

De leden Bamenga (D66) en Koops (NSC)
Tweede Kamer der Staten Generaal
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Datum

23 januari 2024

Contactpersoon

J.M.E. Smilde

Onderwerp

Initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en het Wetboek van Strafvordering, in verband met het wettelijk vastleggen van het verbod op etnisch profileren.

Geachte lezer,

De Wetenschappelijke Commissie (WeCo) van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) heeft via de internetconsultatie kennisgenomen van het initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamerleden Bamenga en Koops tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en het Wetboek van Strafvordering, in verband met het wettelijk vastleggen van het verbod op etnisch profileren.

I. Het voorstel

Het initiatiefwetsvoorstel voorziet in toevoeging aan de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van een nieuw artikel 3:4a:

1. Het bestuursorgaan draagt bij de uitoefening van zijn taak zorg voor gelijke behandeling van gelijke gevallen.
2. Het bestuursorgaan neemt bij de voorbereiding van besluiten en bij de handhaving geen selectiebeslissingen waarbij, geheel dan wel gedeeltelijk, direct dan wel indirect onderscheid wordt gemaakt op grond van ras in het bijzonder.

En artikel 143 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) moet als volgt gaan luiden:

Bij de uitoefening van bevoegdheden in het kader van het opsporingsonderzoek wordt geen onderscheid gemaakt, geheel dan wel gedeeltelijk, direct dan wel indirect, op grond van ras in het bijzonder.

De aanleiding voor het voorstel is naar blijkt uit paragraaf I van de memorie van toelichting (mvt) dat de afgelopen jaren bij verschillende overheidsorganisaties discriminatie, in de definitie van artikel I van de Grondwet, onderdeel is geweest van beleid, specifiek door het gebruik van risicoprofielen, waarbij identiteitskenmerken als etniciteit, nationaliteit, huidskleur, taal, geloof of andere afkomstgerelateerde kenmerken zijn gebruikt. Dit wordt samengevat onder de noemer “etnisch profileren”.

Uit het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 14 februari 2023¹ trekken de initiatiefnemers van het voorstel de conclusie dat onderscheid op basis van “ras” (waaronder zij alle bovengenoemde kenmerken scharen) nooit objectief gerechtvaardigd kan worden.

2. Probleemanalyse

2.1 Bij de juridische analyse (paragraaf 2 van de mvt) merkt de WeCo op dat het wetsvoorstel beoogt het arrest van het Hof Den Haag te codificeren. In de kern is dat niet het geval ten aanzien artikel 143 Sv. Dat vormt een uitbreiding op dat arrest. In het arrest ging het immers uitsluitend over controle en toezicht in het kader van het mobiel toezicht veiligheid ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding. Personen mogen op basis daarvan staande worden gehouden ter vaststelling van hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie. Dat is bestuurlijk toezicht en geen opsporing. Het uitoefenen van toezicht zoals geregeld in de Awb, valt in beginsel niet aan te merken als *opsporing*. Soms leidt dit bestuurlijk toezicht uiteindelijk tot het nemen van besluiten als bedoeld in de Awb of tot strafvervolgning, maar (lang) niet altijd. Het voorstel beoogt nu het verbod op etnisch profileren ook van toepassing te laten zijn op de fase van de opsporing. Aangenomen moet worden dat in dat verband wordt aangesloten bij het opsporingsbegrip ex artikel 132a Sv, maar dat laten de indieners in het midden. Artikel 132a Sv luidt: *Onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.* Het is, vanwege dit opsporingsbegrip, verwarrend dat het voorstel onder 3.2 uitsluitend het oog lijkt te hebben op de uitoefening van de politietaak. De uitoefening daarvan vindt (ten dele) onder gezag van de officier van justitie plaats, terwijl niet wordt toegelicht of en zo ja, op welke wijze zich in de uitoefening van dat gezag door de officier van justitie problemen voordoen of kunnen voordoen. Die probleemanalyse is nodig en wordt gemist.

Deze verwarring hangt volgens de WeCo samen met het ontbreken van elke analyse op welke wijze het op te lossen probleem in de praktijk ontstaat en zich vervolgens manifesteert. Evenmin is onderzocht waar zich precies lacunes in de rechtsbescherming (kunnen) voordoen. Een analyse van mogelijke oplossingen en het effect daarvan ontbreekt (daardoor) eveneens. De WeCo licht hierna in paragraaf 4 toe waarom dit voorstel naar haar overtuiging geen effect zal sorteren.

2.2 Bij het overzicht van het bestaande nationaalrechtelijk juridische kader (paragraaf 3) merkt de WeCo aanvullend op dat er ook eenieder verbindende *internationale* verdragsbepalingen (als bedoeld in artikel 93 van de Grondwet) zijn waarin deze vorm van discriminatie is verboden, zoals artikel 14 van het EVRM en artikel I van het Twaalfde Protocol bij het EVRM (waarop het aangehaalde arrest van het Hof Den Haag steunt). Op grond van artikel 94 van de Grondwet kan elke Nederlandse rechter daar rechtstreeks aan toetsen. Daarnaast kan nog worden gewezen op artikel 26 van het IVBPR.

3 De voorgestelde teksten

3.1 Daarmee dringt zich meteen de vraag op wat het voorgestelde artikel in de Awb toevoegen aan dit al bestaande juridisch kader. Die vraag wordt in de mvt niet beantwoord. Daarbij komt ten aanzien van het voorgestelde artikel 3:4a eerste lid van de Awb dat, zoals de mvt terecht signaleert, het gelijkheidsbeginsel al lang geldt als ongeschreven beginsel in het bestuursrecht. Verder stellen de initiatiefnemers in de mvt dat het niet de bedoeling is

¹ ECLI:NL:GHDHA:2023:173

aan dat beginsel een andere betekenis te geven dan het huidige ongeschreven beginsel. Wat is dan de toegevoegde waarde van het voorgestelde artikel 3:4a lid 1?

3.2 Er wordt ook nog verwezen naar de motie Jetten/Marijnissen die oproept tot codificatie van de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur in de Awb. Op zichzelf steunt de WeCo dat initiatief, maar dat vergt een wetsvoorstel tot wijziging van de Awb met een veel bredere strekking dan het huidige waarbij de wetgever een beredeneerde keuze maakt welke beginselen voor codificatie in aanmerking komen en waarbij dat op een doordachte manier gebeurt die past in het systeem van de Awb en bijdraagt aan een effectievere rechtsbescherming. Bij codificatie van het gelijkheidsbeginsel zou ook het verbod van willekeur betrokken moeten worden. Daaraan wordt nu wel getoetst als uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel, terwijl het in de parlementaire geschiedenis van de Awb genoemd wordt in het kader van het huidige artikel 3:4, tweede lid, Awb, waarin het evenredigheidsbeginsel is opgenomen. Zeker nu de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel is geïntensiveerd en definitief gebroken is met de oude invulling van dat beginsel via het verbod van willekeur, zou dit opnieuw doordacht moeten worden. Implementatie van deze motie zou naar de mening van de WeCo het beste plaatsvinden in het kader van de versterking van de waarborgfunctie van de Awb, waaraan op dit moment wordt gewerkt. Tussentijdse codificatie van één enkel beginsel, los van de overige versterking van de waarborgfunctie, raadt de WeCo daarom niet aan. Bovendien rijst dan de vraag of codificatie in hoofdstuk 3 van de Awb, met algemene bepalingen over *besluiten*, dan de juiste plaats is (zie daarover ook hierna in 4.1 en verder).

3.3 Over de voorgestelde bepaling in Sv merkt de WeCo het volgende op. Volgens de indieners kan het niet naleven van het discriminatieverbod bij de uitoefening van opsporingsbevoegdheden leiden tot strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde. Wanneer onder gezag van de officier van justitie in het opsporingsonderzoek of bij de vervolgingsbeslissing een ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt op grond van ras, dan kunnen (en behoren) daaraan gevolgen te worden verbonden. In het kader van het strafproces tegen een individuele verdachte zal de strafrechter allereerst kijken naar artikel 359a Sv, dat regelt welke gevolgen kunnen worden verbonden aan vormverzuimen die niet meer kunnen worden hersteld en waarvan de rechtsgevolgen niet uit de wet blijken. Deze bepaling kan overigens inmiddels ook, onder omstandigheden, worden toegepast in gevallen van vormverzuimen buiten het voorbereidend onderzoek zelf, zoals bij toepassing van (controle-)bevoegdheden uit de Douanewet, de Wegenverkeerswet 1994 en de Awb. In het voorstel ontbreekt het aan een duidelijke koppeling met artikel 359a Sv en de wijze waarop de strafrechter kan en moet reageren op vormverzuimen. Het wetsvoorstel maakt verder niet duidelijk hoe het voorgestelde artikel 143 Sv moet worden begrepen buiten het kader van het strafproces. Het wetsvoorstel roept al met al de vraag op hoe de officier van justitie en de strafrechter, anders dan nu al het geval is, moeten omgaan met dit verbod onderscheid te maken op grond van ras. Wordt beoogd een 'nieuwe' toetsingsgrond voor de strafrechter te realiseren of is, slechts, sprake van een bevestiging van een reeds bestaande norm? In elk geval is onvoldoende onderbouwd wat artikel 143 Sv toevoegt aan de reeds bestaande toetsingsmogelijkheden van de strafrechter aan de beginselen van een behoorlijke procesorde. Die beginselen, en het EVRM, bieden handvatten om vermoedens van discriminatie te onderzoeken en bieden de strafrechter voldoende ruimte om gevallen van discriminatie te sanctioneren. Dat doet ernstig twijfelen aan de noodzaak van deze codificatie. Het door de indieners gesignaleerde probleem lijkt hiermee niet te worden opgelost. In aanvulling daarop ontbreekt een toelichting op het feit dat dit aspect van de beginselen van behoorlijke procesorde wél en (bijgevolg) andere niet worden gecodificeerd

in het Wetboek van Strafvordering. Eveneens valt op dat nog geen aansluiting lijkt te zijn gezocht bij de wijze waarop het nieuwe wetboek van Sv de grondrechten waarborgt. In het nieuwe wetboek zijn in het eerste hoofdstuk van Boek I enkele bepalingen opgenomen die op grondrechten van de verdachte zien. Concreet gaat het om het recht van de verdachte op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn en het recht om voor onschuldig te worden gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.²

3.4 Bij het voorgestelde tweede lid van het nieuwe artikel 3:4a Awb vraagt de WeCo zich af waarom niet is voorgesteld de definitie van discriminatie van artikel 1 van de Grondwet te gebruiken in plaats van de term “etnisch”, nu volgens de mvt alle andere vormen van directe discriminatie daar ook onder begrepen moeten worden? Nu moet de gekozen, meer beperkte term volgens de mvt vervolgens worden “gelezen” in het licht van deze definitie en de gelijkkluidende definitie in internationale bepalingen. Waarom dat dan niet gewoon als tekst opgenomen?

4 De effectiviteit van het wetsvoorstel

4.1 De WeCo verwacht niet dat het voorgestelde artikel 3:4a Awb een wezenlijke bijdrage levert aan de rechtsbescherming tegen het gebruik van discriminatoire risicoprofielen door bestuursorganen. Anders dan de initiatiefnemers menen, worden deze risicoprofielen namelijk niet rechtstreeks gebruikt bij het nemen van besluiten. Het gebruik van dergelijke profielen vindt plaats in de meer algemene fase van toezicht en controle op de naleving van wettelijke regels door particulieren. Dat toezicht is geregeld in hoofdstuk 5 van de Awb. Deze profielen worden gebruikt om een selectie te maken welke groepen van burgers in het toezicht worden betrokken. Pas daarna worden algemene onderzoeksacties uitgevoerd, gericht op de gehele geselecteerde groep. Bij diegenen bij wie er vervolgens signalen naar boven gekomen dat er mogelijk sprake is van een overtreding wordt daarna gericht onderzoek gedaan. Als uit dat onderzoek feiten en omstandigheden naar voren komen die als een bestuursrechtelijke overtreding gekwalificeerd kunnen worden, worden er pas besluiten als bedoeld in de Awb genomen. Als er etnisch wordt geprofileerd in de zin van het wetsvoorstel, gebeurt dat dus niet door middel van het nemen van besluiten. Daarom werkt rechtsbescherming die alleen ziet op het nemen van besluiten, zoals nu wordt voorgesteld, dus niet tegen dit etnisch profileren. De opmerking in de mvt dat het besluitbegrip centraal staat in de Awb is op zichzelf juist, maar miskent dat het op te lossen probleem zich overwegend buiten de reikwijdte van de rechtsbescherming tegen besluiten afspeelt. De oorzaak daarvan is dat het gebruik van risicoprofielen, dat wil zeggen datagedreven algoritmen, pas is ontstaan na de totstandkoming van de Awb. De ICT-revolutie die zich daarna heeft voltrokken, heeft de wijze waarop bestuursorganen functioneren en handelen ingrijpend veranderd.

De WeCo heeft onlangs nog in het advies over het concept wetsvoorstel ter versterking van de waarborgfunctie van de Awb ervoor gepleit de Awb aan te vullen met verschillende regelingen die juist bij het gebruik van algoritmen door het bestuur de rechtsbescherming kunnen versterken.³ Daarvoor zijn in recente bestuursrechtelijke literatuur (aangehaald in

² Vergelijk hoofdstuk 8 van de [Memorie van toelichting voorstel van wet tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering | Rapport | Rijksoverheid.nl](#)

³ [Waarborgfunctie Awb \(2\) -](#)

dat advies) concrete voorstellen gedaan.⁴ Vergelijkbare voorstellen zijn te vinden in het zeer recent verschenen artikel in het Nederlands tijdschrift voor Bestuursrecht.⁵ Deze voorstellen zijn gebaseerd op een grondige wetenschappelijke analyse van deze problematiek. De mvt geeft er geen blijkt van dat de initiatiefnemers kennis hebben genomen van deze analyses en de daarop gebaseerde voorstellen.

4.2 Uit de paragrafen 2.1 en 3.3 hierboven volgt dat de WeCo ook weinig effect verwacht op de rechtsbescherming in het kader van de opsporing en het strafproces.

5. Conclusie

Het voorgaande zou de indruk kunnen wekken dat weinig waarde wordt gehecht aan het discriminatieverbod. Het tegendeel is waar. De indieners brengen terecht naar voren dat discriminatie op grond van ras door de overheid het vertrouwen aantast in de instituties van die overheid en in de functionarissen die zijn belast met toezicht, handhaving, opsporing en berechting. Het belang daarvan is evident en verdient bij (aanvullende) codificatie een zorgvuldige inbedding in de stafrechtelijke rechtsorde en in de Awb ter versterking van de waarborgfunctie van die wet. Volgens de WeCo komt het wetsvoorstel daaraan in deze vorm onvoldoende tegemoet. De noodzaak om deze norm in deze vorm in het Wetboek van Strafvordering op te nemen is onvoldoende aangetoond. De voorgestelde aanvulling van de Awb zal niets oplossen. In plaats daarvan zou een voorstel moeten komen om werkelijke rechtsbescherming te bieden tegen het gebruik van risicoprofielen met discriminatoire gegevens. Dat zou in de eerste plaats ingebed moeten zijn in de voorstellen om de waarborgfunctie van de Awb te versterken, omdat juist in het bestuurlijk toezicht, los van het nemen van besluiten of het instellen van strafvervolgning, het risico het grootst is dat discriminatie plaatsvindt. Daarnaast kan aanvullend rechtsbescherming geregeld worden in Sv en in het kader van de toetsing van besluiten.

De Wetenschappelijke Commissie,

mr.dr. G.K. Schoep
voorzitter

⁴ B.J. Schueler e.a., *Verbreiding van bestuursrechtspraak. Noodzaak en consequenties van een groeimodel voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming* (VAR-reeks 171), Den Haag: Boom juridisch 2023, met name hfdst. 6 en O.A. El Khatib, *Van individuele naar systemische transparantie*, in: *Bewijsrecht* (Jonge VAR-reeks 22), Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 7-60.

⁵ NTB 2024/426