



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Rassendiscriminatie bij verkeerscontroles met zegen van de Hoge Raad

Spong, G.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Spong, G. (2021). Rassendiscriminatie bij verkeerscontroles met zegen van de Hoge Raad. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 1013-1033). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464189>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464189>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

RASSENDISCRIMINATIE BIJ VERKEERSCONTROLES MET ZEGEN VAN DE HOGE RAAD

Gerard Spong

VOORWOORD

Deze bijdrage lag al bij de redactie in Leiden toen op maandag 25 mei 2020 in Minneapolis een zwarte man, George Floyd, door politieagenten werd gedood. Een van de agenten, Derek Chauvin, drukte zijn linker knie minutenlang in de nek van Floyd, die op de grond lag en meermalen tevergeefs riep ‘I can’t breathe, please!’ Deze afschuwelijke gebeurtenis leidde wereldwijd en ook in Nederland tot vele demonstraties tegen racisme en discriminatie. Na een drukbezochte demonstratie op de Dam las ik in *de Volkskrant*: ‘De dood van Floyd (...) rijt oude wonden open. De pijn over alledaags racisme, onderdrukking en ongelijke behandeling baant zich ook in Nederland een weg naar de oppervlakte.’¹ Als de vele demonstraties in Nederland iets duidelijk hebben gemaakt, dan is het wel dat onze samenleving klaar is met racisme en discriminatie en met discriminatoire praktijken als etnisch profileren. ‘Jeder kämpft auf seine eigene Ebene,’ zei een van mijn cliënten ooit tegen mij. Demonstranten strijden op straat, ik strijd met de pen. En ik strijd temeer omdat je er met demonstreren alleen nog niet bent, zoals ook de Amerikaanse burgerrechtenactiviste Esther Lee terecht opmerkte: ‘People seem to think that because they are out there, they are going to bring change. I think it represents their discomfort with what’s going on in the country. I don’t see them being the results.’²

Het is de hoogste tijd de juridisch-institutionele inbedding van rassendiscriminatie en praktijken als etnisch profileren te analyseren en te ontmantelen. De demonstraties en maatschappelijke discussies naar aanleiding van de dood van George Floyd hebben de sociale urgentie van mijn betoog onderstreept, maar de inhoud en strekking ervan niet

1 M. van Lieshout e.a. ‘Waarom werd Femke Halsema ‘overdonderd’ door duizenden demonstranten op de Dam?’, *de Volkskrant* 2 juni 2020.

2 Esther Lee zei dit op 19 juni 2020 in het NOS-achtuurjournaal. Lee is voorzitter van de afdeling Bethlehem (Pennsylvania) van de *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP). Op 19 juni, ook wel *Juneteenth* genoemd, wordt in de Verenigde Staten van Amerika de bevrijding uit de slavernij gevierd.

veranderd. Daarom heb ik de tekst grotendeels intact gelaten en slechts hier en daar aangevuld met enkele post-Floyd ontwikkelingen.

1 SLAVERNIJ EN DE UITBANNING VAN RASSENDISCRIMINATIE

Wie aan Tineke Cleiren denkt, denkt onmiddellijk aan haar promotieonderwerp ‘Beginselen van een goede procesorde’. In de inleiding van haar dissertatie stipt Tineke aan dat opvattingen van behoorlijkheid nauw samenhangen met de moraal en de sociale, politieke en economische verhoudingen binnen een bepaald tijdsgewricht en in het recht daarom geen absolute stand van geldigheid bereiken, tenzij ze zo abstract worden geformuleerd dat hun inhoud binnen de rechtspolitieke ontwikkelingen in het strafrecht steeds opnieuw kan worden geformuleerd.³ Sedert pakweg de Criminele Ordonnantiën van 1570 tot het strafrecht van de laatste 50 jaar, lijkt de geschiedenis de juistheid van haar cultuurrelativistische standpunt te onderschrijven. Nochtans doen wij soms ons uiterste best in bepaalde controversiële aangelegenheden het te doen voorkomen alsof wij iets uit de vaak mistroostige geschiedenis hebben geleerd. Dat is natuurlijk een opbeurend fenomeen. Want daarmee wordt ons beschavingsniveau verrijkt.

Eén van die geschiedenislessen, die ongeacht de sociale, politieke en economische verhoudingen tot een stevige behoorlijkheidsnorm heeft geleid, is de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie. In het strafrecht maakt deze norm deel uit van de misdrijven tegen de openbare orde,⁴ misdrijven waar – godbetert – ook Tweede Kamerleden voor worden vervolgd én veroordeeld.⁵ In het rechtshulpverkeer en het strafprocesrecht begrenst zij diverse bevoegdheden.⁶ In het verlengde daarvan is deze norm ook van eminent belang voor het uitbannen van etnisch profileren bij controle en opsporing. Sinds de afschaffing van de slavernij in 1863 vinden we uitbanning van rassendiscriminatie terecht. Slavernij heeft in Suriname tot een wreed, mensonterend en discriminatoir strafrecht geleid, dat niet voor herhaling vatbaar is, ook niet in mildere vorm en al helemaal niet in het voorheen discriminerende, racistische moederland. Gewezen zij op de zeer wrede vonnissen van het

3 C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 1.

4 Een van deze misdrijven tegen de openbare orde stelt strafbaar het in de uitoefening van een ambt personen opzettelijk discrimineren wegens hun ras (art. 137g Sr). Ook zonder opzet is dit strafbaar (art. 429quater Sr). Zie voorts art. 90quater Sr.

5 Hof Den Haag 04 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1606: veroordeling Wilders voor opzettelijke belediging van een groep mensen, te weten Marokkanen, wegens hun ras.

6 Zo mag een vordering tot het verstrekken van gegevens geen betrekking hebben op persoonsgegevens over iemands ras (art. 126ng, 126nd en 126nda Sv) en is het vermoeden dat rechtshulp is verzocht om iemand te vervolgen, te straffen of anderszins te treffen in verband met zijn ras een wettelijke weigeringsgrond (art. 5:1:5, vierde lid Sv). Zie ook artikel 5:3:7, eerste lid, onder c Sv, op grond waarvan een verzoek tot overname van strafvervolgning wordt geweigerd indien dat verzoek dient om iemand te treffen in verband met zijn ras.

18^e-eeuwse Hof van Politie en Criminele Justitie tegen (zwarte) slaven. Bij Octrooi van 1682 was de zogeheten ‘criminele rechtspleging’ opgedragen aan dit hof. En hoe crimineel die rechtspleging eruitzag, blijkt uit de vonnissen waarin martelende doodstraffen zoals levende verbranding *uitsluitend* aan zwarten, oftewel slaven ten deel vielen. Slaven werden ook vaak aan een onder hun ribben in hun lichaam geslagen haak opgehangen, waarbij, om de straf te verzwaren, gloeiende tangen in de vlezige delen werden geklemd.⁷ Deze historische gang van zaken acht ik het vermelden waard, omdat etnisch profileren niet zelden bewust of onbewust een eeuwenoud vooroordeel over de criminele gezindheid van de gekleurde medemens verraadt, zowel in de opsporingspraktijk bij de politie, als op het niveau van de rechtsprekende macht. Dat was destijds in ieder geval bij het Hof van Politie en Criminele Justitie, een uitsluitend wit hof, het geval. De ongemakkelijke vraag rijst of dat misschien ook het geval is bij ons huidige hoogste rechtscollege voor het strafrecht.

2 ARREST ‘DYNAMISCHE VERKEERSCONTROLE’ OFTEWEL ‘ETNISCH PROFILERINGSARREST’

In het arrest van 1 november 2016 overweegt de Hoge Raad met betrekking tot een verkeerscontrole die geleid had tot een vrijspraak van het hof Amsterdam, het volgende:

‘3.7. Opmerking verdient het volgende. Art. 160, eerste en vierde lid, WVV 1994 bevatten geen aanwijzingen omtrent de selectie van de bestuurders ten aanzien van wie de in die bepalingen genoemde bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend. Hetgeen hiervoor onder 3.4 is vooropgesteld laat evenwel onverlet de mogelijkheid dat de rechter bevindt dat de politie bij de uitoefening van voornoemde controlebevoegdheden de te controleren persoon of personen heeft geselecteerd op een wijze die onverenigbaar is met het uitgangspunt dat personen niet worden gediscrimineerd wegens onder meer hun ras of hun godsdienst of levensovertuiging. Indien de rechter tot de bevinding komt dat bij die selectie een in dit opzicht niet gerechtvaardigd onderscheid is gemaakt, zal hij moeten bepalen welk rechtsgevolg in de gegeven omstandigheden moet worden verbonden aan de onrechtmatigheid van de uitoefening van de controlebevoegdheid, rekening houdend met factoren als de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

Bij verkeerscontroles als in deze zaak aan de orde kan een dergelijke bevinding in het bijzonder in beeld komen indien de selectie van het voor een verkeerscontrole in aanmerking

⁷ Zie A. de Kom, *Wij slaven van Suriname*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Contact 2003, p. 57.

komend voertuig uitsluitend of in overwegende mate is gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken van de bestuurder of andere inzittenden van dat voertuig. Gelet op de betekenis die blijkens de door het Hof vastgestelde en hiervoor onder 3.1.3 weergegeven gang van zaken – waaromtrent door de verbalisanten de vereiste openheid is verschaft – is toegekend aan omstandigheden, als het (dure) type auto, de wijk waarin de auto reed en de firma die als kentekenhouders van de auto stond geregistreerd, is daarvan in het onderhavige geval niet gebleken.⁸

In dit arrest ging het om de uitoefening van controlebevoegdheden ex art. 160, eerste en vierde lid, WVV 1994 door de bestuurder van een BMW X6 rijdend in Amsterdam-West een stopteken te geven en inzage van rijbewijs en kentekenpapieren te vorderen. In dit stadsdeel vonden nogal wat geweldsincidenten en schietpartijen plaats. Doel was duurdere auto's waar 'zwaardere' jongens in reden te controleren om mogelijk wapens te vinden. De auto in kwestie werd bestuurd door een Hindoestaans/Surinaamse man, terwijl een volgens de politie Oost-Europees type op de bijrijdersstoel zat. In justitiële kringen een fatale combinatie. Nadat zij desgevraagd toestemming hadden gegeven voor het doorzoeken van de auto, werd in de achterbak een tas met wiet aangetroffen.

Volgens de Hoge Raad kan bij verkeerscontroles als deze het bij de voertuigselectie gebruiken van een bevinding omtrent huidskleur of vermoedelijke afkomst leiden tot het oordeel dat een ongerechtvaardigd onderscheid is gemaakt, indien de selectie van het voor de verkeerscontrole in aanmerking komend voertuig *uitsluitend of in overwegende mate* is gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken van de bestuurder of andere inzittenden. Daarvan was in het onderhavige geval echter niet gebleken, aldus de Hoge Raad die de vrijpraak van het hof Amsterdam vernietigde, gelet op de betekenis die werd toegekend aan omstandigheden als het (dure) type auto, de wijk waarin de auto reed en de firma die als kentekenhouders geregistreerd stond (waarvan veel criminelen gebruik maakten), alsook de door de verbalisanten daarover verschaft openheid. Dit arrest heeft de wat verhuullende naam 'Dynamische Verkeerscontrole' meegekregen,⁹ maar zelf spreek ik liever over het

8 HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454, NJ 2017/84 m.nt. Keulen; bevestigd in HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:1872 (§ 2.4.2). In laatstgenoemd arrest aanvaarde de Hoge Raad overigens niet dat louter op basis van kentekens uit een bepaalde groep landen (Midden- en Oost-Europa) werd gecontroleerd, omdat het hof aan eventuele rechtvaardigende omstandigheden voor dit (indirecte) onderscheid naar nationaliteit geen overwegingen had gewijd.

9 De term is afkomstig uit een politiepraktijkboek van R. Bultstra en B. Würth, getiteld *De Dynamische Verkeerscontrole. Het Blauwe Boekje* (2015). Zij noemen dit 'een verkeerscontrole, waarbij de controle dus met name wordt uitgevoerd op personen die verondersteld worden crimineel actief te zijn' oftewel 'controleren vanuit een opsporingsperspectief' (vgl. p. 5, 6, 24). Relevante indicaties zijn o.a. gedrag, zoals afwijkend kijkgedrag, doelloos in een auto zitten of assertief verkeersgedrag (p. 12-13) en gebruik van huur- of lease-auto's (p. 14). De wijze waarop bestuurders worden geselecteerd 'op het moment van beslissen dat een bepaald voertuig wordt onderworpen aan een verkeerscontrole' wijkt dus af van de manier waarop dit gebeurt bij reguliere of aselechte verkeerscontroles (p. 23). Het vorderen van inzage in rijbewijs en kentekenpapieren bij aanvang van de daadwerkelijke verkeerscontrole zien de auteurs als cruciaal (daarna 'kan

‘Etnisch Profileringsarrest’. Zo direct komt de aap uit de mouw waarop die voorkeur is gebaseerd. Het kan zijn, dat geef ik eerlijk toe, dat mijn persoonlijke ervaringen met deze zogeheten ‘dynamische verkeerscontroles’ hierbij onbewust een rol spelen.

3 MET DE MASERATI NAAR ZWEDEN

Zo belandde ik een aantal jaren geleden in mijn Maserati Quattroporte vanuit Denemarken bij de Zweedse grens in Helsingborg. Daar wachtte mij een warme ontvangst. Als enige autobestuurder uit de volgeladen ferry met ± 250 andere auto’s, werd ik eruit gepikt voor een drugscontrole. De Zweden namen geen halve maatregelen. Ze zetten direct een hevig snuffelende en vervaarlijk uitzierende drugshond aan het werk. Mij werd intussen het hemd van het lijf gevraagd. Eén van de vragen luidde: ‘Waar verdient u uw geld mee?’ Toen ik volstrekt waarheidsgetrouw antwoordde: ‘Grotendeels met drugs’, werd ik door de verbijs-terde politiefunctionarissen, die mij vermoedelijk voor een doortrapte drugsmaffioos hielden, op nog snauwender wijze verder ondervraagd. Ze wilden nu ook weten waar ik geboren was. En wederom volkomen waarheidsgetrouw antwoordde ik: ‘Paramaribo, Suriname’, met de verduidelijking ‘Zuid-Amerika’, omdat de ervaring leert dat veel Europeanen geen flauw idee plegen te hebben waar Suriname zich op de aardbol bevindt. Deze geografische precisering van mijn herkomst was niet in mijn voordeel. Gelet op mijn antwoorden zag ik de verdenking tegen mij zienderogen groeien. Gelukkig bracht mijn EU-advocatenpaspoort redding. Met het schaamrood op de kaken gaven ze uiteindelijk toe dat ik door kon rijden. Op treiterende toon vroeg ik nog of ze er niet beter aan deden een tweede drugshond in te schakelen. Op die vraag kreeg ik slechts een minzame blik. Overigens, niet alleen in Zweden is mij deze behandeling ten deel gevallen. Frankrijk en Zwitserland, waar ik van antiterreureenheden in de Thalys en op de snelweg een soortgelijke ‘behandeling’ kreeg, lusten er ook pap van. Ziedaar waar het etnisch profileren in de praktijk toe leidt of kan leiden. Dat het in eigen land voor mijzelf meevalt, is vermoedelijk slechts aan mijn status als BN’er te danken.

zonder problemen worden overgeschakeld naar opsporing’), opdat het de rechter duidelijk is ‘dat de bestuurder niet uitsluitend voor opsporingsdoeleinden een stopteken heeft gekregen, maar mede voor het daadwerkelijk uitvoeren van een verkeerscontrole.’ (p. 28). Er is dan ‘van détournement de pouvoir geen sprake. (...) Hiermee laat je zien dat je de gebruikte controlebevoegdheid ook echt toepast’ (p. 41-42). Politie en rechter voeren hier dus een ‘rechtsstatelijk’ toneelstukje op. Opvallend detail in dit ‘Blauwe Boekje’ is dat met geen woord wordt gerept over huidskleur, ras of etnische kenmerken van bestuurder of inzittenden.

4 ETNISCH PROFILEREN TREFT BURGERS IN HET HART

Vastgesteld moet worden dat het arrest van 1 november 2016 ruimte laat voor etnisch profileren. Omstandigheden zoals type auto, wijk of kentekenhouder kunnen meebrengen dat bij een verkeerscontrole (mede) op etnische gronden geselecteerd mag worden. Ook uit de zinsnede ‘uitsluitend of in overwegende mate’ volgt dat volgens de Hoge Raad de voertuigselectie bij een verkeerscontrole in enige mate mag worden gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken van de bestuurder of andere inzittenden. De controlepraktijk die aldus wordt gesauveerd leidt tot pijnlijke discriminatie die veel gekleurde, eerzame burgers in het hart treft¹⁰ en vooroordelen in de onderbuik van de goegemeente legitimeert. De praktijk heeft veel weg van ‘institutioneel racisme’.¹¹ Overigens wil een vooroordeel tegenover een bepaalde etnische groep of het gebruik van een etnisch kenmerk niet per definitie zeggen dat sprake is van racisme.¹² Racisme is een complex geheel van vooroordeel en discriminatie, gebaseerd op de opvatting dat het ene ras superieur is aan het andere. Etnisch profileren verdeelt de samenleving in twee groepen: potentiële daders en niet-potentiële daders. Overheidsfunctionarissen matigen zich daarbij het recht toe personen op basis van uiterlijke kenmerken aan controles te onderwerpen en aldus een op huidskleur gebaseerd vooroordeel over crimineel gedrag toe te passen.

5 VOERTUIGSELECTIE OP BASIS VAN ETNICITEIT IS RASSENDISCRIMINATIE

De door de Hoge Raad gesauveerde controlepraktijk moet met kracht van de hand worden gewezen. De scheidslijn tussen rassendiscriminatie en voertuigselectie op grond van etniciteit is namelijk zeer dun, zoals ook blijkt uit artikel 1, eerste lid, van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR).¹³ Dat lid bepaalt:

10 Zie over de impact en gevolgen van etnisch profileren ook § 34 van de *General Policy Recommendation No. 11, on Combating Racism and Racial Discrimination in Policing* (29 juni 2007) uitgebracht door ECRI; het rapport van Open Society Justice Initiative & Amnesty International, *Gelijkheid onder druk. De impact van etnisch profileren*, 2013; het rapport van het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten (FRA), *Preventing unlawful profiling today and in the future: a guide*, 2018, p. 39-49 en § 26 van de *General Policy Recommendation No 36, on ‘Preventing and Combating Racial Profiling by Law Enforcement Officials’* die op 24 november 2020 door de Commissie voor de uitbanning van rassendiscriminatie werd aangenomen.

11 Zie over ‘institutioneel racisme’: Ph. Essed, *Alledaags racisme*, Baarn/Den Haag: Ambo/Novib 1988, p. 28-29 en W. Landman & H. Sollie, *Tegengaan van etnisch profileren*, Apeldoorn: Politie & Wetenschap & Amersfoort: Twynstra Gudde 2018, p. 76, die in deze context ook over ‘de institutionele inbedding van etnisch profileren’ spreken.

12 Vgl. Essed 1988, p. 21.

13 Verdrag van 7 maart 1966, Trb. 1966, 237; in Nederland op 9 januari 1972 in werking getreden. De definitie van artikel 1, eerste lid, IVUR is weerspiegeld in art. 90quater Sr.

‘In dit Verdrag wordt onder ‘rassendiscriminatie’ verstaan elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming die ten doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening, op voet van gelijkheid, van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel gebied, of op andere terreinen van het openbare leven, teniet te doen of aan te tasten, dan wel de tenietdoening of aantasting daarvan ten gevolge heeft.’

Artikel 2 van dit verdrag verplicht verdragsstaten, Nederland inclusief, beleid te voeren dat is gericht op het uitbannen van *alle vormen* van rassendiscriminatie. Toestaan dat verkeerscontroles (mede) op basis van etnische kenmerken worden uitgevoerd staat daar haaks op.

Het mensenrecht waarvan het genot of de uitoefening door een verkeerscontrole wordt aangetast, is het recht zich vrijelijk te verplaatsen binnen de grenzen van een staat.¹⁴ De aantasting bestaat eruit dat een persoon onder dreiging van hechtenis of geldboete wordt verplicht zijn of haar voertuig te stoppen en desgevorderd naar een nabijgelegen plaats te rijden.¹⁵ Bij de verkeerscontroles die de Hoge Raad sauveert, wordt (mede) op grond van etnische afstamming onderscheid gemaakt bij de voertuigselectie. Dat onderscheid heeft daardoor de aantasting van het genot of de uitoefening, op voet van gelijkheid, van een mensenrecht ten gevolge. Aldus kunnen deze verkeerscontroles moeiteloos onder de verdragsdefinitie van rassendiscriminatie worden geschaard.

6 GELIJKHEID VOOR DE WET

Dat is niet alleen opmerkelijk en stuitend gelet op de verdragsverplichting *alle vormen* van rassendiscriminatie uit te bannen, maar ook gelet op de omstandigheid dat het recht zich vrijelijk te verplaatsen in artikel 5 IVUR ‘in het bijzonder’ en ‘met name’ wordt genoemd als een van de burgerrechten ter zake waarvan verdragsstaten verplicht zijn gelijkheid voor de wet te verzekeren ‘zonder onderscheid naar ras, huidskleur of nationale of etnische

14 Dit mensenrecht is o.a. vastgelegd in art. 2, eerste lid, van het Vierde Protocol bij het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), art. 12, eerste lid, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en art. 13 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.

15 Art. 160, eerste en vierde lid, en 177, tweede lid, onder a, Wegenverkeerswet 1994. De uitoefening van deze controlebevoegdheid maakt tegelijkertijd opsporingshandelingen mogelijk, zodat daardoor ook de strafrechtelijke pakkans wordt vergroot. Weliswaar is het belang om niet of minder gemakkelijk opgespoord te kunnen worden geen rechtens te respecteren belang, maar het belang om bij inzet van controle- en opsporingsbevoegdheden zonder onderscheid naar etniciteit behandeld te worden is dat wel (art. 1 Grondwet).

afstamming'.¹⁶ De verplichting gelijkheid voor de wet te verzekeren, treffen we verder ook aan in mensenrechtenverdragen als het EVRM en het IVBPR.¹⁷

7 EUROPESE COMMISSIE TEGEN RACISME EN INTOLERANTIE (ECRI)

Verder heeft de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (ECRI) van de Raad van Europa alle lidstaten waaronder Nederland reeds op 29 juni 2007 een aanbeveling gedaan over het tegengaan van rassendiscriminatie in politiewerk,¹⁸ met bijzondere aandacht voor etnisch profileren dat de ECRI als volgt definieert: 'The use by the police, with no objective and reasonable justification, of grounds such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin in control, surveillance or investigation activities.' In de toelichting stelt de ECRI dat ook 'vehicle inspections' onder deze definitie vallen (§ 36); dat etnisch profileren een specifieke vorm van rassendiscriminatie behelst (§ 27); dat het gebruik van kenmerken zoals etnische herkomst een redelijke en objectieve rechtvaardiging ontbeert als daarvoor geen legitiem doel bestaat of als de verhouding tussen het middel en het doel disproportioneel is (§ 28); dat zelfs indien er in abstracto een legitiem doel is, het gebruik van die kenmerken bij controle- of opsporingsactiviteiten nauwelijks te rechtvaardigen valt buiten het geval dat de politie handelt op basis van een signalement of aanknopingspunt met betrekking tot de identificerende kenmerken van een verdachte (§ 29);¹⁹ dat controle- en opsporingsactiviteiten, om etnisch profileren te vermijden, strikt moeten worden gebaseerd op individueel gedrag en/of verzamelde informatie (§ 29); dat de notie van een 'objectieve en redelijke rechtvaardiging' zo beperkt mogelijk dient te worden uitgelegd (§ 30); en dat bij de aan te leggen proportionaliteitstoets specifiek moet worden gekeken naar 1) de effectiviteit, 2) de noodzakelijkheid en 3) het nadeel ('harm'), zowel voor individuele rechten van betrokkenen als, in ruimere zin, wat betreft de institu-

16 Art. 5, aanhef en onder d sub i, IVUR.

17 Art. 1 van Protocol nr. 12 bij het EVRM en art. 26 IVBPR. Het Comité voor de rechten van de mens oordeelde op 27 juli 2009 in de zaak *Williams Lecraft v. Spanje* (Nr. 1493/2006) voor het eerst dat art. 26 IVBPR was geschonden door etnische profilering, in dit geval bij een identiteitscontrole. Betrokkene werd er voor deze controle uit gepikt, aldus het Comité, louter op grond van haar raciale kenmerken, en die kenmerken waren de doorslaggevende factor om haar van onrechtmatig handelen te verdenken (§ 7.4). Volgens het Comité levert niet elke vorm van onderscheid maken discriminatie op, als de daarvoor gehanteerde criteria 'redelijk en objectief' zijn en het onderscheid een legitiem doel dient (§ 7.4).

18 ECRI *General Policy Recommendation No. 11, on Combating Racism and Racial Discrimination in Policing* (29 juni 2007).

19 Als bijvoorbeeld een ooggetuige meldt dat de dader een zwarte persoon was, mag het opsporingsonderzoek zich mede op dat kenmerk richten. En als op een plaats delict of op het lichaam van een slachtoffer celmateriaal van een onbekende persoon wordt aangetroffen, mag DNA-onderzoek daaraan zich richten op het uiterlijk waarneembare persoonskenmerk ras (art. 151d, tweede lid, en 195f, tweede lid, Sv) en mag de uitkomst daarvan een factor in het verdere opsporingsonderzoek zijn.

tionalisering van vooroordelen en legitimering van discriminatoir gedrag onder het algemeen publiek tegenover leden van bepaalde groepen personen (§ 31-34).

Klare taal allemaal, maar daar heeft de Hoge Raad geen boodschap aan. Quasi ferm overweegt hij dat de bevinding dat een selectie heeft plaatsgevonden op een wijze die onverenigbaar is met het *uitgangspunt* dat personen niet worden gediscrimineerd *in beeld kan komen* indien de selectie *uitsluitend of in overwegende mate* is gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken. Deze formuleringen zijn stuk voor stuk zo glad als een aal en vormen hoogstens een doekje voor het bloeden. Daarmee dient de prikkelende vraag zich aan waarom de Hoge Raad rassendiscriminatie voor het goede doel van controle en opsporing op de koop toe neemt.

8 KERNVRAAG: MAG ETNICITEIT SAMEN MET ANDERE CRITERIA EEN ROL SPELEN?

Zoals hoogleraar rechtssociologie Ashley Terlouw terecht opmerkt, is de kernvraag die voorligt of etniciteit *samen met andere criteria* een rol mag spelen bij selectie voor controles.²⁰ Zij vindt de Hoge Raad ‘niet helder over de vraag of en zo ja wanneer een controle wel mede op etniciteit gebaseerd zou mogen zijn’ en noemt zijn overwegingen ‘rijkelijk vaag en moeilijk te hanteren voor mensen die het slachtoffer zijn van etnisch profileren en ook voor wetshandhavers.’²¹ Bij proactieve controles zouden volgens haar discriminerende criteria zoals etniciteit geen enkele rol mogen spelen.²² Ik deel haar mening.

Het heeft, om mee te beginnen, al iets stiekems om deze uitspraak de verhullende benaming ‘Dynamische verkeerscontrole-arrest’ te geven in plaats van het ‘Etnisch profileringsarrest’. Veel dynamiek valt er immers niet te ontdekken in pure discriminatie. Zeker, discrimineren voor het goede doel lijkt dynamisch omdat het kloek optreden van de politie demonstreert. Hooguit valt er echter de dynamiek van een onfrisse opsporingsmethodiek in te ontwaren. Want criminaliteitsbestrijding zal niet met behulp van discriminatie zoals rassendiscriminatie mogen plaatsvinden. Waarom niet? Simpelweg omdat de genoemde verdragen, de Grondwet en vooral ons eigen moreel kompas iedere vorm van discriminatie of racisme verbieden teneinde onze gelijkheid voor de wet, de kwaliteit van ons bestaan

20 A. Terlouw, ‘Gebruik van etniciteit in risicoprofielen Marechaussee is discriminatie’, *NJB* 2020, p. 832-836, op p. 832.

21 A. Terlouw, 2020, p. 833, 834.

22 A. Terlouw, 2020, p. 836.

en de goede verstandhouding tussen mensen te kunnen waarborgen.²³ Huidskleur of etnische afkomst mag onder geen beding, dus ook niet in samenhang met andere factoren, een grond zijn voor ongelijke behandeling bij de toepassing van controle- en opsporingsbevoegdheden.

9 ETNISCH PROFILEREN: EEN HARDNEKKIG VERSCHIJNSEL

Bedacht moet verder worden dat discriminatie in de vorm van etnisch profileren een hardnekkig, moeilijk uitroeibaar verschijnsel is.²⁴ Reeds in de jaren tachtig wees onderzoek volgens Essed uit dat zwarte mensen in het verkeer of in ‘verdachte situaties’ vaker gecontroleerd worden.²⁵ Bovenkerk en Luning hadden deze discriminatoire stand van zaken al in 1979 beschreven in hun artikel ‘Surinamers en grote auto’s: een ‘levensecht experiment’ om rassendiscriminatie op te sporen’.²⁶ Zesendertig jaar later, in 2016, lezen we op de Instagramaccount van Typhoon (Glenn de Ramdamie), een Nederlandse rapper van Surinaamse afkomst:

‘Net staande gehouden door de politie in Zwolle. Niet door een verkeersover-treding maar, omdat mijn nieuwe auto niet matcht met mijn profiel, lees: ver-dacht dat een man met mijn kleur in zo’n auto rijdt. (...) Dit is helaas de zoveelste keer dat dit mij overkomt en dan ben ik nog ‘bekend’ (...) Velen hebben dat voorrecht niet. (...) Het is triest. Ik kies ervoor dit nu te delen omdat dit niet een op zichzelf staand iets is. (...) We zijn er nog lang niet.’

De politie bevestigde dat Ramdamies etniciteit een van de redenen was hem aan de kant van de weg te zetten: ‘Het gaat om een combinatie van een jonge leeftijd en een splinter-nieuwe, luxe auto, maar ook zijn huidskleur speelde een rol.’²⁷ Zwarte burgers zijn kennelijk goed voor een Toyota, Nissan of Ford Escort, maar niet voor het duurdere segment van Maserati, Bentley of Mercedes Maybach. Deze rassendiscriminatoire problematiek, die in

23 Zie preambule IVUR, derde en zevende alinea, alsmede overweging 9 van de 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.

24 Vgl. D. Mijatović (Commissaris voor de Mensenrechten van de Raad van Europa), *Ethnic profiling: a persisting practice in Europe*, 9 mei 2019 en M. Schuilenburg, ‘Veel agenten vinden etnisch profileren volstrekt normaal’, *Nrc.nl* 15 juli 2019.

25 Ph. Essed, 1988, p. 33, onder verwijzing naar M.M.J. Aalberts en E.M. Kamminga, *Politie en allochtonen: verslag van een onderzoek naar de relatie tussen gemeentepolitie en allochtonen in Nederland*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1983, p. 63-64, en naar het hierna vermelde artikel van F. Bovenkerk & M. Luning.

26 F. Bovenkerk & M. Luning, ‘Surinamers en grote auto’s: een ‘levensecht experiment’ om rassendiscriminatie op te sporen’, *Intermediair*, 21 mei 1979, p. 59-63.

27 Nieuwsbericht NOS: ‘Typhoon staande gehouden om combinatie dure auto en huidskleur’, 30 mei 2016.

de Verenigde Staten van Amerika ook wel met ‘*driving while black*’ wordt aangeduid,²⁸ is dus bepaald niet nieuw en blijft maar doortetteren. Het is hoog tijd er op kordate wijze mee af te rekenen.

10 UITSLUITEND OF IN OVERWEGENDE MATE: EEN OPPORTUNISTISCHE TRUCAGE

Zoals gezegd volgt uit de zinsnede ‘uitsluitend of in overwegende mate’ dat de voertuigselectie bij een verkeerscontrole volgens de Hoge Raad in enige mate mag worden gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken van de bestuurder of andere inzittenden. Het meest verraderlijke schuilt daarbij in de onheilspellende drie woorden ‘in overwegende mate’. Want met deze mistige formulering kan heel wat discriminatie onder het niet al te strenge toetsingsstapje van de rechter weggemoffeld worden. Melai zou dit waarschijnlijk een ‘opportunistische trucage’ noemen.²⁹ En er is bij het arrest van 1 november 2016 ook alle reden om van zo’n trucage te spreken. Niet ondenkbaar is immers dat de Hoge Raad het ‘uitsluitend of in overwegende mate’ heeft overgenomen uit de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak Timishev tegen Rusland uit 2005, waarin een Russisch staatsburger van Tsjetsjeense afkomst klaagde over etnisch profileren bij een Russische grenscontrole. Het EHRM overwoog hierin onder meer:

‘In any event, the Court considers that 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.’³⁰

11 RECHTVAARDIGING VOOR GEBRUIK ETNISCH KENMERK ONTBREEKT

Tussen de benadering van het EHRM en die van de Hoge Raad zit echter nogal wat licht. In de eerste plaats stelt de Hoge Raad dat het oordeel dat een niet gerechtvaardigd onderscheid is gemaakt in het bijzonder ‘*in beeld kan komen*’ als de selectie uitsluitend of in overwegende mate is gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken. Dat ‘*in beeld kan komen*’ is een nogal weke, onheilspellende formulering vergeleken met de veel striktere overweging van het EHRM, dat duidelijk stelt dat er in dat geval helemaal geen sprake kan

28 D. Harris, *Driving while black: racial profiling on our nations highways*, American Civil Liberties Union 1999. Zie ook ‘The unique fear of driving while black’, BBC News 12 juli 2016.

29 A.L. Melai, *Polariteit en tegenspraak. Een selectie uit het werk van A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 14.

30 EHRM 13 december 2005, 55762/00 en 55974/00 (*Timishev t. Rusland*), § 58.

zijn van een objectieve rechtvaardiging. De Hoge Raad verbeeldt zich kennelijk iets anders dan het EHRM. In de tweede plaats is volgens de Hoge Raad niet gebleken van een ‘uitsluitend of overwegende mate-situatie’, nu betekenis is toegekend aan enkele andere omstandigheden, waaronder het type auto, de wijk en de kentekenhouder. En daarmee is de kous af. De Hoge Raad gaat daarmee echter aan voorbij dat gebruik van een etnisch kenmerk samen met andere criteria in een geval waarin een ongelijke behandeling niet ‘uitsluitend of in overwegende mate’ op dat etnisch kenmerk is gebaseerd, een objectieve en redelijke rechtvaardiging behoeft, wil er geen sprake zijn van rassendiscriminatie. In de woorden van het EHRM (§ 56): ‘A differential treatment of persons in relevantly similar situations, without an objective and reasonable justification, constitutes discrimination (...). Discrimination on account of one’s actual or perceived ethnicity is a form of racial discrimination (...).’

En deze ‘objectieve en redelijke rechtvaardiging’, die ook in de ECRI-definitie van etnisch profileren voorkomt,³¹ is niet direct gegeven met de loutere toepassing van enkele andere criteria naast het etnisch kenmerk. De toepassing van die andere criteria constitueert immers primair slechts een geval waarin onderscheid op grond van een etnisch kenmerk wellicht van een objectieve en redelijke rechtvaardiging kan worden voorzien. Maar in het arrest van de Hoge Raad ontbreekt niet alleen een dergelijke rechtvaardiging – wat kwalijk is nu het hier niet om zomaar een ‘uitgangspunt’ gaat, maar om het grondwettelijke discriminatieverbod – de in dat arrest aangevoerde omstandigheden zouden ook nooit en te nimmer een objectieve en redelijke rechtvaardiging kunnen vormen voor het bij een verkeerscontrole onderscheid maken op grond van een etnisch kenmerk. Die omstandigheden vormen eerder een pregnante uitdrukking van witte vooroordelen over gekleurde mensen en bepaalde stadswijken. Een zwarte man in een dure auto is verdacht en een dure auto in een stadswijk als Amsterdam-West moet wel een wederrechtelijk verkregen voordeeltje zijn.

12 EEN PAS DE DEUX ROND CONTROLEBEVOEGDHEDEN

Vooropgesteld moet immers worden dat het uitoefenen van controlebevoegdheden als bedoeld in artikel 160, eerste en vierde lid, WVV 1994 verband dient te houden met de

31 En in Amnesty Internationals definitie van etnisch profileren: ‘Gebruik van criteria of overwegingen over etniciteit of afkomst bij opsporing en rechtshandhaving terwijl daarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat’. Zie Amnesty International, *Proactief politieoptreden vormt risico voor mensenrechten. Etnisch profileren onderkennen en aanpakken*, 2013, p. 3. De definitie die de politie zelf hanteert sluit daarbij aan: ‘Gebruik van criteria als huidskleur, nationaliteit, etniciteit, taal of geloof bij opsporing of handhaving terwijl dat niet objectief te rechtvaardigen is’ (zie thema ‘Proactief controleren (etnisch profileren)’ op www.politie.nl).

naleving van de bij of krachtens de WVV 1994 gegeven voorschriften. Dit merkt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4 terecht op, maar vervolgens stapt hij vliegensvlug en ten onrechte heen over het – voor de vraag of sprake is van etnisch profileren – cruciale moment waarop wordt beslist dat een bepaald voertuig aan een verkeerscontrole wordt onderworpen, om in een *pas de deux* met de politie meteen een ‘rechtsstatelijk’ toneelstukje op te voeren door te overwegen dat indien daadwerkelijk inzage is gevorderd in rijbewijs of kentekenpapieren, aangenomen mag worden dat de bevoegdheden zijn uitgeoefend ter controle van de naleving van de bij of krachtens de WVV 1994 vastgestelde voorschriften. Deze opportunistische trucage versluiert dat de door de politie op het cruciale moment gehanteerde criteria voor de selectie van voertuigen, voor een verkeerscontrole geen enkele rechtvaardiging kunnen bieden.

Immers, zoals de hoogleraren Peter Rodrigues en Maartje van der Woude terecht opmerken, zou het bezien vanuit de doelstellingen van artikel 160, eerste lid, WVV 1994 meer voor de hand liggen om voertuigen ‘te selecteren op basis van de rijstijl van de bestuurder, het niet dragen van een gordel of andere bezigheden in de auto die zouden kunnen bijdragen aan onveilig rijgedrag.’³² Daar kunnen nog mankementen als een kapot achterlicht aan worden toegevoegd. ‘Etniciteit past in deze niet-limitatieve opsomming van voor de hand liggende selectiefactoren,’ aldus Rodrigues en Van der Woude, ‘in ieder geval niet thuis.’ En inderdaad, iemands huidskleur of etniciteit ontbeert elke relatie tot verkeersgedrag of verkeersveiligheid. Chinezen rijden niet wezenlijk anders dan Afrikanen. Het gebruik van dat kenmerk voor een selectie bij een verkeercontrole kan dan ook op geen enkele wijze, laat staan op een objectieve en redelijke wijze, worden gerechtvaardigd, ook niet in samenhang met andere factoren zoals de wijk of het dure type auto. Die laatste twee omstandigheden ontberen immers evenzeer een relatie tot verkeersgedrag of verkeersveiligheid.³³ Omdat selectie op grond van een etnisch kenmerk daarvoor dus nooit effectief of noodzakelijk kan zijn, ook niet in samenhang met andere criteria, terwijl er wel ingrijpende persoonlijke en maatschappelijke nadelen aan kleven, ontkom ik niet aan de harde conclusie dat de Hoge Raad met zijn arrest rassendiscriminatie bij verkeerscontroles heeft gezegd.

32 P. Rodrigues & M. van der Woude, ‘Proactieve politiecontrole en onderscheid naar etniciteit of nationaliteit’, *NJB*, 2016, p. 2301. In R. Bultstra en B. Würth 2015, p. 13 wordt opgemerkt dat er een significante samenhang bestaat tussen het verkeersgedrag van een persoon en zijn criminele levensloop. Hierbij worden als voorbeelden van ‘uiterst assertief verkeersgedrag’ genoemd: veelvuldig te hard rijden, door rood rijden, zowel links als rechts inhalen, over de trambaan rijden en asociaal parkeren.

33 Een relatie tussen type auto en verkeersveiligheid zou eventueel kunnen bestaan bij een oude auto (een ‘oud wrak’), maar om dat soort auto’s gaat het in dit geval nu juist niet!

13 ETNISCH PROFILEREN IN NEDERLAND

Amnesty International heeft naar etnisch profileren veel onderzoek gedaan. Toen deze mensenrechtenorganisatie er in 2013 een rapport over uitbracht, waren er in Nederland geen kwantitatieve gegevens beschikbaar over welke personen tijdens proactieve politiecontroles gecontroleerd worden, uitgesplitst naar huidskleur, leeftijd en geslacht.³⁴ Maar er waren volgens Amnesty wel sterke aanwijzingen voor het vermoeden dat etnische minderheden zonder objectieve reden vaker aan politiecontroles worden onderworpen dan witte Nederlanders.³⁵ Hoewel kwantitatieve data nog steeds schaars zijn, lijkt recent onderzoek in dezelfde richting te wijzen.³⁶ Bij de politie worden verder jaarlijks tientallen klachten over etnisch profileren ingediend (in 2017: 46, in 2018: 43).³⁷ Deze stand van zaken schaadt de legitimiteit van de criminaliteitsbestrijding in ons land.

34 Amnesty International afdeling Nederland, *Proactief politietoedredden vormt risico voor mensenrechten. Etnisch profileren onderkennen en aanpakken*, 2013, p. 45.

35 Idem, p. 19. Vgl. ook p. 45, 53, 62, 72. In een reactie op dit rapport ging ook de Minister van Veiligheid en Justitie ervan uit dat etnisch profileren bij de politie voorkomt, zie *Kamerstukken II*, 2013-2014, 29 268, nr. 423, p. 1.

36 Uit de zelfs door de Minister van Veiligheid en Justitie (*Kamerstukken II* 2016-2017, 30 950, nr. 105, p. 4) aangehaalde scriptie van student Hogere Politiekunde M. Lamers, *Ethnic profiling. Nationale Politie Eenheid Oost Brabant*, 2015, blijkt dat een ruime meerderheid van de geïnterviewde politiemensen de etnische achtergrond van personen een rol laat spelen bij overwegingen om een controle uit te voeren (p. 5). Uit W. Landman & L. Kleijer-Kool, *Boeven vangen. Een onderzoek naar proactief politietoedredden*, Apeldoorn: Politie & Wetenschap & Amersfoort: Twynstra Gudde 2016, p. 203-204, blijkt dat in 56% van de onderzochte gevallen waarin politieagenten een proactieve controle verrichtten, een of meer burgers met een niet-Nederlands uiterlijk waren betrokken (N=57), terwijl het percentage niet-westerse inwoners ter plekke ongeveer 23% was. Volgens deze onderzoekers kon ongeveer 40% van die controles niet objectief en redelijk gerechtvaardigd worden. W. Landman & H. Sollie achten de conclusie gerechtvaardigd dat etnisch profileren in Nederland voorkomt, al kunnen er nauwelijks uitspraken kunnen worden gedaan over de mate waarin etnisch profileren voorkomt; W. Landman & H. Sollie, 2018, p. 10. Uit Sociaal en Cultureel Planbureau, *Ervaren discriminatie in Nederland II*, 2020, p. 147-148 blijkt dat mensen met een Turkse, Marokkaanse, Surinaamse of Antilliaanse achtergrond veel vaker vinden dat de politie hen meer in de gaten houdt. In 2017 achtte de Nationale Ombudsman een klacht over het Mobiele Toezicht Veiligheid (MTV) van de Koninklijke Marechaussee (KMar) op The Hague Rotterdam Airport gegrond wegens het onvoldoende waarborgen van het verbod van discriminatie; zie Nationale Ombudsman, *Uit de rij gehaald*, rapportnummer 2017/044. Over etnisch profileren bij MTV-controles is de Staat der Nederlanden in februari 2020 ook gedagvaard (www.amnesty.nl/rechtszaak-tegen-marechaussee). In 2019 begon de Nationale Ombudsman een onderzoek naar klachten over etnisch profileren, welk onderzoek in 2020 is voortgezet (www.nationaleombudsman.nl).

37 Zie nieuwsbericht '43 klachten over etnisch profileren in 2018' op www.politie.nl.

14 EFFECTIVITEIT ETNISCH PROFILEREN TWIJFELACHTIG

Wat die criminaliteitsbestrijding betreft is het verder, mede gelet op de effectiviteitstoets die ECRI aanlegt,³⁸ dienstig te onderzoeken welke criminaliteit de afgelopen jaren dankzij het arrest van 2016 is opgespoord. Zijn dat een paar witwassertjes en kleine drugshandelaartjes? Of zijn er ook 'grote vissen' gevangen? Marengo-leden, Holleeder-discipelen of dat soort in de georganiseerde misdaad omhooggevallen *godfathers* die zich schuilplaatsen in Dubai en Medellín kunnen permitteren en hier dus al lang niet meer rondrijden in opvallende bolides? Onderzoek naar de effectiviteit van etnisch profileren in Nederland is schaars. Uit een in opdracht van het Amsterdamse politiekorps door cultureel antropoloog Sinan Cankaya verricht onderzoek naar selectiemechanismes bij de Amsterdamse politie blijkt dat politieagenten bij de keuze welke voertuigen te stoppen zich overwegend baseren op een combinatie van type voertuig, locatie en persoonskenmerken van de bestuurder zoals huidskleur en etnische afkomst. Cankayas onderzoek wijst erop dat dit niet bijdraagt aan de effectiviteit van het politiewerk uit het oogpunt van criminaliteitsbestrijding.³⁹ In internationaal onderzoek wordt verder getwijfeld aan de effectiviteit van etnisch profileren. Zo stelt het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, dat wetenschappelijk onderbouwd advies geeft over grondrechten: 'There are (...) doubts about the effectiveness of using profiling (...). It is unclear whether profiling actually increases the success rate (or 'hit rate') of law enforcement operations.'⁴⁰ Elders wordt erop gewezen dat etnisch profileren ineffectief en contraproductief kan zijn omdat de daardoor geraakte personen minder vertrouwen in de politie zullen hebben en minder geneigd zullen zijn met de politie samen te werken.⁴¹ Uit oogpunt van effectiviteit is er dus geen enkele grond om met de Hoge Raad rassenonderscheid bij controle en opsporing toe te staan. De rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot deze schrijnende etnische profileringskwesitie verdient bijgezet te worden in het museum van verboden vruchten. Deze profilering heeft wel wat weg van het coronavirus dat meedogenloos toeslaat terwijl ik dit schrijf. De meerderheid van de Nederlanders ziet het niet of nauwelijks, maar het is er wel en het eist slachtoffers. Jazeker, slachtoffers die bij de Hoge Raad op kille onbarmhartigheid stuiten.

38 ECRI *General Policy Recommendation No. 11, on Combating Racism and Racial Discrimination in Policing* (29 juni 2007), § 32.

39 Zie Amnesty International afdeling Nederland, a.w., p. 62, met verwijzing naar S. Cankaya, *De controle van marsmannetjes en ander schorriemorrie: het beslissingsproces tijdens proactief politiewerk*, Den Haag: Boom Lemma 2012.

40 Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten (FRA), *Preventing unlawful profiling today and in the future: a guide*, 2018, p. 49.

41 Zie § 26 van de *General Policy Recommendation No 36, on 'Preventing and Combating Racial Profiling by Law Enforcement Officials'* die op 24 november 2020 door de Commissie voor de uitbanning van rassendiscriminatie werd aangenomen; zie over vertrouwen ook het FRA-rapport 2018, p. 11, 38-42.

15 EEN ANDERE, HOOPVOLLERE RICHTING: NATIONAAL

Er zijn ook tal van betrekkelijk recente ontwikkelingen te noemen die in een andere, hoopvollere richting wijzen dan de rechtspraak van de Hoge Raad en die pleiten voor een aanscherping daarvan. Zo heeft de Minister van Justitie en Veiligheid zich de afgelopen jaren expliciet uitgesproken tegen proactief politietoetreden zonder objectieve rechtvaardiging:

‘Bij de uitvoering van deze controles mag de politie geen onderscheid maken tussen burgers zonder objectieve rechtvaardiging. Dit laatste, en daarmee het tegengaan van etnisch profileren – ook als dat slechts incidenteel of onbewust gebeurt – is van groot belang voor de legitimiteit van het optreden van de politie, het maatschappelijk vertrouwen van eenieder in de politie en effectief politietoetreden.’⁴²

Tegen deze achtergrond stimuleert de minister nieuw beleid van de politie zoals het meerjarige beleidsprogramma ‘De Kracht van het Verschil’, dat heeft geleid tot een nieuw ‘Handelingskader proactief controleren’,⁴³ aandacht voor opleiding en training en onderzoek naar meer informatiegestuurd optreden door middel van apps. De minister stelt dat het om een ‘complex maatschappelijk vraagstuk’ gaat, dat vraagt om ‘bewustwording en gedragsverandering’. Dat gaat niet van de ene op de andere dag, ‘maar vergt sturing, tijd en aandacht.’⁴⁴ Hierbij haalt de minister onderzoekers Landman & Sollie aan, die pleiten voor het combineren van verschillende interventies in een breed, samenhangend programma. Zij vinden dat de aandacht niet alleen dient uit te gaan naar het gedrag van individuele agenten, maar ook naar ‘actoren en systemen’, waaronder beleid en regelgeving, ‘die het gedrag van politiemensen kunnen beïnvloeden.’⁴⁵ Rechtspraak van de Hoge Raad kan zonder enige twijfel tot deze ‘actoren en systemen’ worden gerekend: het ‘Blauwe Boekje’ waarop de politiecontrole van het arrest van 1 november 2016 was gebaseerd, bevat

42 *Kamerstukken II 2019-2020*, 30 950, nr. 183, p. 2. Zie ook *Kamerstukken II 2016-2017*, 30 950, nr. 105, p. 1. Eerder, in 2013, nam Minister van Justitie Opstelten al duidelijk stelling: ‘Zoals ik in het wetgevingsoverleg heb aangegeven wijs ik, evenals de politie, etnisch profileren nadrukkelijk af. Etnisch profileren is een vorm van discriminatie van burgers die in strijd is met artikel 1 van de Grondwet. Tegelijk is duidelijk dat etnisch profileren bij politiecontroles wel voorkomt. Voor betrokkenen is (het ervaren van) etnisch profileren uiterst pijnlijk. Het tegengaan van etnisch profileren is van essentieel belang voor de effectiviteit en legitimiteit van en ieders vertrouwen in de politie.’ Zie *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 628, 423, p. 1.

43 Zie www.politie.nl. In dat handelingskader wordt nadrukkelijk gewezen op art. 1 van de Grondwet en de noodzaak van objectieve rechtvaardiging en objectieveerbare gronden ‘zoals een waarneming van afwijkend gedrag, soms in relatie tot andere feiten of omstandigheden met betrekking tot die individuele burger’.

44 *Kamerstukken II 2019-2020*, 30 950, nr. 183, p. 4.

45 *Kamerstukken II 2019-2020*, 30 950, nr. 183, p. 4; vgl. W. Landman & H. Sollie 2018, p. 87-88. Zij spreken hierbij over ‘de institutionele inbedding van dit gedrag’.

maar liefst zeven verwijzingen naar de Hoge Raad, als een soort Neerlands hoop in gekleurde, multiculturele dagen.

Op nationaal niveau wijs ik verder op de ophef die in mei 2020 ontstond over de Belastingdienst. Jarenlang werd het bezit van een tweede nationaliteit zonder noodzaak gebruikt als een van de selectiecriteria voor controles, waardoor personen met een tweede nationaliteit een grotere kans liepen te worden gecontroleerd dan personen met alleen de Nederlandse nationaliteit. Dit speelde onder meer bij aanvragen voor kinderopvangtoeslag. Verhullend heet dat in fiscale termen ‘het gebruik van nationaliteit in risicomodellen’. Ook deed de Belastingdienst onderzoek naar alle aanvragers met een bepaalde nationaliteit, zoals de Ghanese en zijn er aanwijzingen dat het criterium nationaliteit is gebruikt als middel om onderzoek te doen naar personen met een bepaalde etnische afkomst.⁴⁶ De Staatssecretarissen van financiën hebben resoluut afstand genomen van deze verwerpelijke praktijk, waarvan zij zelfs aangifte tegen de Belastingdienst hebben gedaan.⁴⁷ In juli 2020 constateerde de Autoriteit Persoonsgegevens in een vernietigend rapport dat de Belastingdienst op discriminerende wijze persoonsgegevens heeft verwerkt.⁴⁸

Naar aanleiding van de dood van George Floyd erkende premier Mark Rutte begin juni 2020 dat er ook in Nederland ‘systemische problemen’ zijn wat betreft discriminatie.⁴⁹

46 Zie het memorandum van Biemond, opgenomen als bijlage 936053 bij de brief van de Staatssecretarissen van Financiën d.d. 19 mei 2020, *Kamerstukken II 2019-2020*, 31 066, nr. 653, op p. 29-30.

47 Brief van 11 mei 2020, *Kamerstukken II 2019-2020*, 31 066, nr. 637, p. 1: ‘Etnisch profileren keuren wij ten strengste af. Op 19 mei 2020 deden de staatssecretarissen aangifte tegen de Belastingdienst wegens onder meer discriminatie in de zin van art. 137g Sr. Deze aangifte is opgenomen als bijlage 936054 bij de brief d.d. 19 mei 2020, *Kamerstukken II 2019-2020*, 31 066, nr. 653.

48 Autoriteit Persoonsgegevens (AP), *Belastingdienst/Toeslagen. De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, 2020. Daarin werden twee wijzen van verwerking van de nationaliteit van aanvragers niet alleen onrechtmatig (p. 58) maar ook discriminerend (p. 59) geoordeeld en vanwege het laatste in strijd met het – in art. 5, eerste lid, onder a, van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) neergelegde – vereiste van behoorlijke verwerking van persoonsgegevens. Behoorlijke verwerking betekent, aldus de AP, ‘in ieder geval dat verwerkingen niet in strijd mogen zijn met fundamentele rechtsbeginselen, zoals het discriminatieverbod’ (p. 59). De AP constateerde evenwel geen *rasse*discriminatie (p. 48), want ‘nationaliteit op zichzelf kwalificeert niet als een gegeven waaruit ras of etnische afkomst blijkt’ (p. 36). Weliswaar kan nationaliteit in de context van een bepaalde bewerking indirect blijken geven van ras of etnische afkomst, maar de AP heeft dit indirect verband niet geconstateerd (p. 36-38). De afdeling Toeslagen, aldus de AP, ‘kan, in termen van de AVG, niet etnisch hebben geprofileerd omdat Toeslagen simpelweg niet beschikte over de daarvoor vereiste gegevens over ras of etnische afkomst. In het spraakgebruik en het maatschappelijk debat wordt “etnisch profileren” echter vaak gebruikt als aanduiding voor discriminatie’ (Bijlage 1, p. 2/3). En de AP constateerde bij de Belastingdienst wel twee wijzen van discriminerende verwerkingen van nationaliteit (p. 59, Bijlage 1, p. 3/3).

49 Persconferentie 3 juni 2020. Rutte: ‘Iedereen in Nederland die die beelden heeft gezien, of je nou blank of zwart bent, of je moslim of christen of ongelovig bent. Waar je ook vandaan komt, of je hier geboren bent of niet, iedereen die die beelden heeft gezien van George Floyd, maar ook ziet welke systemische problemen er zijn in de Amerikaanse samenleving, herkent gelukkig niet de dood van George Floyd hier, maar wel de systemische problemen die ook in onze samenleving zitten. [...] Het systemische probleem wat in heel veel landen zit, ook in Nederland, waarin mensen niet altijd worden beoordeeld op hun bijdrage, maar worden

Een maand later vond in de Tweede Kamer een debat over institutioneel racisme in Nederland plaats. Na afloop daarvan werden diverse moties aangenomen, o.a. tot het instellen van een Staatscommissie Discriminatie en Racisme en een Nationaal Coördinator Discriminatie en Racisme.⁵⁰ Ook werd een motie aangenomen waarin de Tweede Kamer uitsprak dat mensen door de overheid of private organisaties nooit op basis van hun afkomst mogen worden benadeeld en dat *alle vormen van directe en indirecte etnische profilering* ongewenst zijn.⁵¹ Deze met het rechtsgevoel overeenstemmende uitspraak vormt een belangrijk signaal. De Hoge Raad zou daarin, indachtig het Water en Melk-arrest uit 1916, een aanleiding kunnen zien om de leer van de dynamische verkeerscontrole, die tegen dit rechtsgevoel indruist, te verlaten.⁵²

16 EEN ANDERE, HOOPVOLLERE RICHTING: INTERNATIONAAL

In het verlengde van de aanpak van de Minister van Justitie en Veiligheid, kan in internationaal verband worden gewezen op de door de Commissie voor de uitbanning van rassendiscriminatie in november 2020 aangenomen algemene aanbeveling over etnisch profileren. De commissie beveelt hierin aan:

‘States should develop and effectively implement laws and policies that define and prohibit racial profiling by law enforcement officials. Such measures should be accompanied by clear guidance to law enforcement agencies, ensuring that internal policies, including standard operating procedures and codes of conduct, are in line with human rights standards and principles. States should also be aware of laws and regulations that potentially enable or facilitate racial profiling. They should conduct studies to identify such laws and amend or repeal them accordingly.’⁵³

In een resolutie van 19 juni 2020 over de antiracismedemonstraties na de dood van George Floyd schenkt ook het Europees Parlement klare wijn: het parlement ‘veroordeelt raciale

beoordeeld op groep, geslacht, geloof, seksuele geaardheid of wat dan ook.’ Zie: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten>.

50 *Kamerstukken II* 2019-2020, 30 950, nr. 186 en *Kamerstukken II* 2019-2020, 30 950, nr. 203. Beide moties werden met 124 stemmen voor en 26 tegen aangenomen.

51 Cursivering GS. Zie *Kamerstukken II* 2019-2020, 30 950, nr. 206. Deze motie werd met 92 stemmen voor en 58 tegen aangenomen.

52 HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681. In dit arrest aanvaardde de Hoge Raad met een beroep op ‘het rechtsgevoel’ de buitenwettelijke strafuitsluitingsgrond ‘afwezigheid van alle schuld’.

53 Zie § 38 van de *General Policy Recommendation No 36, on ‘Preventing and Combating Racial Profiling by Law Enforcement Officials’* die op 24 november 2020 door de Commissie voor de uitbanning van rassendiscriminatie werd aangenomen.

en etnische profilering door de politie of wetshandhavingsautoriteiten en vindt dat de politie en wetshandhavingsautoriteiten op het gebied van antiracisme en non-discriminatie absoluut het goede voorbeeld moeten geven.’ En het ‘verzoekt (...) lidstaten om beleid en maatregelen te ontwikkelen om discriminatie aan te pakken en alle vormen van raciale of etnische profilering in het kader van rechtshandhaving (...) een halt toe te roepen’.⁵⁴

17 EEN ANDERE, HOOPVOLLERE RICHTING: LOKAAL

In Nederland is er ook op lokaal politiek niveau stevig verzet. Zo woedde in februari 2020 in de Amsterdamse gemeenteraad een verhit debat over etnisch profileren.⁵⁵ De PvdA pleitte ervoor de Rotterdamse ‘patseraanpak’ in te voeren, die zich richt op dure merkkleding. Burgemeester Halsema voelde daar niets voor. Onder haar leiding heeft de Amsterdamse politie een plan van aanpak opgesteld om etnisch profileren tegen te gaan. Zo zijn er 140 ‘ambassadeurs’ aangesteld die etnisch profileren in de eigen teams bespreken. Ook zijn er gesprekken met jongeren gevoerd en is er een *virtual reality*-simulatie ontwikkeld, waarbij agenten onder tijdsdruk keuzes moeten maken bij wie en hoe proactieve controles worden uitgevoerd. Post-Floyd, in juni 2020, besloot de Amsterdamse burgemeester verder om voorlopig af te zien van preventief fouilleren, een methode waar vaak etnisch profileren en discriminatie achter schuilgaan. ‘We willen nu eerst gesprekken hervatten tussen politie, gemeente en inwoners over etnisch profileren,’ aldus Halsema.⁵⁶ Eind augustus 2020 kondigde de burgemeester wel aan een proef met preventief fouilleren te willen doen.⁵⁷

18 WAARSCHUWING TEGEN OF SLUIPRROUTE VOOR DISCRIMINATIE?

Deze achtergronden illustreren dat nationaal en internationaal van alles wordt ondernomen om het euvel van etnisch profileren tegen te gaan. De rechtspraak van de Hoge Raad, waarin nogal slapjes de deur op een kier, zeg maar gerust wagenwijd open, wordt gezet voor rassendiscriminatie bij politiecontroles staat hiermee in schril contrast. Ashley Terlouw

54 Resolutie van het Europees Parlement van 19 juni 2020 over de antiracismedemonstraties na de dood van George Floyd (2020/2685(RSP)), §27.

55 ‘Etnisch profileren blijft heikel punt Amsterdam’, *De Telegraaf* 27 februari 2020.

56 ‘Preventief fouilleren van de baan: ‘Het kan gewoon niet’, *Het Parool* 12 juni 2020. Halsema maakte hiermee wel een draai van 180 graden, want in mei 2020 was zij vanwege het geweld in Zuidoost nog voorstander van preventief fouilleren. Dat standpunt was in strijd met het Amsterdamse coalitieakkoord tussen Groenlinks, D66, PvdA en de SP, waarin deze partijen vroom en ferm opmerken: ‘Het gif van racisme en discriminatie sijpelt langzaam onze samenleving in en bedreigt onze verbonden stad.’ En dus: ‘In Amsterdam wordt niet etnisch geprofileerd’; ‘preventief fouilleren wordt niet ingezet.’ Zie: *Een nieuwe lente en een nieuw geluid*, mei 2018, p. 24 en 28.

57 ‘Halsema: toch proef met preventief fouilleren’, *Het Parool* 27 augustus 2020.

acht het nog wel mogelijk dat de Hoge Raad met zijn ‘uitsluitend of in overwegende mate-overweging’ een waarschuwing tegen discriminatie heeft willen geven, al zou het volgens haar ‘helderder zijn geweest en meer in overeenstemming met de behoedzaamheid die is vereist als rassendiscriminatie op de loer ligt als de Hoge Raad klip en klaar had overwogen dat zodra etniciteit een rol speelt er sprake is van discriminatie.’⁵⁸ Ik lees de ‘uitsluitend of in overwegende mate-overweging’ anders: zij is geen waarschuwing tegen discriminatie, maar juist een sluiproute om te kunnen discrimineren. Want je hoeft geen helderziende of sterrenwichelaar te zijn om te kunnen voorspellen dat politiefunctionarissen, leden van het OM en (sommige) rechters deze clausule dankbaar zullen aangrijpen om de rassendiscriminatoire smet op politiecontroles weg te poetsen of toe te dekken.

19 BALSEM VOOR DE ZIEL

Gelukkig is de Internationale Dag voor de Uitbanning van Rassendiscriminatie die elk jaar op 21 maart wordt georganiseerd een opsteker. Op 21 maart 1960 opende de politie in Sharpeville (Zuid-Afrika) het vuur op vreedzame demonstranten tegen apartheidswetten. Negenenzestig mensen vonden daarbij de dood. In een officiële verklaring op 21 maart 2020 schreef David Zalkaliani, de toenmalige voorzitter van het Comité van Ministers van de Raad van Europa: ‘Racism, discrimination and intolerance lead to the division of society, the exclusion of the most vulnerable and the spread of hatred.’ Woorden als balsem voor de ziel van eenieder die ten gevolge van de rechtspraak van de Hoge Raad is gediscrimineerd.

20 THEY WILL NOT BE JUDGED BY THE COLOUR OF THEIR SKIN

Afsluitend meen ik dat de Hoge Raad, wellicht onder het stellen van de vraag ‘spiegeltje, spiegeltje aan de wand, wie is het zuiverst van ‘t hele land?’, het ‘Etnisch profileringsarrest’ dient te herijken.⁵⁹ Dit arrest, dat de juridisch-institutionele inbedding van etnisch profileren en rassendiscriminatie bij verkeerscontroles vormt, is hoe dan ook een mistroostig compromis tussen recht en moraal dat poogt rassendiscriminatie van een legitiem sausje te voorzien. En dat is een nogal doorzichtig wit sausje met een hoog maatschappelijk-socio-

58 A. Terlouw, ‘Gebruik van etniciteit in risicoprofielen Marechaussee is discriminatie’, *NJB* 2020, p. 833.

59 Op 11 oktober 2019 heb ik hiervoor gepleit in een zogeheten spiegelbijeenkomst tussen leden van de Vereniging van cassatieadvocaten (VCAS) en leden van de strafkamer van de Hoge Raad en het parket bij de Hoge Raad, zie: Gerard Spong, ‘Etnisch profilerings-arrest: mistroostig compromis tussen recht en moraal’, *Advocatenblad* november 2019. Ook heb ik op 31 juli 2019 een tien pagina’s tellend cassatiemiddel op dit punt ingediend, dat door de Hoge Raad op 10 december 2019 evenwel werd afgedaan met artikel 80a RO (zaak 18/04540). Het EHRM verklaarde op 25 juni 2020 een klacht over deze zaak niet-ontvankelijk (application nr. 5439/20).

therapeutisch gehalte van dubieuze snit. Dat de combinatie ‘donker en dure auto’ met akkoord van de Hoge Raad als ‘opvallende combinatie’ mag worden gezien, doet het ergste vrezen. Het koloniale beeld, dat iemand met een donkere huidskleur een bezitloze proletariër,⁶⁰ een *have not* is, komt daarin pregnant tot uitdrukking en brengt de woorden van Frantz Fanon in herinnering: ‘When European civilization came into contact with the Black world, with those savage peoples, everyone agreed: Those Negroes were the principle of evil.’⁶¹ Deze rechtspraak borduurt aldus beschouwd voort op schandvlekken uit het Nederlandse koloniale verleden. Zij behelst een armzalige, dieptreurige vorm van medeplichtigheid van de Hoge Raad aan rassendiscriminatoire tendenzen in onze samenleving die juist gekeerd moeten worden. Het teleurstellende van dit arrest is niet alleen wat erin staat, maar vooral wat er on gezegd, met een stilzwijgend appel op de onderbuik, mee mogelijk wordt gemaakt: pure rassendiscriminatie. En die discriminatie is onze samenleving blijkens de vele demonstraties van juni 2020 spuugzat. Daarom is het van groot belang dat de Hoge Raad zijn huidige dwaalleer zo spoedig mogelijk verlaat. Ons hoogste rechtscollege voor het strafrecht zou er goed aan doen de befaamde woorden van Martin Luther King, uitgesproken op 28 augustus 1963 tijdens de ‘Mars naar Washington’, tot de zijne te maken:

‘Now is the time to rise from the dark and desolate valley of segregation to the sunlit path of racial justice. Now is the time to lift our nation from the quicksands of racial injustice to the solid rock of brotherhood. Now is the time to make justice a reality for all of God’s children.

I have a dream that my four little children will one day live in a nation where they will not be judged by the colour of their skin but by the content of their character.’⁶²

60 Vgl. A. de Kom, *Wij slaven van Suriname*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Contact 2003, p. 123.

61 Frantz Fanon, *Black Skin, White Masks*, translated by Charles Lam Markmann, London: Pluto Press 1986, p. 190. Oorspronkelijk: Frantz Fanon, *Peau noire masques blancs*, Paris: Éditions du Seuil 1952, p. 153: ‘Quand la civilisation européenne se trouva en contact avec le monde noir, avec ces peuples de sauvages, tout le monde fut d’accord : ces nègres étaient le principe du mal.’

62 Voor mijn zoon Xander heb ik dezelfde droom.