

The Dutch paradox

Over discriminatoir handelen in de Nederlandse strafrechtspleging en concrete handvatten om dit tegen te gaan

Sven Brinkhoff¹

De notie dat in Nederland, zeker op het gebied van wet- en regelgeving, een krachtige wind waait die discriminatie tegengaat kan leiden tot de zogenoemde *Dutch paradox*: de gedachte dat de plicht tot non-discriminatoir overheidshandelen sterk verankerd is in wet- en regelgeving, kan ondermijnend werken voor het daadwerkelijk tegengaan van discriminatie in de uitvoerende laag van onze democratie. In deze bijdrage wordt gekeken, vanuit het gezichtspunt van de *Dutch paradox*, naar de bestaande mechanismen binnen de niveaus van wetgeving, uitvoering en rechtspraak om discriminatoir overheidshandelen in de strafrechtspleging daadwerkelijk te adresseren en te minimaliseren en worden concrete handvatten geboden om op dat gewenste punt uit te komen.

1. Inleiding

De afgelopen jaren is terecht in binnen- en buitenland veel te doen geweest over discriminatoir overheidshandelen in de strafrechtspleging. Handelen dat concreet leidt tot etnisch profileren en racistisch gekleurd politiegeweld. Ik denk dan onder andere aan de wereldwijde afschuw die ontstond na de gewelddadige dood van de Amerikaanse George Floyd. De Kinderopvangtoeslag-affaire, die zich weliswaar in een niet-strafvorderlijke context heeft voorgedaan, is een wrang maar tegelijk ook treffend voorbeeld van het feit dat Nederland zeker niet vrij is van discriminatoir overheidshandelen.² Dit terwijl de gedachte kan zijn dat hier, zeker op het gebied van wet- en regelgeving, een krachtige wind waait die discriminatie tegengaat. Tegelijk kan deze notie leiden tot de zogenoemde *Dutch paradox*: de gedachte dat de plicht tot non-discriminatoir overheidshandelen sterk verankerd is in wet- en regelgeving, kan ondermijnend werken voor het daadwerkelijk tegengaan van discriminatie in de uitvoerende laag van onze democratie.³

In Nederland ontbreken veelal harde cijfers over de aard en omvang van discriminatoir overheidshandelen in de strafrechtspleging. Het gegeven dat bijna driekwart van de burgers die ervaren etnisch geprofileerd te worden hiervan geen melding doet, ligt hier ten dele aan ten grondslag.⁴ Ondanks het gegeven dat dergelijke cijfers ontbreken is het een onderwerp dat overduidelijk ook hier aandacht verdient. Ik wijs in dit verband op het gegeven dat er veel belangrijke kenbronnen zijn die wijzen op de plicht van non-discriminatoir overheidshandelen en het feit dat in de rechtspraak en de literatuur voorbeelden te

vinden zijn van discriminatoir optreden binnen de Nederlandse strafrechtspleging.⁵ Niet in de laatste plaats ver-

Auteur

1. Prof. mr. dr. S. Brinkhoff is als hoogleraar straf(proces)recht verbonden aan de Open Universiteit.

Noten

2. Zie hiervoor onder meer het rapport van de Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag getiteld *Ongekend onrecht, Kamerstukken II 2020/21*, 35510, 2 en A. Breninkmeijer, 'De grondbegin-selen van de rechtsstaat zijn geschonden als 'verschrikkelijk ongeluk', Over de noodzaak van behoorlijk bestuur', *NJB 2021/2*, afl. 1.

3. Deze *Dutch Paradox* werd zo benoemd door de VN Speciaal Rapporteur Racisme. Zie hiervoor het *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance on her visit to the Netherlands*, UN doc.A/HRC/44/57/Add.2, 2 juli 2020, par. 15. De reactie hierop van de Minister van Sociale Zaken en Werkge-legenheid is te vinden onder *Kamerstukken II 2020/21*, 30950, 215, p. 7 en 8.

4. Zie in dit verband bijvoorbeeld het rap-

port van de Nationale ombudsman d.d.

30 maart 2021 getiteld *Verkleurde beelden* op www.nationaleombudsman.nl.

5. Ik wijs bijvoorbeeld op de uitspraken van de Hoge Raad van 1 november 2016, *NJ 2017/84*, m.nt. Keulen en HR 9 oktober 2018, *NJ 2019/24*, m.nt. Reintjes; Hof Den Bosch 17 juni 2020, ECLI:GHSHE:2020:2007, Hof Den Haag 31 oktober 2019, ECLI:GHDHA:2019:3081 en Rb. Amsterdam 16 januari 2017, ECLI:RBAMS:2017:370. Zie buiten het verband van de strafrechtspleging bijvoorbeeld ook de uitspraak van de Afdeling Bestuurs-rechtspraak van de Raad van State d.d. 4 juni 20015, *AB 2015/229*. Daarnaast volgt dit onder meer uit het in het jaar 2020 gepubliceerde rapport van Amnesty International getiteld *We Sens Trouble* te raadplegen op www.amnesty.nl en het landenrapport van de speciale rapporteur van de VN getiteld *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance on her visit to the Netherlands*, UN doc.A/HRC/44/57/Add.2, 2 juli 2020, par. 55.



© Shutterstock

dient dit onderwerp aandacht, nu door velen wordt gevoeld dat ook in het Nederlands strafrechtelijk systeem discriminatoir overheidshandelen voorkomt.⁶

In deze bijdrage kijk ik, vanuit het gezichtspunt van de *Dutch paradox*, naar de bestaande mechanismen binnen de niveaus van wetgeving, uitvoering en rechtspraak om discriminatoir overheidshandelen in de strafrechtpleging daadwerkelijk te adresseren en te minimaliseren en bied ik concrete handvatten om op dat gewenste punt uit te komen.

2. Non-discriminatie als evident grondrechtelijk en verdragsrechtelijk uitgangspunt

Er bestaan in het (inter)nationale recht veel kenbronnen waaruit het verbod op discriminatoir overheidshandelen kan worden afgeleid. Het eerste artikel van de Grondwet is hiervoor allereerst een belangrijke bron. In dit artikel is bepaald dat allen die zich in Nederland bevinden, in gelijke gevallen gelijk worden behandeld en dat discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, niet is toegestaan. Dit artikel geeft kleur aan de noodzaak van non-discriminatoir handelen door de Nederlandse overheid, zowel op het gebied van wetgeving als in de toepassing van wettelijke bevoegdheden, en raakt daarmee ook het optreden van de politie, het openbaar ministerie en de rechterlijke macht.

Een tweede belangrijke bron van het verbod op discriminatie is artikel 14 EVRM en de bijbehorende jurisprudentie van het EHRM. In artikel 14 van het genoemde verdrag is bepaald dat de in het EVRM gewaarborgde mensenrechten moeten worden geëffectueerd 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. Het EHRM heeft zich bij herhaling krachtig uitgesproken tegen discriminatoir overheidshandelen, terwijl tegelijker-

tijd door dit Europees Hof de waarde en kracht van een pluriforme samenleving wordt onderstreept.⁷ De volgende overweging van het EHRM, die ik parafraseer, springt er in dit verband voor mij uit: 'overheden moeten alle mogelijke middelen inzetten om racisme te bestrijden om zodoende te onderstrepen dat diversiteit niet wordt gezien als een bedreiging, maar juist als een verrijking van een democratische samenleving'.⁸

Van discriminatie is in de terminologie van het EHRM sprake op het moment dat in soortgelijke situaties een verschillende behandeling van burgers plaatsvindt *zonder* dat hiervoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging ('*without an objective and reasonable justification*') bestaat. Deze rechtvaardigingsgrond kan niet worden opgevoerd als onderscheid tussen burgers is gemaakt uitsluitend of in overwegende mate ('*exclusively or to a decisive extent*') op basis van kenmerken van etniciteit.⁹ Deze kernachtige overwegingen van het EHRM bieden een stevig handvat voor de beoordeling van discriminatoire handelen binnen de Nederlandse strafrechtspleging. Het is dan waarschijnlijk ook niet voor niets dat de Hoge Raad een soortgelijk criterium heeft geformuleerd.¹⁰

Tenslotte wijs ik wat betreft de kenbronnen van het verbod op discriminatie nog op relevante bepalingen uit

Deze kernachtige overwegingen van het EHRM bieden een stevig handvat voor de beoordeling van discriminatoire handelen binnen de Nederlandse strafrechtspleging

het VN-verdrag *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. In het bijzonder noem ik artikel 2 van bedoeld verdrag waarin in krachtige bewoordingen ertoe wordt opgeroepen dat de overheid zowel op het gebied van wetgeving als in de *toepassing* hiervan, zoveel mogelijk moet doen om discriminatie te voorkomen. Deze bepaling is relevant nu het in het jaar 2020 over Nederland uitgebrachte landenrapport van de Speciaal Rapporteur Discriminatie van de Verenigde Naties met name vanuit dat perspectief moet worden bekeken. Een landenrapport waarin de Nederlandse overheid, zeker als het gaat om het inzetten van bevoegdheden door de politie, wordt opgeroepen om meer te doen om discriminatie te bestrijden.¹¹

Uit het voorgaande volgt dat het verbod op discriminatoir overheidshandelen krachtig wordt uitgedragen in het (inter)nationale recht: voor het maken van een ongerechtvaardigd onderscheid tussen burgers in soortgelijke situaties vanwege etnische kenmerken is geen plaats. Met deze informatie in het achterhoofd ga ik in de volgende paragraaf in op het toepassen van controle- en opsporingsbevoegdheden door de Nederlandse politie en de rol van de Nederlandse strafrechtspraak in dat verband.

3. Discriminatoir handelen in de strafrechtspleging

Uit het voorgaande blijkt dat vanuit grondwettelijk en verdragsrechtelijk perspectief voor discriminatoir overheids-handelen geen plaats is. Deze normering geldt natuurlijk ook voor de strafrechtspleging. In deze paragraaf zoom ik vanuit dat perspectief in het bijzonder in op het toepassen van bevoegdheden door de politie. Ik maak hierbij een onderscheid tussen het inzetten van (geautomatiseerde) controle- en opsporingsbevoegdheden, terwijl ik ook mengvormen hiervan de revue laat passeren. In dit geheel bespreek ik de rol van de strafrechter als het gaat om het adresseren van discriminatoir handelen van de politie in een concrete strafzaak.

3.1. Controlebevoegdheden als ruime discretionaire bevoegdheid

Allereerst sta ik stil bij het karakter van controlebevoegdheden en de overgang naar of het samenvallen van dat soort bevoegdheden met opsporingsbevoegdheden, respectievelijk aangeduid als sfeerovergang en sfeercumulatie. Het is relevant om hierop in te gaan nu juist in

Controlebevoegdheden geven aldus veel discretionaire ruimte aan de politie

dat soort situaties veel ruimte lijkt te zijn voor discriminatoir optreden van de politie.

Controlebevoegdheden zien in de kern op het uitoefenen van toezicht op naleving van de wet. Belangrijke kenmerken van controlebevoegdheden zijn dat de burger hieraan medewerking moet verlenen, dat deze bevoegdheden door de politie kunnen worden ingezet zonder het bestaan van een verdenking en dat in het verlengde hiervan de wet geen selectie aanbrengt in de te controleren burger.¹² Controlebevoegdheden geven aldus veel discretionaire ruimte aan de politie. De voorgaande kenmerken zien we concreet terug in het veelgebruikte artikel 160 lid 1 en 4 WvW 1994 op basis waarvan de politie de bestuurder van een auto kan doen stoppen en onder meer naar rijbewijs en kentekengegevens kan bevragen.

De inzet van een controlebevoegdheid kan op twee manieren een strafrechtelijk vervolg krijgen. Zo kan allereerst het toepassen van een dergelijke bevoegdheid een verdenking doen ontstaan. Deze situatie wordt aangeduid als sfeerovergang. Ten tweede kan het toepassen van een controlebevoegdheden samenvallen met het bestaan van een verdenking. Dit wordt aangeduid als sfeercumulatie. Zolang er zuiverheid van oogmerk is, dat wil zeggen dat de wettelijke controlebevoegdheid die wordt gehanteerd daadwerkelijk wordt ingezet om (ook) te controleren, en de rechten van de burger in zijn hoedanigheid als verdachte worden gerespecteerd, lijken de figuren van sfeerovergang en -cumulatie in de jurisprudentie niet snel als problematisch te worden ervaren.¹³ Al moet op deze plaats wel worden opgemerkt dat de Hoge Raad in twee recente arresten oordeelde dat de politie in de concrete situatie te lang gebruik heeft gemaakt van controlebevoegdheden, terwijl er feitelijk al sprake was van een binnen het bestek van artikel 132a Sv vallende verdenking.¹⁴ Dit leidt in die zaken tot de conclusie dat de politie de controlebevoegdheden uitsluitend heeft ingezet ter opsporing en dat wringt met het uitgangspunt van zuiverheid van oogmerk. Het belang van deze arresten schuilt er wat mij betreft in dat de Hoge Raad aldus,

6. Zie het rapport van de Nationale ombudsman d.d. 30 maart 2021 getiteld *Verkleurde beelden* op www.nationaleombudsman.nl, het Zwart Manifest, te vinden via www.zwartmanifest.nl, de publicaties op de website van Controle Alt Delete, te vinden via www.controlaaltdetele.nl; I. Andriessen e.a., *Ervaren discriminatie in Nederland II*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2020, p. 83-84 en zie ook tabel 4.9 op p. 82; en het rapport van het Kennisplatform Integratie en Samenleving uit maart 2021 getiteld *Institutioneel racisme*

in Nederland, te raadplegen op www.kis.nl.

7. Zie bijvoorbeeld EHRM 6 juli 2005 (*Nachova e.a.*), appl. nrs. 4377/98 en 43579/98, r.o. 145; en EHRM 13 december 2005 (*Timishev/Rusland*), appl. nrs. 55762/00 en 55974/00P, r.o. 56.

8. EHRM 13 december 2005 (*Timishev/Rusland*), appl. nrs. 55762/00 en 55974/00P, r.o. 56.

9. Zie bijvoorbeeld EHRM 6 juli 2005 (*Nachova e.a.*), appl. nrs. 4377/98 en 43579/98, r.o. 145; EHRM 13 december

2005 (*Timishev/Rusland*), appl. nrs. 55762/00 en 55974/00P, r.o. 56; EHRM 22 maart 2016 (*Guberina/Kroatië*), appl. nr. 23682/13, r.o. 69; en EHRM 20 juni 2017 (*Bayev/Rusland*), appl. nr. 67667/09, r.o. 88.

10. Zie HR 1 november 2016, *NJ* 2017/84, m.nt. Keulen en 9 oktober 2018, *NJ* 2019/24, m.nt. Reintjes.

11. *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance on her visit to the Netherlands*, UN

doc.A/HRC/44/57/Add.2, 2 juli 2020.

12. Deze aspecten zijn terug te vinden in de overwegingen van de Hoge Raad in zijn arrest van 1 november 2016, *NJ* 2017/84, m.nt. Keulen.

13. Zie bijvoorbeeld HR 1 november 2016, *NJ* 2017/84, m.nt. Keulen; 9 oktober HR 2018, *NJ* 2019/24, m.nt. Reintjes; en Hof Den Haag 22 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1242.

14. HR 3 april 2018, *NJ* 2018/296 en HR 30 juni 2020, *NJ* 2011/11, m.nt. Reintjes.

nadrukkelijker dan voorheen, lijkt te willen aangeven dat er een grens zit aan het hanteren van controlebevoegdheden in een situatie dat de politie feitelijk opereert vanuit een opsporingsgedachte.

3.2. Controlebevoegdheden als voedingsbodem voor discriminatoir handelen

De inzet van controlebevoegdheden door de politie levert geregeld voer op voor discussie over discriminatoir politietoedredden.¹⁵ Uit hetgeen ik hierboven schreef kunnen drie relevante situaties worden gedestilleerd: 1) het inzetten van controlebevoegdheden zonder dat dit een strafrechtelijk vervolg krijgt, 2) de overgang van dergelijke bevoegdheden naar de inzet van opsporingsbevoegdheden en 3) sfeercumulatie in de kern bestaande uit het samenvallen van controlebevoegdheden met een strafvorderlijke verdenking. Ik bespreek deze drie situaties vanuit het perspectief van mogelijk discriminatoir handelen van de politie. Ten eerste sta ik stil bij het inzetten van controlebevoegdheden zonder dat dit een strafrechtelijk vervolg krijgt. Hiermee doel ik op de situatie dat de controle *niet* tot het constateren van een strafbaar feit leidt. In deze situatie bestaat de kans dat etnische profilering ten grondslag ligt aan het toepassen van de controlebevoegdheid.¹⁶ Deze ruimte bestaat in de eerste plaats nu de politie niet hoeft aan te geven waarom de burger is gecontroleerd. Er bestaat een ruime discretionaire bevoegdheid. In de context van de veelgebruikte bevoegdheid van artikel 160 lid 1 en 4 WVV 1994 is dit door de Hoge Raad nog maar eens onderstreept in zijn arrest van 1 november 2016: het genoemde artikel uit de WVV 1994 bevat geen aanwijzingen over de selectie van te controleren bestuurders.¹⁷ In het verleden is geopperd om deze speelruimte voor de politie te beperken door te werken met een zogenoemd stopformulier.¹⁸ Een formulier waarop de reden van het inzetten van de controlebevoegdheid moet worden verwoord. Vanwege de verwachting dat deze formulieren onvoldoende bijdragen aan het tegengaan van etnisch profileren, zijn ze er uiteindelijk niet gekomen.¹⁹ Dit vind ik een gemiste kans. Eerder gaf ik al aan dat het ontbreken van harde cijfers over etnisch profileren maakt dat de aard en omvang hiervan moeilijk inzichtelijk zijn te krijgen. De (tijdelijke) inzet van stopformulieren, of een andere vorm van registratie en verantwoording, had een belangrijk middel kunnen zijn om dit inzicht *wel* te krijgen. Tegelijkertijd hangt de effectiviteit van het inzetten van deze formulieren ook sterk af van de bereidheid om ze naar waarheid in te vullen. Ik kan me namelijk niet aan de cynische gedachte ontworstelen dat een politieagent die etnische kenmerken ten grondslag legt aan het inzetten van een controlebevoegdheid dit juist *niet* gaat opschrijven op een stopformulier. Een tweede reden waarom het inzetten van controlebevoegdheden zonder strafrechtelijk vervolg ruimte biedt voor etnisch profileren, is gelegen in het gegeven dat de controle van de strafrechter in die situatie ontbreekt. Een strafrechter kan immers, doorgaans daartoe bewogen door de verdediging van de verdachte, een gevolg verbinden aan de inzet van een controlebevoegdheid die uitsluitend of in overwegende mate is gebaseerd op kenmerken van etniciteit of religie.²⁰ De afwezigheid van deze controlerende rol van de strafrechter creëert dus in deze situatie bij uitstek een voedingsbodem voor etnisch profi-

De afwezigheid van deze controlerende rol van de strafrechter creëert dus in deze situatie bij uitstek een voedingsbodem voor etnisch profileren

leren.²¹ Het voorgaande klemt temeer nu blijkt dat gecontroleerde burgers zich veelal ook niet wenden tot een ander overheidsorgaan, zoals de Nationale ombudsman, om te melden dat ze slachtoffer zijn geworden van etnisch profileren. Uit eerdergenoemd onderzoek van de Nationale ombudsman volgt immers dat driekwart van de burgers die hebben ervaren etnisch te zijn geprofileerd geen klacht indienen. De reden die hiervoor wordt opgegeven is dat gemeend wordt dat het indienen van een klacht zinloos is.²²

Richt ik mij nu op de situaties van sfeerovergang en -cumulatie vanuit het gezichtspunt van discriminatoir handelen in de strafrechtspleging. Allereerst is van belang om ook hier weer te wijzen op de belangrijke uitspraak van de Hoge Raad van 1 november 2016.²³ Hierin wordt overwogen dat in het geval dat het inzetten van controlebevoegdheden uitsluitend of in overwegende mate wordt gebaseerd op kenmerken van etniciteit of religie dit, gelet op diverse non-discriminatie bepalingen, een onrechtmatigheid oplevert waaraan de strafrechter een gevolg kan verbinden. Een sprekend voorbeeld hiervan gaat schuil in de casus die ten grondslag ligt aan het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 16 januari 2017.²⁴ In die zaak worden twee Marokkaanse jongens onderworpen aan een verkeerscontrole vanwege het feit dat ze een Marokkaans uiterlijk hebben. Na een onderzoek in hun auto wordt een kleine hoeveelheid harddrugs gevonden. De aanleiding van de controle wordt in het startproces verbaal opgenomen dat onderdeel uitmaakt van het strafdossier. De Amsterdamse strafrechter oordeelt op basis hiervan dat de controlebevoegdheid uitsluitend is ingezet op grond van kenmerken van etniciteit en verbindt aan deze onrechtmatigheid de sanctie van bewijsuitsluiting leidend tot vrijspraak van de verdachte. Een ander treffend voorbeeld wordt gevormd door de casus die ten grondslag ligt aan het arrest van het Hof Den Haag van 31 oktober 2019.²⁵ Deze zaak start met de constatering van een verbaalisant dat in het Zuid-Hollandse Ouddorp een auto rijdt met hierin drie mannen van Noord-Afrikaanse afkomst. Puur en alleen deze bevinding brengt de verbaalisant ertoe een kentekenbevraging te doen. Het hof oordeelt dat voor deze kentekenbevraging geen grond bestond en dat dit een vormverzuim ex artikel 359a Sv oplevert. Hieraan wordt geen rechtsgevolg verbonden nu niet is gebleken van een concreet nadeel voor de verdachte.

Andere voorbeelden van het op grotere schaal laten doorklinken van etniciteit in het aanwenden van controlebevoegdheden kunnen worden gevonden in het project

Moelander en het Sensing-project.²⁶ Binnen het project Moelander lag de focus van de politie bij het controleren van voertuigen uit Midden- en Oost-Europa. In het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2018 speelt de inzet van een controlebevoegdheid binnen het genoemde project.²⁷ Uit de casus die ten grondslag ligt aan dit arrest volgt dat een verbalisant de verdachte als bestuurder van een bestelbus met een Bulgaars kenteken in het kader van het genoemde project heeft gevraagd naar een geldig rijbewijs. De Hoge Raad oordeelt dat niet zonder meer begrijpelijk is dat dit geen discriminatoir handelen is als bij de verkeerscontrole als selectiecriteria is gehanteerd of een kenteken afkomstig is uit een bepaalde groep landen, en met die wijze van controleren indirect onderscheid gemaakt kan worden naar nationaliteit of afkomst van de inzittenden van dat voertuig. Het Boscse hof oordeelt nadien in dezelfde zaak dat niet is gebleken dat wat betreft de controle een gerechtvaardigde grond bestond voor het gehanteerde selectiecriteria van auto's uit Midden- en Oost-Europa.²⁸ Op basis hiervan volgt het oordeel dat de controlebevoegdheid onrechtmatig is ingezet en dit leidt tot de sanctie van bewijsuitsluiting. Een voorbeeld van het op geautomatiseerde wijze laten doorklinken van kenmerken van etniciteit in het aanwenden van controlebevoegdheden is het Sensing-project. Binnen die project werd een *predictive policing*-tool ingezet om 'mobiel banditisme' te bestrijden. Een selectiecriteria om een auto aan een controle te onderwerpen was of het voertuig afkomstig was uit Roemenië.²⁹

In de gepubliceerde jurisprudentie zijn ook voorbeelden te vinden van zaken waarin rechters oordelen dat niet gezegd kan worden dat sprake is van etnisch profileren.³⁰ In deze zaken valt op dat de strafrechter telkens overweegt dat er voldoende andere (verdachte) feiten en omstandigheden bestonden om de controle uit te oefenen. Hieruit kan worden afgeleid dat de strafrechter aldus feitelijk aangeeft dat de politie in die concrete situatie, redenerend vanuit de strafvorderlijke verdenking, een opsporingsbevoegdheid had kunnen inzetten. Dit is een belangwekkend gezichtspunt. Temeer nu ik eerder al signaleerde dat de Hoge Raad, nadrukkelijker dan voorheen, aangeeft dat er een grens zit aan het hanteren van contro-

lebevoegdheden in een situatie dat de politie feitelijk opereert vanuit een opsporingsgedachte. In de volgende paragraaf kom ik hierop terug.

3.3. Tussenconclusie

Samenvattend kan uit het voorgaande worden afgeleid dat er meerdere redenen zijn waarom de drie geschetste situaties een voedingsbodem opleveren voor discriminatoir handelen van de politie bij het toepassen van controlebevoegdheden. Deze ruimte bestaat in de eerste plaats nu de politie niet in een proces-verbaal of anderszins hoeft aan te geven waarom is overgaan tot het toepassen van die bevoegdheid. Dit gegeven geeft de politie onder meer de ruimte om controlebevoegdheden te hanteren in situaties waarin een etnisch kenmerk bij hen *de facto* een begin van een verdenking doet ontstaan, terwijl *de iure* een controlebevoegdheid naar voren wordt geschoven. Anders gezegd, dit leidt tot de situatie dat een verdenking grotendeels is gebaseerd op iemands etniciteit, maar dat dit gegeven wordt verhuld door het uitvoeren van een controlebevoegdheid. Bovendien lijkt de situatie dat er geen strafrechtelijk vervolg komt een voedingsbodem te zijn voor etnisch profileren. De speelruimte voor de politie is dan op zijn grootst mede vanwege het feit dat de zaak dan niet bij de strafrechter belandt, waardoor deze ook geen oordeel kan uitspreken over mogelijk discriminatoir handelen. Tellen we hierbij op het gegeven dat gecontroleerde burgers zich veelal niet wenden tot een ander overheidsorgaan om te melden dat ze slachtoffer zijn geworden van

Dit leidt tot de situatie dat een verdenking grotendeels is gebaseerd op iemands etniciteit, maar dat dit gegeven wordt verhuld door het uitvoeren van een controlebevoegdheid

15. A. Bouwman, 'Etnisch profileren bij proactief politietoedren, mag dat van de strafrechter?', *D&D* 2021/8; A. Terlouw, 'Gebruik van etniciteit in risicoprofielen marchaussee is discriminatie', *NJB* 2020/764, afl. 12; P. Rodrigues & M. van der Woude, 'Proactieve politiecontrole en onderscheid naar etniciteit of nationaliteit', *NJB* 2016/1650, afl. 32.

16. Zie het rapport van de Nationale ombudsman d.d. 30 maart 2021 getiteld *Verkleurde beelden* op www.nationaleombudsman.nl, het Zwart Manifest te vinden via www.zwartmanifest.nl, de publicaties op de website van de onafhankelijke organisatie Controle Alt Delete te vinden via www.controlealtdelete.nl en I. Andriessen e.a.,

Ervaren discriminatie in Nederland II, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2020, p. 83-84 en tabel 4.9 op p. 82.

17. HR 1 november 2016, *NJ* 2017/84, m.nt. Keulen.

18. Zie het in april 2016 gepubliceerde WODC-rapport getiteld: *Het stopformulier – Verkenning van de werking van de registratie bij staande houdingen*, te raadplegen op www.wodc.nl.

19. Zie de brief d.d. 4 oktober 2016 van de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie Van der Steur, *Kamerstukken II* 2020/21, 30950, 150.

20. Zie hiervoor HR 1 november 2016, *NJ* 2017/84, m.nt. Keulen, r.o. 3.7.

21. Zie ook P.H.P.H.M.C. van Kempen,

'Politiegeweld en -racisme als (structureel) vormverzuim', *D&D* 2021/9.

22. Zie het rapport van de Nationale ombudsman d.d. 30 maart 2021 getiteld: *Verkleurde beelden* op www.nationaleombudsman.nl.

23. HR 1 november 2016, *NJ* 2017/84, m.nt. Keulen.

24. Rb. Amsterdam 16 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:370.

25. Hof Den Haag 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3081.

26. Zie in verband met *predictive policing* ook S. Brinkhoff, 'Big data datamining door de politie, ijkpunten voor een toekomstige opsporingsmethode', *NJB* 2016/994, afl. 20.

27. Zie HR 9 oktober 2018, *NJ* 2019/24,

m.nt. Reijntjes.

28. Hof Den Bosch 17 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2007.

29. Zie hiervoor het rapport van Amnesty International getiteld 'We Sens Trouble', te vinden op www.amnesty.nl.

30. HR 1 november 2016, *NJ* 2017/84, m.nt. Reijntjes; Hof Amsterdam 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014; Rb. Amsterdam 11 september 2017,

ECLI:NL:RBAMS:2017:6486; Hof Den Haag 23 oktober 2018,

ECLI:NL:GHDHA:2018:3095; Rb. Zeeland-West-Brabant 8 december 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:6090.

etnisch profileren, dan schuilt in die situatie het grootste risico van ongecontroleerd discriminatoir handelen van de politie. In de volgende paragraaf ga ik in op de concrete handvatten om ook voor die situatie de kans op dergelijk handelen te minimaliseren.

4. Handvatten om discriminatie in de strafrechtspleging tegen te gaan

In het voorgaande heb ik stilgestaan bij het gegeven dat non-discriminatoir overheids handelen in grondwettelijke en verdragsrechtelijke zin reeds sterk is verankerd. De verankering heeft zich vertaald in belangrijke jurisprudentie van zowel het EHRM als de Hoge Raad. Tegelijk heb ik inzichtelijk gemaakt dat uit tal van bronnen blijkt dat discriminatoir overheids handelen in de Nederlandse strafrechtspleging desondanks toch voorkomt. Het is daarom zaak om nadere handvatten te bieden op het gebied van wetgeving, uitvoering en rechtspraak om dergelijk handelen *daadwerkelijk* te minimaliseren. Ik roep hierbij de eerder geschetste *Dutch paradox* in herinnering. De handvatten die ik hieronder aanreik zien er in de kern op om de ruimte om discriminatoir te handelen in de strafrechtspleging te verkleinen, meer inzicht te krijgen in de aard en omvang van etnische profileren, transparantie op dat vlak te vergroten en de strafrechter een nadrukkelijker rol te geven als controlerende instantie. In dit geheel realiseer ik mij twee dingen. Ten eerste dat er binnen de politie al veel aandacht is voor het thema discriminatie en ten tweede dat het minimaliseren hiervan niet alleen bereikt kan worden door hiervoor juridische handvatten aan te dragen.³¹ Het voorgaande doet niet af aan het belang van het doorvoeren van de aanbevelingen die ik hieronder doe.

4.1. Wetgeving: non-discriminatoir overheids handelen als belangrijke pijler van de strafrechtspleging

Ik start met het werpen van een blik op het niveau van wetgeving. Eerder heb ik laten zien dat op het tamelijk abstracte niveau van wetgeving glashelder is dat non-discriminatoir overheids handelen de norm is. Toch kan ook hier nog een aanvullend handvat worden geboden specifiek voor de strafrechtspleging. Een aanknopingspunt hiervoor kan worden gevonden in Modernisering Strafvordering, het lopende project van het Ministerie van Justitie en Veiligheid om het Wetboek van Strafvordering te herzien. In Boek 2 van het concept-Wetboek van Strafvordering is namelijk een aantal algemene bepalingen opgenomen die het handelen van strafvorderlijke actoren zoals de politie normeren. Zo zijn in artikel 2.1.3 de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit uitgeschreven en is in artikel 2.1.4 het instigatieverbod uitgewerkt. Vanuit het

perspectief van het zoveel mogelijk tegengaan van discriminatie in de strafrechtspleging, zou het goed zijn als aan deze opsomming wordt toegevoegd een bepaling die verplicht tot non-discriminatoir optreden van strafvorderlijke actoren. Hiermee wordt ten eerste bereikt dat een krachtig signaal vanuit de wetgever wordt gegeven dat voor discriminatoir handelen geen plaats is in de strafrechtspleging. Ten tweede biedt deze bepaling in een strafzaak een nog concreter handvat voor de verdediging om verweer te voeren op dergelijk handelen van de politie. Mijn verwachting is dat deze bepaling vervolgens ook gemakkelijker dan nu kan doorklinken in de respons van de strafrechter op grond van artikel 359a Sv. Gelet op het feit dat discriminatoir handelen van de politie zich ook buiten de strafrechtelijke context voordoet, in de situatie dat een controlebevoegdheid wordt toegepast zonder strafrechtelijk vervolg, is het daarnaast zaak om ook op een andere plek in wetgeving die specifiek ziet op het werk van de politie, non-discriminatoir handelen te borgen. Ik kan me wat dat betreft een soortgelijke bepaling voorstellen in de Politiewet. Met het creëren van deze twee aanvullende non-discriminatiebepalingen die specifiek zien op de strafrechtspleging en het politiewerk *an sich*, beoog ik dat nog meer dan nu ingeburgerd raakt dat, naast de regels van het eerlijk proces en de bescherming van de privacy, non-discriminatie een van de andere belangrijke pijlers is van een rechtvaardige strafrechtspleging.

4.2. Uitvoering en rechtspraak: verkleinen van de speelruimte bij de inzet van controlebevoegdheden

Eveneens is het zaak om concrete handvatten op het niveau van uitvoering en rechtspraak aan te reiken. Eerder heb ik geconstateerd dat een belangrijke voedingsbodem voor discriminatoir handelen schuilt in de grote speelruimte die de politie bezit als het gaat om het inzetten van controlebevoegdheden. De aanbevelingen die ik hieronder doe zien er in de kern op toe om die ruimte te verkleinen, meer inzicht te krijgen in de aard en omvang van etnische profileren, transparantie op dat vlak te vergroten en met name de strafrechter een nadrukkelijker rol te geven als controlerende instantie.

Allereerst is het zaak dat meer inzicht komt in de aard en omvang van etnisch profileren. Het op die manier aantoonbaar maken van discriminatoir overheids handelen brengt immers mee dat nog gerichter mechanismen kunnen worden gecreëerd om dergelijk handelen te minimaliseren. Het inzicht in de aard en omvang van etnisch profileren kan onder andere worden bereikt door de (tijdelijke) inzet van stopformulieren of een nadere vorm van registratie van de reden van het inzetten van controlebevoegdheden. De effectiviteit hiervan hangt natuurlijk wel sterk af van de bereidheid om deze registratie naar waarheid in te vullen. Ik kan me niet aan de cynische gedachte onttrekken dat een politieagent die etnische kenmerken ten grondslag legt aan het inzetten van een controlebevoegdheid dit juist *niet* registreert. Gelet hierop moeten de verwachtingen van de inzet van dit middel ook niet te hooggespannen zijn. Daarnaast kan het daarom goed zijn dat nog nadrukkelijker dan nu de overheid, bijvoorbeeld in de hoedanigheid van de Nationale ombudsman, naar voren treedt als meldpunt voor etnisch profileren.

Ten tweede beveel ik aan om ook op een nadere wijze

Het zou goed zijn als aan deze opsomming wordt toegevoegd een bepaling die verplicht tot non-discriminatoir optreden van strafvorderlijke actoren

Het gevolg van het door de wetgever en de strafrechter naar voren schuiven van het beginsel van doelbinding bij de inzet van controlebevoegdheden, is dat de politie hierdoor eerder wordt gedwongen om een opsporingsbevoegdheid in te zetten

de speelruimte van de politie bij de inzet van controlebevoegdheden te beknotten. Allereerst kan de wetgever deze beweging in gang zetten door het beginsel van doelbinding, inhoudende dat een bevoegdheid niet wordt uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven, meer op de voorgrond te zetten bij controlebevoegdheden zoals die van artikel 160 lid 1 en 4 WvW 1994. Een aanknopingspunt hiervoor kan ook worden gevonden in de Modernisering Strafvordering. In artikel 2.1.2 is immers het gebod van doelbinding als algemene bepaling terug te vinden. Hierdoor kan het gebruik van controlebevoegdheden ter opsporing worden teruggedrongen en daarmee kan het ook bijdragen om discriminatoir overheidshandelen te verminderen. Ik leg dit dadelijk uit. De strafrechter heeft ook een taak om de speelruimte van de politie te verkleinen als het gaat om de inzet van controlebevoegdheden. Dit kan worden bereikt door, redenerend vanuit het beginsel van doelbinding en zuiverheid van oogmerk, een strafrechtelijk gevolg te verbinden als blijkt dat de politie *de iure* een controlebevoegdheid heeft ingezet, terwijl *de facto* is gehandeld vanuit een verdenking die grotendeels of uitsluitend is gebaseerd op etnische kenmerken. Situaties dus van sfeerovergang en -cumulatie waarin etnische kenmerken feitelijk de reden zijn om een burger aan een controle te onderwerpen. Ik constateerde eerder dat deze beweging al zichtbaar is in de jurisprudentie van de Hoge Raad nu hij nadrukkelijker aangeeft dat er een grens zit aan het hantieren van controlebevoegdheden in een situatie dat de politie feitelijk opereert vanuit een opsporingsgedachte.

Het gevolg van het door de wetgever en de strafrechter naar voren schuiven van het beginsel van doelbinding bij de inzet van controlebevoegdheden, is dat de politie hierdoor eerder wordt gedwongen om een opsporingsbevoegdheid in te zetten. Nu lijkt dat gegeven op het eerste oog niet mee te brengen dat discriminatoir handelen wordt geminimaliseerd. Indirect wordt dit gevolg hierdoor wel bereikt. Bij de inzet van een opsporingsbevoegdheid

zal de politie immers, anders dan bij de toepassing van controlebevoegdheden, altijd in een proces-verbaal moeten aangeven welke feiten en omstandigheden in de concrete situatie een verdenking hebben doen ontstaan. Dit betekent dus dat de politie hierover transparant moet zijn. De strafrechter kan vervolgens achteraf een oordeel vellen over de juistheid van het handelen van de politie met gebruikmaking van het criterium of de bevoegdheid is ingezet uitsluitend of in overwegende mate op grond van kenmerken van etniciteit of religie. De jurisprudentie die op die manier ontstaat, zal vervolgens richtinggevend en normerend werken voor de politie, waardoor discriminatoir overheidshandelen in de strafrechtspleging verder wordt geminimaliseerd.

5. Conclusie

In deze bijdrage heb ik vanuit het gezichtspunt van de *Dutch paradox* stilgestaan bij de noodzaak om discriminatoir overheidshandelen in de strafrechtspleging zoveel mogelijk daadwerkelijk te minimaliseren. In mijn optiek kan dit alleen worden bereikt als er *zowel* op het niveau van wetgeving als uitvoering stevige verankering is van het beginsel van non-discriminatie. Ik heb hiertoe concrete handvatten geboden die zien op het creëren van aanvullende wetgeving, die meebrengen dat de speelruimte van de politie bij het toepassen van controlebevoegdheden kleiner wordt en die zorgen voor meer transparantie over het door laten klinken van etnische kenmerken in de strafrechtspleging. Al deze handvatten hebben tot doel om het beginsel van non-discriminatie duidelijk neer te zetten als belangrijke pijler van de strafrechtspleging en om discriminatie in de strafrechtspleging daadwerkelijk te minimaliseren. •

31. Zie de eerder aangehaalde reactie van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op het landenrapport van de VN

Speciaal Rapporteur Racisme, Kamerstukken II 2020/221, 30950, 215, p. 7-8.