

Ik zie ik zie wat ik niet zie

Etnisch profileren en structurele rassendiscriminatie in het migratierecht

Karin de Vries & Thomas Spijkerboer¹

Hoewel de KMar inmiddels heeft laten weten niet door te zullen gaan met etnisch profileren in het kader van MTV-controles, is zulk profileren volgens de Nederlandse rechter niet in strijd met internationale discriminatieverboden. Dat strookt echter niet met de rechtspraak van het EHRM: als huidskleur, ook al is dat in een optelsom van criteria, beslissend is voor de vraag of iemand wordt staande gehouden is er steeds sprake van een onderscheid in strijd met artikel 1 Protocol 12 EVRM. Tegelijkertijd valt niet te ontkennen dat ras historisch steeds in grote mate bepalend is geweest, en nog steeds is, voor het antwoord op de vraag wie zich relatief vrij over de wereld kan bewegen, en wie niet. Die ongelijke toegang tot legale migratie komt voort uit het koloniale verleden en heeft tot gevolg dat mensen zonder rechtmatig verblijf vooral mensen van kleur zijn. Het verbod om expliciet onderscheid te maken op grond van ras maakt het echter onmogelijk om het structurele verband tussen huidskleur en verblijfsstatus juridisch te erkennen.

1. Inleiding

Op 22 september oordeelde de Rechtbank Den Haag dat de Koninklijke Marechaussee (KMar) door mocht gaan met het gebruik van etnische criteria, waaronder huidskleur, bij het opsporen van onrechtmatig verblijf.² Het oordeel van de rechtbank kwam er kortgezegd op neer dat een donkere huidskleur onder omstandigheden een objectieve aanwijzing kan zijn voor onrechtmatig verblijf en dat selecteren op huidskleur in die gevallen geen verboden discriminatie oplevert. De uitspraak heeft onder zowel juristen als niet-juristen tot veel onbegrip geleid.³ Een van de meestgehoorde kritiekpunten is dat etnisch profileren het beeld bevestigt dat Nederlanders typisch wit zijn en dat mensen van kleur dus geen vanzelfsprekende Nederlanders zijn. Dit stereotype draagt eraan bij dat niet-witte Nederlanders, vaker dan witte Nederlanders, te maken krijgen met controles waarbij zij steeds opnieuw moeten bewijzen dat zij staatsburgers zijn met het recht om in Nederland te wonen, te werken en gebruik te maken van de voorzieningen van de verzorgingsstaat.

Intussen heeft de KMar een kleine twee maanden na de uitspraak laten weten te stoppen met etnisch profileren.⁴ In *NRC* toonde KMar-commandant Hans Leijtens

zich gevoelig voor de nadelige effecten van etnisch profileren en voor de bedreiging die daarvan uitgaat voor de legitimiteit van en het vertrouwen in de Mare-

Auteurs

1. Mr. dr. K.M. de Vries is universitair hoofd-docent staats- en bestuursrecht en prof. mr. T.P. Spijkerboer hoogleraar migratierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Noten

2. Rb. Den Haag 22 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283 (hierna: 'vonnis').
3. Zie de opinies van S. Çankaya, 'Rechter koppelt ten onrechte Nederlanderschap aan witheid', *NRC* 24 september 2021; A. M'Charek & M. Rosenkrantz Lindegaard, 'Etnisch profileren? Doe het niet', *NRC* 1 oktober 2021; E.M. González Pérez & H. Siebers, 'Etnisch profileren aan de grens leidt tot willekeur en discriminatie', *Trouw* 7 oktober 2021; en B. Tarawally, 'Om mijn

kleur mag ik van de rechter uit de rij gepikt worden', *Trouw* 30 september 2021.
Momodou Malcolm Jallow, lid van de Parlementaire Assemblée van de Raad van Europa, uitte kritiek op het vonnis van de rechtbank in een brief aan de Nederlandse regering (F. Damen, 'Raad van Europa: Nederlandse rechter normaliseert discriminatie door marechaussee', *de Volkskrant* 7 oktober 2021). Zie verder K. de Vries, 'Witte Nederlanders en zwarte vreemdelingen', www.nederlandrechtsstaat.nl 11 oktober 2021; en C. Grütters & A. Terlouw, 'Hoe wit is een Nederlander?', *Asiel- en Migrantenrecht* 2021(9), p. 473-478.
4. F. Damen, 'Marechaussee stopt met etnisch profileren aan de grens, hoewel het van de rechter wél mag', *de Volkskrant* 19 november 2021.



MTV controle nabij de Duitse grens © Robin Utrecht / ANP

chaussee.⁵ Uit hetzelfde interview blijkt echter dat van alternatieven voor etnisch profileren, zoals bijvoorbeeld het controleren van iedere vijfhonderdste auto, wordt verwacht dat die minder effectief zullen zijn bij het opsporen van mensensmokkel en onrechtmatig verblijf. Net als bij de rechtbank leeft bij de KMar dus nog steeds het idee dat er wel degelijk een verband bestaat tussen iemands huidskleur en de kans dat diegene een vreemdeling is zonder rechtmatig verblijf. Waar komt dit idee vandaan?

Wij betogen dat er inderdaad een structureel verband bestaat tussen huidskleur en migratiestatus. Dat verband zit erin dat het voor mensen uit landen in het 'global South', waar de meerderheid van de bevolking een donkere huidskleur heeft, veel moeilijker is om legale toegang en rechtmatig verblijf te krijgen tot landen in het 'global North' dan omgekeerd. Hierdoor is het aannemelijk dat mensen zonder rechtmatig verblijf vooral mensen van kleur zijn. In deze bijdrage laten we zien dat die ongelijke toegang tot legale migratie zijn oorsprong heeft in het koloniale verleden. De vraag of mensen een recht hebben om vrij over de wereld te reizen en zich naar andere staten te begeven is sinds het begin van de 16^e eeuw verschillend beantwoord. Een constante is echter dat de regulering van migratie in het internationale recht steeds overwegend ten dienste heeft gestaan van

de (economische) belangen van de bevolking van het huidige 'global North'. Het feit dat huidskleur bij etnisch profileren wordt gebruikt als indicator voor de rechtmatigheid van iemands verblijf is symptomatisch voor de rol die 'ras' speelt bij de toegang tot internationale mobiliteit.

Wij bespreken hieronder eerst de uitspraak van de Rechtbank Den Haag. Daarna geven we inzicht in de historische ontwikkeling van migratieregulering en laten we zien dat etnisch profileren niet 'toevallig' een geschikte manier is om onrechtmatig verblijf op te sporen, maar nauw samenhangt met de manier waarop onrechtmatig verblijf wordt gedefinieerd. Tot slot betogen we dat de rechtbank de criteria uit de rechtspraak van het EHRM onjuist heeft toegepast en dat etnisch profileren, zoals toegepast door de KMar, wel in strijd is met het discriminatieverbod van artikel 1 Protocol 12 EVRM.

2. De uitspraak van de rechtbank

De zaak waarin de Rechtbank Den Haag uitspraak deed was een collectief-belangactie die was aangespannen door vier organisaties – Amnesty International, het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM), Controle Alt Delete en Radar (een anti-discriminatievoorziening) – en twee individuele eisers. Het geschil ging over etnisch profileren door de KMar bij controles aan de binnengren-

Het feit dat huidskleur bij etnisch profileren wordt gebruikt als indicator voor de rechtmatigheid van iemands verblijf is symptomatisch voor de rol die 'ras' speelt bij de toegang tot internationale mobiliteit

zen van de EU. Daadwerkelijke grenscontroles, waarbij iedereen zich moet identificeren, zijn aan deze binnengrenzen niet toegestaan onder het EU-recht. Het Europees Hof van Justitie (HvJ EU) laat in zijn jurisprudentie echter ruimte voor beperkte vormen van controle, waarbij kleine aantallen reizigers binnen een zekere afstand van de grens gecontroleerd mogen worden om onrechtmatig verblijf tegen te gaan.⁵ Deze controles vinden in Nederland plaats in de vorm van het Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV). Dat er door de KMar bij het uitvoeren van dit toezicht gebruik werd gemaakt van etnische selectiecriteria werd door de Staat niet ontkend. De partijen waren het er echter niet over eens of dit in overeenstemming was met het discriminatieverbod.

Het Mobiel Toezicht Veiligheid is geregeld in artikel 4.17a Vreemdelingenbesluit 2000. Volgens deze bepaling wordt het toezicht primair 'uitgevoerd op basis van informatie of ervaringsgegevens over illegaal verblijf na grensoverschrijding'. Uit het vonnis blijkt dat deze informatie en gegevens worden verwerkt in risicoprofielen, die door de KMar op landelijk niveau worden vastgesteld en die samenhangen met bepaalde 'migratiefenomenen'. Om wat voor fenomenen het precies gaat is niet nader toegelicht; een eerder rapport van de Nationale ombudsman noemt het voorbeeld van een 'verhoogde asieliinstroom'.⁷ Op basis van de risicoprofielen bepaalt de KMar wanneer en waar (op welke vlucht, in welke trein) MTV-controles zullen worden uitgevoerd. Tijdens die controles beslissen individuele KMar-medewerkers wie staande wordt gehouden. Dat gebeurt op basis van 'veelal persoonsgebonden gegevens of kenmerken' die passen bij het toegepaste risicoprofiel.

De eisers vroegen de rechtbank om voor recht te verklaren dat het gebruik van etniciteit als risico-indicator bij grenscontroles in strijd is met het discriminatieverbod en om dit gebruik te verbieden. De rechtbank wees de vorderingen af. Zij oordeelde dat niet was aangetoond dat etnische criteria, waaronder huidskleur, deel uitmaken van de door de KMar gebruikte risicoprofielen, maar achtte wel bewezen dat etnische kenmerken een rol spelen bij de selectie van personen die tijdens een controle worden staande gehouden. Dit is volgens de rechtbank echter objectief gerechtvaardigd met het oog op het voorkomen van onrechtmatig verblijf. Etnische kenmerken kunnen immers, aldus de rechtbank, een aanwijzing zijn voor iemands herkomst of nationaliteit. De Staat had bovendien aangevoerd dat de beslissing om iemand staande te houden altijd gebaseerd is op een combinatie van factoren (waaronder bijvoorbeeld ook leeftijd, reisgezelschap of reisroute) en nooit alleen op iemands huidskleur. Volgens de rechtbank is dit gebruik van huidskleur in combinatie met andere factoren niet in strijd met het discriminatieverbod, ook niet als huidskleur in de 'optelsom van samenhangende indicatoren voor een concrete selectiebeslissing' uiteindelijk de doorslag geeft.⁸ De rechtbank erkent dat etnisch profileren het risico met zich mee-

Etnische kenmerken kunnen immers, aldus de rechtbank, een aanwijzing zijn voor iemands herkomst of nationaliteit

brenkt dat iemands huidskleur in concrete gevallen wel de enige of overwegende reden is om diegene te controleren. Een dergelijke gang van zaken is volgens de rechtbank in strijd met artikel 1 Protocol 12 EVRM en dus onrechtmatig.⁹ Een algemeen verbod op het gebruik van etnische kenmerken, zoals de eisers hadden gevorderd, is volgens de rechtbank echter pas aan de orde als blijkt dat die kenmerken structureel op een onrechtmatige manier een rol spelen bij selectiebeslissingen. Dat daarvan sprake zou zijn acht de rechtbank niet bewezen.¹⁰

3. Ras en de internationale regulering van migratie¹¹

De rechtbank erkent dus dat etniciteit een belangrijke rol speelt bij de beslissing om iemand staande te houden voor controle, maar vindt het gebruik van etnische kenmerken in dit verband rechtmatig. Om de logica van dit op het eerste gezicht verrassende oordeel te begrijpen is het nodig te begrijpen hoe de regulering van migratie zich heeft ontwikkeld.

Het recht om te reizen

Het migratierecht stamt uit de vroegmoderne periode. Een van de grondleggers van het internationale recht, Francisco de Vitoria (1485-1546), betoogde dat een van de legitimaties van de Spaanse kolonisatie van Amerika bestond uit het recht daarheen te reizen en er te verblijven (*ius peregrinandi in illas provincias et ille degendi*), mits de Spanjaarden de oorspronkelijke bewoners geen schade toebrechten. Hij gaf daarmee een nieuwe invulling aan een idee dat inhoudelijk teruggaat tot kerkvader Augustinus, en die gedeeld werd door tijdgenoten als De Soto en later Suárez. In 1609 publiceerde Hugo de Groot (1583-1645) *Mare Liberum* (De vrije zee), waarin hij het Portugese monopolie op handel met Oost-Indië bestreed, en beargumenteerde dat de VOC dat recht evengoed had. Hij betoogt dat er een 'gantsch seeckeren reghel van het recht der Volckeren' bestaat 'daer van de reden klaer ende onveranderlick is: Dat het yder volck gheoorloft is te besoecken wat volck dat het is ende daer mede te traffykeren.' In zijn magnum opus *De Iure Belli Ac Pacis* (Over het recht van oorlog en vrede, 1625) nam hij dezelfde positie in. De Groot's visie op het recht om handel te drijven en het daarmee samenhangende recht op vestiging is goed terug te zien in de verdragen die de VOC aan het

5. W. Heck, 'We kunnen ook elke rode auto controleren. Kijken wat dat oplevert', *NRC* 24 november 2021.

6. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 21 juni 2017, C-9/16, ECLI:EU:C:2017:483 (A./Staatsan-

waltschaft Offenburg).

7. Nationale ombudsman, rapport 2017/044.

8. Vonnis, r.o. 8.10.

9. Vonnis, r.o. 8.15.

10. Vonnis, r.o. 8.17.

11. Zie over deze historische kant uitgebreider Karin de Vries & Thomas Spijkerboer, 'Race and the regulation of international migration. The ongoing impact of colonia-

lism in the case law of the European Court of Human Rights', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2021(4), p. 291-307. Zie ook E.T. Achiume, 'Racial Borders', 2021, <https://ssrn.com/abstract=3962563>.

begin van de 17^{de} eeuw sloot met machthebbers in Indonesië.

Vanaf de tweede helft van de 17de eeuw richt de internationaalrechtelijke doctrine zich op een machts-evenwicht binnen Europa, en verdwijnt de rechtvaardiging van koloniale expansie naar de achtergrond. Emer de Vattel (1714-1767) is een van de auteurs die het idee ontwikkelen dat staten weliswaar allerlei verplichtingen hebben, maar dat andere staten die niet kunnen afdwingen. Zijn boek *Le droit des gens* (1758) is een van de belangrijkste bronnen voor die gedachtengang, die ook te vinden is in het werk van Pufendorf (1632-1694) en Wolff (1679-1754). Vattel stelt dat er een algemeen recht is om over de wereld te reizen om te communiceren, te handelen en voor andere geldige redenen, zolang het gaat om *innocent use* waarvan de bevolking geen schade ondervindt. Maar daar tegenover stelde hij dat elke staat het recht heeft om een vreemdeling te weigeren. Vattel gaat zelf in op de spanning tussen deze twee posities. Hij stelt dat staten vreemdelingen alleen mogen weigeren als daar een goede reden voor is. Maar als een staat een vreemdeling de toegang weigert zonder behoorlijke motivering, dan is die weigering toch een gegeven waar de vreemdeling en diens staat het mee moeten doen. Anachronistisch gezegd, stelt Vattel dat staten de *innocent use* van hun grondgebied moeten toestaan, maar dat ze daarbij een beoordelingsmarge hebben. Die beoordelingsmarge is kleiner als er sprake is van *necessity*, en daar heeft Vattel nu weer een ruime opvatting over. Als iemand niet in zijn levensonderhoud kan voorzien, als de staat volledig in gebreke blijft in zijn verplichting tegenover een burger, of als de staat aan zijn burgers wetten oplegt die verder gaan dan waartoe het sociaal contract grondslag biedt, dan moet aan vreemdelingen vrije doorgang geboden worden en hebben zij, behoudens zwaarwegende redenen, recht op verblijf. Als geen enkele staat verblijf biedt dan mogen zulke vreemdelingen zich vestigen op het eerste grondgebied waar zij dat kunnen doen zonder de bevolking van dat grondgebied te beroven.

Georg Friedrich von Martens (1756-1821) benadrukt net als Vattel het recht van staten om vreemdelingen te weren. Maar, schrijft hij, binnen Europa is deze strenge praktijk verleden tijd en verlenen staten vrije toegang aan elkaars onderdanen. Alleen in andere delen van de wereld is dat anders. Nog veel verder in deze tegenstelling gaat Johann Caspar Bluntschli (1808-1881), een vrijwel vergeeten Zwitsers/Duitse hoogleraar publiekrecht wiens werk destijds in het Engels, Frans, Spaans, Japans en Chinees vertaald werd. Bluntschli stelt dat vreemdelingen in de oudheid als rechtelozen werden behandeld, maar dat deze barbaarse gewoonte nu op zijn retour is. De mensenrechten van vreemdelingen, waaronder *Freizügigkeit* (het recht om zich ergens te vestigen), worden nu in de hele beschaafde wereld erkend, aldus Bluntschli. Alleen in Azië en Afrika, waar de beschaving nog niet zo ver voortschreden was, duurde de aloude ontkenning van de rechten van vreemdelingen nog voort. Maar China en Japan hadden deze beperkingen opgeheven 'onder druk van de dwingende macht van het versterkte menselijke volkenrecht'. Bluntschli verwijst in positieve zin naar verdragen die tegenwoordig bekend staan als *unequal treaties*, waaronder het verdrag dat aan de wieg stond van de term

kanoneerbotendiplomatie (vanwege de militaire druk die werd uitgeoefend om Japan tot tekenen te overreden). Net als Vitoria en De Groot beschouwt Bluntschli het recht om te migreren als een rechtvaardiging voor interventies waarmee Europese grootmachten hun wil oplegden aan China en Japan. Ook in verdragen die aan het eind van de 19de eeuw met Afrikaanse machthebbers werden gesloten speelde het recht om handel te drijven en het recht om in verband daarmee te reizen een belangrijke rol.

Migratiecontrole als uitdrukking van staatssoevereiniteit

Na de afschaffing van de slavernij in de VS in 1865 konden voor de ontginning van de Amerikaanse Westkust geen Afro-Amerikanen gebruikt worden. Daarvoor werden contractarbeiders ingezet. Waar Groot-Brittannië en Nederland die uit hun eigen koloniën haalden, betrokken de Verenigde Staten hun arbeidskrachten uit China en Japan. In dat kader sloten de Verenigde Staten en China in 1868 een verdrag dat, in de geest van Vitoria, De Groot en Bluntschli, repte van 'the inherent and inalienable right of man to change his home and allegiance, and also the mutual advantage of the free migration and

Migratie was niet meer het onvervreembare recht dat het in 1868 nog was en dat eeuwenlang als een vanzelfsprekend onderdeel van het internationale recht gold

emigration of their citizens and subjects, respectively, from one country to the other, for purposes of curiosity, of trade, or as permanent residents.' Maar in Californië greep in dezelfde periode het gevoel om zich heen de grip op de immigratie te verliezen. De hieruit voortkomende *Chinese Exclusion Act* van 1882 resulteerde in een serie uitspraken van het Amerikaanse Hooggerechtshof. Dat Hof maakte uit dat de bevoegdheid om vreemdelingen te weigeren voortvloeit uit staatssoevereiniteit, en dat het derhalve de overheid vrij staat om de aanwezigheid van vreemdelingen van een ander ras als een gevaar voor de vrede en veiligheid van het land aan te merken. Hoewel het Hof in een van de vervolgzaken Vattel selectief citeerde, betekende dit een abrupte breuk met de internationaalrechtelijke doctrine en statenpraktijk tot op dat moment. Migratie was niet meer het onvervreembare recht dat het in 1868 nog was en dat eeuwenlang als een vanzelfsprekend onderdeel van het internationale recht gold. Sterker nog: het was niet het individu dat het recht had om te migreren, maar de staat die het recht had dat onmogelijk te maken. Dit idee werd in de Angelsaksische wereld snel overgenomen, en verspreidde zich na de Eerste Wereldoorlog ook in Europa.

Na de Tweede Wereldoorlog poogden de koloniale landen aanvankelijk te komen tot uiteenlopende Gemeenbest-constructies met hun koloniën. Indonesië weigerde dat, maar met Suriname en de Antillen werd een vorm gevonden die onder meer vrij verkeer voor Surinamers en Antillianen behelsde. Ook het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk voerden eind jaren veertig vrij verkeer in. Na de dekolonisatie bleef het vrij verkeer aanvankelijk voortbestaan, maar het Verenigd Koninkrijk begon dat vanaf 1962 in te perken (in 1974 en 1980 gevolgd door Frankrijk en Nederland).

Migratiecontrole voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

De eerste migratiezaken die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bereikten gingen over de afschaffing van het recht van onderdanen van het Britse Gemeenbest om naar het Verenigd Koninkrijk te reizen. Gemeenbest-onderdanen met een in het VK geboren ouder (*patrials*) hadden als staatsburgers toegang tot het grondgebied van het VK, terwijl anderen (*non-patrials*) als immigranten

Het EVRM wordt dus zo uitgelegd dat staten een recht hebben, waarop een vreemdeling onder bepaalde, bijzondere omstandigheden een inbreuk kan maken

behandeld werden. In de praktijk betekende dit dat mensen die afstamden van de voormalige koloniatoren (en dus: witte Gemeenbestonderdanen) zonder belemmering naar het VK konden reizen, terwijl niet-witte voormalig gekoloniseerden als immigrant behandeld werden.

Dit was de context waarin het Hof het *Abdulaziz*-arrest gaf, dat nog steeds als standaard geldt in de rechtspraktijk en in het onderwijs.¹² Het Hof besliste dat 'as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory'.¹³ Hiermee nam het Hof de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof in zoverre over dat de bevoegdheid (het Hof spreekt zelfs van een recht) van staten om vreemdelingen uit te sluiten als vertrekpunt werd genomen; als een vreemdeling desondanks een subjectief recht op toelating tot gelding wil brengen, dan rust de bewijslast op de vreemdeling. Het EVRM wordt dus zo uitgelegd dat staten een recht hebben, waarop een vreemdeling onder bepaalde, bijzondere omstandigheden een inbreuk kan maken. De gewone structuur van het EVRM is dat mensen een recht hebben, waarop een staat in nauw omschreven gevallen een inbreuk kan maken. Dembour noemt de *Abdulaziz*-constructie, die alleen in het migratierecht

voorkomt, de 'Straatsburgse omkering'.¹⁴ In de drie gevallen die in de zaak *Abdulaziz* voorlagen, oordeelde het Hof dat het recht op gezinsleven van drie in het VK gevestigde vrouwen niet werd geschonden, omdat zij niet hadden aangetoond dat ze niet elders met hun echtgenoten konden samenleven.

Een verschil met het Amerikaanse Hooggerechtshof in 1889 is dat het Straatsburgse Hof oordeelt dat de bevoegdheid om vreemdelingen te weigeren in overeenstemming met verdragsverplichtingen moet worden uitgeoefend. De drie vrouwen wonnen hun zaak waar het ging om discriminatie op grond van geslacht. Mannen in hun situatie konden wel hun vrouwen laten overkomen, maar de drie eisers in deze zaak konden dat niet omdat ze vrouw waren. Het Hof vond daarentegen niet dat het hierboven beschreven onderscheid tussen *patrials* en *non-patrials* onderscheid op grond van ras opleverde. Het Hof negeerde dat het onderscheid tussen staatsburgers (*patrials*) en immigranten (*non-patrials*) was gemaakt met het oog op de beperking van migratie van Gemeenbestonderdanen van kleur, en dat dit onderscheid evident raciaal was. In plaats daarvan vond het Hof dat het toeval was dat niet-witten zich als migranten bij het VK vervoegden:

'That the mass immigration against which the rules were directed consisted mainly of would-be immigrants from the New Commonwealth and Pakistan, and that as a result they affected at the material time fewer white people than others, is not a sufficient reason to consider them as racist in character: it is an effect which derives not from the content of the 1980 Rules but from the fact that, among those wishing to immigrate, some ethnic groups outnumbered others'.¹⁵

Dat dit effect tot stand werd gebracht door het onderscheid tussen *patrials* en *non-patrials* beschouwde het Hof als een gegeven dat niet beoordeeld hoefde te worden op verenigbaarheid met het discriminatieverbod. Dit is alleen mogelijk door de amnesie die het Hof ten toonspreidt; het is kennelijk niet in staat waar te nemen dat dit onderscheid samenvalt met het evident geracialiseerde onderscheid tussen voormalige koloniatoren en gekoloniseerden.¹⁶

4. Van 'Chinese Exclusion Act' naar Mobiel Toezicht Veiligheid

Het internationale recht inzake migratie heeft dus sinds het begin van de 16^e eeuw voornamelijk ten dienste gestaan van Europeanen, die zich met een beroep op het fundamentele recht van vrij verkeer over de wereld hebben verspreid om handel te drijven en koloniën te stichten. De ommekeer – de erkenning van de soevereine bevoegdheid van staten om migratie te beperken – kwam

12. EHRM 28 mei 1985, appl. nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/het Verenigd Koninkrijk*).

13. *Abdulaziz*, o.c. par. 67.

14. M.-B. Dembour, *When Humans Become Migrants. Study of the European*

Court of Human Rights with an Inter-American Counter-Point, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 96 e.v.

15. *Abdulaziz*, o.c. par. 85.

16. Amnesie is de diagnostische term voor dissociatief geheugenverlies, dat wordt veroorzaakt door psychotrauma.

aan het eind van de 19^e eeuw in de Verenigde Staten als reactie op de komst van vreemdelingen van een ander ‘ras’ naar gekoloniseerde gebieden. Na de Tweede Wereldoorlog en de dekolonisatie werd deze doctrine van migratiebeperking als uitdrukking van staatssoevereiniteit door Europese staten gebruikt om migratie uit de voormalige koloniën naar Europa een halt toe te roepen, terwijl binnen Europa de grenzen gaandeweg juist werden opgeheven. Het valt niet te ontkennen dat ras historisch steeds in grote mate bepalend is geweest, en nog steeds is, voor het antwoord op de vraag wie zich (relatief) vrij over de wereld kan bewegen, en wie niet.

Hoe moeten we, in het licht van deze geschiedenis, aankijken tegen het gebruik van etnisch profileren door de KMar en de uitspraak van de Rechtbank Den Haag? Er hebben zich na de Tweede Wereldoorlog belangrijke veranderingen voorgedaan in de manier waarop, ook in het recht, tegen rassenonderscheid wordt aangekeken. Uitdrukkelijk onderscheid op grond van huidskleur of ‘ras’, zoals dat wettelijk was voorgeschreven in Nederlands-Indië, in de Verenigde Staten onder de *Jim Crow*-wetten of in Zuid-Afrika onder het apartheidsregime, wordt tegenwoordig beschouwd als rassendiscriminatie en daarmee als een schending van een van de belangrijkste mensenrechtennormen die we kennen. Dat is in het migratierecht niet anders. Het EHRM erkende in *Abdulaziz* dat de verdragsstaten migratie mogen controleren, maar voegde daaraan toe dat zij geen ‘policies of a purely racist nature’ mogen hanteren.¹⁷

Het Mobiel Toezicht Veiligheid verschilt op het eerste gezicht van rechtstreeks of expliciet op ‘ras’ gebaseerde immigratiewetten, zoals de Amerikaanse *Chinese Exclusion Act* maar bijvoorbeeld ook de tot 1970 gevolgde *White Australia Policy*, in die zin dat huidskleur of etnische afkomst niet als zodanig wordt gebruikt als reden om vreemdelingen verblijf in Nederland te ontzeggen. Zoals hiervoor beschreven werkte de KMar bij de MTV-controles met risicoprofielen, gebaseerd op informatie over irreguliere migratiestromen. Het doel van die controles was dus niet om donkere of niet-witte mensen in het algemeen tegen te houden, maar enkel migranten die geen geldig verblijfsdoel hadden of niet beschikten over de juiste reisdocumenten en daarom niet gerechtigd waren om Nederland binnen te komen (zoals ‘Nigeriaanse geldsmokkelaars’ of ‘Syrische mensensmokkelaars’). Dat de migranten op wie de risicoprofielen betrekking op hadden steeds afkomstig waren uit landen met een overwegend niet-witte bevolking maakte dat huidskleur door de KMar, daarin gevolgd door de Rechtbank Den Haag, als een geschikt en niet-discriminatoire criterium werd beschouwd om die migranten in het vizier te krijgen. Etnisch profileren wordt, met andere woorden, aanvaardbaar gevonden omdat het gericht is op het tegengaan van onrechtmatig verblijf en niet op het weren van mensen van kleur.

Afgezien van de juridische juistheid van de rechtbankuitspraak (zie daarover par. 5) is deze uitkomst om twee redenen problematisch. De eerste is dat huidskleur – ook een donkere huidskleur – maar een zeer beperkte waarde heeft als het gaat om het identificeren van de specifieke risicogroepen waar de MTV-controles volgens de KMar op gericht waren.¹⁸ Het is weliswaar mogelijk om, zoals de KMar deed, een lijstje op te stellen van kenmerken die

passen bij een bepaald risicoprofiel, en huidskleur zal vaak een van de kenmerken op die lijstjes zijn. De meeste, zo niet alle, Nigeriaanse geldsmokkelaars zullen immers een donkere huidskleur hebben. Dat geldt echter ook voor de meeste Congolese asielzoekers, Ghanese gezinsmigranten, sommige Zuid-Afrikaanse toeristen en Barack Obama. Het criterium ‘donkere huidskleur’ is dus veel te weinig precies om iemand onder een specifiek risicoprofiel te brengen. Hetzelfde geldt voor andere uiterlijkheden, die kunnen vaak wel een nadere aanduiding geven van iemands herkomst – zoals het binnen Europa ook wel enigszins mogelijk is om een Noor van een Spanjaard te onderscheiden – maar erg precies zijn dat soort inschattingen doorgaans niet. Ook wanneer, zoals de KMar naar eigen zeggen steeds deed, een combinatie van criteria wordt gebruikt (waaronder bijvoorbeeld ook geslacht, leeftijd en/of reisroute) blijft de kans op vals-positieven erg groot. Wie kan zeggen of een donkere man in een pak die zenuwachtig is en snel loopt een Nigeriaanse geldsmokelaar is, of een Kameroense zakenman (al dan niet met een Nederlands paspoort) die nodig moet plassen? Het is dus heel moeilijk om controles effectief zo in te richten dat vooral Nigeriaanse geldsmokkelaars worden gecontroleerd. In de praktijk bestaat de groep die bij MTV-controles uit de rij wordt gehaald uit (al dan niet jonge, snellopende, pakdragende, mannelijke) mensen van kleur. Hun huidskleur speelt daarbij een beslissende rol.

Dit brengt ons bij de tweede, fundamentele reden waarom het gebruik van huidskleur als selectiecriterium bij grenscontroles problematisch is. Hoewel de KMar noch de rechtbank dit expliciet zo zegt, lijken beide ervan uit te gaan dat huidskleur slechts toevallig als risico-indicator boven is komen drijven in het kader van het MTV – omdat de groepen waarop de controles gericht zijn nu eenmaal uit een land komen waar de bevolking (overwegend) donker is. Of zoals het Europees Hof voor de Rechten overwoog: ‘among those wishing to immigrate, some ethnic groups [outnumber] others’. De geschiedenis van migratieregulering laat echter zien dat het verband tussen huidskleur en onrechtmatig verblijf bepaald geen toevaligheid is. Zoals we hiervoor constateerden heeft de manier waarop migratie, sinds de vroege 16e eeuw, in het internationale recht is gereguleerd steeds ten dienste gestaan van de welvaart van de voornamelijk witte, westerse bevolking van het tegenwoordige ‘global North’. Ook vandaag de dag zijn het vooral witte mensen die zich zonder al te veel belemmeringen over de wereld kunnen bewegen, terwijl mensen van kleur veel vaker aangewezen

De geschiedenis van migratieregulering laat echter zien dat het verband tussen huidskleur en onrechtmatig verblijf bepaald geen toevaligheid is

zijn op illegale reisroutes en clandestien verblijf.¹⁹ Het verband tussen huidskleur en verblijfsstatus is daarmee structureel. Een tweede aanwijzing hiervoor is dat het bij etnisch profileren steeds een *donkere* huidskleur is die als indicatie van mogelijk onrechtmatig verblijf wordt gezien. Als internationale mobiliteit en de toegang tot legale migratieroutes gelijk verdeeld zouden zijn, zonder dat huidskleur daarbij direct of indirect een rol zou spelen, zou een redelijke verwachting zijn dat er ook risicoprofielen bestaan die aanleiding geven om witte vreemdelingen uit de rij te halen (bijvoorbeeld Duitse geldsmokkelaars of Australiërs zonder geldig visum). Voorbeelden van dergelijke situaties zijn ons echter niet bekend.

5. Etnisch profileren en het EVRM

We bespreken tot slot hoe het etnisch profileren door de KMar zich verhoudt tot de discriminatieverboden uit het EVRM en de rechtspraak van het EHRM. De Rechtbank Den Haag toetste aan artikel 1 Protocol 12 EVRM en oordeelde dat het discriminatieverbod niet geschonden was. Daarbij ging de rechtbank ervan uit dat het selecteren op huidskleur en andere etnische kenmerken een geschikte en daarmee rechtmatige manier is om een legitiem doel (migratiecontrole) te bereiken. In de vorige paragraaf legden wij al uit waarom huidskleur volgens ons *niet* geschikt is om specifieke groepen onrechtmatige verblijvende vreemdelingen op te sporen. Dat betekent ook dat selectie op grond van huidskleur (of andere etnische kenmerken) volgens ons in die gevallen niet gebaseerd is op een objectieve en redelijke rechtvaardiging en dus in strijd met het discriminatieverbod van Artikel 1 Protocol 12 EVRM. Dat zou nog anders kunnen zijn als Nederland in deze situatie een zeer ruime *margin of appreciation* zou hebben. Daarvan is echter geen sprake, bij onderscheid op grond van huidskleur of etnische afkomst geldt volgens de rechtspraak van het EHRM juist een zeer strikte toets. In het arrest *Timishev/Rusland* overwoog het EHRM zelfs dat 'no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society [...]'.²⁰

De rechtbank gebruikt dit criterium uit het *Timishev*-arrest als toetsingskader in de zaak tegen de KMar. Zij vertaalt de zinsnede 'exclusively or to a decisive extent' echter als 'louter of in overwegende mate' en even verderop als de 'enige relevante of meest zwaarwegende reden'.²¹ Vervolgens oordeelt de rechtbank dat er bij de MTV-controles geen sprake was van een situatie waarin beslissingen om iemand te controleren 'louter of in overwegende mate' werden gebaseerd op etnische kenmerken. De beslissing om iemand te controleren was immers steeds gebaseerd op een 'optelsom van samenhangende indicatoren', waarbij de etnische kenmerken – daar lijkt de rechtbank althans vanuit te gaan – niet

meer gewicht in de schaal legden dan niet-etnische kenmerken zoals leeftijd of geslacht.

Hoewel de Nederlandse vertaling van het *Timishev*-criterium door de rechtbank op het eerste gezicht misschien geen verwondering wekt, blijkt er bij nader inzien toch een belangrijk verschil te bestaan tussen de term 'decisive' ('beslissend') uit het arrest en de vertaling daarvan door de rechtbank als 'overwegend' of 'zwaarwegend'. De rechtbank overweegt immers dat huidskleur bij de MTV-controles weliswaar niet het enige of meest gewichtige selectiecriteria is, maar stelt tegelijkertijd vast dat huidskleur 'in de optelsom van selectie-indicatoren' wel degelijk de doorslag kan geven. Wij menen dat er in die gevallen dan ook wel sprake is van een 'decisive' criterium in de zin van het *Timishev*-arrest. Dat betekent dat het gebruik van huidskleur en andere etnische kenmerken door de KMar, naar de maatstaven van het EHRM, toch wel in strijd is met het discriminatieverbod.

6. Conclusie

Hoewel de KMar inmiddels heeft laten weten niet door te zullen gaan met etnisch profileren in het kader van MTV-controles, is zulk profileren volgens de Nederlandse rechter niet in strijd met internationale discriminatieverboden. Wij hebben betoogd dat die uitkomst niet strookt met de rechtspraak van het EHRM: als huidskleur, ook al is dat in een optelsom van criteria, beslissend is voor de vraag of iemand wordt staande gehouden is er steeds sprake van een onderscheid in strijd met artikel 1 Protocol 12. Bovendien zijn huidskleur en andere etnische kenmerken, ook bij een lichtere toets, geen geschikte en dus geen rechtmatige criteria voor het opsporen van specifieke groepen onrechtmatig verblijvende migranten, op grond van risicoprofielen zoals die tot voor kort door de KMar werden gebruikt.

Dat neemt niet weg dat huidskleur, los van specifieke risicoprofielen, wel degelijk een indicator is van onrechtmatig verblijf. Dat komt door de manier waarop migratie in het internationale recht is gereguleerd: sinds het eind van de 19^e eeuw hebben staten het recht om migratie te controleren en wordt die bevoegdheid gebruikt om de mobiliteit van mensen uit het 'global South' te beperken. Het recht van vrij verkeer waarvan Europeanen vanaf de 16^e eeuw de vruchten hebben geplukt is voor hen niet weggelegd. Het verbod om expliciet onderscheid te maken op grond van ras, dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het *Abdulaziz*-arrest herhaalde, maakt het echter onmogelijk om het structurele verband tussen huidskleur en verblijfsstatus te erkennen. Deze juridische versie van freudiaanse ontkenning leidt tot lastig te volgen posities als die van de KMar en de rechtbank in de hier besproken uitspraak: 'ras' is geen grond voor rechtmatig verblijf, maar mag wel *een beetje* een rol spelen bij migratiecontroles. •

17. *Abdulaziz*, o.c. par. 84.

18. Met dank aan Sinan Çankaya en Dione Abdoelhafezkan die dit punt voor ons verduidelijkten. Zie ook Grütters & Terlouw, o.c.

19. Zie T. Spijkerboer, 'The Global Mobility Infrastructure. Reconceptualising the Externalisation of Migration Control', *European Journal of Migration and Law* 2018(4), p. 452-469; H. van Houtum, 'Human Blacklist-

ing: The Global Apartheid of the EU's External Border Regime', *Environment and Planning D: Society and Space* 2010(6), p. 957-976.

20. EHRM 13 december 2005, klachtnrs

55762/00 en 55974/00 (*Timishev/Rusland*), par. 58.

21. Vonnis, r.o. 8.10.