

MASTER'S THESIS

Etnisch profileren in overheidsbeleid

van Hoeijdonck, Z.A. (Zoey)

Award date:

2024

Awarding institution:

Department of Public Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 21. Apr. 2025

Open Universiteit
www.ou.nl



Etnisch profileren in overheidsbeleid

Cursuscode: RM9906

Naam student: Z.A. (Zoey) van Hoeijdonck

Studentnummer: 852323574

Naam scriptiebegeleider: Dhr. dr. J. (Jasper) Doomen

Naam examinerator: Dhr. dr. mr. D (Derk) Venema

Aantal woorden: 11481

Inleverdatum: 16 september 2024

Inhoudsopgave

Inleiding

Aanleiding
Onderzoeksvraag en deelvragen
Onderzoeksmethoden
Leeswijzer

Hoofdstuk 1: Etnische profilering

1.1 Inleiding
1.2 Definitie etnisch profileren
1.3 Legitiem profileren
1.4 Historie
1.5 Recente ontwikkelingen
1.6 Reikwijdte en beweegredenen voor profileren
1.7 Tussenconclusie

Hoofdstuk 2: Gelijke behandeling

2.1 Inleiding
2.2 Gelijkheid an sinch
2.3 Gelijke behandeling
2.4 Bescherming van gelijke behandeling in het nationale en internationale recht
2.5 De Grondwet
2.6 Verdragsbepalingen
2.7 De rechtspraak
2.8 Tussenconclusie

Hoofdstuk 3: Etniciteit als criterium in beleidsinstructies

3.1 Inleiding
3.2 Voorgenomen Wet screening kennisveiligheid
3.3 Belangrijke lijnen uit de rechtspraak
3.4 Vergelijking Wet screening kennisveiligheid
3.5 Tussenconclusie

Eindconclusie

Lijst met afkortingen

ABrvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AVG	Algemene Verordening Gegevensbescherming
Awgb	Algemene wet gelijke behandeling
Het bureau	Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten
CRvB	Centrale Raad van Beroep
ECRI	Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
Kmar	Koninklijke Marechaussee
MTV	Mobiel Toezicht Veiligheid
RvS	Raad van State

Inleiding

Aanleiding

Het ene na het andere probleem rondom etnische profilering komt aan het licht. Twee voorbeelden hiervan zijn de toeslagenaffaire en de uitspraken met betrekking tot controles aan de binnengrenzen van de Europese Unie uitgevoerd door de Koninklijke Marechaussee. Deze onderwerpen zijn een grote aanleiding die etnisch profileren meer op de politieke agenda hebben gezet. Op de achtergrond speelt etnische profilering al langer een rol, voornamelijk binnen de Nederlandse politie, wat te maken heeft met gelegitimeerd profileren. Hierbij wordt gebruik gemaakt van objectieve indicatoren om personen die verdacht worden van het plegen van een strafbaar feit te identificeren. Wanneer sprake is van etnisch profileren wordt zonder objectieve indicatoren aan de hand van iemands ras, etniciteit, nationaliteit, cultuur of godsdienst het risico op het plegen van een strafbaar feit bepaald.¹ In 2013 heeft Amnesty International al onderzoek gedaan naar etnisch profileren bij proactief politietoetreden.² Zo is veel onderzoek verricht op het gebied van etnische profilering door de politie.³ In Amsterdam en Den Haag zijn onderzoeken uitgevoerd. Deze zijn gevolgd door een onderzoek van Amnesty International als reactie op een experiment van de Nederlandse politie in Roermond. Na alle ophef rondom het onderwerp is de afgelopen jaren ook een onderzoek van de Parlementaire onderzoekscommissie effectiviteit antidiscriminatiewetgeving gepubliceerd.⁴

Etnisch profileren houdt de gemoederen al een langere tijd bezig. Ook al wordt vastgesteld en erkend dat sprake is van etnisch profileren, toch lijken er geen zwaarwegende gevolgen aan verbonden te worden.⁵ De grijze lijn tussen wat wel en niet is toegestaan, is erg dun. Omdat te veel onduidelijkheid bestaat, is er ruimte om beleid(s)instrumenten te ontwikkelen waarbij sprake kan zijn van screening op basis van etniciteit. Hierbij valt te denken aan de ontwikkeling van het kennisveiligheidsbeleid waarbij onderzoekers van buiten de Europese Unie gescreend kunnen worden.⁶ Het is opmerkelijk, aangezien de Hoge Raad in 2012 al een regeling met dezelfde strekking voor burgers met de Iranese nationaliteit heeft afgekeurd.⁷ Daarom staat in deze scriptie de definitie: ‘het gebruik door overheidsinstanties, zonder oogmerk en redelijke rechtvaardiging, van gronden zoals ras, kleur, taal, religie, nationaliteit of nationale of etnische afkomst, bij controle-, bewakings- of onderzoeksactiviteiten’ centraal. Deze brede definitie is in lijn met de probleemstelling en de meest gangbare benadering wat betreft gelijke behandeling.

Onderzoeksvraag en deelvragen

Vanwege bovenstaande problematiek rondom gelijkheid en etnische profilering staat de volgende vraag in mijn scriptie centraal: *Is het gebruik van etnische kenmerken als selectie criterium bij het uitvoeren van controles door overheidsorganen verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel?* Veelal is hierbij sprake van een spanningsveld tussen de twee zwaarwegende belangen: veiligheid en gelijkheid.

¹ Rondetafelgesprek over etnisch profileren’, tweedekamer.nl.

² Amnesty International, ‘Proactief politietoetreden vormt risico voor mensenrechten’, oktober 2013.

³ Amnesty International 2013, Amnesty International 2020 en Van Meeteren e.a. 2023.

⁴ Parlementaire onderzoekscommissie effectiviteit antidiscriminatiewetgeving 2022; Amnesty International 2020; Van der Leun e.a. 2014 & Kuppens en Ferwerda 2019.

⁵ Ministerie van Financiën, kamerbrief over Fraudesignaleringsvoorziening en vraagstuk institutioneel racisme, 30 mei 2022.

⁶ Kamerstukken II 2022/23, 36200, nr. 213.

⁷ HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8351.

De focus wordt hier gelegd op de totstandkoming van het kennisveiligheidsbeleid. Vanuit een rechtsfilosofische perspectief wordt dit spanningsveld benaderd en onderzocht. Om tot beantwoording van de onderzoeksvraag te komen zijn de volgende drie deelvragen opgesteld:

1. Welke afwegingen spelen een rol voor het gebruikmaken van etnisch profileren?
2. In hoeverre is sprake van gelijke behandeling in art. 1 van de Grondwet- en Europese verdragsbepalingen?
3. Mag etniciteit als criterium in beleidsinstructies worden gebruikt?

Met dit onderzoek wordt beoogd juridische duidelijkheid te bieden met betrekking tot nieuw en toekomstig beleid waarin etnische selectiecriteria een rol kunnen spelen. Hiermee wordt bedoeld welke rol etnische kenmerken hebben binnen een risicoprofiel en welke etnische kenmerken juridisch zijn toegestaan.

Onderzoeksmethoden

Om mijn onderzoeksvraag adequaat te kunnen beantwoorden wordt gebruik gemaakt van de juridisch-dogmatische onderzoeksmethode. Dit houdt in dat het geldende recht rondom het gelijkheidsbeginsel op nationaal en internationaal niveau in kaart wordt gebracht. Daarnaast worden beleidsinstructies waarin etnische profilering een rol speelt onderzocht. De onderzoeksvraag heeft een evaluerende rol. Wat betekent dat naast het beschrijvende gedeelte, een onderdeel van de onderzoeksmethode een kritische reflectie op mogelijke inconsistenties en imperfecties op het geldende recht inhoudt. Dit helpt uiteindelijk als ondersteuning bij de evaluerende rol van de onderzoeksvraag. Dit gebeurt aan de hand van onderzoek naar literatuur, jurisprudentie en wet- en regelgeving.

Leeswijzer

De scriptie zal uit drie hoofdstukken bestaan. Na de inleiding in het eerste hoofdstuk; staan in het eerste hoofdstuk de beweegredenen voor etnisch profileren en de betekenis van het begrip centraal. In hoofdstuk twee staat gelijke behandeling, zoals opgenomen in het eerste artikel van de Grondwet, centraal. In aansluiting op bovenstaande deelvragen staat in het vierde hoofdstuk de vraag centraal of etniciteit als criterium in beleidsinstructies gebruikt mag worden. Het onderzoek wordt afgesloten met een conclusie.

1. Etnische profilering

1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staan de betekenis en de achtergrond van etnische profilering centraal. Allereerst wordt een blik geworpen op de historische ontwikkelingen rondom etnische profilering. Daarna komen de definitie, terminologie, recente ontwikkelingen en de beweegredenen omtrent etnische profilering aan bod.

1.2 Historie

Etniciteit heeft in principe altijd al bestaan. De eerste homo sapiens hebben voor de eerste keer in groepen angzaam toegewerkt naar civilisatie en uiteindelijk migratie in Europa. Vervolgens stond kolonisatie van landen en volkeren tussen ongeveer 1400 en 1830 centraal in voornamelijk Zuidwest-Europa.⁸ Daarmee kwamen ook het moderne racisme, de beginselen van het internationaal recht en het migratierecht in beeld. Veel van de gebeurtenissen in deze periode zijn ook gebeurtenissen waar de meeste mensen nu heel anders tegen aan kijken. Het zijn gebeurtenissen die langzaam van iets positiefs naar iets negatiefs veranderden. Wat het lastig maakt is dat de denkwijzen en standpunten van mensen destijds in veel gevallen heel anders waren en niet verenigbaar zijn met de huidige moraal van de meeste mensen.

Voor de kolonisatie van landen buiten Europa en de trans-Atlantische slavenhandel van mensen uit Afrikaanse landen is het denkbaar dat Europeanen niet in contact kwamen met mensen met een andere huidskleur. Nu dit wel het geval is, schrijft bijvoorbeeld François Bernier (1625-1688) het artikel "Nouvelle division de la terre, par les différentes espèces ou races d'hommes", waarin hij een indeling van mensen op basis van rassen maakt, gevolgd door de rassen theorie van Johan Friedrich Blumenbach (1752-1840) en Georges Cuvier (1769-1832), waarbij een ware rassenhiërarchie zou bestaan.⁹ Het koloniseren van landen werd ook gezien als beschavingsmissie. Wat betekent dat de onderontwikkelde volkeren bijgeschaafd moesten worden.¹⁰ Noemenswaardig is het feit dat de Europese bevolking zelfs terugviel op de ideeën van Aristoteles (384-322 v. Chr.) rondom slavernij. In zijn boek *Politica* betoogde hij dat slavernij nuttig en rechtvaardig is, omdat sommige mensen van nature slaaf zijn. Deze mensen zouden bepaalde kwaliteiten missen, waardoor ze niet in staat zijn om na te denken. Hij rationaliseert in principe de ongelijkheid van mensen.¹¹ Zodra de dekolonisatieprocessen en afschaffing van slavernij worden ingezet, wordt het migreren ook lastiger.

Migreren was niet meer het recht van het individu, maar het recht van de staat. Daarmee ontstond de mogelijkheid om migratie onmogelijk te maken.¹² Het feit dat een land wordt ingenomen door buitenstaanders om vervolgens mensen uit een ander land buiten de deur te houden, ziet er niet uit als rechtvaardigheid. In periodes die daarna volgden was ongelijkheid van individuen een blijvend maatschappelijke kwestie. Ongelijkheid bestond veelal uit het verschil tussen man en vrouw, religieuze

⁸ 'Eeuwen van kolonisatie & imperialisme (ca. 1400-1830)', historiek.net.

⁹ Wade, 2015, p. 66-67.

¹⁰ Emmer 2018, p. 40.

¹¹ Aristoteles, *Politica*. I.47 en I.13. Betreft het punt van de 'natuurlijke slaaf'.

¹² De Vries & Spijkerboer, *NJB* 2022/8, p. 552.

kwesties en de stand waartoe een individu behoorde. Wat hieruit opgemaakt kan worden is dat mensen elkaar altijd hebben gegroepeerd.

1.3 Definitie etnisch profileren

Profilering an sich houdt in dat mensen volgens persoonlijke kenmerken in categorieën worden ingedeeld.¹³ Etnisch profileren is een term zonder een vaste, eenduidige juridische betekenis. Dit geldt voor het nationale, Europese en internationale recht. Het is een term met een politieke achtergrond.¹⁴ Vaak betreft het een benadering vanuit de politie.¹⁵ Het komt neer op: "Het gebruik door de politie, zonder oogmerk en redelijke rechtvaardiging, van gronden zoals ras, kleur, taal, religie, nationaliteit of nationale of etnische afkomst, bij controle-, bewakings- of onderzoeksactiviteiten".¹⁶ Een duidelijk voorbeeld is de situatie waarin een individu alleen maar op basis van etnische kenmerken door een overheidsinstantie verdacht wordt van illegale/criminele activiteiten.¹⁷ In plaats van 'de politie' zou de definitie met andere overheidsinstanties ingevuld kunnen worden zoals: de Koninklijke Marechaussee, de Belastingdienst, het UWV, Dienst Openbaar Onderwijs, gemeenten en provincies. Daarom staat in deze scriptie de definitie: 'het gebruik door overheidsinstanties, zonder oogmerk en redelijke rechtvaardiging, van gronden zoals ras, kleur, taal, religie, nationaliteit of nationale of etnische afkomst, bij controle-, bewakings- of onderzoeksactiviteiten' centraal. Deze brede definitie is in lijn met mijn probleemstelling en de meest gangbare benadering wat betreft gelijke behandeling. Bij controle-, bewakings- of onderzoeksactiviteiten vinden beslissingen en handelingen van overheidsinstanties plaats op basis van een combinatie van verschillende gegevens. Wanneer etnische kenmerken de enige gebruikte gegevens zijn, dan duidt dit op etnische profilering. Aangezien misvattingen rondom het juiste gebruik van data met betrekking tot etnische kenmerken in beleid onderdeel uitmaken van de scriptie, maken 'zonder oogmerk' en 'redelijke rechtvaardiging' onderdeel uit van bovenstaande definitie.

1.3.1 Terminologie

Er is geen eenduidige definitie van etnische profilering. Voor de gebruikte terminologie geldt precies hetzelfde. Zo gebruikt het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten de term 'onrechtmatige profilering'.¹⁸ De Europese Commissie tegen Racisme en intolerantie (hierna: ECRI) een toezichtsorgaan ingesteld door de Raad van Europa gebruikt de term 'racial profiling'.¹⁹

De drie begrippen komen op hetzelfde neer en kunnen als synoniemen gebruikt worden. Naar mijn idee lijkt het alsof de auteurs met betrekking tot de woordkeuze en de in kaart gebrachte politieke gevoeligheid een bepaalde toon willen zetten. De voorkeur gaat in deze scriptie uit naar de term etnische profilering. Een zaak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) brengt dit ook duidelijk in kaart. Ras ziet op de biologische kenmerken zoals huidskleur. Terwijl etniciteit sociologische kenmerken

¹³ Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, *Onrechtmatige profilering nu en in de toekomst voorkomen: een gids 2021*, p. 19.

¹⁴ Smith & Alpert 2002, p. 683.

¹⁵ ENAR, Fact sheet 40 "Ethnic profiling", Oktober 2009, p. 2. en ECRI, algemene beleidsaanbeveling nr. 11, p. 4.

¹⁶ ECRI, algemene beleidsaanbeveling nr. 11, p. 4.

¹⁷ Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten 2010, p. 9-10.

¹⁸ Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten 2021, p. 23.

¹⁹ ECRI, *ECRI general policy recommendation No. 11, p. 4* en ECRI, *statement on racist police abuse, including racial profiling, and systemic racism* 21 december 2020, p. 1-2.

heeft, zoals gedeelde taal, gebruiken, geloof en een gemeenschappelijke nationale afkomst.²⁰ Termen als 'racial profiling' of 'onrechtmatige profilering' dekken niet geheel de lading.

1.4 Legitiem profileren

Gedurende een rondetafelgesprek geeft de Tweede Kamer aan dat er een onderscheid bestaat tussen etnisch profileren, gelegitimeerd profileren (oftewel legitiem profileren) en geaccepteerd profileren. De betekenis van geaccepteerd profileren wordt door de Tweede Kamer achterwege gehouden.²¹ Het lijkt erop dat het een term is die verder niet gebruikt wordt in de literatuur, rechtspraak of wetgeving. Waardoor verder geen aandacht aan dit begrip zal worden gegeven. Legitiem profileren zoals het in de literatuur genoemd wordt komt regelmatig voor. Het Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten (hierna: het bureau) stelt: "profilering wordt door rechtshandhavers en grenswachters – op legitieme wijze – gebruikt om strafbare feiten te voorkomen, te onderzoeken, te vervolgen, en om irreguliere immigratie te voorkomen en op te sporen."²² Het bureau stelt dat profilering een reactieve en proactieve toepassing kent: profilering op basis van een verdachtenprofiel oftewel dadersignalen en profilering als voorspellende methode voor het identificeren van personen die voor rechtshandhavings- en grensbeheerautoriteiten van belang kunnen zijn.²³

Bij dadersignalen kan gedacht worden aan het opstellen van concrete profielen voor individuen die een strafbaar feit hebben gepleegd. Het dadersignalement kan verwijzen naar het signalement van een verdachte van een gepleegd strafbaar feit. Het signalement bestaat uit gerichte inlichtingen die mogelijk naar een verdachte leiden. Indien sprake is van concrete aanwijzingen, kan een dadersignalement²⁴ verwijzen naar kenmerken als geslacht en de kleding van de verdachte, alsook de huidskleur en nationaliteit van de verdachte. Waardoor een zekere juridische ruimte bestaat om etnische kenmerken te gebruiken.²⁵ Ook bestaat er 'predictive policing'. De letterlijke vertaling van 'predictive policing' is voorspellend politiewerk, maar een meer gangbare term in de Nederlandse rechtspraak is proactieve politiecontroles. Dit zijn controles waarbij de politie burgers staande houdt zonder redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit.²⁶ Proactieve politiecontroles vallen dus niet onder de strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden en worden niet toegepast ex artikel 27 Wetboek van Strafvordering (Sv.).²⁷

1.4.1 Voorbeelden Proactieve politiecontroles

Bekende vormen van proactief politietoedredden zijn het Mobiel Toezicht Veiligheid (hierna: MTV), preventief fouilleren en dynamische verkeerscontroles. De Koninklijke Marechaussee (hierna: Kmar) voert binnen haar taak als 'grens (vreemdelingen) politie' onder ander het MTV. Dit zijn mobiele identiteitscontroles die sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Schengen in 1995 worden

²⁰ EHRM 13 december 2005, *Timinev t. Rusland* (app. Nos. 55762/00 en 55974/00).

²¹ 'Rondetafelgesprek over etnisch profileren', tweedekamer.nl, onder 'Wat is etnisch profileren?'.
²² Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, *Onrechtmatige profilering nu en in de toekomst voorkomen: een gids 2021*, p. 22.

²³ Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, *Onrechtmatige profilering nu en in de toekomst voorkomen: een gids 2021*, p. 22.

²⁴ Amnesty International 2013, p. 6.

²⁵ Amnesty International 2013, p. 6.

²⁶ Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, *Onrechtmatige profilering nu en in de toekomst voorkomen: een gids 2021*, p. 23.

²⁷ Amnesty International 2013, p. 6.

uitgevoerd rondom de grens met België en Duitsland. Het MTV is de nationaalrechtelijke invulling van art. 23 van de Schengengrenscore. De grondslag voor het MTV is gelegen in art. 40 Vw jo. 4.17a en 4.17b Vreemdelingenbesluit. Centraal staat het bestrijden van illegaal verblijf na grensoverschrijding en het tegengaan van grensoverschrijdende criminaliteit. Het MTV is onderdeel van het operationeel vreemdelingentoezicht van art. 50 Vreemdelingenwet 2000. Oorspronkelijk was deze vorm van vreemdelingentoezicht enkel gericht op het tegengaan van illegaal verblijf; inmiddels omvat de officiële doelstelling ook het bestrijden van mensensmokkel en identiteitsfraude.²⁸ Een tweede bekende vorm van de proactieve controlebevoegdheid is preventief fouilleren. Indien sprake is van ernstige vrees voor de verstoring van de openbare orde vanwege de aanwezigheid van wapens, bestaat de mogelijkheid om op grond van art. 151b van de Gemeentewet een gebied als 'Veiligheidsrisicogebied' aan te merken, wat betekent dat de politie burgers mag fouilleren in veiligheidsrisicogebieden zonder dat sprake is van een redelijk vermoeden van schuld. De politie heeft de feitelijke ruimte om zelf een selectie te maken. Het is niet geheel te controleren op basis van welke selecties men iemand fouilleert.

Ook bestaan de dynamische verkeerscontroles. Uit art. 160lid 1 van de Wegenverkeerswet 1994 volgt dat deze bevoegdheid het controleren of burgers de verkeersvoorschriften naleven ten doel heeft. Hierbij mag de politie inzage vorderen van in ieder geval het rijbewijs en kentekenbewijs. Zo is ook naar voren gekomen dat de politie het zogenaamde 'blauwe boekje' gebruikt. Dit is een speciale instructie gericht op het genormeerd selecteren van specifieke doelgroepen. Het boekje geeft een aantal risicokenmerken van individuen die waarschijnlijk crimineel actief zijn, zoals: wegstijven, gebruik van huur- of leaseauto's, afwijkend gedrag ten aanzien van bijvoorbeeld parkeren en opvallende combinaties tussen bestuurder en voertuig en als laatst onbehoorlijk of joviaal gedrag richting de politie.²⁹ Als men wordt aangehouden voor andere redenen dan het naleven van de verkeersvoorschriften dan lijkt het toch meer op een opsporingshandeling dan op een simpele controle.

1.4.2 Algoritmische profilering

Naast legitiem profileren bestaat algoritmische profilering. Bij algoritmische profilering staat gegevensverwerking centraal. Algoritmes worden ingezet om profielen op te stellen, waaronder van individuen of groepen individuen.³⁰ Uit deze algoritmes kunnen vervolgens selectiecriteria gedistilleerd worden voor risicoprofielen. Zo'n risicoprofiel bestaat uit één of meer selectiecriteria op basis waarvan een bepaald risico op normovertreding wordt ingeschat en een selectiebeslissing wordt gemaakt. De samenstelling van de selectiecriteria kan geautomatiseerd gebeuren middels een computeralgoritme of door een algoritme gegenereerd worden. Dit zijn zogenoemde slimme of zelflerende algoritmes. De mogelijkheid bestaat ook dat overheidsfunctionarissen, op basis van eerdere ervaringen of vooraf vastgestelde selectiecriteria, selecties opmaken.³¹

Wat we hier zien is dat er niet direct specifieke informatie beschikbaar is over individuele personen die de grond voor selectie vormt. Het gevolg hiervan kan zijn dat er ruimte ontstaat voor een eigen selectie en deze eigen invulling aan een selectie kan op haar beurt betekenen dat gelet wordt op kenmerken

²⁸ Brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 4 april 2013 (*Kamerstukken II* 2012/13, 19637, nr. 1647).

²⁹ Kuppens & Ferwerda 2019, p. 17.

³⁰ Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 22.

³¹ College voor de Rechten van de Mens 2021, p. 12.

waarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat.³² Ook bestaat de mogelijkheid dat fouten worden gemaakt bij het opstellen van algoritmes. Als voorbeeld: een algoritme heeft per ongeluk een onjuiste correlatie tussen seksuele geaardheid en kredietwaardigheid opgesteld waaruit zou blijken dat homoseksuelen individuen vaker dan anderen de aflossingen op hun lening niet tijdig voldoen. Met als gevolg dat homoseksuelen individuen moeilijker een banklening krijgen.³³

1.5 Recente ontwikkelingen

Veel van de recente gebeurtenissen omtrent etnisch profileren gaan gepaard met internationale gebeurtenissen die veel media-aandacht hebben gehad. Wat politiegeweld betreft valt te denken aan de rellen in Ferguson in 2014 na de dood van de tiener Michael Brown, de staande houding van de Nederlandse rapper Typhoon in 2016 en de wereldwijde Black Lives Matter-protesten in 2020 naar aanleiding van de dood van George Floyd. De aandacht van veel mensenrechtenorganisaties heeft ervoor gezorgd dat de kennis en het bewustzijn van deze gebeurtenissen is gegroeid.³⁴ Daarnaast vonden de laatste jaren veel terroristische aanslagen plaats, waarbij de meest bekende toch wel 9/11 is, gevolgd door een aantal aanslagen in Europa. Een aantal aanslagen in Frankrijk hebben binnen Nederland voor angst en onzekerheid gezorgd.³⁵ Samen met deze gebeurtenissen kampen we de laatste decennia met een migratiecrisis.³⁶ Wat de politie betreft zijn de laatste decennia ook een aantal onderzoeken verschenen waarin wordt onderzocht of de politie structureel etnisch profileert.³⁷ Het lastige bij dergelijke onderzoeken is dat er een eigen invulling aan het begrip etnisch profileren wordt gegeven, aangezien nergens vaststaat wat het begrip precies omvat. Het is een begrip dat zich in een grijs gebied bevindt.

Vanuit de Nederlandse situatie bezien, beperken deze ontwikkelingen zich niet tot de politie en marechaussee. Etnisch profileren vindt ook plaats bij de controle van de rechtmatigheid van fiscale toeslagen en het opsporen van uitkeringsfraude.³⁸ De toeslagenaffaire is veruit het meest bekende voorbeeld. Het is veelal problematiek die gepaard gaat met onvrede, angst en een gevoel van machteloosheid binnen de maatschappij.

1.6 Reikwijdte en beweegreden voor profileren

In paragraaf 1.4 zijn de verschillende vormen van profileren al toegelicht. Waar het op neerkomt is dat etnische profilering door de politie wordt gebruikt voor: ID-checks, fouilleren, aanhouding, doorzoekingen, het uitoefenen van toezicht, grensbeheer en verkeerscontroles. In het kader van vreemdelingentoezicht zijn het bestrijden en voorkomen van terroristische acties de grootste veroorzakers van etnische profilering.³⁹ Door andere overheidsinstanties worden etnische kenmerken

³² Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, *Onrechtmatige profilering nu en in de toekomst voorkomen: een gids 2021*, p. 22.

³³ Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten 2010, p. 9-10.

³⁴ Rodrigues & Van der Woude, *Criminatie & Recht 2021/5*, p. 108.

³⁵ 'Tijdlijn van aanslagen in het Westen', aivd.nl.

³⁶ 'Asiel en migratie in de EU: feiten en cijfers', europarl.europa.eu.

³⁷ Çankaya 2012; Amnesty International 2013, Van der Leun e.a. 2014 en Landman & Kleijer-Kool 2016.

³⁸ Rodrigues, *Criminatie & Recht 2021/5*, p. 108.

³⁹ Open Society Justice Initiative, 'International Standards on Ethnic Profiling: Standards and Decisions from the European Systems', november 2013, p.4.

gebruikt bij het verwerken van gegevens om risico-selecties bij mogelijke fraude uit te voeren.⁴⁰ Overigens is het wel zo dat onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: AVG) persoonsgegevens waaruit ras of etnische afkomst blijkt, niet verwerkt mogen worden, tenzij een specifieke uitzondering van toepassing is.⁴¹ Er zijn uitzonderingen mogelijk, maar daar ga ik in dit hoofdstuk niet verder op in. Er is één algemene factor en dat is maatschappelijke veiligheid. In 1992 gaven Feeley en Simon al blijk van een bepaalde ontwikkeling in de Verenigde Staten, die weliswaar even voelbaar is in Nederland, namelijk de ontwikkeling omtrent criminaliteitsbestrijding. Criminaliteitsbestrijding komt steeds meer in het teken van het wapenen tegen mogelijke bedreigingen en risico's te staan. Zoals hierboven al aangegeven worden technieken als risicoanalyses en risicoprofielen en preventieve opsporingsbevoegdheden gebruikt om op die manier potentieel risicovol of crimineel gedrag in een zo vroeg mogelijk stadium te ontdekken en te beperken.⁴² Van der Woude en Van der Leun beargumenteren dat door bijvoorbeeld grote migratiestromen, terroristische aanvallen, maar ook gebeurtenissen als de coronapandemie sprake is van een cultureel veiligheidscomplex. Dit houdt in dat criminele activiteiten in de huidige tijdsgeschiedenis wordt gezien als bedreiging voor de culturele structuur van de gehele samenleving. Minderheidsgroepen worden daardoor gezien als een bedreiging voor de Nederlandse samenleving in zijn geheel.⁴³ Om dit als mens te relativiseren wijzen wij volgens Boutellier de minderheidsgroepen aan als 'zondebok'. Zondebokken zijn meestal individuen/groepen die 'anders' zijn dan de rest. Het zijn de zondebokken die verantwoordelijk worden gehouden voor de veiligheidsrisico's en de daarmee samenhangende angstgevoelens in de samenleving.⁴⁴ Kortgezegd komt het erop neer dat profilering plaatsvindt om Nederland veiliger te maken.

1.7 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk zijn de betekenis en achtergrond van etnische profilering besproken. Daarnaast zijn de beweegredenen en de reikwijdte van het begrip aan bod gekomen. Etnische profilering is een term zonder juridische betekenis, maar wat eigenlijk al wel heel lang bestaat. Veiligheid is de huidige katalysator binnen de Nederlandse maatschappij. Daardoor is het ook de grootste beweegreden om te profileren.

⁴⁰ CRvB 13 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:410; Autoriteit Persoonsgegevens, *Onderzoeksrapport* z2018-22445; Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 30 mei 2022 (*Kamerstukken II* 2021/22, 31066, nr. 1030) en 'De discriminerende fraudecontroles van Duo', platform-investico.nl.

⁴¹ Artikel 9 AVG.

⁴² Feeley & Simon 1992, p. 450.

⁴³ Van der Woude & Van der Leun *TCC* 2013, p. 128.

⁴⁴ Boutellier 2005, p. 205.

2. Gelijke behandeling

2.1 Inleiding

In het tweede hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre sprake is van gelijke behandeling in art. 1 van de Grondwet- en Europese verdragsbepalingen. In paragrafen 2.2 en 2.3 worden gelijkheid en gelijke behandeling vanuit een rechtsfilosofisch perspectief bekeken. In paragraaf 2.4 komt de bescherming van gelijke behandeling in het nationale en internationale recht aan bod. In paragrafen 2.5 en 2.6 komen de Grondwet en verdragsbepalingen uit het EVRM aan bod. In paragraaf 2.7 staat de rechtspraak omtrent gelijke behandeling en etnisch profileren binnen de Nederlandse rechtspraak en het EHRM centraal. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 2.8.

2.2 Gelijkheid an sich

Op sociale media (Tiktok) is sinds 2023 de zogenaamde trend van 'tradwifes'. In reactie op deze trend is er nu het programma 'meiden van traditie' Op NPO. In de eerste aflevering komt een opmerkelijke uitspraak voorbij: "Het is een achteruitgang dat wij vrouwen hetzelfde gezien worden als mannen. Vrouwen moeten voor de man zorgen".⁴⁵ Het komt erop neer dat vrouwen niet gelijkwaardig zijn aan mannen en een onderdanige positie moeten innemen. Gedurende de gehele serie komen meer van deze uitspraken aan bod. Naar mijn idee is dit een duidelijk voorbeeld van 'ongelijke' behandeling. Wat gelijke behandeling en gelijkheid zijn, ligt veel genuanceerder.

De gelijkheid van alle mensen is een axioma van onze samenleving. Althans de overheid en daarmee de maatschappij stellen dat iedereen gelijk behandeld moet worden. Mensen zijn wezens met een unieke combinatie van eigenschappen: geslacht, etniciteit, seksuele voorkeur, leeftijd, lichamelijke of mentale beperkingen, levensbeschouwing en financiële status. In de kern zijn mensen hetzelfde, als gevolg van alle individuele verschillen ziet gelijkheid er toch net iets anders uit. Deze feitelijke verschillen impliceren binnen de huidige tijdsgeest dat mensen politiek en juridisch gezien gelijkwaardig zijn aan elkaar. Hiermee wordt bedoeld dat alle individuen dezelfde rechten hebben.⁴⁶ Aangezien art. 1 Grondwet en verdragsbepalingen betrekking hebben op gelijke behandeling van mensen is dat ook wat hier onderzocht wordt. Het gaat hier om de positie van mensen tot elkaar en niet de positie van mensen tot andere wezens. Voordat het gelijkheidsbeginsel als juridisch begrip wordt onderzocht, komen gelijkheid en gelijkwaardigheid aan bod. Absolute gelijkheid is een onrealistisch streven. Het is de situatie waarin onderscheid in geen enkele vorm mogelijk is tussen mensen. Het zou betekenen dat iemand met maar één been even hard zou moeten lopen als iemand met twee benen. Wat feitelijk gezien onmogelijk is. Mensen zijn biologisch en economisch gezien niet identiek aan elkaar. Absolute gelijkheid kan hierdoor problematisch zijn, omdat het de mogelijkheid tot verschillen in de weg staat. Als twee objecten/personen niet van elkaar verschillen, betekent het dat ze identiek aan elkaar zijn. Gelijkheid staat niet gelijk aan identiek zijn.⁴⁷ Als het aan Dworkin ligt, dan is gelijkheid een politiek idee. Gelijkheid als woord heeft geen

⁴⁵ 'Deze vrouwen willen terug naar het aanrecht' *Meiden van traditie*, NPO Brandpunt + 28 december 2023.

⁴⁶ Uitzonderingen zijn mogelijk. Zwangerschapsverlof en bevallingsverlof zijn duidelijke uitzonderingen.

⁴⁷ Gosepath, 'Equality. The Stanford Encyclopedia of Philosophy', plato.stanford.edu.

betekenis nodig, maar concept(en) rondom gelijkheid moeten onderscheiden worden om daaruit een politiek ideaal te distilleren.⁴⁸ Als het wordt vergeleken met wat Westen over gelijkheid zegt sluit het bij elkaar aan. Uit zijn woorden kan het volgende beeld gevisualiseerd worden: het begrip gelijkheid is een soort van vicieuze cirkel. Gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden, zonder te weten wat gelijke gevallen zijn.⁴⁹ Gelijkheid als politiek ideaal is dus niet zo'n onrealistisch idee.

Om invulling aan gelijkheid tussen mensen te kunnen kwalificeren is er gelijkwaardigheid en deze notie kan verbonden worden met menselijke waardigheid. Naar mijn idee is het belangrijkste van Kants praktische rede dat mensen onderling menselijke onafhankelijkheid kunnen bewerkstelligen. Men kan als doel op zichzelf worden beschouwd, omdat mensen autonome wezens zijn. Als mensen bezitten wij waardigheid omdat wij morele beslissingen kunnen nemen. Oftewel de categorische imperatief, de belangrijkste morele grondregel die Kant in zijn werk gebruikt. Wie volgens de categorisch imperatief handelt is vrij en autonoom.⁵⁰ Opmerkelijk hieraan is dat een onderscheid ontstaat tussen mensen die wel morele beslissingen (kunnen) nemen en mensen die geen morele beslissingen (kunnen) nemen. Hier zit ook nog een discrepantie tussen het willen en kunnen nemen van morele beslissingen. Overigens kan dit onderscheid niet aangetoond worden, waardoor de vrije wil van alle mensen voor waar wordt aangenomen. Betoogd kan worden dat de moraliteit wegvalt indien een individu wel een morele beslissing kan maken, maar het niet wil. Dworkin volgt Kant wat de praktische rede betreft, maar relateert Kant zijn werk wel naar een moderne tijdsvisie, wat we terugzien in zijn economische gelijkheidsbenadering en de manier waarop men gelijk behandeld moet worden.⁵¹

2.3 Gelijke behandeling

“Iedereen moet gelijk behandeld worden.” Binnen zowel nationale als internationale wetgeving is het een belangrijke pijler en een veelgehoorde uitspraak. In het eerste artikel van de Grondwet zien we ook veel terug van Aristoteles' gelijkheidsbeginsel. Volgens Aristoteles moeten gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk, naar mate van hun ongelijkheid.⁵² Onduidelijk blijft bijvoorbeeld wel wanneer gevallen gelijk zijn en waaruit een gelijke behandeling zou moeten bestaan. Dit is weer in lijn met Westens idee over een leeg begrip.⁵³ De wettekst zegt vervolgens: allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Hier kan zowel een formele als een materiële gelijkheidsbenadering uit gedistilleerd worden.

Ook hier is de politieke kijk van Dworkin op gelijkheid van belang. Met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel maakt Dworkin een onderscheid tussen gelijke behandeling (equal treatment) en behandeling als gelijken (treatment as an equal).⁵⁴ Behandeling als gelijken betekent dat alle mensen gelijke rechten hebben op het leiden van een goed leven, ongeacht feitelijke verschillen tussen mensen,

⁴⁸ Dworkin 1981, p. 185.

⁴⁹ Westen 1982, p. 547.

⁵⁰ Kant 2006 p. 75.

⁵¹ Dworkin 1977, p. 198.

⁵² Aristoteles, Nicomachean Ethiek V.3. 1131a10-b15.

⁵³ Westen 1982, p. 547.

⁵⁴ Dworkin 1977, p. 227, 273.

wat impliceert dat groepen mensen (bijvoorbeeld mensen met een handicap) gecompenseerd moeten worden om een even goed leven te leiden als de rest van de mensen. Dworkin werkt dit aan de hand van een voorbeeld uit. Namelijk twee personen met hooikoorts die beiden kans maken op het verkrijgen van een bepaald medicijn. Eén van de twee personen heeft ernstig last van hooikoorts en kan hierdoor niet meer als normaal persoon in de maatschappij functioneren. De tweede persoon heeft slechts milde symptomen. Als de arts zou kiezen voor gelijke behandeling, dan wordt de keuze uiteindelijk gemaakt op basis van het lot. Er mag namelijk geen onderscheid gemaakt worden tussen beide personen. Bij gelijke behandeling is immers sprake van een gelijke distributie van kansen, bronnen of lasten. Indien de arts gebruik maakt van behandeling als gelijken dan zal bij de overweging welke van de twee personen het medicijn krijgt, rekening worden gehouden met beide personen. Beide personen hebben namelijk het recht om met dezelfde zorg en respect behandeld te worden. Aangezien de patiënt met de zwaardere klachten meer baat heeft bij dit medicijn voor het leiden van een goed leven, zal de arts voor deze persoon moeten kiezen.⁵⁵ Ondanks een heel andere formulering van Dworkin zien we veel gelijkenissen met de Aristotelische benadering. Gelijke behandeling is gelijk aan de eerste zinsnede van Aristoteles' formulering, en het kent een meer formele grondslag. Bij een formele gelijkheidsbenadering staat de gelijkheid van de behandeling *an sich* centraal. Vanuit de gedachte van de inherente gelijkwaardigheid van mensen betekent het dat alle mensen dezelfde rechten en plichten hebben, ongeacht de verschillen in bijvoorbeeld leeftijd, ras, geslacht, achtergrond of andere kenmerken van mensen. Een voorbeeld hiervan is het recht op onderwijs. Vanuit formele gelijkheid gezien zou dit betekenen dat de overheid zich zou beperken tot het zorgen voor standaard onderwijs. Een uitwerking hiervan zou kunnen zijn dat er maar één soort school in het lagere en middelbare onderwijs bestaat. Ruimte voor speciaal onderwijs zou er niet zijn, omdat het differentiatie teweegbrengt. Met als resultaat ongelijkheid.

De behandeling als gelijken is in lijn met de tweede zinsnede en kent een materiële grondslag. Oordelen over gelijkheid hebben een sterk normatief karakter en het is vaak afhankelijk van het doel dat men nastreeft. Een materiële gelijkheidsbenadering is niet gericht op de gelijkheid van de behandeling *an sich*, maar op de gelijke uitkomst van de behandeling. Dit kan betekenen dat differentiatie juist geboden is. Dit zien we ook terug in het voorbeeld van Dworkin. Een erg ziek persoon is meer gebaat bij een bepaalde behandeling of medicijn dan een minder ziek of gezond persoon. Dit is tevens een uitwerking van de inherente gelijkwaardigheid van mensen: op grond van gelijkwaardigheid dient men rekening te houden met de individuele behoeften en omstandigheden van anderen om op die manier de behoeften en rechten van iedereen te waarborgen.⁵⁶

2.4 Bescherming van gelijke behandeling in het nationale en internationale recht

Het recht maakt per definitie onderscheid. Zodra een wet van kracht gaat, ontstaat onderscheid. Elke rechtsregel of norm, maakt onderscheid tussen categorieën en gevallen waarin de norm wel of niet van toepassing is. Deze vorm van onderscheid is noodzakelijk om überhaupt als democratische rechtsstaat te functioneren. Zo maakt de Verkeerswet onderscheid tussen automobilisten, fietsers en voetgangers. De Kieswet maakt onderscheid tussen mensen van boven en onder de achttien jaar. Belangrijk is dat het

⁵⁵ Dworkin 1977, p. 227.

⁵⁶ Loenen 2009, p. 13.

onderscheid binnen de wet noodzakelijk en rechtvaardig is. Dit zien we ook terug in wetgeving omtrent gelijkheid.

2.4.1 Nationale grondslag

Regels omtrent gelijke behandeling vinden we in Nederland terug in verschillende wetten die elkaar soms overlappen. Het meest bekende voorbeeld van een wet waarin we het recht op gelijke behandeling terugvinden is art. 1 Grondwet. Daarnaast zijn regels over gelijke behandeling terug te vinden in de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: Awgb), de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte. Ook in het Wetboek van Strafrecht (art. 137c Sr, art. 429quater jo. art. 90quater Sr) en in boek 7 van het BW (art. 7:4646 BW) zijn bepalingen opgenomen over gelijke behandeling. Het gelijkheidsbeginsel is in het bestuursrecht een ongeschreven algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

2.4.2 Internationale grondslag

Ook in internationale regelgeving is er veel wetgeving over het recht op gelijke behandeling. Allereerst zien we het terug in art. 14 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), art. 1 Twaalfde Protocol EVRM en art. 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten hierna: IVBPR). Ook is het recht op gelijke behandeling opgenomen in artt. 1, 2 en 7 van de Universele verklaring van de rechten van de mens en het VN-Vrouwenverdrag. Daarnaast is het recht op gelijke behandeling uitgewerkt in artt. 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Europese richtlijnen, waaronder de kaderrichtlijn 2000/78/EG (godsdienst en overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid).⁵⁷ Plus richtlijn 2000/43/EG (ras en etnische afstamming)⁵⁸ en richtlijn 2006/54/EG (geslacht).⁵⁹

2.5 De Grondwet

Het eerste artikel van de Grondwet is veruit het meest bekende artikel met betrekking tot gelijke behandeling dan wel discriminatie: *“Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, handicap, seksuele gerichtheid of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.”* Het is een bepaling met een open karakter: de opsomming van verboden discriminatiegronden is niet limitatief en het artikel is niet beperkt tot specifieke gevallen van ongelijke behandeling. Van betekenis is verder dat in het artikel geen criteria zijn opgenomen voor de beoordeling van de gerechtvaardigheid of toelaatbaarheid van een concreet geval van onderscheid, wat betekent dat de bepaling ruimte laat voor het ontwikkelen van een eigen manier van toetsen door de rechter.⁶⁰

⁵⁷ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

⁵⁸ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming.

⁵⁹ Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking).

⁶⁰ Gerards 2002, p. 513-514.

2.5.1 Beperkingen en reikwijdte

De Grondwet kent een beperkingsclausule. Het betekent dat iedere beperking van een grondrecht herleidbaar moet zijn tot de beperkingsclausule van dat grondrecht.⁶¹ Art. 1 Grondwet kent een zogenaamd ongeclausuleerd grondrecht. Discriminatie is dus te allen tijde verboden. Dat betekent niet dat de vraag welke handelingen als discriminatie aangemerkt kunnen worden geen rol spelen. Die zien namelijk op de reikwijdte van het grondrecht. Het artikel laat namelijk een onderscheid in reikwijdte binnen één artikel zien. Er bestaat een onderscheid tussen het recht op gelijke behandeling en het verbod van discriminatie. Daarnaast kan het verbod van discriminatie beschouwd worden als een species van het recht op gelijke behandeling, met als gevolg dat het maken van onderscheid op grond van de genoemde discriminatiegronden niet snel te rechtvaardigen is.⁶²

Ondanks de ruime formulering en de symbolische betekenis van het artikel; heeft het artikel weinig betekenis voor rechters bij de toetsing van zaken waarin problematiek rondom gelijkheid en discriminatie een rol spelen. De minimale betekenis van het artikel voor rechters heeft veelal te maken met het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet. Formele wetgeving en ongeschreven fundamentele rechtsbeginselen kunnen door rechters niet aan de Grondwet worden getoetst, zodat daarin opgenomen classificaties ook niet op hun verenigbaarheid met art. 1 Grondwet beoordeeld kunnen worden.⁶³ Het gelijkheidsbeginsel wordt in principe geschaard onder de klassieke grondrechten. Onder klassieke grondrechten worden fundamentele, individuele vrijheidsrechten begrepen. Ze zien op de verhouding tussen burger en overheid en leggen de overheid een onthoudingsplicht op. Gelijke behandeling heeft een toch iets wat andere rol. Gelijke behandeling heeft meer weg van een sociaal grondrecht; het ziet namelijk ook op de wijze waarop de overheid, indien zij optreedt, moet handelen.⁶⁴

2.5.2 Horizontale werking

Naast de verticale werking van grondrechten in de burger versus overheid verhouding bestaat ook nog de verhouding burger versus burger oftewel horizontale werking van grondrechten. Er bestaat een onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking. Directe horizontale werking is de werking van een grondrecht zonder tussenkomst van de wetgever. De wederpartij moet aantonen dat de beperking van het grondrecht gerechtvaardigd is; voor een burger is het erg moeilijk om dit te bewijzen.

Bij indirecte horizontale werking toetst de rechter niet aan het grondrecht zelf, maar toetst hij aan de wettelijke voorschriften van het privaatrecht. Het grondrecht is alleen van toepassing in die zin dat het invloed heeft op de uitleg van de privaatrechtelijke norm. Hier zien we dat de rechter meer speelruimte heeft, aangezien een feitelijke belangenafweging hier centraal staat. Een nadeel kan een onvoorspelbare uitkomst zijn.⁶⁵

⁶¹ Verhey 2003, p. 219.

⁶² Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2021 79-80.

⁶³ Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2021, p. 53.

⁶⁴ Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2021, p. 33-34.

⁶⁵ Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2021, p. 163-164.

2.6 Verdragsbepalingen

Waar art. 1 Grondwet voornamelijk een symbolische betekenis heeft, spelen de verdragsbepalingen een centrale rol in de rechterlijke toetsing. Op grond van art. 93 Grondwet hebben eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties verbindende kracht in de Nederlandse rechtsorde nadat zij bekend zijn gemaakt. Daarbij komt dat art. 94 Grondwet daaraan toevoegt dat eenieder verbindende bepalingen van verdragen kunnen betekenen dat de rechter juist bescherming kan bieden tegente vergaande nationale wetgeving. Om die reden zien we dat Nederlandse rechters controleren of veroordelingen wel aan criteria van het EHRM voldoen.⁶⁷

2.6.1 art. 14 jo. art. 1 Twaalfde Protocol EVRM.

Art. 14 EVRM geeft uitdrukking aan het gelijkheidsbeginsel. Het artikel is als volgt geformuleerd: “Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals: geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.” Opvallend is dat de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel is gekoppeld aan het genot van andere vrijheden en rechten in het verdrag (materiële verdragsnormen): art. 14 EVRM heeft een accessoir karakter. Daarnaast valt op dat de opsomming van de gronden evenals de gronden in art. 1 Grondwet een open karakter hebben.⁶⁸ Wederom is er geen beperkingsclausule opgenomen, maar dit betekent niet dat het artikel een absoluut karakter heeft. In het arrest de Belgische Taalzaak stelde het EHRM dat een absoluut verbod van ongelijke behandeling uit art. 14 EVRM tot absurde resultaten zou leiden.⁶⁹ Met de komst van art. 1 Twaalfde Protocol EVRM, waarin een zelfstandig gelijkheidsbeginsel is opgenomen, is de reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel vergroot. Inhoudelijk lopen de twee bepalingen gelijk aan elkaar. Hiermee is de interpretatie en toepassing van beide bepalingen gelijk aan elkaar.⁷⁰ De ruimere reikwijdte brengt voordelen met zich mee. In het verleden werd vaak al volstaan om enkel de schending van de materiële verdragsnorm te onderzoeken, wat nadelig was voor de mogelijkheid om de interpretatie en toepassing van art. 14 EVRM te ontwikkelen. Art. 14 EVRM leed daardoor ook wel waardeverlies. Het was niet geheel duidelijk wat dit artikel in had te brengen.⁷¹ Art. 1 Twaalfde Protocol EVRM kent in de toelichting vier categorieën waaruit afgeleid kan worden dat alle vormen van ongelijke behandeling die resulteren uit overheidshandelen eronder kunnen worden begrepen.⁷²

⁶⁷ Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2021, p. 172.

⁶⁸ EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071 (Engel e.a./Nederland), r.o. 72.

⁶⁹ EHRM 23 juli 1968, nr. 1474/62 (Belgische Taalzaak).

⁷⁰ EHRM 22 december 2009, ECLI:NL:XX:2009:BL1978 (Sejdić en Finci t. Bosnië en Herzegovina), r.o. 18.

⁷¹ Gerards 2013, p. 100.

⁷² Explanatory Report to Protocol No. 12 of the Convention, ETS-nr. 177.

2.7 De rechtspraak

2.7.1 EHRM

In de Belgische Taalzaak en Marckx t. België zijn de criteria ontwikkeld om te achterhalen of het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is. Hierbij is van belang dat het EHRM enkel een rechtvaardigingstoets toepast indien de voorgelegde gevallen voldoende vergelijkbaar zijn. Indien geen sprake is van voldoende vergelijkbare gevallen, dan is er geen schending van art. 14 EVRM.⁷³ Daarnaast is indirect onderscheid mogelijk, wat betekent dat een neutrale regeling of neutraal beleid disproportioneel benadelende gevolgen kan hebben voor een bepaalde groep.⁷⁴

Is wel sprake van voldoende vergelijkbare gevallen dan moet vervolgens getoetst worden of een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling bestaat. Of sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging moet beoordeeld worden aan de hand van de vraag of het maken van onderscheid een legitiem doel dient en proportioneel is in verhouding tot het te bereiken doel. Het moet een geschikt middel zijn om het doel te bereiken en het doel kan niet met andere, minder ingrijpende middelen worden bereikt.⁷⁵ Er bestaat dus in de eerste plaats een vergelijkbaarheidstoets en vervolgens mogelijk een rechtvaardigingstoets. Aan deze toetsen kan een nadere invulling worden gegeven.

Margin of appreciation- doctrine

Bij het bepalen van het doel en evenredigheid kent het EHRM lidstaten een bepaalde beslissingsruimte toe. Binnen deze ruimte kunnen zij zelf bepalen welke maatregelen nodig en geschikt zijn om een bepaald doel te bereiken.⁷⁶ De margin of appreciation kan verschillend zijn, wat van invloed is bij het bepalen of in strijd met art. 14 EVRM wordt gehandeld. Wanneer de margin of appreciation ruim is, dan is de toetsing van het EHRM marginaal. Het EHRM eist dan dat de regering 'voldoende redenen' heeft voor de inbreuk. Wanneer sprake is van een smalle margin of appreciation geniet de lidstaat minder beslissingsruimte. De gronden van de lidstaat zullen meer in detail moeten treden en wordt intensiever getoetst door het EHRM. Wat overigens niet altijd in overeenstemming met elkaar gebeurt. Het kan voorkomen dat sprake is van een ruime margin of appreciation en vervolgens toch een intensieve toetsing plaatsvindt. Het zorgt voor verwarring en oogt rommelig.⁷⁷

Om de omvang van de margin of appreciation te bepalen liggen verschillende factoren ten grondslag. De belangrijkste gebruikelijke factoren zijn: aanwezigheid van een Europese consensus,⁷⁸ het *better placed*-argument en de aard en het gewicht van de nagestreefde doelstellingen. Deze factoren kunnen ook bepalend zijn voor de intensiteit van de toetsing.⁷⁹ Echter hecht het EHRM in gelijke behandelingszaken veel waarde aan de grond waarop het onderscheid is gebaseerd. Het bijzondere hieraan is dat het EHRM

⁷³ EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090 (Marckx/België), r.o. 32.

⁷⁴ EHRM 13 november 2007, ECLI:NL:XX:2007:BC1879 (C.H./Tsjechië), r.o. 185- 195.

⁷⁵ ABRvS 3 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9698, r.o. 2.11.3.

⁷⁶ Gerards 2002, p. 165.

⁷⁷ Gerards 2002, p. 168-169.

⁷⁸ EHRM 4 december 2012, ECLI:NL:XX:2007:BC1884.

⁷⁹ Gerards 2017, p. 6 en Gerards 2002, p. 198.

bepaalde gronden als verdacht aanmerkt. Een dergelijke grond kan alleen worden gerechtvaardigd, indien sprake is van zeer zwaarwegende redenen oftewel *very weighty reasons*.

Very weighty reasons-test

Indien sprake is van een verdachte grond, dan is een objectieve rechtvaardiging niet voldoende om ongelijke behandeling te aanvaarden. In plaats daarvan moet worden voldaan aan de 'very weighty reasons'-test. Tot nu toe heeft het EHRM de volgende gronden als verdacht aangemerkt:

- Ras, etniciteit, huidskleur;⁸⁰
- Nationaliteit;⁸¹
- Geboorte of afkomst (wettig/onwettig, al dan niet geadopteerd);⁸²
- Seksuele gerichtheid;⁸³
- (Mentale of fysieke) handicap, chronische ziekte, besmetting met hiv/aids;⁸⁴
- Geslacht;⁸⁵
- Godsdienst en levensovertuiging.⁸⁶

Het toetsingskader ten aanzien van de verdachte gronden is hetzelfde als andere niet-verdachte gronden, maar de strengheid waarmee het EHRM deze gronden toetst, is anders. Bij deze gronden voert het EHRM een toets die veel zorgvuldiger is ten aanzien van de legitimiteit en gerechtvaardigheid van het aangevoerde doel. Ook onderzoekt het EHRM of de klager een gunstiger behandeling zou hebben ontvangen als het bepaald persoonskenmerk niet aanwezig zou zijn (but for- test). Daarnaast stelt het veel hogere eisen aan de proportionaliteit van het gekozen middel.⁸⁷ Het is niet allemaal zo zwart-wit. De 'verdachte' gronden staan niet gelijk aan een 'very weighty reasons'-test. Of dit doorgang kent, is afhankelijk van verschillende factoren en wordt niet altijd even consequent uitgevoerd.⁸⁸ Een consequentie kan zijn dat het EHRM geen genoegen neemt met algemene regelingen die voor iedereen gelden. In plaats daarvan moet per individueel geval worden nagegaan of het maken van onderscheid noodzakelijk is.⁸⁹

Volgens Gerards lijken de margin of appreciation en de very weight reasons test veel op elkaar en is het maar de vraag waarom het EHRM twee soortgelijke toetsingsmodellen heeft opgesteld. Het komt de transparantie en duidelijkheid niet ten goede.⁹⁰

⁸⁰ EHRM 13 december 2005, ECLI:NL:XX: 2005:AV1501 (Timishev/Rusland), r.o. 55-58.

⁸¹ EHRM 16 september 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6796 (Gaygusuz/Oostenrijk), r.o. 42.

⁸² EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090 (Marckx/België) r.o. 41 en EHRM 28 oktober 1987, ECLI:NL:XX:1987:AD0026 (Inze/Oostenrijk), r.o. 41.

⁸³ EHRM 21 december 1999, ECLI:NL:XX:1999:AD4200 (Salguiero da Silva Mouta/Portugal), seksuele gerichtheid ter sprake kwam. In een latere uitspraak gaf het EHRM uitdrukkelijk een oordeel over de verdachtheid van de grond, EHRM 9 januari 2003, 2003/18, m.nt. Van der Velde (L en V/Oostenrijk), r.o. 45.

⁸⁴ EHRM 20 mei 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN2899 (Alajos Kiss/Hongarije), r.o. 42 en EHRM 10 maart 2011, ECLI:NL:XX:2011:BQ7210 (Kiyutin/Rusland), r.o. 64-65.

⁸⁵ EHRM 28 mei 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8914 (Abdulaziz, Cabales en Balkandali/het Verenigd Koninkrijk), r.o. 78.

⁸⁶ EHRM 12 februari 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0212JUD002961707 (Vojnity/Hongarije), r.o. 31-36.

⁸⁷ Gerards 2017, p. 8.

⁸⁸ Gerards 2017, p.. 9.

⁸⁹ Gerards 2017, p. 18.

⁹⁰ Gerards 2017, p. 2.

Bewijslast: affirmanti incumbit probatio

Gewoonlijk is het bij EHRM zo dat klager moet bewijzen dat sprake is van schending van een artikel in het EVRM. Er bestaat een uitzondering hierop. Indien klager een zogenaamde ‘arguable claim’ heeft. Er is sprake van een arguable claim indien klager of andere personen met dezelfde fysieke of etnische kenmerken als klager zonder objectieve rechtvaardiging worden aangehouden voor een identiteitscontrole. Indien sprake is van een arguable claim, dan is er sprake van een vermoeden van discriminatie en vindt een omkering van de bewijslast plaats. Het is dan aan de verwerende lidstaat om te bewijzen dat voor de ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond.⁹¹

2.7.2 Nederlandse rechtspraak

Naast de wetgeving omtrent gelijkheid en non-discriminatie is binnen de rechtspraak evenmin één lijn te trekken. Zo kent ‘etnische profilering’ geen vaste betekenis. De Hoge Raad en de Raad van State (hierna: RvS) hebben de term tot nu toe niet gebruikt. Het EHRM overweegt in zaken met betrekking tot onderscheid op grond van etniciteit: “Where the difference in treatment is based on race, colour, or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible”.⁹² Hieruit volgt niet dat het maken van onderscheid op grond van etniciteit volgens het EHRM in alle gevallen leidt tot ongerechtvaardigd onderscheid. Het EHRM overweegt in dezelfde uitspraak namelijk dat “no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person’s ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures”.⁹³ Dit betekent in de woorden van het EHRM dat sprake is van ongeoorloofd onderscheid op basis van etniciteit, indien het verschil in behandeling uitsluitend of in beslissende mate gebaseerd is op etniciteit.

Soortgelijke bewoordingen zien we terug bij de ABRvS. De ABRvS spreekt over een ongeoorloofd onderscheid op basis van uiterlijke kenmerken.⁹⁴ Ook hier moet in eerste instantie sprake zijn van een objectieve en redelijke rechtvaardiging om het gemaakte onderscheid en het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling te rechtvaardigen.

In het bekende ‘Dynamische Verkeerscontrole arrest’ verduidelijkt de Hoge Raad de stand van zaken met betrekking tot selecties op basis van etnische of religieuze kenmerken van bestuurders of inzittenden bij verkeerscontroles. Indien de rechter tot de bevinding komt dat bij de selectie van verkeerscontroles een in dat opzicht niet gerechtvaardigd onderscheid is gemaakt, moet bepaald worden welk rechtsgevolg in de gegeven omstandigheden moet worden verbonden aan de onrechtmatigheid van de uitoefening van de controlebevoegdheid. Hierbij moet rekening worden gehouden met factoren als de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Een bevinding als deze komt vooral in beeld indien de selectie uitsluitend of in overwegende mate is gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken.⁹⁵ Zoals

⁹¹ EHRM 13 december 2005, ECLI:NL:XX:2005:AV1501 (Timishev/Rusland), r.o. 57 & EHRM 20 februari 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (Wa Baile/Zwitserland), r.o. 71.

⁹² EHRM 13 november 2007, ECLI:NL:XX:2007:BC1879 (C.H./Czech Republic), r.o. 196.

⁹³ EHRM 13 december 2005, ECLI:NL:XX:2005:AV1501 (Timishev/Rusland), r.o. 58 & EHRM 13 november 2007, ECLI:NL:XX:2007:BC1879 (C.H./Czech Republic), r.o. 176.

⁹⁴ ABRvS 3 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9698 & ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015723.

⁹⁵ HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454, r.o. 3.7.

Bouwman stelt verwijst ‘een bevinding als deze’ naar een niet ‘gerechtvaardigd onderscheid’. Dit zou betekenen dat een niet gerechtvaardigd onderscheid in beeld komt indien de selectie uitsluitend of in overwegende mate is gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken.⁹⁶ De criteria uit het dynamische verkeerscontrole arrest sluiten aan op de criteria in bovenstaande uitspraken.

De Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) volgt een gelijksoortige lijn. In een uitspraak van 2017 spreekt de CRvB over verschil in behandeling op grond van nationaliteit en onderscheid naar nationaliteit met als uitkomst handelen in strijd met het discriminatieverbod.⁹⁷

Zoals hierboven al werd gezegd wordt de term etnisch profileren niet gebruikt. Wel is het zo dat de criteria die door de Hoge Raad, de ABRvS en de CRvB worden gebruikt onder de definitie van etnisch profileren geschaard kunnen worden. De criteria die gebruikt worden volgen uit artikel 14 EVRM jo. artikel 1 Twaalfde Protocol EVRM. Dit is terug te zien in drie van de bovengenoemde uitspraken.⁹⁸

In de spraakmakende uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 14 februari 2023 zien we soortgelijke bewoordingen, maar deze is meer gedurfd dan het Dynamische Verkeerscontrole arrest⁹⁹ Het Gerechtshof Den Haag kaart de ‘*but for*’- test aan van het EHRM. Dit is een strengere vorm van de rechtvaardigingstoets.¹⁰⁰ De test houdt in dat het EHRM nagaat of betrokkene ook zo zou zijn behandeld indien hij niet een bepaald – in artikel 14 EVRM bedoeld – persoonskenmerk had gehad. Als het antwoord ontkennend luidt, dan is sprake van ongelijke behandeling op grond van één of meerdere persoonskenmerken in artikel 14 EVRM. Indien meerdere factoren een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming, gaat het EHRM na of het discriminerende element van doorslaggevende betekenis is.¹⁰¹ Verder stelt het Hof dat indien de controles *mede* op grond van etniciteit zijn gebaseerd er sprake is van ongeoorloofd onderscheid op basis van ras of etniciteit. Het hof licht dit heel duidelijk toe. Namelijk dat: “in die gevallen waarin ras of etniciteit worden gebruikt, het gecontroleerde individu niet zou zijn geselecteerd als het raciale of etnische kenmerk afwezig was geweest. Het gebruik van een dergelijk kenmerk kan immers niet tegelijkertijd ‘noodzakelijk’ zijn *en* geen gevolgen hebben voor de selectiebeslissing.”¹⁰² Dit betekent simpelweg dat als ras of etniciteit geen verschil maken voor de selectiebeslissing, het gebruik van deze persoonlijke kenmerken niet noodzakelijk is en daarmee een ongeoorloofd onderscheid teweegbrengt.

2.8 Tussenconclusie

Gelijkheid is een driedimensionale vector. Hoe je het draait of keert, een eenduidig antwoord bestaat niet. Dat is duidelijk terug te zien in zowel de paragrafen vanuit rechtsfilosofisch als juridisch oogpunt. Waarin allereerst de betekenis van gelijkheid is behandeld. Vervolgens zijn art. 1 Grondwet en art. 14 EVRM jo. art. 1 Twaalfde Protocol EVRM besproken. Als laatste zijn de rechtspraak van het EHRM en de Nederlandse rechtspraak omtrent gelijkheid besproken. Het EHRM heeft door de jaren heen verschillende

⁹⁶ Bouwman *DD* 2021/8, p. 80.

⁹⁷ CRvB 12 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3156, r.o. 4.7.

⁹⁸ ABRvS 3 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9698; CRvB 12 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3156 en Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173.

⁹⁹ Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173.

¹⁰⁰ EHRM 11 oktober 2011, nr. 53124/09, *Genovese/Malta*, r.o. 39.

¹⁰¹ Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173, r.o. 8.5.

¹⁰² Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173, r.o. 8.15.

toetsingsmethodes opgesteld. Waarvan 'the margin of appreciation' en de 'very weighty reasons'-test het belangrijkste zijn in het kader van gelijke behandeling. De Hoge Raad, de ABRvS en de CRvB gebruiken veelal toetsingsmethodes die overeenkomen met het EHRM.

3. Etniciteit als criterium in beleidsinstructies

3.1 Inleiding

In het derde hoofdstuk staat etniciteit als criterium in beleidsinstructies centraal. Aan de hand van jurisprudentie en het kennisveiligheidsbeleid wordt getracht om hier duidelijkheid in te scheppen. In paragraaf 3.2 wordt beleid en voorgenomen beleid rondom kennisveiligheid besproken. Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 lijnen in de rechtspraak besproken. In paragraaf 3.4 staat een vergelijking met de Wet screening kennisveiligheid centraal. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

3.2 Voorgenomen Wet screening kennisveiligheid

Zoals al eerder benoemd heeft de Staat der Nederlanden (hierna: de Staat) bij de uitvoering van VN-Resolutie 1737 onderscheid op grond van nationaliteit gemaakt. De Staat heeft tot in cassatie geprocedeerd over de vraag of het onderscheid in de Sanctieregeling Iran geoorloofd was. In alle instanties kreeg de Staat ongelijk. Na iedere instantie werd de sanctie wel aangepast, maar niet voldoende om onderscheid tussen Iraniërs en niet-Iraniërs uit de sanctie te verwijderen.¹⁰³ Zo volgt uit de beoordeling van de Hoge Raad dat de Staat ongeoorloofd onderscheid heeft gemaakt. De VN-Resolutie verplicht niet tot het maken van onderscheid tussen Iraanse en niet-Iraanse onderdanen, wat betekent dat de Staat een andere invulling aan de sanctieregeling had kunnen geven.¹⁰⁴ Ondanks deze uitspraak staat er toch weer beleid op de kaart dat het categoriaal uitsluiten van bepaalde nationaliteiten bewerkstelligt op de kaart. Het idee is om een wet te bewerkstelligen, waarmee onderzoekers en studenten van buiten de EU/EER die in een risicovakgebied willen gaan werken of studeren, worden gescreend op risico's voor de nationale veiligheid.¹⁰⁵ Deze wet beoogt de veiligheid van de Staat en het voorkomen van mogelijke terroristische aanvallen.

3.3 Belangrijke lijnen uit de rechtspraak

Jurisprudentie over overheidscontroles in het kader van sociale zekerheid en sociale bescherming en (geautomatiseerde) risicoprofilering ontbreekt tot nu toe.¹⁰⁶ Timishev tegen Rusland, een arrest van het EHRM, is een pijler voor jurisprudentie met betrekking tot etnisch profileren. Het is het eerste arrest waarin etniciteit als zodanig wordt benoemd. Aan de hand van objectieve en redelijke rechtvaardiging wordt beoordeeld of sprake is van etnische profilering.¹⁰⁷ Soortgelijke zaken omtrent identiteitscontroles waarin mogelijk wordt gecontroleerd op basis van etniciteit zijn in veelvoud terug te vinden in rechtspraak van het EHRM.¹⁰⁸ De Nederlandse uitspraak met betrekking tot de Kmar gaat al wel een stap verder dan

¹⁰³ Terlouw A&MR 2013, p. 137.

¹⁰⁴ HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8451, r.o. 3.7.5.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II 2023/24*, 31288, nr. 1077.

¹⁰⁶ Amnesty International 2024, p. 16-17.

¹⁰⁷ EHRM 11 juni 2002, Willis/Verenigd Koninkrijk, r.o. 48.

¹⁰⁸ EHRM 6 juli 2005, ECLI:NL:XX:2005:AU43053 (Nachova e.a./Bulgarije); EHRM 24 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0724JUD004715908 B.S./Spanje); EHRM 4 maart 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0304JUD004272202 (Stoica/Roemenië); EHRM 23 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1123DEC001525002 (Bekos en Koutropoulos/Griekenland);

deze rechtspraak.¹⁰⁹ Ontwikkelingen zijn zichtbaar, maar zijn zeer gestaag. Bepaalde mate van terughoudendheid is in de uitspraken van het EHRM duidelijk zichtbaar. In de zaken Basu t. Duitsland (hierna: Basu) en Muhammad t. Spanje (hierna: Muhammad) boog het EHRM zich voor het eerst rechtstreeks over de vraag of etnisch profileren is toegestaan onder het EVRM, en welke verplichtingen de verdragsstaten in de dat verband hebben. In beide uitspraken is een bepaalde mate van terughoudendheid te vinden. Het EHRM erkende dat etnisch profileren binnen de reikwijdte van de artikelen 14 jo. 8 EVRM kan vallen. Het EHRM formuleerde slechts een beperkte procedurele positieve verplichting in Basu en achtte in geen van beide zaken een schending van een materiële verplichting aanwezig. In Basu oordeelt het EHRM dat sprake is van een schending van een formele verplichting van art. 14 j.o. art. 8 EVRM. Duitsland heeft zijn procedurele verplichtingen onder art. 14 jo. art. 8 EVRM geschonden doordat geen effectief onderzoek heeft plaatsgevonden naar de door klager gestelde etnische profilering.¹¹⁰ Of ook sprake is van de schending van een materiële verplichting en daarmee een inhoudelijke schending van art. 14 jo. art. 8 EVRM kan het EHRM vanwege het ontbreken van onderzoek op nationaal niveau niet beoordelen.¹¹¹ In Muhammad stelt het EHRM dat Spanje geen procedurele of materiële verplichtingen onder art. 14 jo. 8 EVRM heeft geschonden. Er zou voldoende gedegen onderzoek zijn uitgevoerd.¹¹² Gedegen onderzoek omvat “do what is reasonable in the circumstances to collect and secure the evidence, explore all practical means of discovering the truth and deliver fully reasoned, impartial and objective decisions”.¹¹³ In Muhammad hebben rechters Zünd en Krenck kritiek op het onderzoek wat is uitgevoerd door de lokale politie. Klager heeft bewijs aangedragen, maar dit wordt afwezen als niet relevant. Zünd en Krenck maken in hun afwijkende meningen kenbaar dat het bewijs van klager wel degelijk relevant kon zijn voor het onderzoek. Door het afdoen van het bewijs, kan niet met zekerheid gezegd worden dat de identiteitscontrole niet is uitgevoerd op basis van etnische kenmerken.

De uitspraak Wa Baile t. Zwitserland (hierna: Wa Baile) heeft hier wel verandering in gebracht.¹¹⁴ De benadering waarbij klager moest bewijzen dat één politieagent in de fout is gegaan, is verplaatst naar een benadering vanuit de politie als geheel. Op die manier kan een systematisch probleem bij de politie achterhaald worden.¹¹⁵ Tegelijkertijd ontstaat er meer erkenning voor een structureel probleem dat effect heeft op sociaal, economisch, cultureel en politiek vlak binnen een maatschappij. Wat we hier ook zien is

EHRM 22 juni 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD004016507 (Adzhigitova e.a./Rusland); EHRM 11 maart 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0311JUD002682708 (Abdu/Bulgarije); EHRM 13 juli 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0712JUD004113898 (Moldovan e.a./Romenië); EHRM 20 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0920JUD000038703 (Fedorchenko en Lozenko/Oekraïne); EHRM 20 juni 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0620DEC003343315 (Lingurar e.a./Roemenië); EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517 (Muhammad/Spanje); EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 (Basu/Duitsland) en EHRM 20 februari 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (Wa Baile/Zwitserland).

¹⁰⁹ Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173.

¹¹⁰ Sinds het arrest Nachova e.a./Bulgarije is iedere lidstaat bij het onderzoeken van gewelddadige incidenten verplicht om na te gaan of racistische motieven hetzij etnische of raciale vooroordelen een doorslaggevende rol vormden bij overheids geweld.

¹¹¹ EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 (Basu/Duitsland), r.o. 25.

¹¹² EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517 (Muhammad/Spanje), r.o. 50.

¹¹³ EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517 (Muhammad/Spanje), r.o. 66.

¹¹⁴ EHRM 20 februari 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (Wa Baile/Zwitserland).

¹¹⁵ EHRM 20 februari 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (Wa Baile/Zwitserland), r.o. 133-136.

dat sprake is van zowel een formele als materiële schending van art. 14 jo. art. 8 EVRM is. De nationale rechters hebben geen gedegen onderzoek uitgevoerd naar de beschuldigingen van klager dat sprake was van etnische profilering. Dit had wel moeten, aangezien klager een 'arguable claim' had dat sprake was van discriminatie op basis van huidskleur. Hiermee is het formele aspect geschonden.¹¹⁶ Het materiële aspect is ook geschonden. Door het gebrek aan regelgeving omtrent het voorkomen van etnische profilering in Zwitserland, ontstond een risico op discriminatoire identiteitscontroles. Klager heeft aangetoond dat hij anders is behandeld dan anderen. Dit wordt ondersteund door rapporten van internationale organen voor mensenrechten. Hier zien we verplaatsing van een individueel georiënteerd naar een systematisch georiënteerd probleem. De Zwitserse overheid weerlegt deze veronderstelling niet, waardoor het EHRM aanneemt dat sprake is geweest van een discriminerende behandeling jegens klager.¹¹⁷ Een zaak van het EHRM waarin etnische gegevens wel op voorhand een rol hebben gespeeld was de zaak *Lingurar t. Roemenië* (hierna: *Lingurar*).¹¹⁸ In deze zaak deed de Roemeense politie een inval bij mensen van de Romagemeenschap. De voorbereiding van de politionele operatie op zijn minst gedeeltelijk gesteund door raciale en/of etnische vooroordelen, die daarbij ook hun effect hadden op de wijze waarop de interventie werd uitgevoerd. De etnische gegevens van de Romagemeenschap werden in de interventieplannen benoemd als aandachtspunt. Ook werd uitdrukkelijk benoemd dat het agressief en antisociaal gedrag van deze bevolkingsgroep wordt gereflecteerd in de hoge criminaliteitscijfers.¹¹⁹ Omdat etniciteit gekoppeld werd aan crimineel gedrag door de nationale autoriteiten, stelt het EHRM dat sprake is van discriminerende etnische profilering en benoemt¹²⁰ OBJ

3.3.1 Inconsistenties EHRM

Een consistente lijn in de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot etnisch profileren is er nog niet. Wat wel duidelijk is, is dat het EHRM niet altijd overal antwoord op geeft en vaak de beweegredenen voor een bepaalde manier van handelen buiten beeld blijven. Een voorbeeld daarvan zien we tussen *Basu* en *Muhammad*. Zo kan vaststaan dat sprake is van een procedurele schending van artikelen 14 jo. 8 EVRM zonder dat duidelijk is wat de doorslaggevende factor is geweest voor de schending. In *Basu* benoemt het EHRM het gevoel van stigmatisering van klager en de objectieve omstandigheden die wijzen op etnisch profileren, maar in het midden blijft welk element de inmenging in het recht op privéleven en discriminatie van klager heeft veroorzaakt.¹²¹ Daarentegen brengt het EHRM in *Muhammad* tot uitdrukking dat aangenomen mag worden dat naast de objectieve omstandigheden, de negatieve gevoelens die ontstaan wanneer mensen vanwege hun huidskleur worden geselecteerd niet apart getoetst hoeven te worden, wat betekent dat de stigmatisering die klager ervaart onderdeel vormt van de objectieve omstandigheden.¹²² Dit is een verschil dat niet in lijn is met de verschillen tussen de twee zaken. De zaak *Wa Baile* toont veel gelijkenissen met *Basu* en *Muhammad*, maar de uitkomst van de zaken

¹¹⁶ EHRM 20 februari 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (*Wa Baile/Zwitserland*), r.o.102-103.

¹¹⁷ EHRM 20 februari 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (*Wa Baile/Zwitserland*), r.o.135-136.

¹¹⁸ EHRM 16 april 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD004847414 (*Lingurar/Roemenië*).

¹¹⁹ EHRM 16 april 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD004847414 (*Lingurar/Roemenië*), r.o. 75-78.

¹²⁰ EHRM 16 april 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD004847414 (*Lingurar/Roemenië*), r.o. 76.

¹²¹ EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 (*Basu/Duitsland*), r.o. 26-27.

¹²² EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517 (*Muhammad/Spanje*), r.o. 51.

zijn totaal verschillend. De verschillen zijn van dien aard waardoor het gevoel ontstaat dat de uitspraken in zo'n korte tijdbestek niet zo anders zouden kunnen zijn. Het geeft voornamelijk een gevoel alsof er nog ruimte voor verbetering is. Als we nu kijken naar Wa Baile, dan is die gedachte ook niet ongehoord. In Wa Baile neemt het EHRM de afwijkende mening van rechter Pavli in Basu over, met als gevolg een materiële schending van artikelen 14 jo. 8 EVRM. Naast de positieve verbeteringen die leesbaar zijn in de uitspraak, is er ook een negatief aspect zichtbaar. De verschillen tussen Basu en Muhammad in vergelijking met Wa Baile zijn van dien aard dat ze niet geheel in lijn staan met de uitkomsten van de uitspraken.

Het EHRM hanteert verschillende maatstaven voor het vaststellen van een bewijsvermoeden van etnisch profileren. In Wa Baile maakt het EHRM duidelijk dat de vraag of de huidskleur een rol heeft gespeeld en dus of sprake was van discriminatie expliciet beantwoord moet worden.¹²³ Hetgeen wat in Basu en Muhammad heeft gezorgd voor onvoldoende bewijsvermoeden, lijken stellingen die in Wa Baile juist wel een bewijsvermoeden voor etnisch profileren hebben gezorgd. In zowel Basu als Wa Baile stelt het EHRM met betrekking effectief onderzoek van de staat: "Such an obligation is essential to prevent the protections against racial discrimination from becoming theoretical or illusory, to ensure effective protection against the stigmatization of concerned persons, and to prevent the spreading of xenophobic attitudes."¹²⁴ In Basu is er geen bewijsvermoeden, omdat de nationale autoriteiten onvoldoende hebben gedaan om bewijs te verzamelen omtrent de omstandigheden van de identiteitscontrole waardoor een materiële schending niet vastgesteld kan worden, wat betekent dat de staat wordt beloond voor het niet-effectief uitvoeren van onderzoek en klager wordt het onmogelijk gemaakt om in een soortgelijke situatie met goed gevolg te bepleiten dat een materiële verplichting is geschonden. In Wa Baile is dit juist een indicatie voor een bewijsvermoeden. Daarnaast zien we in Muhammad dat klager bewijsstukken inbracht, waaruit blijkt dat etnisch profileren door de politie in Spanje een veelvoorkomend probleem van structurele aard is. Het EHRM was van mening dat het geen relevant bewijsmateriaal was, omdat het geen informatie over de persoonlijke situatie van klager verstrekt.¹²⁵ Daarentegen is het EHRM in Wa Baile van mening dat dergelijk bewijsmateriaal wel van belang is en kent het gewicht toe aan bewijs van structurele etnische profilering.¹²⁶

In zo'n anderhalf jaar tijd lijkt het EHRM van mening te zijn veranderd, wat relatief snel is in vergelijking met de problematiek rondom etnisch profileren in de afgelopen decennia. Dit komt neer op een situatie waarin geen lijn getrokken kan worden. Ook blijft een zekere mate van terughoudendheid voelbaar. Het EHRM gaat nog niet zo ver dat het positieve verplichtingen voor Zwitserland formuleert om waarborgen tegen etnisch profileren te treffen. Weliswaar wordt Zwitserland wel gewezen op het bestaan van positieve maatregelen om etnisch profileren te voorkomen en welke maatregelen getroffen kunnen worden om dit te realiseren.¹²⁷ Verwezen wordt naar de aanbeveling van de Raad van Europa om de

¹²³ EHRM 20 februari 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (Wa Baile/Zwitserland), r.o. 146-147.

¹²⁴ EHRM 20 februari 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (Wa Baile/Zwitserland), r.o. 91 & EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 (Basu/Duitsland), r.o. 35.

¹²⁵ EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517 (Muhammad/Spanje), r.o. 100.

¹²⁶ EHRM 20 februari 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (Wa Baile/Zwitserland), r.o. 135.

¹²⁷ EHRM 20 februari 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (Wa Baile/Zwitserland), r.o. 127.

standaard van een redelijk vermoeden van schuld te introduceren. Dit heeft als doel het instellen van een adequaat wettelijk en administratief kader, wat discriminerende identiteitscontroles kan voorkomen.¹²⁸

3.3.2 Vergelijking met Nederlandse rechtspraak

In het kader van Nederlandse rechtspraak is de uitspraak van de Kmar het beste vergelijkingsmateriaal. Weliswaar kent de uitspraak van de Kmar een andere rechtsvraag dan Basu, Muhammad en Wa Baile. In de uitspraak van de Kmar stond al vast dat gebruik werd gemaakt van etnische kenmerken om mensen te selecteren bij grenscontroles. Beantwoord moest worden of dit objectief te rechtvaardigen is. In de bovenstaande zaken was de vraag aan de orde of sprake was van identiteitscontroles op basis van etnische gronden. Lingurar, daarentegen, heeft wel een soortgelijke rechtsvraag. Het was namelijk al duidelijk dat etnische kenmerken een rol speelden in de aanhouding van klagers. Het EVRM kent een systeem van open rechtvaardigingsgronden waarbij sprake is van discriminatie als er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor het gemaakte onderscheid. Dit impliceert dat in theorie altijd een objectieve en redelijke rechtvaardiging zou kunnen bestaan voor een onderscheid op grond van ras. Zo simpel is het in de praktijk niet. Het EHRM is ook van oordeel dat indien het onderscheid enkel of voornamelijk (exclusively or to a decisive extent) is gebaseerd op etniciteit geen objectieve rechtvaardiging kan bestaan.¹²⁹ In hoofdstuk 2 is al uitgelegd dat het vanwege the very weighty reasons en the margin of appreciation toch anders ligt. Daarentegen is het EHRM in Lingurar niet geheel duidelijk over de reikwijdte. In het arrest wordt expliciet de betreffende profileringspraktijk aangegeven; hiermee lijkt het EHRM te suggereren dat andere etnische profileringsvormen wel gerechtvaardigd kunnen worden.¹³⁰ Het ziet ernaar uit dat de Nederlandse rechtspraak de grens hiervan opzoekt. In de uitspraak van de Kmar geeft het hof aan: "Het maken van onderscheid op basis van ras of etniciteit zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging is een bijzonder ernstige vorm van discriminatie".¹³¹ Echter lijkt de regering hier haar eigen invulling aan te geven. Zo heeft de regering laten weten dat de uitspraak van de Kmar geen betrekking heeft op andere taken van de Kmar dan het MTV en werkzaamheden van andere overheidsdiensten. Omdat het MTV geen individuele controles omvat zou de uitspraak alleen maar zien op controles op luchthavens en niet op controles op de weg, op het spoor of op het water.¹³² Als we naar de recente uitspraken van het EHRM kijken, dan zou dit niet in de weg hoeven staan van een oneerlijke selectiebeslissing. Ook in openbare ruimtes kan onderscheid tussen mensen worden gemaakt. Ook in dergelijke gevallen zijn handelingskaders nodig om etnische profilering te voorkomen, wat wederom in Wa Baile wordt aangekaart. Naar aanleiding van de Kmar-uitspraak is dit namelijk wel aangepast in het Handelingskader Professioneel Controleren van de politie. In dat handelingskader is opgenomen dat controles alleen op basis van objectieveerbare gronden plaats mogen vinden. Ras, etniciteit, afkomst of uiterlijke kenmerken mogen alleen deel uitmaken van een controle, indien sprake is van een signalement

¹²⁸ EHRM 20 februari 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (Wa Baile/Zwitserland), r.o. 129.

¹²⁹ EHRM 13 december 2005, ECLI:NL:XX: 2005:AV1501 (Timishev/Rusland), r.o. 58.

¹³⁰ Ter verduidelijking zie: EHRM 16 april 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD004847414 (Lingurar/Roemenië), r.o. 76, waarin het EHRM overweegt: "It shows that the decisions to organise the police raid and to use force against the applicants were made considerations based on the applicants' ethnic origin. The authorities automatically connected ethnicity to criminal behaviour, thus their ethnic profiling of the applicants was discriminatory."

¹³¹ Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173, r.o. 8.24.

¹³² *Kamerstukken II 2022-2023*, 30 950, nr. 349.

in het kader van reactief profileren.¹³³ Het is onduidelijk waarom een zichtbare lijn binnen verschillende handelingskaders met meerdere raakvlakken ontbreekt. Het ontbreekt daarbij aan rechtvaardigheid en integriteit.

3.4 Vergelijking Wet screening kennisveiligheid

De regering geeft aan dat gebruik wordt gemaakt van een toetsingskader opgesteld door het College voor de rechten van de Mens (hierna: het College), wat gebruikt kan worden bij het opstellen en hanteren van risicoprofielen.¹³⁴ In het kader van de nationale veiligheid heeft deze wet als doel ongewenste kennis- en technologieoverdracht te voorkomen. Als het toetsingskader van het College wordt gevolgd, dan zou de uitvoerbaarheid van deze wet nog op problemen kunnen stuiten. Nagegaan moet worden of het risicoprofiel geschikt is om het legitieme doel te bereiken. Dat zou in dit geval de veiligheid van de Staat zijn, om kennis- en technologieoverdracht te voorkomen en daarmee mogelijke terroristische aanslagen. Mijns inziens is nog niet duidelijk of het risicoprofiel zoals opgenomen in het wetsvoorstel geschikt is om het doel 'veiligheid van de Staat' te bereiken en dat het daarmee een risicoprofiel is dat aan de vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit voldoet. Ook al stelt de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap dat de voorgenomen wet kan voldoen aan de objectieve rechtvaardigingstoets.¹³⁵ Of er een redelijk evenwicht is tussen de in het geding zijnde belangen, kan nog niet gezegd worden. Enerzijds veiligheid van de Staat en haar inwoners en academische vrijheid en het stimuleren van de nodige internationale samenwerking in de wetenschap (Open Science) en daarmee wetenschappelijke vooruitgang anderzijds.¹³⁶ Binnen dit spanningsveld kijken de partijen verschillend naar de manier en mate van ingrijpen of reguleren en over de toedeling van verantwoordelijkheden met betrekking tot kennisveiligheid. Ook geldt dit voor de afwegingen die moeten worden gemaakt tussen de uiteenlopende belangen en waarden. Het is een keuze die uiteindelijk bij de rechterlijke macht komt te liggen, indien dit ooit zover zou komen. Het voorgenomen wetsvoorstel heeft als doelgroep screening van derdelanders.¹³⁷ Dit betekent naar mijn idee dat een direct onderscheid zou bestaan tussen derdelanders en personen die hier niet onder vallen.¹³⁸ In een uitspraak van de Hoge Raad in 2012 werd bepaald dat de Sanctieregeling Iran 2007 ongeoorloofd direct onderscheid maakten tussen Iraanse en niet-Iraanse onderdanen.¹³⁹ De sanctieregeling is zodanig aangepast dat alle studenten die willen deelnemen aan onderwijs dat in aanmerking komt voor de ontheffing kennisembargo gescreend worden.¹⁴⁰ Waarom deze manier van handelen niet volstaat voor de voorgenomen wet; is mij niet geheel duidelijk.

Uiteindelijk hangt het ervan af of het legitieme doel; in lijn is met de gestelde vereisten: een geschikt, noodzakelijk en proportioneel doel. Wat de uitkomst dan ook zou zijn, van formele gelijkheid zal geen

¹³³ *Kamerstukken II 2023-2024*, 30 950, nr. 361.

¹³⁴ *Kamerstukken II 2022-2023*, 30 950, nr. 349.

¹³⁵ Brief van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 11 juni 2024, p.2.

¹³⁶ UNESCO, Recommendation on Open Science 2021.

¹³⁷ Brief van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 11 juni 2024, p.2.

¹³⁸ Derdelanders zijn personen van buiten de EU/EER/Zwitserland.

¹³⁹ HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8351, r.o. 3.8.2-3.9.

¹⁴⁰ 'Voor welke technische studies heb ik een ontheffing kennisembargo nodig en hoe vraag ik deze aan?', Rijksoverheid.nl.

sprake zijn. Er zullen groepen mensen zijn die benadeeld worden. Uiteindelijk gaat het erom welke belangen een zwaarder gewicht dragen. Het laat ook een weerspiegeling van de maatschappij zien. De huidige Nederlandse generaties hebben minder moeite om bepaalde handelingen en beslissingen rondom problemen als etnische profilering, discriminatie en racisme te erkennen en benoemen. Langzamerhand leidt het tot meer maatschappelijke bewustzijn van de problemen die er zijn bij het uitvoeren van overheidsbeleid. Het is van belang dat de overheid en haar organen verantwoordelijkheid nemen voor de veranderde samenleving en haar handelen toekomstbestendig maken. Het tevreden houden van de gehele samenleving is een mooi streven, maar een ontoereikend doel en een onmogelijke taak. Het uitdrukkelijk benadelen van groepen mensen, daarentegen, zou niet mogen. Wat we regelmatig zien is wanneer iets als 'apart' gezien wordt er een zekere bedreiging voelbaar is. En bedreigingen willen mensen vaak van nature verwijderen, wat vaak opposities teweegbrengt. Wat vreemd is, kan ook omarmd worden. Dit brengt ook binnen de Nederlandse bevolking een tweestrijd teweeg. De tweestrijd is naar mijn mening afhankelijk van veel aspecten, waaronder: achtergrond, huidige problematiek binnen de maatschappij en politieke invloeden. Alles staat in verbinding met elkaar en hangt vaak af van het doorbreken van patronen. Van het slavernijverleden tot segregatie van mensen met verschillende etnische achtergronden en uiteindelijk etnische profilering in beleidsinstructies en werkzaamheden van de overheid.

3.5 Tussenconclusie

Lijnen in de rechtspraak met betrekking tot etnische profilering zijn nog niet concreet aanwezig. Dat zien we terug in bovenstaande paragrafen. In de eerste paragraaf wordt kort teruggeblikt op de voorgenomen Wet screening kennisveiligheid. In de tweede paragraaf wordt belicht op welke manier het EHRM met etnische profilering omgaat, om vervolgens te belichten waar de inconsistenties in de rechtspraak met etnische profilering liggen. Als laatste wordt een vergelijking met de voorgenomen Wet screening kennisveiligheid gemaakt. Rechtspraak en regelgeving met betrekking tot etnische profilering en gelijkheid hangen veelal af van keuzes die rechters durven te maken. Het is problematiek die beïnvloedbaar is door externe factoren als maatschappelijke problematiek. Hierdoor blijft ruimte bestaan om etnische factoren op te nemen in beleidsinstructies en beslissingen rondom beleid.

Eindconclusie

Op basis van de onderzoeksbevindingen en de deelconclusies in de voorgaande hoofdstukken wordt hieronder een algemene conclusie gegeven en wordt antwoord gegeven op de hoofdvraag. De volgende probleemstelling is in dit onderzoek onderzocht: *Is het gebruik van etnische kenmerken als selectie criterium bij het uitvoeren van controles door overheidsorganen verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel?* Hiervoor is literatuur, wetgeving en jurisprudentieonderzoek uitgevoerd. Het begrip etnische profilering is op verschillende vlakken onderzocht, waaronder de reikwijdte en de beweegreden van etnische profilering. Vervolgens is ingezoomd op het gelijkheidsbeginsel vanuit rechtsfilosofisch en juridisch oogpunt. Hierbij zijn wetgeving en jurisprudentie aan bod gekomen. Als laatste is gezocht naar lijnen in de rechtspraak met betrekking tot de behandeling van etnische profilering door overheidshandelen. Ook is hiermee betracht om etnische profilering vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel te begrijpen. Ondanks de uitdagingen van dit leerstuk, zijn er steeds meer onderzoeken en gegevens die duiden op het gebruik van etnische profilering. Naar mijn idee is er nog geen één onderzoek wat duidelijk in kaart brengt wat wel en niet mag omtrent etnische profilering. Wat het lastig maakt zijn de snijvlakken en overlappende problematiek met discriminatie, racisme en het gelijkheidsbeginsel. De aarzelende houding van de rechtsprekende, de uitvoerende en de wetgevende macht helpen hier niet aan mee.

Het gelijkheidsbeginsel wordt weggezet als een bouwsteen voor een democratische rechtstaat, maar de symbolische functie van het beginsel kent een grotere uitwerking in het Nederlandse rechtsbestel. Het gelijkheidsbeginsel zelf is feitelijk gezien voor de rechterlijke macht een beginsel met weinig invloed om de reikwijdte van discriminatie en gelijke behandeling vast te stellen. Daardoor wordt het ook lastig om de rol van etnische profilering te plaatsen binnen deze materie. Naar mijn mening lijkt het erop dat de trias politica een bepaalde mate van angst bezit om een verbod op etnische profilering wettelijk vast te leggen, omdat hiermee in het kader van staatsveiligheid veel deuren dicht gaan. Ook vanuit een rechtsfilosofische benadering is een etnisch kenmerk als selectie criterium evenmin te verklaren. Twee individuen die slechts een etnisch kenmerk als verschil hebben en verder op alle vlakken gelijkenissen vertonen, zouden niet anders behandeld moeten worden. Het is begrijpelijk met het oog op (cyber)terrorisme en internationale spanningen dat de mogelijkheid blijft bestaan om wetgeving met daarin etnische kenmerken als selectie criterium in risicoprofielen te ontwikkelen. Vanuit dat oogpunt bezien is de aarzeling van de Staat niet geheel onbegrepen, maar het blijft een pijnlijk gegeven.

Naar mijn idee impliceert etnische profilering discriminatie. Het wordt zodanig door elkaar gebruikt dat beide begrippen zodanig met elkaar verworven zijn dat het bijna aanvoelt als synoniemen. In deze scriptie is ook al eerder aangegeven dat een etnisch kenmerk als enige grond voor onderscheid gelijkstaat aan discriminatie en een schending van het EVRM betekent. De hamvraag is telkens of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor etnische kenmerken als selectie criterium. Wat betekent dat moet worden getoetst op de legitimiteit en het belang van het nagestreefde doel, de effectiviteit van het selectie criterium en de vraag of het belang opweegt tegen de nadelen van gebruik van etnische kenmerken als selectie criterium. Het is een hele streng toets met in principe een hele kleine kans van slagen. Het feit dat die kleine kans bestaat, betekent dat er mogelijkheden zijn voor etnische profilering.

Dat zien we ook met de voorgenomen wet screening kennisveiligheid. Etnische profilering wordt in dat kader zodanig ingebouwd en zou volgens de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kunnen voldoen aan de objectieve rechtvaardigingstoets. Het betreft een screening waarbij de focus op de nationaliteit ligt. Eerder in de scriptie is al geconstateerd dat nationaliteit een etnisch kenmerk is. Feitelijk gezien komt het erop neer dat een eeneiige tweeling waarvan één van de twee een Europese nationaliteit bezit welkom is en de tweeling met bijvoorbeeld de Afghaanse nationaliteit dat wellicht niet is. Naar mijn mening komt dit sterk overeen met het in de Kmar-uitspraak aangehaalde criterium van het EHRM: indien het onderscheid enkel of voornamelijk (*exclusively or to a decisive extent*) is gebaseerd op etniciteit dan kan geen objectieve rechtvaardiging bestaan.¹⁴¹ De voorgenomen wet screening kennisveiligheid is niet in overeenstemming met de voorwaarden voor gelijke behandeling. De manier waarop de Staat vervolgens uitwerking geeft aan de Kmar uitspraak helpt hier niet aan mee. Volgens het hof betreft de handelingswijze van de Kmar daadwerkelijk discriminatie met als gevolg een verbod tot het opnemen van ras als een selectiebeslissing in MTV-controles. De staat geeft hier vervolgens een eigen 'ongewenste' draai aan, waardoor het verbod minder ruim is dan daadwerkelijk de bedoeling leek te zijn. De Staat heeft er zelf voor gekozen om niet verder te procederen dan het gerechtshof Den Haag, maar daardoor lijkt het juist alsof de Staat ruimte ziet om een eigen invulling aan de uitspraak te geven. Wellicht was die ruimte er niet geweest als was doorgeprocedeerd tot de Hoge Raad. Voor nu weten we niet of de Hoge raad, de CRvB en de ABRvS de uitleg van het gerechtshof zullen volgen.

Wat naar mijn idee nog mist zijn waarborgen in wetgeving waarin ondubbelzinnig staat opgenomen dat geen ruimte bestaat voor het opnemen van etnische kenmerken in selectiebeslissingen en risicoprofielen. Wat we nu vooral zien is dat organisaties als Amnesty International en het College voor de Rechten van de Mens, toetsingskaders opstellen vanuit bestaande jurisprudentie waaraan de overheid beleid kan toetsen, maar dit is juridisch nog te weinig dichtgetimmerd. De huidige stand van zaken omtrent wet- en regelgeving, zorgt nog voor onnodig veel onduidelijkheid. Er zijn te weinig tot geen juridische consequenties bij het uitvoeren van controles naar potentiële normovertreders door overheidsorganisaties. Een mooi uitgangspunt en streven voor overheidsorganisatie is het behandelen en benaderen van burgers vanuit vertrouwen in plaats van etnische kenmerken.

¹⁴¹ EHRM 13 december 2005, ECLI:NL:XX: 2005:AV1501 (Timishev/Rusland), r.o. 58.

Literatuurlijst

Amnesty International 2013

Amnesty International, *Proactief politieoptreden vormt risico voor mensenrechten. Etnisch profileren onderkennen en aanpakken*, Amsterdam 2013.

Amnesty International 2020

Amnesty International, *We Sense Trouble: Automated Discrimination and Mass Surveillance in Predictive Policing in the Netherlands*, september 2020.

Amnesty International 2024

Amnesty International, *Etnisch profileren is overheidsbreed probleem. Nederlandse overheid moet burgers beschermen tegen discriminerende controles*, Amsterdam 2024.

Aristoteles (350 v. Chr.) 2011

Aristoteles, *Politica*, Groningen: Historische Uitgeverij 2011 (*Politica* 350 v. Chr., vertaald door J.M. Bremer en T. Kessels).

Autoriteit Persoonsgegevens 2020

Autoriteit Persoonsgegevens, *Belastingdienst/Toeslagen. De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag* (onderzoeksrapport z2018-22445), 16 juli 2020.

Boutellier 2005

H. Boutellier, *De veiligheidsutopie: Hedendaagse onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Bouwman 2021

A. Bouwman, 'Etnisch profileren bij proactief politieoptreden, mag dat van de strafrechter?', *DD* 2021/8, p. 62-85.

Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten 2012

Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, *Naar een effectiever politieoptreden. Discriminerende etnische profilering begrijpen en voorkomen: een gids*, Luxembourg 2012.

Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten 2021

Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, *Onrechtmatige profilering nu en in de toekomst voorkomen: een gids*, Luxembourg 2021.

Çankaya 2012

S. Çankaya, *De Controle van Marsmannetjes en ander Schorriemorrie*, Den Haag: Boom Lemma 2012.

College voor de Rechten van de Mens 2021

College voor de Rechten van de Mens, *Discriminatie door risicoprofielen. Een mensenrechtelijk toetsingskader*, november 2021.

Dworkin 1977

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press 1977.

Dworkin 1981

R. Dworkin, 'What is Equality?' *Part 1: Equality of Welfare, Philosophy and public Affairs 10 1981*, p. 185-246.

Dworking 1981

R. Dworkin, 'What is Equality?' *Part 2: Equality of Resources, Philosophy of Resources, Philosophy and public Affairs 10 1981*, p. 283-345.

Dworkin 2000

R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge: Harvard University Press 2000.

ECRI 2007

ECRI, algemene beleidsaanbeveling nr. 11, *On combating racism and racial discrimination in policing*, Straatsburg 4 oktober 2007.

ECRI 2020

ECRI, *statement on racist police abuse, including racial profiling, and systemic racism*, 21 december 2020.

Emmer 2018

P.C. Emmer, *Het zwart-wit denken voorbij. Een bijdrage aan de discussie over kolonialisme, slavernij en migratie*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2018.

ENAR 2009

European Network Against Racism (ENAR), *Fact sheet 40. Ethnic profiling*, Oktober 2009.

Feeley & Simon 1992

M. Feeley & J. Simon, 'The new penology: notes on the emerging strategy of corecctions and its implications', *Criminology 1992/30*, p. 449-474.

Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel (Doctoral Thesis Maastricht University) 2002.*

Gerards 2013

J.H. Gerards, 'The discrimination grounds of Article 14 ECHR', *Human Rights Law Review 2013 (1)*, p. 99-124.

Gerards 2017

J.H. Gerards, 'The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination', in: M. Balboni (red.), *European Convention of Human Rights and the principle of non-discrimination* (Editoriale Scientifica, 2017).

Kant (1788) 2006

I. Kant, *Kritiek van de praktische rede*, Amsterdam: Boom 2006 (*Kritik der praktischen Vernunft 1788* vertaald door J. Veenbaas & W. Visser).

Kuppens & Ferwerda 2019

J. Kuppens & H.Ferwerda, *De politieaanpak van etnisch profileren in Amsterdam* . Een onderzoek naar effecten, criteria en meetbare indicatoren (Adviescommissie 'Etnisch Profileren' Amsterdam), 2019.

Landman & Kleijer-Kool 2016

W. Landman & L. Kleijer-Kool, *Boeven vangen. Een onderzoek naar proactief politieoptreden*, Apeldoorn: Politie & Wetenschap 2016.

Van der Leun e.a. 2014

J. van der Leun e.a., *Etnisch profileren in Den Haag? Een verkennend onderzoek naar beslissingen en opvattingen op straat*, Den Haag: Boom Lemma 2014.

Loenen 2009

T. Loenen, *Gelijkheid als juridisch beginsel. Een conceptuele analyse van de norm van gelijke behandeling en non-discriminatie*, Den Haag: Boom Juridisch uitgevers 2009.

Meijer 2023

F. Meijer, *Goede tijden, slechte tijden in de antieke wereld*, Prometheus 2023.

Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2021

A.J. Nieuwenhuis, M. den Heijer & A.W. Hins, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021.

NPO Brandpunt + 2023

‘Deze vrouwen willen terug naar het aanrecht’ *Meiden van traditie*, NPO Brandpunt + 28 december 2023.

Van Meeteren e.a. 2023

M. van Meeteren e.a., *Etnisch profileren door de politie; een systematische literatuurstudie toegespitst op de Nederlandse context*, Nijmegen en Leiden: Onderzoekscentrum Staat & Recht (SteR) 2023.

Open Society Justice Initiative 2013

Open Society Justice Initiative, *International Standards on Ethnic Profiling: Standards and Decisions from the European Systems*, november 2013.

Parlementaire onderzoekscommissie effectiviteit antidiscriminatiewetgeving 2022

Parlementaire onderzoekscommissie effectiviteit antidiscriminatiewetgeving, *Gelijk recht doen. Een parlementair onderzoek naar de mogelijkheden van de wetgever om discriminatie tegen te gaan*, juni 2022.

Rodrigues & Van der Woude 2021

P. Rodrigues & M. van der Woude, ‘Etnisch profileren door de overheid en de zoektocht naar adequate remedies’, *Criminatie & Recht* 2021/5, p. 108- 125.

Smith & Alpert 2002

M.R. Smith & G.P. Alpert, Searching for direction: Courts, social science, and the adjudication of racial profiling claims, *Justice Quarterly* 2002, 19, p. 673-703.

Terlouw 2013

A. Terlouw, ‘Sanctieregeling Iran: De moeizame weg naar het recht bij discriminerende regelgeving’, *A&MR* 2013/3, p. 137-141.

Unesco 2021

Unesco, *UNESCO Recommendation on Open Science*, 2021.

Verhey 2003

L.F.M. Verhey, ‘Het grondwettelijk beperkingsstelsel: handhaving of herbezinning?’, *NJCM-Bulletin* 2003/28, p. 216-232.

Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018

M.J. Vetzo, J. H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

De Vries & Spijkerboer 2022

K. de Vries & T. Spijkerboer, 'Ik zie ik zie wat ik niet zie. Etnisch profileren en structurele rassendiscriminatie in het migratierecht', *NJB* 2022/8, p. 549 – 555.

Wade 2015

P. Wade, *Race: An Introduction*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

Westen 1982

P. Westen, 'The Empty Idea of Equality', *Harvard Law Reviews*, nummer 3, p. 537-596.

Van der Woude & Van der Leun 2013

M. van der Woude & J. van der Leun, 'De Nederlandse veiligheidscultuur als katalysator voor etnisch profileren?', *TCC* 2013, p. 123-136.

Online bronnen

'Asiel en migratie in de EU: feiten en cijfers', europarl.europa.eu.

'De discriminerende fraudecontroles van Duo', platform-investico.nl.

'De kijk op kolonisatie (door de eeuwen heen)', historiek.net.

'Eeuwen van kolonisatie & imperialisme (ca. 1400-1830)', historiek.net.

'Rondetafelgesprek over etnisch profileren', tweedekamer.nl.

'Tijdlijn van aanslagen in het Westen', aivd.nl.

'Voor welke technische studies heb ik een ontheffing kennisembargo nodig en hoe vraag ik deze aan?', Rijksoverheid.nl

Gosepath, 'Equality. The Stanford Encyclopedia of Philosophy', plato.stanford.edu.

Jurisprudentielijst

Gerechtshof

Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173.

Hoge Raad

HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8351.

HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454, r.o. 3.7.

Raad van State

ABRvS 3 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9698 & ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015723.

ABRvS 3 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9698, r.o. 2.11.3.

ABRvS 3 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9698.

Centrale Raad van Beroep

CRvB 12 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3156.

CRvB 13 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:410.

Europese en andere internationale jurisprudentie

EHRM 23 juli 1968, nr. 1474/62 (Belgische Taalzaak).

EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090 (Marckx/België).

EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071 (Engel e.a./Nederland).

EHRM 28 mei 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8914 (Abdulaziz, Cabales en Balkandali/het Verenigd Koninkrijk).

EHRM 28 oktober 1987, ECLI:NL:XX:1987:AD0026 (Inze/Oostenrijk).

EHRM 16 september 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6796 (Gaygusuz/Oostenrijk).

EHRM 21 december 1999, ECLI:NL:XX:1999:AD4200 (Salguiero da Silva Mouta/Portugal)

EHRM 11 juni 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0611JUD003604297 (Willis/Verenigd Koninkrijk).

EHRM 9 januari 2003, 2003/18, m.nt. Van der Velde (L en V/Oostenrijk).

EHRM 23 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1123DEC001525002 (Bekos en Koutropoulos/Griekenland).

EHRM 6 juli 2005, ECLI:NL:XX:2005:AU43053 (Nachova e.a./Bulgarije).

EHRM 13 juli 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0712JUD004113898 (Moldovan e.a./Roemenië).

EHRM 13 december 2005, ECLI:NL:XX:2005:AV1501 (Timishev/Rusland).

EHRM 13 november 2007, ECLI:NL:XX:2007:BC1879 (C.H./Czech Republic).

EHRM 4 maart 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0304JUD004272202 (Stoica/Roemenië).

EHRM 22 december 2009, ECLI:NL:XX:2009:BL1978 (Sejdić en Finci t. Bosnië en Herzegovina).

EHRM 20 mei 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN2899 (Alajos Kiss/Hongarije).

EHRM 10 maart 2011, ECLI:NL:XX:2011:BQ7210 (Kiyutin/Rusland).

EHRM 11 oktober 2011, nr. 53124/09, Genovese/Malta).

EHRM 24 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0724JUD0047115908 (B.S./Spanje).

EHRM 20 december 2012: ECLI:CE:ECHR:2012:0920JUD000038703 (Fedorchenko en Lozenko/Oekraïne).

EHRM 12 februari 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0212JUD002961707 (Vojnity/Hongarije).

EHRM 11 maart 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0311JUD002682708 (Abdu/Bulgarije).

EHRM 20 juni 2019:ECLI:CE:ECHR:0620DEC003343315 (Lingurar e.a./Roemenië).

EHRM 22 juni 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD004016507 (Adzhigitova e.a./Rusland).

EHRM 18 oktober 2022:ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517 (Muhammad/Spanje).

EHRM 18 oktober 2022:ECLI:ECHR:2022:1018JUD000021519 (Basu/Duitsland).

EHRM 20 februari 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (Wa Baile/Zwitserland).

Kamerstukken

Kamerstukken II 2022/23, 36200, nr. 213.

Kamerstukken II 2022-2023, 30 950, nr. 349.

Kamerstukken II 2023/24, 31288, nr. 1077.

Kamerstukken II 2023-2024, 30 950, nr. 361.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst van 30 mei 2022
(*Kamerstukken II 2021/22*, 31066, nr. 1030).

Brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 4 april 2013 (*Kamerstukken II 2012/13*, 19637, nr. 1647).

Brief van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 11 juni 2024.