

Hoe kleurenblind is Vrouwe Justitia?

Over de auteurs

Aan deze bijdrage hebben meegewerkt:

Melda Güvercin, Sadaf Oryan Abkenar en Sofia de Jong.

Zij volgden het Honours College Law vak 'Colorblind Criminal Justice', dat werd verzorgd door hoogleraar Rechtssociologie Maartje van der Woude.

Op **vrijdag 18 september** van 13:00-17:00 uur organiseren studenten van Honours College Law van de Universiteit Leiden in samenwerking met hoogleraar Rechtssociologie Maartje van der Woude een themamiddag voor studenten over recht, racisme en de samenleving. In dit artikel wordt besproken hoe en waar ongelijkheid vorm kan krijgen binnen verschillende schakels in de Nederlandse strafrechtketen: wetgeving, handhaving en rechtspraak.



**Universiteit
Leiden**
Rechtsgeleerdheid

Inleiding

In de zomer van 2019 is een groep studenten onder begeleiding van hoogleraar Rechtssociologie Maartje van der Woude (Van Vollenhoven Instituut) afgereisd naar San Francisco om meer te weten te komen over ongelijkheid langs de lijnen van ras en sociale klasse in de Verenigde Staten. Deze reis maakte onderdeel uit van een Honours College Law vak ‘Colorblind Criminal Justice’, waarin er ook naar ongelijkheid in Nederland en Europa werd gekeken. Precies een jaar na afloop van de studiereis naar de San Francisco Bay Area is de Verenigde Staten in rep en roer: de aanhouding en daaropvolgende dood van George Floyd blijkt de laatste druppel te zijn die een overvolle emmer van politiegeweld en institutioneel racisme heeft doen overlopen.

“De aanhouding en daaropvolgende dood van George Floyd blijkt de laatste druppel te zijn die een overvolle emmer van politiegeweld en institutioneel racisme heeft doen overlopen.”

In reactie op de gebeurtenissen in de VS zijn er voorts wereldwijde protestbewegingen ontstaan die, zonder direct een vergelijking te willen trekken met de exceptionele situatie in de Verenigde Staten, meer aandacht vragen voor de ongelijke behandeling van etnische minderheden. Ook in Nederland staat het onderwerp racisme volop in de schijnwerpers, zowel in de politiek als in de media wordt er veel aandacht aan besteed. Van een gesprek met premier Mark Rutte tot aan een voetbalprogramma, racisme is een hot topic. Grofweg lijken de meningen onder het publiek verdeeld te zijn in twee groepen. De ene groep lijkt te vinden dat het racisme binnen de Nederlandse samenleving in vergelijking met de Verenigde Staten meevalt en dat de protestacties in Nederland dus rijkelijk overdreven zijn, terwijl de andere groep lijkt te vinden dat etnische minderheden ook in Nederland ongelijk worden behandeld, dat ook in Nederland veranderingen vereist zijn en dat het openlijk aangaan van de dialoog hierover belangrijk is.

Hoewel ongelijke behandeling kan plaatsvinden op basis van gender, seksualiteit, religie, sociale klasse en dikwijls op basis combinaties van deze factoren willen wij reflecteren op ongelijkheid over de band van etniciteit in Nederland. Puttend uit en geïnspireerd door onze eigen inzichten en ervaringen opgedaan tijdens

het vak Colorblind Criminal Justice en in het bijzonder de reis naar de San Francisco Bay Area willen zullen we dit doen door te kijken naar verschillende schakels binnen de strafrechtsketen – de wetgever, handhaving en rechtspraak – en, op basis van inzichten uit empirisch onderzoek, illustreren waar en hoe er daarbinnen ruimte is voor deze vorm van ongelijke behandeling.

Wetgeving die ruimte laat voor ongelijkheid?

De Nederlandse grondwet begint in artikel 1 met het discriminatieverbod: niemand mag gediscrimineerd worden op basis van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook. Dit discriminatieverbod is verder uitgewerkt in de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) en is strafrechtelijk verankerd in 137g Sr en 429quater Sr.1 Verder werken verschillende internationale verdragen direct door die een discriminatieverbod bevatten, zoals artikel 21 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.² Hoewel deze verboden duidelijk zijn, kan het door de wetgever creëren of laten van discretionaire ruimte wel degelijk de mogelijkheid in het leven roepen voor het maken van onderscheid op basis van etniciteit. Er zijn verschillende voorbeelden van wetgeving die de iure niet discrimineert, maar die *de facto* discriminatie in de hand werkt. Hierbij kan vooral gedacht worden aan artikelen betreffende controle- en opsporingsbevoegdheden die kunnen worden ingezet zonder dat er sprake hoeft te zijn van een redelijk vermoeden van schuld. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de verruimde opsporingsmogelijkheden bij de bestrijding van terrorisme, de mogelijkheid om preventief te fouilleren en het staande houden van voertuigen.³ Door het ontbreken van het vereiste van ‘een redelijk vermoeden’ voordat de bevoegdheid mag worden toegepast en de daardoor ruime discretionaire beoordelingsvrijheid van de verantwoordelijke uitvoeringsambtenaren, kan discriminatie bij de uitvoering van deze wetgeving in de hand worden gewerkt.⁴ Actuele discussies over etnisch profileren door de Nationale Politie en ook de Koninklijke Marechaussee zijn hiervoor illustratief.⁵ Waar de discretionaire beslissingen van politieambtenaren en toezichthouders weliswaar het meest zichtbaar en de consequenties daarvan het meest direct voelbaar zijn op het *street level*, op de straat, is het van groot belang om in te zien dat de voorwaarden voor deze discretionaire bevoegdheden door de nationale wetgever worden geschapen. Daarmee ligt een deel van de verantwoordelijkheid voor de toepassing van deze bevoegdheden wat ons betreft ook bij die wetgever.

Ongelijke handhaving?

Zoals uit de vorige paragraaf is gebleken is er een belangrijke wisselwerking tussen de ruimte die de wetgever laat voor het maken van onderscheid – en dus het ongelijk behandelen – op basis van etniciteit en de mate waarin dit in de praktijk ook daadwerkelijk tot problemen kan leiden. Naast discretionaire ruimte kunnen ook zogenaamde *risk assessment tools* ter preventie van criminaliteit en onwenselijk gedrag bijdragen aan die ongelijkheid als gevolg van de algoritmen die dikwijls bij dit soort tools worden gebruikt.

Vanuit verschillende hoeken⁶ wordt het gebruik van algoritmes bekritiseerd vanwege een mogelijk inbreuk op het discriminatieverbod, wat ten dele de oververtegenwoordiging van mensen met een niet-westerse migratieachtergrond in straatcriminaliteit zou verklaren.⁷ Algoritmes worden in Nederland bijvoorbeeld door de politie gebruikt bij het Criminaliteits Anticipatie Systeem (CAS) en het Risicotaxatie Instrument (RTI). Het CAS is een analysesysteem dat op grond van datasets voorspelt op welke locaties in een stad er een hoog incidentrisico is op high-impactcrimes. Hierbij valt te denken aan misdrijven als overval, straatroof en woninginbraak. Gegevens als de criminaliteitshistorie van de locatie, afstand tot de dichtstbij wonende bekende woninginbreker en de tijd sinds de laatste woninginbraak hebben effect op de uitkomst van het CAS. Tot in ieder geval 2016, werd het aantal niet-westerse personen met een migratieachtergrond in een wijk ook in het algoritme meegenomen, met de aanname dat dat het incidentrisico verhoogt.⁸ Vandaag de dag worden gegevens van het CBS over het aantal personen met een niet-westerse migratieachtergrond nog steeds opgenomen in het CAS.⁹ Een ander voorbeeld van mogelijke inbreuk op het discriminatieverbod, is het gebruik van RTI door Nationale Politie. Het RTI heeft als doel om het risiconiveau van potentiële geweldplegers in te schatten. Dit wordt gedaan aan de hand van gegevens die politieagenten over ieder geweldsincident invoeren. Het gaat dan om gegevens als het aantal keren dat een dader betrokken is geweest bij een delict, mededaders bij het delict en het gebruik van wapens. Ook gegevens als de postcode van de dader, de criminaliteitscijfers van de desbetreffende postcode en het percentage bijstandsuitkering worden meegenomen in het RTI.¹⁰ Deze gegevens kunnen iemands migratiegrond achterhalen.¹¹ Tegelijkertijd wordt aangenomen dat deze gegevens de recidivekans verhogen. De gegevens die voor het CAS en RTI gebruikt worden, maken het mogelijk om iemands migratieachtergrond in verband te



brenge met crimineel gedrag, en dat is problematisch. Het resultaat kan zijn dat in ‘witte’ en vermogende wijken de aanwezigheid van ‘zwarte’ lichamen reeds kan worden gezien als een normovertreding.¹²

“De gegevens die voor het CAS en RTI gebruikt worden, maken het mogelijk om iemands migratieachtergrond in verband te brengen met crimineel gedrag, en dat is problematisch.”

Risico's binnen de rechtspraak?

Ook binnen de rechtspraak bestaan risico's die kunnen leiden tot een ongelijke behandeling van verdachten op basis van iemands migratieachtergrond. Afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het delict beschikt de rechter over een scala aan sanctiemogelijkheden. Binnen het strafminimum en de strafmaxima heeft ook de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid, waardoor de straf kan worden afgestemd op de ernst van het delict.¹³ Internationaal en nationaal onderzoek naar de straftoemtingsbeslissing van rechters laat zien dat rechters tot een strafbeslissing komen aan de hand van drie criteria, ook wel aangeduid als drie focal concerns: de mate van verwijtbaarheid van de dader, de gevaarlijkheid van de dader en de praktische gevolgen van de beslissing voor organisaties en individuen.¹⁴ Voornamelijk het tweede criterium kan leiden tot een ongelijke behandeling omdat de rechter bij de weging van dit criterium onbewust stereotyperingen kan meenemen bij de inschatting van de gevaarlijkheid van de dader. Uit Nederlands onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat daders met een buitenlands uiterlijk die de Nederlandse taal spreken vijf keer meer kans hebben op een onvoorwaardelijke

gevangenisstraf bij de politierechter ten opzichte van daders met een Nederlands uiterlijk die de Nederlandse taal spreken.¹⁵ Tevens heeft de groep met een buitenlands uiterlijk die de Nederlandse taal niet spreekt twintig keer meer kans op een onvoorwaardelijke gevangenisstraf ten opzichte van de groep met een Nederlands uiterlijk.¹⁶ In de discretionaire ruimte van de rechter schuilt derhalve ook de mogelijkheid op een ongelijke behandeling op basis van etniciteit wat op gespannen voet kan staan met het gelijkheidsbeginsel en de in de Grondwet verankerde verbod op discriminatie.

Tot slot: er valt nog veel meer te bespreken

In dit beknopte artikel hebben we in vogelvlucht willen illustreren dat er op verschillende plekken en binnen de verschillende schakels van de strafrechtsketen de mogelijkheid is voor ongelijke behandeling op basis van etniciteit. Wat betreft de wetgeving neemt enerzijds het discriminatieverbod een centrale plek in binnen de Nederlandse wetgeving.¹⁷ Anderzijds kan discriminatie door wetgeving zelf in de hand worden gewerkt door onder andere vage termen in wetgeving en lage wettelijke drempels.¹⁸ Bij de handhaving kunnen niet alleen discretionaire bevoegdheden, maar ook algoritmen ongelijkheid teweegbrengen door het kwalificeren van nationaliteit als een risicofactor. Bij de rechtspraak lijkt vooral ongelijkheid te zien in het soort straf dat wordt opgelegd. Discretionaire ruimte – het creëren daarvan en het gebruik maken van die ruimte – lijkt een belangrijke rol te spelen bij dit alles, wat ook aansluit bij rechtssociologisch onderzoek naar de discrepantie tussen het recht op papier en het recht in de praktijk.¹⁹

“Bij de handhaving kunnen niet alleen discretionaire bevoegdheden, maar ook algoritmen ongelijkheid teweegbrengen door het kwalificeren van nationaliteit als een risicofactor.”

Het overzicht dat we hier hebben kunnen schetsen is echter verre van compleet en ook hebben we niet of nauwelijks kunnen ingaan op de oorzaken, laat staan op de gevolgen of op ervaringen met een dergelijke ongelijke behandeling. En als we iets hebben kunnen leren uit onze ervaringen tijdens het vak Colorblind Criminal Justice en de reis naar San Francisco dan is het hoe belangrijk het is om over complexe, emotionele en soms (politiek)beladen thema's met elkaar in dialoog te treden en vooral ook om goed naar elkaar te luisteren.

Op vrijdag 18 september is daar de tijd en de ruimte voor. Tussen 13:00 – 17:00 organiseren wij samen met het Honours College Law een themamiddag over recht, racisme en de samenleving tijdens welke we met een breed publiek van studenten en docenten in gesprek willen treden over deze belangrijke thematiek. Hou de komende weken de (sociale) media van de universiteit, de faculteit en het Honours College Law in de gaten voor verdere informatie over de themamiddag! ●

1. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Wetgeving en toezicht betreffende de strafrechtelijke aanpak van discriminatie op grond van ras', *NTM/NJCM-Bull.* 2003, afl. 4, p. 411-427, hier p. 425.
2. R. Witte & M.P.C. Scheepmaker, 'De bestrijding van etnische discriminatie: van speerpunt tot non-issue?', *JV* 2012, afl. 6, p. 108.
3. J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Slagvaardiger preventief fouilleren?', *NJB* 2012/768, afl. 13, p. 862.
4. P.R. Rodrigues & M.A.H. van der Woude, 'Proactieve politiecontrole en onderscheid naar etniciteit of nationaliteit', *NJB* 2016/1650, p. 2294-2302, hier p. 2294.
5. <https://www.amnesty.nl/actueel/marechaussee-voor-de-rechter-vanwege-etnisch-profileren>
6. B.M.A. van Eck, M. Bovens & S. Zouridis, 'Algoritmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat', *NJB* 2018/93, afl. 40, p. 3008-3017. S. van den Braak, S. Choenni & S. Verwer, 'Combining and analyzing judicial databases', in: B.H.M. Custers e.a. (red.), *Discrimination and privacy in the information society, data mining and profiling in large databases*, Berlijn: Springer 2013, p. 191-206. S. van den Braak & S. Choenni, 'Voorspellen met big-datamodelle: over valkuilen voor beleidsmakers', *JV* 2019, afl. 4, p. 21-38.
7. Voor het begrip van een persoon met een niet-westerse migratieachtergrond sluiten wij aan bij de definitie die het CBS hanteert. Een persoon met een niet-westerse migratieachtergrond is iemand die zelf, of ten minste één ouder geboren is in een van de landen in Afrika, Latijns-Amerika en Azië (exclusief Indonesië of Japan) of Turkije.
8. B. Mali, C. Bronkhorst-Giesen & M. den Hengst, 'Predictive policing: lessen voor de toekomst', *Apeldoorn: Politieacademie* 2017, p. 177-180.
9. M. Schipper, 'Gekleurde technologie: slechte buurt of slechte data?', *Waag.org* 18 juni 2020.
10. G. van Dijk, 'Algoritmische risicotaxatie van recidive' *NJB* 2020/1558, afl. 25, p. 1784-1790.
11. *Ibid.*
12. S. Çankaya & P. Mutsaer, 'Minder bureaucratie betekent bij politie meer discriminatie', *NRC Handelsblad* 13 juli 2015.
13. H.T. Wermink, S.C.G. van Wingerden, J. van Wilsem & P. Nieuwbeerta, 'Etnisch gerelateerde verschillen in de straftoemeting', *rechtspraak.nl* januari 2015.
14. M. Clair & A.S. Winter, 'How judges think about racial disparities: situational decision-making in the criminal justice system', *Criminology* (54) 2016, afl. 2, p. 332-359 en Wermink e.a. 2015.
15. H.T. Wermink, J.W. de Keijser & P.M. Schuyt, 'Verschillen in straftoemeting in soortgelijke zaken', *NJB* 2012/647, afl. 11.
16. Wermink, De Keijser & Schuyt 2012.
17. Van Sasse van Ysselt 2003, p. 425.
18. Rodrigues & Van der Woude 2016, p. 2302.
19. M.A.H. van der Woude, *Discretie in Recht en Samenleving: Rechtssociologische reflecties op het gat in de donut (oratie Leiden)*, Leiden 2016.