'evident' lijkt erop te duiden dat het hof sneller tot een schending zou concluderen. Toekomstige jurisprudentie moet hierover nog uitsluitsel geven.

9 In het recente arrest J.N. (HvJ EU 15 februari 2016, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, ve16000285, punten 64 en 65) verwijst het Hof ook naar het arrest Zh. en O., in de uitleg van het openbare orde-begrip uit artikel 8 lid 3 aanhef en onder e van de Opvangrichtlijn 2013/33, in nationaal recht omgezet in artikel 59b lid 1 aanhef en onder d Vw.

10 HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL2854, NJ 2010/573 m.nt. A.H. Klip.

11 Vo 1612/68 van 15 oktober 1968.

4. Andere lijn van Haags hof

De vraag is of andere gerechtshoven het voorbeeld van Amsterdam zullen volgen. Er is tot dusver één uitspraak van het Gerechtshof Den Haag bekend, van 1 februari jl., waarin het arrest *Zh. en O.* aan de orde is gekomen (in een zaak waarin de verdediging is gevoerd door mr. A Berends).¹² De casus betrof een verdachte wiens verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd bij beschikking van 26 juni 2014 was ingetrokken en aan wie bij dezelfde beschikking een inreisverbod voor de duur van tien jaar was opgelegd, omdat hij volgens de IND een ernstige bedreiging voor de openbare orde vormt.¹³ Als motivering voor deze ernstige bedreiging voor de openbare orde verwijst de IND in de beschikking louter naar een veroordeling uit 2003, waarbij de verdachte is veroordeeld terzake van een poging zware mishandeling. Naast deze veroordeling is de verdachte tweemaal veroordeeld terzake van een opiumdelict en meerdere keren veroordeeld terzake van vermogensdelicten, welke vermogensdelicten op zichzelf evenwel niet als dermate ernstig kunnen worden bestempeld dat redelijkerwijs van een ernstige bedreiging van de openbare orde kan worden gesproken. Dit was door de IND ook met zoveel woorden erkend in de beschikking op bezwaar van 5 januari 2015.¹⁴ De veroordelingen terzake van de vermogens- en opiumdelicten worden in de beschikking van de IND van 26 juni 2014 alleen als zodanig genoemd bij de motivering van de intrekking van de verblijfsvergunning en niet bij de oplegging van het inreisverbod.

Advocaten moeten onderzoek doen naar de motivering van inreisverbod of ongewenstverklaring.

De vraag of de criteria uit het arrest *Zh. en O.* relevant zijn in de onderhavige zaak, beantwoordt het gerechtshof niet expliciet bevestigend, maar vervolgens gaat het hof wel in op het standpunt van de verdediging dat onvoldoende is gemotiveerd waarom er in het geval van de verdachte sprake is van een ernstige bedreiging van de openbare orde. Het hof oordeelt dat in de beschikking tot oplegging van het inreisverbod 'uitvoerig is ingegaan op de vraag waarom de gedragingen van de verdachte een gevaar voor de openbare orde vormen' en dat daarbij ook is betrokken hetgeen de verdachte daarover kennelijk tot zijn verdediging heeft aangevoerd. Het hof stelt voorts aan de hand van de inhoud van de beschikking van 26 juni 2014 vast dat voor de daarin opgenomen beslissing niet uitsluitend de uit de Justitiële Documentatie blijkende gedragingen van de verdachte in aanmerking zijn genomen, maar dat – anders dan de verdediging betoogt – ook de verblijfsduur en het familie- en gezinsleven van de verdachte als bedoeld in artikel 8 EVRM in de afweging zijn betrokken. Het hof volgt de verdediging dan ook niet in het standpunt dat het inreisverbod onrechtmatig was wegens strijd met artikel 11, tweede lid, van de Terugkeerrichtlijn.

Naar de mening van de verdediging miskent het hof met het voorgaande dat de IND enkel bij de intrekking van de

verblijfsvergunning uitvoerig is ingegaan op het gevaar voor de openbare orde. Bij de motivering van het inreisverbod werd immers volstaan met verwijzing naar de veroordeling terzake van het geweldsdelict in 2003.¹⁵

5. Ook vroegere ongewenstverklaringen en korte inreisverboden

De genoemde arresten betreffen inreisverboden die zijn uitgevaardigd wegens een ernstige bedreiging voor de openbare orde of de nationale veiligheid als bedoeld in artikel 66a, zevende lid onder c, Vw juncto artikel 6.5a, vijfde lid, Vb 2000. De vraag is wat de relevantie van *Zh. en O.* is voor ongewenstverklaringen van derdelanders voordat de Terugkeerrichtlijn in werking trad¹⁶ en inreisverboden die zijn uitgevaardigd voor de duur van vijf jaar of korter.¹⁷ Ook overtreding van deze ongewenstverklaringen en inreisverboden is strafbaar gesteld bij artikel 197 Sr.

Volgens de Rechtbank Den Haag mist *Zh. en O.* in dergelijke gevallen toepassing, aangezien dergelijke ongewenstverklaringen en inreisverboden volgens de rechtbank zijn uitgevaardigd met toepassing van een nationaalrechtelijk openbare orde-criterium, dat niet wordt bestreken door het openbare orde-criterium uit de Terugkeerrichtlijn.¹⁸ Maar is dat wel zo? Ook dergelijke inreisverboden vinden hun grondslag immers

in de Terugkeerrichtlijn. Deze inreisverboden worden eveneens uitgevaardigd op grond van 'openbare orde-bezwaren' als bedoeld in artikel 66a Vw2000 juncto artikel 6.5a Vb 2000. Omdat de artikelen 66a van de Vw2000 en 6.5a Vb 2000 onderdeel zijn van de implementatie van de Terugkeerrichtlijn, valt naar onze mening te verdedigen dat de 'openbare orde-bezwaren' die ten grondslag liggen aan de inreisverboden van vijf jaar of korter dienen te worden uitgelegd zoals het Hof van Justitie in *Zh. en O.* heeft gedaan.¹⁹

Wij zijn ons er terdege van bewust dat de Terugkeerrichtlijn in artikel 11 bij inreisverboden van vijf jaar of korter geen verwijzing maakt naar het begrip 'gevaar voor de openbare orde', maar menen dat het niet de bedoeling van de Uniewetgever kan zijn geweest om aan vreemdelingen met een 'openbare orde gerelateerd inreisverbod' voor de duur van vijf jaar of korter een lager beschermingsniveau te bieden dan aan vreemdelingen die een terugkeerbesluit uitgereikt hebben gekregen op grond van de omstandigheid dat zij een gevaar zouden vormen voor de openbare orde als bedoeld in artikel 7, vierde lid, Tri. Bovendien schrijft de Terugkeerrichtlijn in artikel 11, tweede lid, ook voor dat rekening gehouden moet worden met

¹² Gerechtshof 's-Gravenhage 1 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:166.

¹³ Het inreisverbod is nog niet onherroepelijk. Het beroep hier tegen was bij het schrijven van dit artikel aanhangig bij de meervoudige strafkamer van de rechtbank 's-Gravenhage, zitting houdende te Rotterdam.

¹⁴ De IND overweegt in de beschikking op bezwaar van 5 januari 2015: 'Hoewel de door betrokkene gepleegde misdrijven grotendeels vermoogensdelicten betreffen, die op zichzelf niet als (zeer) ernstig kunnen worden aangemerkt, is betrokkene ook veroordeeld voor drugsgerelateerde misdrijven.'

¹⁵ Onder verwijzing naar het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 16 december 2015 stelde de verdediging dat de dreiging die uitgaat van dit geweldsdelict redelijkerwijs niet als actueel kan worden bestempeld en dat de verdachte om die reden diende te worden vrijgesproken.

¹⁶ Op grond van artikel 67 Vw2000.

¹⁷ Op grond van 66a, zevende lid onder b Vw2000 juncto artikel 6.5a, derde en vierde lid, Vb.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 1 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:830 en Rechtbank 's-Gravenhage 1 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:832.

¹⁹ Zo ook VK Rb 's-Gravenhage, zp Utrecht, 2 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1328.

alle omstandigheden van het individuele geval, hetgeen ook blijkt uit overweging 6 van de preambule. Daarom valt naar onze mening te verdedigen dat ook bij inreisverboden van 5 jaar of korter andere gegevens, zoals de aard en de ernst van het misdrijf en het tijdsverloop sinds dat feit werd gepleegd, zoals uitgelegd in *Zh. en O.*, relevant zijn.

Het voorgaande brengt naar onze mening met zich mee dat alle inreisverboden die worden uitgevaardigd op grond van artikel 66a, zevende lid, Vw 2000 juncto artikel 6.5a, derde, vierde en vijfde lid, Vb onder het bereik van de Terugkeerrichtlijn vallen en moeten voldoen aan de criteria uit *Zh. en O.* Dit zou eveneens moeten gelden voor oude ongewenstverklaringen, in welk kader wordt verwezen naar het arrest Filev en Osmani van het HvJ EU en de jurisprudentie van de Afdeling waarin is bepaald dat oude ongewenstverklaringen moeten worden gelijkgesteld met een inreisverbod.²⁰

Het oordeel van de Rechtbank Den Haag, dat het arrest *Zh. en O.* niet met succes kan worden ingeroepen omdat in deze zaken een nationaalrechtelijk openbare orde-criterium van toepassing zou zijn, lijkt gelet op het voorgaande te kort door de bocht. Opvallend is wel dat de rechtbank tevens overweegt dat niet geconcludeerd kan worden dat *evident* is gebleken dat tegen de verdachte geen inreisverbod voor drie jaar kon worden uitgevaardigd, of dat hij niet ongewenst verklaard had mogen worden. Het woord 'evident' doet denken aan de hierboven genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad over ongewenstverklaringen van Unieburgers, waardoor de vraag rijst of de

rechtbank niet toch een opening laat voor toetsing aan het gemeenschapsrecht.

6. Voor de advocaat

Welke handvatten biedt *Zh. en O.* aan advocaten in strafzaken? Ze dienen te controleren of sprake is van een inreisverbod of ongewenstverklaring (artikel 197 Sr) en onderzoek te doen naar de motivering van dat inreisverbod of ongewenstverklaring. Daarbij moet worden bezien of de IND zich rekenschap gaf van de criteria uit *Zh. en O.*, te weten: de aard en de ernst van het strafbare feit, het tijdsverloop sinds dat feit werd gepleegd en de omstandigheid dat de derdelander het grondgebied aan het verlaten was toen hij door de nationale autoriteiten werd aangehouden.²¹

Indien louter toepassing is gegeven aan de criteria uit artikel 6.5a Vb en bijvoorbeeld is geconcludeerd dat de vreemdeling veroordeeld is ter zake van *een* geweldsdelict en dat hij om die reden een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, doet de advocaat er goed aan om te onderzoeken of er sprake is geweest van een ernstig geweldsdelict en of er nog wel een actuele dreiging van dit geweldsdelict uitgaat. Indien dat niet het geval is, kan vrijspraak van artikel 197 Sr worden bepleit wegens strijd met *Zh. en O.*

Nu de gerechtshoven Amsterdam en Den Haag evenwel niet op één lijn zitten en het OM in cassatie is gegaan in de Amsterdamse zaken, is het afwachten hoe de Hoge Raad oordeelt.

²⁰ HvJ EU 19 september 2013, Filev en Osmani, C-297/12, JV 2013/376 en bijvoorbeeld ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1434, JV 2014 1434 en ABRvS 30 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2538, JV 2015/285 nt. G.N. Cornelisse. Zie ook HR 4 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3093.

²¹ HvJ EU 11 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:377, *Zh. en O.*, punt 65.