



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het gebruik van de term 'ras' in het Nederlandse, Europese en internationale recht: een verkenning van argumenten pro en contra

Noorloos, L.A. van; Oploo, L.E. van

Citation

Noorloos, L. A. van, & Oploo, L. E. van. (2024). Het gebruik van de term 'ras' in het Nederlandse, Europese en internationale recht: een verkenning van argumenten pro en contra. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2024(4), 134-147. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4104959>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4104959>

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

Het gebruik van de term ‘ras’ in het Nederlandse, Europese en internationale recht: een verkenning van argumenten pro en contra

Mr. dr. L.A. van Noorloos* & mr. dr. L.E. van Oploo**

15

1. Introductie

In nationale en internationale wet- en regelgeving, zowel op VN- als EU-niveau, is ‘ras’ een gangbare en veelgebruikte term. Zo staat in artikel 1 van de Grondwet: ‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, handicap, seksuele gerichtheid of op welke grond dan ook, is niet toegestaan’. Ook op internationaal niveau is ‘ras’ een belangrijke grond in non-discriminatiebepalingen. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in algemene mensenrechtenverdragen, zoals in artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), maar ook in een aantal specifieke instrumenten, zoals het VN-verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR).¹ Dit laatste verdrag is in het bijzonder relevant wanneer het gaat om de juridische uitleg van het begrip ‘ras’ naar Nederlands recht, waarop wij in paragraaf 3.2 terugkomen.

Het gebruik van het concept ‘ras’ in (Nederlandse) wet- en regelgeving is recentelijk door de Nationaal Coördinator tegen Discriminatie en Racisme ter discussie gesteld in het Nationaal Programma tegen Discriminatie en Racisme 2022.² De Nationaal Coördinator geeft daarin aan dat ‘voor veel Nederlanders het woord “ras” een beladen woord is (...) Het refereert juridisch gezien niet aan de term ras als “sociaal construct”, maar maatschappelijk voert het ons terug naar tijden en situaties waarbij op basis van “ras” onderscheid werd gemaakt tussen mensen en dit gebruikt werd om ongelijke behandeling te legitimeren.’ Naar aanleiding van deze discussie heeft het College voor de Rechten van de Mens (hierna: college) een advies gegeven over de juridische definitie van de term ‘racisme’.³ Het college stelt dat aan het gebruik van het concept ‘ras’ in een juridische

context nadelen kleven en noemt in dat verband twee argumenten. Ten eerste stelt het college dat voor het bredere publiek niet altijd duidelijk is ‘welke kenmerken nu precies onder de verzamelterm “ras” vallen’. Puur in juridische zin zou een verduidelijking van het begrip ‘ras’ volgens het college niet strikt noodzakelijk zijn, aangezien juridische instanties het begrip reeds interpreteren conform de internationale definitie. Niettemin zou een verduidelijking van de inhoud van het begrip ‘ras’ volgens het college wel wenselijk zijn, bijvoorbeeld door aansluiting te zoeken bij de opsomming in de definitie van ‘rassendiscriminatie’ in het IVUR (zie hierover nader par. 3.1). Ten tweede zou het gebruik van de term ‘ras’ volgens het college kunnen bijdragen aan het ‘racialiseren’ van mensen. In de literatuur wordt op verschillende manieren betekenis gegeven aan het begrip ‘racialiseren’.⁴ Volgens Bot gaat het er bij ‘racialiseren’ om dat ‘het de discriminatie zelf is die mensen racialiseert, dat wil zeggen, mensen reduceert tot leden van groepen die op grond van hun vermeend significante, toegeschreven groepskenmerken gelijke rechten worden ontzegd’.⁵ Hoewel breed wordt erkend dat ‘ras’ vanuit biologisch perspectief geen bestaansrecht heeft, kan het gevolg zijn dat het gebruik ervan in een juridische context onbedoeld bijdraagt aan de veronderstelling dat er toch zoiets bestaat als een essentieel onderscheid tussen mensen in biologische zin.⁶

De hiervoor genoemde argumenten geven aanleiding voor een nadere beschouwing van het begrip ‘ras’ in nationale en internationale wet- en regelgeving. In de literatuur wordt het begrip ‘ras’ beschouwd als een construct waaraan een sociale en juridische betekenis is toegekend. Niettemin doemt de vraag op naar de wenselijkheid van het gebruik ervan in juridische instrumenten. Enerzijds bestaat de mogelijkheid dat het hanteren van de term op negatieve wijze bijdraagt aan een erkenning van het bestaansrecht van een onderscheid naar ‘ras’ (en daarmee mogelijk bijdraagt aan racisme), zoals ook door het college wordt benoemd. Anderzijds zou het begrip beschouwd kunnen worden als een nuttige juridische

* Marloes van Noorloos, universitair hoofddocent straf(proces)recht bij de Universiteit Leiden.

** Laura van Oploo, universitair docent straf(proces)recht bij Tilburg University.

1. *Tvb.* 1967, 48 en 1981, 61.

2. Nationaal Coördinator tegen Discriminatie en Racisme, *Nationaal Programma tegen Discriminatie en Racisme 2022*, par. 2.2.

3. College voor de Rechten van de Mens, *Advies definitie racisme*, 1 april 2022.

4. Bijv. K. Murji & J. Solomos (red.), *Racialization: studies in theory and practice*, Oxford: Oxford University Press 2004; A. Hochman, ‘Racialization: a defense of the concept’, *Ethnic and Racial Studies* (42) 2019-8, p. 1245-1262.

5. M. Bot, ‘Is institutioneel racisme echt racistisch?’, *NJB* 2022/1754.

6. Zie in dit verband bijv. C.M. Condit, R.L. Parrott, T.M. Harris, J. Lynch & T. Dubriwny, ‘The Role of “Genetics” in: ‘Popular Understandings of Race in the United States’, *Public Understanding of Science* (13) 2014-3, p. 249-272.

fictie (*a useful untruth*), omdat het gebruik van deze onwaarheid een belangrijk doel dient, namelijk een erkenning van hetgeen moet worden bestreden.⁷ De term wordt immers met name gevonden in juridische instrumenten die beogen racisme te bestrijden, waardoor het gebruik van de term mogelijk als een soort 'hertoe-eigening' kan worden beschouwd.⁸ Toch is het gebruik van de term niet exclusief voor anti-discriminatie wetgeving: zo wordt 'ras' bijvoorbeeld ook gebruikt in (Nederlandse) forensische DNA-regelgeving.

In dit artikel verkennen wij de vraag in hoeverre het wenselijk is om de term 'ras' te (blijven) gebruiken in juridische instrumenten. Ons doel is om de discussie hierover te ontrafelen. Daarbij is het niet onze stelling dat het recht 'kleurenblind' is en het begrip daarom geen bestaansrecht zou hebben in (Nederlandse) wet- en regelgeving. Het problematiseren van het gebruik van de term 'ras' wordt soms bekritiseerd, omdat daarmee racisme of raciale ongelijkheid ontkend zou worden. Dat is expliciet niet de bedoeling van dit artikel.⁹ Waar de discussie in dit artikel wel over gaat, is of het gebruik van het zelfstandige naamwoord 'ras' in een juridische context bijdraagt aan de gedachte dat er zoiets bestaat als een essentieel onderscheid tussen verschillende menselijke typen of soorten die diepgaand van elkaar zouden verschillen, hetgeen in de kern ten grondslag ligt aan racisme.

Het artikel is als volgt opgebouwd. Eerst wordt ingegaan op de betekenis van het concept 'ras' als een respectievelijk biologisch en sociaal construct (par. 2). In paragraaf 3 wordt de juridische betekenis van het concept 'ras' besproken, zoals die tot uitdrukking komt in (inter)nationale wet- en regelgeving. In paragraaf 4 bespreken we de vraag of en, zo ja, in hoeverre het gebruik van het concept 'ras' in (inter)nationale wet- en regelgeving als problematisch kan worden beschouwd en bespreken we diverse argumenten voor en tegen het juridisch gebruik van de term 'ras'. We sluiten het artikel af met een conclusie in paragraaf 5, waarin we de belangrijkste bevindingen van deze verkenning op een rij zetten.

2. Het concept 'ras' als een biologisch en sociaal construct

Het gebruik van het concept 'ras' vanuit een biologisch perspectief, met als doel het maken van een onderscheid tussen groepen mensen op grond van verschillende erfe-

lijke factoren, is al langere tijd omstreden. Decennia geleden concludeerden verschillende wetenschappers dat er geen genetische basis bestaat voor een onderscheid naar menselijke rassen. Met het oog op het bestrijden van racistische ideologieën bracht UNESCO in 1950 de 'Statement on Race' uit. Daarin stelden wetenschappers gezamenlijk dat er maar één menselijke soort bestaat.¹⁰ Er zijn weliswaar populaties ontstaan die wat betreft bepaalde genefrequenties van elkaar verschillen, maar de verschillen binnen die populaties zijn veel groter dan de verschillen tussen die populaties en bovendien zijn deze groepen dynamisch, niet statisch. Wat we in het dagelijks spraakgebruik verstaan onder 'ras', zo wordt in deze verklaring gesteld, is geen biologische realiteit, maar een sociale constructie: *'The biological fact of race and the myth of "race" should be distinguished. For all practical social purposes "race" is not so much a biological phenomenon.'*¹¹ Over deze verklaring bestond destijds echter controverse en in 1951 publiceerde UNESCO een nieuwe versie ('Statement on the nature of race and race differences') waarin aan 'ras' als biologisch concept juist meer bestaansrecht werd toegekend en minder nadruk lag op het dynamische, fluctuerende aspect van het concept. Critici wijzen er echter op dat, aangezien individuen binnen een populatie genetisch soms meer van elkaar verschillen dan individuen die tot verschillende populaties behoren, 'ras' nooit zuiver biologisch geconstrueerd kan worden. Bovendien, de zogenaamde 'rassen' die destijds werden onderscheiden (Kaukasisch, mongoloïde, negroïde) zijn oorspronkelijk het resultaat van een classificatie naar uiterlijk en niet een puur biologisch gegeven.¹²

Hoewel er al enige tijd consensus over lijkt te bestaan dat het concept 'ras' vanuit biologisch perspectief geen bestaansrecht heeft, hebben ontwikkelingen op het gebied van genetica (de biologische wetenschap die erfelijkheid beschrijft en verklaart) en de medische wetenschap (ontwikkeling van medicijnen gebaseerd op genetica) ervoor gezorgd dat de discussie over de betekenis van de term 'ras' opnieuw is opgelaaid.¹³ Een aanleiding daarvoor is de focus in wetenschappelijk onderzoek op kleine genetische verschillen tussen individuen. Het *Human Genome Project* bijvoorbeeld – een internationaal onderzoeksinitiatief dat de structuur van DNA analyseerde en menselijke genen in kaart bracht – laat in een publicatie zien hoe kleine genetische variaties bestaan tussen individuen uit 52 populaties, die gegroepeerd zouden kunnen worden naar zes clusters waarvan

7. L.L. Fuller, 'Legal fictions', *Illinois Law Review* (25) 1930, p. 363-399; H. Vaihinger, *The Philosophy of 'as if': a system of the theoretical, practical and religious fictions of mankind*, 1924.
8. A.D. Galinsky, K. Hugenberg, C. Groom & G. Bodenhausen, 'The reappropriation of stigmatizing labels: Implications for social identity', in: J. Polzer (red.), *Identity Issues in Groups: Research on managing groups and teams*, Emerald Group Publishing Limited 2003, (Vol. 5, p. 221-256); A.D. Galinsky, C.S. Wang, J.A. Whitson, E.M. Anicich, K. Hugenberg & G.V. Bodenhausen, 'The reappropriation of stigmatizing labels: The reciprocal relationship between power and self-labeling', *Psychological Science* (24) 2013-10.
9. Zie uitgebreid S. Saharso & T. Scharrer, 'Beyond race', *Comparative Migration Studies* (10) 2022-4, p. 1-14.
10. 'The race question', 18 Juli 1950 in: *UNESCO and its programme*, Parijs: UNESCO 1950. Zie in dit verband ook de latere 'statements on the race question': 'Four statements on the race question', in: *UNESCO and its programme*, Parijs: UNESCO 1969.
11. UNESCO 1950, p. 6.
12. S. Stuurman, *De uitvinding van de mensheid: korte wereldgeschiedenis van het denken over gelijkheid en cultuurverschil*, 2009.
13. Zie bijvoorbeeld B.A. Koenig, S. Soo-Jin Lee & S.S. Richardson (red.), *Revisiting Race in a Genomic Age*, New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 2008.; A. M'charek, V. Toom & L. Jong, 'The Trouble with Race in Forensic Identification', *Science, Technology, & Human Values* (45) 2020-5, p. 804-828, p. 820.

vijf zijn gebaseerd op geografische categorieën (Europa, Afrika, Oost-Azië, Oceanië en Amerika).¹⁴ Kennis over dergelijke genetische kenmerken zou bijvoorbeeld relevant kunnen zijn wanneer het gaat om het verlenen van kwalitatief goede medische zorg en het verstrekken van passende medicatie.¹⁵ Maar het gegeven dat genetische variatie werd gelinkt aan 'raciale groepen', maakte deze resultaten ook controversieel; voor sommigen bevestigden deze resultaten het bestaan van 'ras' als een biologische realiteit, waardoor het uitgangspunt dat sprake is van een sociaal construct weer ter discussie is komen te staan.¹⁶

Recentelijk zijn daarom door verschillende organisaties (opnieuw) verklaringen naar buiten gebracht waarin het gebruik van de term 'ras' wordt bekritiseerd. In 2020 bracht de American Society of Human Genetics (ASHG) bijvoorbeeld een verklaring uit waarin zij stelt dat de biologische realiteit is dat *'we are one people, one species, and one humanity'*.¹⁷ Ook stelt de ASHG in diezelfde verklaring:

'Genetics demonstrates that humans cannot be divided into biologically distinct subcategories or races, and any efforts to claim the superiority of humans based on any genetic ancestry have no scientific evidence.'

De ASHG waarschuwt ervoor dat een dergelijk onderscheid juist kan bijdragen aan diepgewortelde vooroordelen over verschillen tussen mensen, die maatschappelijke verschillen op het gebied van economische status, gezondheidszorg en onderwijs kunnen voeden.¹⁸ Dit is een argument dat vaker wordt genoemd, zoals door de American Academy of Physician Associates (AAPA).¹⁹ De AAPA stelt dat 'ras' niet zozeer moet worden beschouwd als een biologisch construct, maar veeleer als een sociale categorisering.

Over het gebruik van de term 'ras' als sociaal construct zegt De Hart:

'Het [ras] is een sociale constructie, dat wil zeggen een product van een sociaal proces. Het gaat dus niet om wat of hoe mensen zijn, maar om hoe sociale actoren en – in de context van dit onderzoek – juridische actoren hen zien. "Ras" heeft dan ook geen objectieve, inherente of

*vaste betekenis, maar is veranderlijk naar tijd, plaats en context.*²⁰

Saharso en Scharrer beschrijven bijvoorbeeld dat ideeën kunnen veranderen over wie 'wit' is en wie 'zwart', hetgeen ook kan betekenen dat een bepaalde groep een meerderheidspositie kan verkrijgen of behouden.²¹ Interessant is bovendien dat 'ras' – zoals De Hart laat zien – niet alleen als een sociaal, maar ook als een juridisch construct kan worden beschouwd. Dat geldt met name in koloniale contexten, zoals in het voormalig Nederlands-Indië. *'Het recht reflecteerde niet slechts de "raciale" identiteit van mensen, maar creëerde en reproduceerde ze actief'*.²² Het categoriseren van mensen door middel van 'raciale' identiteiten werkte volgens De Hart ook na de dekolonisatie lang door in het Nederlandse recht, bijvoorbeeld wanneer het ging om de vraag welke nationaliteit (Indonesisch of Nederlands) aan een individu werd toegekend en daarmee ook of vestiging in Nederland mogelijk was.

Hoewel het hiërarchisch classificeren van mensen in groepen, (mede) op basis van uiterlijke kenmerken, al veel ouder is, is het idee van onveranderlijke en aangeboren verschillen tussen die groepen relatief modern.²³ Het gebruik van de term 'ras' als een sociale constructie stamt uit de 18e eeuw. 'Ras' als een sociaal construct werd sindsdien gebruikt om een hiërarchisch onderscheid te maken tussen verschillende groepen mensen, waarbij 'witheid' als de norm werd gesteld, ter rechtvaardiging van koloniale onderdrukking en slavernij.²⁴ Gedurende de 19e eeuw ontstonden ook wetenschappelijke rassen theorieën, waarbij men uitging van permanente biologische verschillen die van invloed zouden zijn op culturele en gedragsverschillen. Onder invloed van deze theorieën werd het discours radicaler en raakten ideeën die de superioriteit van witte Europeanen propageerden wijdverbreid.²⁵ Juist vanwege deze historische ontwikkeling van het construct is het gebruik van het zelfstandig naamwoord 'ras' als sociaal en juridisch construct anno 2024 niet zonder gevoeligheden. Dat geldt zeker als er in het meervoud wordt gesproken over het 'bestaan' van verschillende 'rassen'.

Bovendien leidt het gebruik van het sociale construct 'ras', zonder dat het daadwerkelijk aan iets bestaands re-

14. N.A. Rosenberg e.a., 'Genetic Structure of Human Populations', *Science* (298) 2022-5602, p. 2381-2385.

15. D. Rotman, 'Genes, Medicine, and the New Race Debate', *MIT Technology Review* 2003.

16. S. Hoffman, 'Is There a Place for 'Race' as a Legal Concept?', *Arizona State Law Journal* (227) 2004, p. 1093-1159; Rotman 2003; J. Hartigan Jr, 'Is Race Still Socially Constructed? The Recent Controversy over Race and Medical Genetics', *Science as Culture* (17) 2008-2, p. 163-193.

17. American Society of Human Genetics (ASHG) Statement Regarding Concepts of 'Good Genes' and Human Genetics, 24 september 2020, ashg.org/publications-news/ashg-news/statement-regarding-good-genes-human-genetics/.

18. ASHG 2020.

19. A. Fuentes e.a., 'AAPA Statement on Race and Racism', *American Journal of Physical Anthropology*, (169) 2019-3, p. 400-402, p. 401.

20. B. de Hart, 'Ras en gemengdheid in Nederlandse jurisprudentie', *AA* 2021-4, p. 359-367, met verwijzing naar M. Omi & H. Winant, *Racial formation in the United States*, New York: Routledge 2014.

21. Saharso & Scharrer 2022.

22. De Hart 2021, p. 362. Zie ook I.H. Lopez, *White by law: The legal construction of race*, New York/London: New York University Press 1997.

23. C. Hirschman, 'The Origins and Demise of the Concept of Race', *Population and Development Review* (30) 2004-3, p. 385-514.

24. Zie bijvoorbeeld B.E. Bryant, A. Jordan & U.S. Clark, 'Race as a Social Construct in Psychiatry Research and Practice', *JAMA Psychiatry* (79) 2022-2, p. 93-94. Zie in dit verband ook het werk van Stuart Hall.

25. Bijvoorbeeld Bot 2022.

ferereert, ertoe dat aan het begrip verschillende betekenissen kunnen worden toegekend. UNESCO zei daarover:

*'To most people, a race is any group of people whom they choose to describe as a race. Thus, many national, religious, geographic, linguistic or cultural groups have, in such loose usage, been called "race".'*²⁶

Dat terwijl bij velen (al dan niet op basis van geloof in wetenschappelijke rassentheorieën) nog steeds het idee bestaat van diepgewortelde, inherente verschillen waardoor deze groepen in een hiërarchische verhouding tot elkaar zouden (moeten) staan.

Na de Tweede Wereldoorlog raakten rassentheorieën in onbruik en werd het bestrijden van rassendiscriminatie langzaam een belangrijk onderdeel van internationale mensenrechteninstrumenten. Daarbij werd de term 'ras' zelf niet in de ban gedaan, zoals in de volgende paragraaf wordt beschreven.

Hoewel het concept 'ras' dus veel is bediscussieerd en ook bekritiseerd, is het in veel contexten wereldwijd gebruikelijk om het begrip 'ras' te hanteren, zowel in het dagelijkse spraakgebruik als in wetenschappelijk onderzoek. Vaak wordt met 'ras' dan bedoeld op fysieke kenmerken (zoals een 'zwarte' of 'witte' huidskleur²⁷) of af- of herkomst (zoals 'Chinees' of 'inheems Amerikaans'). Hoewel het begrip 'ras' als een Europese constructie kan worden beschouwd en wordt gekoppeld aan slavernij en kolonialisme, is het gebruik ervan in Europa thans minder gangbaar dan in de Verenigde Staten, zoals in bevolkings- en criminaliteitsstatistieken.²⁸ Wat in Nederland gangbaarder is, is registratie van de herkomst dan wel het geboorteland van de ouders. Het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) hanteert bijvoorbeeld de begrippen 'migranten' (niet zelf in Nederland geboren) en 'kinderen van migranten', waarbij het dus gaat om een geografische classificatie.²⁹ Er is wel op gewezen dat het vermijden van de term 'ras' in Nederland te maken heeft met het ontkennen van racisme: in Nederland zouden we tolerant en 'kleurenblind' zijn en zijn velen ervan overtuigd (of er lange tijd van overtuigd geweest) dat racisme – dat met name wordt geassocieerd met de Nazi's – nauwelijks voorkomt.³⁰ Dat

deze visie niet met de werkelijkheid correspondeert is al lang aangetoond³¹, en critici wijzen erop dat racisme door dergelijke hardnekkige overtuigingen moeilijker kan worden bestreden. Ook in andere continentaal-Europese landen blijkt deze ontkenningmodus een probleem en is de term 'etniciteit' dan ook meer gebruikelijk dan 'ras', zowel in wetenschappelijk onderzoek als in het dagelijks spraakgebruik en soms ook in het juridische veld (denk aan de in Nederland veelgebruikte term 'etnisch profileren', terwijl in de Verenigde Staten vaker 'racial profiling' wordt gebruikt). *'Ethnic origin, created as a supercategory merging anti-racist and minority rights approaches, is considered not to be tarnished by the moral dilemmas inherent in the "r" word,'* aldus Farkas.³²

In de wetenschappelijke literatuur wordt 'etniciteit' beschouwd als een verzameling van kenmerken en gedragingen die door een groep mensen wordt gedeeld, waarmee sprake is van een vorm van collectieve identificatie.³³ *'Ethnicity is an individual characteristic that is associated with specific traits, abilities, or attitudes that come with being a member of an ethnic group.'*³⁴ Het gaat dan om de groep waarmee een individu zich identificeert.³⁵ Toch lopen de constructies 'ras' en 'etniciteit' in het dagelijks spraakgebruik en in de rechtspraktijk regelmatig door elkaar en kan het verschil tussen 'cultuur/achtergrond' en 'biologisch/fysiek' – alsmede tussen 'zelfidentificatie' en 'identificatie door anderen' – niet consequent worden volgehouden.³⁶ Zo wordt etniciteit vaak gezien als een equivalent voor de migratieachtergrond of het land van herkomst waarbij, net als het geval is bij 'ras', fysieke kenmerken als onderscheidende factor kunnen gelden en mensen worden 'geracialiseerd'.³⁷ Hoe dan ook: het begrip 'etniciteit' moet net als 'ras' beschouwd worden als een sociale constructie.

Van het begrip 'ras' in *juridische* zin wordt in Europa wel veelvuldig gebruikgemaakt, met name in nationale wet- en regelgeving en internationale verdragen en instrumenten op VN- en Europees niveau, die discriminatie beogen tegen te gaan. Daarover gaat de volgende paragraaf.

26. UNESCO 1950, p. 6.

27. Termen als 'wit' en 'zwart' zijn in deze context echter zelf ook dynamische constructies en niet enkel feitelijke constatering over iemands uiterlijk: zie Saharso & Scharrer 2022; Lopez 1997.

28. Bijv.: Hirschman 2004, p. 392.

29. CBS 2022.

30. Zie o.a. P. Essed & K. Nimako, 'Designs and (Co)Incidents: Cultures of Scholarship and Public Policy on Immigrants/Minorities in the Netherlands', *International Journal of Comparative Sociology* (47) 2006-3/4, p. 281-312.

31. F. Bovenkerk, *Omdat zij anders zijn: patronen van rasdiscriminatie in Nederland*, Meppel: Boom 1978.

32. L. Farkas, *The meaning of racial or ethnic origin in EU law: between stereotypes and identities*, European Commission (European network of legal experts in gender equality and non-discrimination), 2017, p. 35.

33. A.E. Boon & S. Colijn, *Adolescents in residential psychiatric care: Treatment outcome, social support and cultural background. Results from the Laanzicht research project*, Leiden: Universiteit Leiden 2001.

34. F.J. van de Vijver, 'Ethnicity, definitions of', in: Y.Y. Kim & K. McKay-Semmler (red.), *The International Encyclopedia of Intercultural Communication*, Hoboken, NJ: Wiley 2017, p. 1-5.

35. Van de Vijver 2017, p. 2.

36. Farkas 2017, p. 37.

37. Bijvoorbeeld Rb. Den Haag, 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, par. 8.9. Het hof oordeelde anders; Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173.

3. Het begrip 'ras' in internationale en nationale juridische instrumenten

3.1. Internationaal en Europees recht: mensenrechten en non-discriminatie

Het gebruik van de term 'ras' is met name gangbaar in juridische instrumenten die expliciet bedoeld zijn om discriminatie en racisme te bestrijden. De term is reeds te zien in verdragen ter bescherming van minderheden die in het kader van de Volkenbond na de Eerste Wereldoorlog ontstonden als voorloper van de ontwikkeling naar mensenrechteninstrumenten ('without distinction of birth, nationality, language, race or religion'³⁸). De term 'ras' werd in die context gebruikt om nationale, culturele en religieuze minderheden aan te duiden en stond los van fysieke, biologische noties, hoewel het begrip in andere contexten (zoals de wetenschap) in die tijd wel in biologische zin werd gebruikt.³⁹ Deze verdragen uit het interbellum waren beperkt tot bepaalde minderheden die leefden in bepaalde Europese staten. De notie van bescherming van raciale minderheidsgroepen werd bovendien niet in verband gebracht met de bevolking in door Europese mogendheden gekoloniseerde gebiedsdelen.⁴⁰ Begin 20e eeuw waren kolonialisme en wetenschappelijk racisme nog volop in zwang, zoals Barkan beschrijft:

*'By the turn of the [20th] century, racial theories which constructed a hierarchy of races with the Nordic at the top were considered factual, free of prejudice and generally pertinent to social and political analysis... racial differences were regarded as matters of fact, not of prejudice. Race was perceived to be a biological category, a natural phenomenon unaffected by social forces.'*⁴¹

Westerse staten waren na de Eerste Wereldoorlog nog lang niet bereid om gelijkheid van 'rassen' (en van volkeren) te erkennen: zo blokkeerden zij een Japans voorstel om dergelijke gelijkheidsclausules in het Volkenbondsverdrag op te nemen.⁴² Vanaf de jaren '20-'30 zwol de kritiek op wetenschappelijk racisme aan en na de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog beoogden de geallieerden de nieuwe wereldorde te bouwen op universele mensenrechten – al waren het de niet-westerse staten die druk moesten uitoefenen om 'raciale' gelijkheid in het VN-Handvest (1945) op te nemen tegen de klippen van koloniale mogendheden op.⁴³ In de mensenrechtenverklaringen en -verdragen die in de decennia daarna volgden (zoals de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens en het EVRM), werd het gebruik

van de term 'ras' in non-discriminatieclausules gangbaar; vaak komen daarbij ook gronden als huidskleur en nationale afkomst expliciet terug, maar etnische afstamming is dan nog geen gangbare discriminatiegrond.⁴⁴

Dat een kritische discussie over het juridisch gebruik van de term 'ras' in die tijd nog niet voor de hand lag, verbaast niet, ook gezien de lange weg die nog te gaan was om het idee van 'ras' als biologisch concept te ontmantelen. Zoals wij in paragraaf 2 beschreven, hadden wetenschappers onder de vlag van UNESCO in 1950 de 'Statement on Race' gepubliceerd om mensen te onderwijzen dat 'ras' vooral een sociaal construct was, maar kwam daarop vervolgens kritiek.⁴⁵ Deze controverse over het echt bestaan van 'rassen' komt ook terug in latere juridische discussies. In de jaren '60 werd het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR) geïnitieerd, in een context waarin dekolonisatiebewegingen en de strijd tegen apartheid het anti-racismediscours een nieuwe impuls hadden gegeven. Het IVUR dat in 1965 werd aangenomen – in Nederland vertaald als 'Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie' – definieert 'rassendiscriminatie' als volgt:

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

Het verdrag biedt daarmee een brede definitie van het begrip 'rassendiscriminatie', inclusief discriminatie op grond van huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming: om racisme in al haar verschijningsvormen (inclusief 'cultureel racisme') te bestrijden, is dat van groot belang. Toch is het interessant te constateren dat de term 'ras' zelf ook wordt gebruikt in deze opsomming, overigens zonder dat het verdrag deze term zelf definieert. In de voorbereiding van het verdrag werd wel door één gedelegeerde opgemerkt dat *'while, as UNESCO had shown, there was no such thing as race, the term "race" would have to be used in the draft convention'*⁴⁶, maar het gebruik van de term 'ras' stond verder nauwelijks ter discussie.⁴⁷ Sterker nog, de preambule bij het IVUR is later bekritiseerd, omdat deze het bestaan

38. Bijvoorbeeld *Minorities Treaty between the Principal Allied and Associated Powers and Poland, signed at Versailles, 28 June 1919*, art. 2.

39. Farkas 2017, p. 41-42.

40. Farkas 2017, p. 42-43.

41. E. Barkan, *The retreat of scientific racism*, Cambridge; Cambridge University Press, 1991, p. 2.

42. Stuurman 2009, p. 434.

43. Stuurman 2009. Zie o.a. artikel 1(3) VN-Handvest.

44. Bijvoorbeeld: de UVRM noemt 'ras' en 'nationale afkomst'. Het BUPO-verdrag benoemt 'ras', 'huidskleur' en 'nationale afkomst' (art. 2; 4; 24; 26), maar benoemt in art. 27 wel 'etnische minderheden'. Het EVRM noemt 'ras', 'kleur' en 'nationale afkomst'. Wel bevatten veel van deze artikelen een open bepaling ('or other status').

45. 'Statement on the nature of race and race differences', UNESCO, 1951.

46. Sub-commission on prevention of discrimination and protection of minorities, Sixteenth Session, 5 February 1964, E/CN.4/Sub.2/SR.411, p. 6, Mr. Saario.

47. D. Keane, *Caste-based discrimination in international human rights law*, Londen: Routledge 2007, p. 177.

van verschillende 'rassen' juist lijkt te veronderstellen.⁴⁸ Deze preambule bevat onder meer de volgende overweging:

'Ervan overtuigd, dat elke leer die uitgaat van de superioriteit van een bepaald ras, wetenschappelijk onjuist, op zedelijke gronden verwerpelijke en sociaal onrechtvaardig en gevaarlijk is, en dat rassendiscriminatie nergens, noch op theoretische, noch op praktische gronden, te verdedigen is (...) / 'Ervan overtuigd, dat het bestaan van scheidsmuren tussen de rassen indruist tegen de idealen van elke mensengemeenschap (...)

Hoewel deze preambule dus waarschuwt tegen ideeën over superioriteit, wordt het idee dat er inherente verschillen tussen 'rassen' zouden bestaan niet weerlegd – met de woorden 'het bestaan van scheidsmuren tussen de rassen' wordt dit idee juist bestendigd. Dit terwijl de eerdere VN-Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination vermeldde dat 'any doctrine of racial differentiation or superiority is scientifically false, morally condemnable, socially unjust and dangerous'.⁴⁹ De opstellers van het Verdrag wilden echter niet zo ver gaan om te stellen dat raciale verschillen niet bestaan – gezien de UNESCO-discussie – en wilden vooral benadrukken dat het idee van superioriteit of hiërarchie dat hieruit zou kunnen voortvloeien, onjuist en schadelijk is.⁵⁰

In dat licht is het minder verwonderlijk dat het opnemen van de discriminatiegrond 'ras' als onderdeel van de definitie van rassendiscriminatie in artikel 1 IVUR destijds tot weinig discussie heeft geleid: dat 'ras' geen bestaansrecht heeft, werd door de opstellers niet als vanzelfsprekend verondersteld (al wordt ook wel beargumenteerd dat het verdrag als geheel, met zijn kritiek op racistische doctrines, wel degelijk 'discredit[s] the notion of race itself').⁵¹ Wel is het ook nu nog zo dat het VN-Comité over uitbanning van rassendiscriminatie (hierna: IVUR-comité), dat toezicht houdt op de naleving van het IVUR⁵², erop aanstuurt dat de grond 'ras' als zodanig in de wetgeving van aangesloten staten wordt op-

genomen, en niet kan worden volstaan met de andere discriminatiegronden (huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming). Nog in 2019 bekritiseerde het Comité Noorwegen, omdat dit land de term 'ras' niet wilde gebruiken in non-discriminatiewetgeving vanwege de negatieve connotatie en het gebrek aan bestaansrecht voor de term in biologische zin (Noorwegen gebruikte 'etniciteit' als alternatief).⁵³ Deze positie van het Comité zal hoogstwaarschijnlijk voortkomen uit de overtuiging dat discriminatie alleen effectief kan worden bestreden wanneer de term 'ras' daarbij gebruikt blijft.⁵⁴

Keane maakt wel gewag van een discussie in het kader van het opstellen van het BUPO-verdrag, waar de Chileense vertegenwoordiger voorstelde de term 'ras' niet te gebruiken, omdat het een onjuiste en denigrerende term is.⁵⁵ Dit voorstel werd echter weggestemd, waarbij onder meer als argument naar voren werd gebracht dat de term naar dagelijks spraakgebruik duidelijker en gangbaarder was dan 'etniciteit' en dat discriminatie op grond van 'ras' wel degelijk een realiteit is.⁵⁶

De term 'ras' is door veel staten opgenomen in anti-discriminatiewetgeving en werd ook in latere regionale en internationale juridische instrumenten behouden als integraal onderdeel van het bestrijden van discriminatie. Zo wordt in de non-discriminatiewetgeving van veel EU-lidstaten verwezen naar een aantal specifieke discriminatiegronden zoals etnische en nationale afstamming, huidskleur, maar ook naar de term 'ras' op zichzelf (zoals in het IVUR).⁵⁷ In EU-verband wordt sinds het Verdrag van Amsterdam in 1997 'ras of etnische afstamming' (Engels: 'racial or ethnic origin') gebruikt in non-discriminatieclausules. Deze terminologie komt ook terug in de Richtlijn uit 2000, ook wel aangeduid als de Richtlijn Rassengelijkheid.⁵⁸ Wel bevat de preambule van de Richtlijn een disclaimer, die verdergaat dan de preambule van het IVUR:

'De Europese Unie verwerpt theorieën die het bestaan van verschillende menselijke rassen trachten aan te tonen. Het gebruik van het woord "ras" in deze richtlijn

48. Keane 2007, p. 177.

49. Resolutions adopted by the General Assembly 1904 (XVIII). United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 20 November 1963, A/RES/18/1904.

50. Keane 2007, p. 167. Andere VN-comités hebben dit (later) wel duidelijk gemaakt: zie UN Committee on Economic, social and cultural rights: GENERAL COMMENT No. 20 'Non-discrimination in economic, social and cultural rights', E/C.12/GC/20 2 July 2009: 'The use of the term "race" in the Covenant or the present general comment does not imply the acceptance of theories which attempt to determine the existence of separate human races.'

51. P. Thornberry, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2016, hfst. 6.

52. Ook het Internationaal Gerechtshof heeft een rol met betrekking tot het IVUR, namelijk de taak om in bepaalde gevallen geschillen tussen staten over de uitleg en toepassing van het IVUR te beslechten. Zie art. 22 IVUR.

53. Concluding observations on the combined twenty-third and twenty-fourth periodic reports of Norway, 2 January 2019, CERD/C/NOR/CO/23-24, par. 7-8. Zie ook Thornberry 2016, hfst. 6. In de 'Concluding observations' m.b.t. Nederland in 2021 bekritiseerde het Comité Nederland vanwege het ontbreken van een definitie van rassendiscriminatie: IVUR-Comité 25 augustus 2021, *Concluding observations on the combined twenty-second to twenty-fourth reports of the Kingdom of the Netherlands*, (CERD/C/NLD/22-24), par. 7.

54. Zie CERD/C/SR.2251, par. 6: 'Although the concept of race was a social construct, that was precisely why it should form part of the legal framework to combat racism.'

55. Keane 2007, p. 177.

56. UN Doc. E/CN.4/SR.175, 10 May 1950, p. 10-12.

57. J.H. Gerards, 'The Grounds of Discrimination' in: D. Schiek, L. Waddington & M. Bell (red.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, p. 33-184, p. 45.

58. Richtlijn (EU) 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming.

betekent geenszins dat dergelijke theorieën onderschreven worden' (ov. 6).

Er is dan ook wel degelijk discussie geweest over de vraag of de term wel gebruikt moest worden: zo nam het Europees Parlement in 1996 een resolutie aan waarin het naar voren bracht dat de term 'ras' *'should be avoided in all official texts'*, omdat *'the concept of race has no scientific foundation either in genetics or in anthropology and can therefore serve only to encourage discrimination on ethnic, national or cultural grounds or on grounds of skin colour, as it is based on the false premise that established, hierarchically classified "races" exist'*.⁵⁹

Ondanks deze kritiek is de terminologie 'ras of etnische afstamming' op EU-niveau gangbaar in antidiscriminatie-instrumenten, althans in de Nederlandse vertaling; de Engelse versie heeft het over 'racial or ethnic origin'. Ook de Duitse vertaling bevat het zelfstandige naamwoord 'der Rasse' naast 'der ethnischen Herkunft' en de Franse versie bevat 'la race ou l'origine ethnique'. Door het naast elkaar plaatsen van 'ras' en 'etnische afstamming' wilden de opstellers van het Verdrag van Amsterdam duidelijk maken dat discriminatie op brede gronden verboden was, of daar nu 'fysieke' of 'culturele' aspecten aan ten grondslag lagen.⁶⁰ Ook hier zal de noodzaak om discriminatie zo goed mogelijk te bestrijden hebben meegespeeld.⁶¹ 'Ras' wordt wel gebruikt, maar de disclaimer bij de Richtlijn laat zien dat dit niet uit volle overtuiging was, maar eerder bij gebrek aan beter.⁶² Ook nieuwere EU-instrumenten behouden de term 'ras'. Zo bevat het Kaderbesluit Racisme en Vreemdelingenhaat uit 2008 de gronden 'ras, huidskleur, afstamming, dan wel nationale of etnische afkomst'.⁶³ Het EU-Werkingsverdrag (voorheen EG-verdrag) heeft na het Verdrag van Lissabon in 2009 de terminologie 'ras of etnische afstamming' behouden.⁶⁴ Artikel 21 van het EU-Grondrechtenhandvest verbiedt discriminatie op grond van (onder meer) 'ras' en 'etnische afkomst'.

De Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (ECRI) van de Raad van Europa gebruikt een disclaimer

bij zijn *General Policy Recommendation on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination*: bij de term 'ras' plaatst de ECRI een voetnoot met de tekst: *'Since all human beings belong to the same species, ECRI rejects theories based on the existence of different "races". However, in this Recommendation ECRI uses this term in order to ensure that those persons who are generally and erroneously perceived as belonging to "another race" are not excluded from the protection provided for by the legislation.'*⁶⁵ In de recente RvE-Aanbeveling over *hate speech* (2022) komt een dergelijke disclaimer ook terug, maar wordt het woord 'race' tevens tussen aanhalingstekens geplaatst.⁶⁶ Het EVRM (artikel 14 en Protocol 12) benoemt onder meer de gronden 'ras, kleur, nationale (..) afkomst, het behoren tot een nationale minderheid' en *niet* etniciteit of etnische afkomst (al zijn de bepalingen wel open geformuleerd: 'of andere status'). Toch heeft het EHRM de notie 'eticiteit' wel gebruikt: het Hof overwoog in *Timishev tegen Rusland* dat '[e]thnicity and race are related and overlapping concepts. Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human beings into subspecies according to morphological features such as skin colour or facial characteristics, ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked by common nationality, tribal affiliation, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds.'⁶⁷ Deze uitspraak is bekritiseerd, omdat het Hof hiermee in feite zelf de notie van 'ras' zou essentialiseren naar iets 'biologisch'-'fysieks', waardoor het concept te nauw wordt en niet helder is waarin dan de eerder genoemde overlap zit met etniciteit.⁶⁸

Overigens is ook de definitie van etnische afstamming en de afbakening tussen 'ras' en 'etnische afstamming' lastig, zeker in de Europese context en geschiedenis. Zo werd de term 'ras' vóór de Tweede Wereldoorlog immers ook in bredere dan puur biologische/fysieke zin gebruikt om nationale, linguïstische en religieuze minderheden aan te duiden.⁶⁹ Het EHRM geeft geen expliciete definitie van de termen 'ras' en 'eticiteit', en vermeldt 'ras' bijna nooit expliciet en separaat, maar alleen

59. European Parliament, Resolution on the communication from the Commission on racism, xenophobia and anti-semitism (COM(95)0653 – C4-0250/96), Official Journal C-152, 27/05/1996, p. 0057.

60. European Network of Legal Experts / O. De Schutter, 'Links between migration and discrimination', European Network of Legal Experts, European Commission 2009, p. 19.

61. M. Bell, *Racism and equality in the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

62. Farkas 2017, p. 49.

63. Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht. Zie Ov. 7: *'In dit kaderbesluit wordt met "afstamming" vooral bedoeld op personen of groepen van personen die afstammen van personen met bepaalde typische kenmerken (zoals ras of huidskleur), waarbij echter niet al deze kenmerken meer hoeven te bestaan. Dergelijke personen of groepen van personen kunnen desondanks vanwege hun afstamming het slachtoffer worden van haat of geweld.'*

64. Bijzonder is wel dat de Engelse versie van het huidige EU-Werkingsverdrag zowel in artikel 10 als artikel 19 over 'ethnic origin' rept, maar de Nederlandse vertaling is in artikel 10 'etnische afkomst' en in artikel 19 'etnische afstamming'.

65. ECRI, *General Policy Recommendation 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination* 13 december 2002, gerevisieerd in 2017.

66. Raad van Europa (RvE), Recommendation CM/Rec(2022)16 of the Committee of Ministers to member States on combating hate speech, par. 2.

67. EHRM 13 december 2005, *Timishev tegen Rusland*, nr. 55762/00 en 55974/00, par. 55.

68. Farkas 2017, p. 57 en 85.

69. Hirschman 2004.

in combinatie met termen als 'or ethnic origin', 'racist motives/attitudes' of 'racial discrimination'.⁷⁰

3.2. Nederlandse non-discriminatiewetgeving

Het begrip 'ras' kwam na de Grondwetsherziening van 1983 terecht in artikel 1 van de Grondwet, in aansluiting op het advies van de Staatscommissie Cals-Donner die met het specificeren van deze discriminatiegrond wens- te aan te sluiten bij internationale verplichtingen uit het IVUR.⁷¹ Al sinds 1971 was de term opgenomen in de discriminatiebepalingen van het Wetboek van Strafrecht (art. 137c-g en 429quater): de wetgever doelde in dat kader met de term 'ras' op een breed construct, dat naar de strekking van de in artikel 1 IVUR gegeven opsomming moet worden uitgelegd (inclusief huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming).⁷² Bij de totstandkoming van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) en in de rechtspraak is hierop aangesloten.⁷³ Een definitiebepaling was volgens de minister niet nodig: die zou alleen nodig zijn voor begrippen waarvan de betekenis niet vastomlijnd is, of die afwijken van de betekenis die het in het normale spraakgebruik heeft.⁷⁴ Dat was volgens de minister bij 'ras' niet nodig, omdat de juridische betekenis aanknoopt bij het IVUR en de rechtspraak er geen problemen mee had. De term wordt in deze context overal zonder aanhalingstekens of disclaimers gebruikt.

Toch leidt het gebruik van de term tot discussies. Dit zien we met name bij de interpretatie van de artikelen 137c-d van het Wetboek van Strafrecht (groepsbelediging en aanzetten tot haat/discriminatie/geweld), die toch al onder een vergrootglas liggen. De term 'ras' in deze wetgeving is (zoals hierboven blijkt) gebaseerd op de definitie van 'rassendiscriminatie' in artikel 1 van het IVUR.⁷⁵ In de jurisprudentie is te zien dat verdachten zich weleens op het standpunt stellen dat hun uitlating niet ziet op de grond ras, omdat ze zich bijvoorbeeld uitspreken over mensen van Marokkaanse afkomst en daarmee enkel over een nationaliteit en niet over een 'ras'.⁷⁶ Dit is met name bekend uit de zaak tegen Geert Wilders, die werd vervolgd wegens (onder meer) de 'minder Marokkanen'-uitlating.⁷⁷ In zijn arrest zei het Hof Den Haag hierover:

*'De jurisprudentie die na de invoering van de artikelen 137c en 137d Sr is ontwikkeld maakt duidelijk dat bij de uitleg van deze artikelen het wetenschappelijke begrip "ras" in biologisch-genetische zin geen rol van betekenis speelt. De ruime uitleg van het begrip "ras", zoals die naar voren komt uit de Memorie van Toelichting, onder verwijzing naar artikel 1 van het IVUR, wordt in de jurisprudentie gevolgd. Daarmee valt naast ras derhalve ook huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming onder het begrip "ras" als bedoeld in de artikelen 137c en 137d Sr. Dat kan dus ruimer zijn dan wat in het normale spraakgebruik onder "ras" wordt verstaan.'*⁷⁸

In een andere zaak stelde de verdachte zich op het standpunt – in de woorden van advocaat-generaal bij de Hoge Raad Harteveld – dat de term ras moest worden geïnterpreteerd 'in de specifieke, "biologische/wetenschappelijke" betekenis die daar in de erfelijkheidsleer en ook wel in het algemeen gangbaar spraakgebruik aan wordt toegekend, namelijk als een groep (menselijke) individuen die van anderen kunnen worden onderscheiden door het gemeenschappelijke bezit van één of meer uiterlijk waarneembare fysieke (erfelijke) kenmerken. Men spreekt dan bijvoorbeeld over het Europese ras of over het Semitische of Aziatische ras.'⁷⁹ De A-G merkte in een voetnoot het volgende op:

'Voor zover de politiek geïnspireerde rassenleer al rust op een wetenschappelijke basis die ook als zodanig algemeen geaccepteerd is – het is communis opinio dat bijvoorbeeld de rassenideologieën die binnen de Nazi-beweging door partij-ideologen als Alfred Rosenberg op grond van (laat)negentiende-eeuwse theorieën tot ontwikkeling kwamen en die in (kleine) extremistisch-politieke kring aanhang vinden, wetenschappelijk niet serieus kunnen worden genomen.'

Hij concludeerde dat reeds uit de rechtspraak bleek dat 'het wetenschappelijke begrip "ras" in biologisch-genetische zin geen rol van betekenis speelt' bij de discriminatiedelicten.⁸⁰

70. Bijv. EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519, nr. 215/19, (*Basu v. Germany*); EHRM 22 december 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1222JUD002799606, nr. 27996/06 en 34836/06, (*Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*); EHRM 28 maart 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0328JUD002553614, nr. 25536/14, (*Skorjanec v. Croatia*). Ook: Farkas 2017.

71. 'Tweede Rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet', 1969, p. 49.

72. *Kamerstukken II 1967/68*, 9724, nr. 3 (MvT), p. 4. Artikel 1 IVUR definieert de term 'ras' zelf overigens niet, maar geeft wel een definitie van de term 'rassendiscriminatie', waar de opsomming van de gronden 'ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming' onderdeel van uitmaakt (zie par. 3.1).

73. *Kamerstukken II 1990/91*, 22014, nr. 3 (MvT), p. 13; HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:510.

74. *Kamerstukken II 1991/92*, 22014, nr. 5 (MvA), p. 70.

75. Zie HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:510, par. 3.4, met een verwijzing naar *Kamerstukken II 1967/1968*, 9724, nr. 3, p. 4. Zie in dit verband ook IVUR-Comité 25 augustus 2021, *Concluding observations on the combined twenty-second to twenty-fourth reports of the Kingdom of the Netherlands*, (CERD/C/NLD/22-24), par. 7. Zie daarnaast: HR 13 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6191.

76. HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:510, NJ 2016/248, m.nt. N. Keijzer.

77. HR 6 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1036, NJ 2021/355, m.nt. N. Keijzer. Zie ook HR 15 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4778, NJ 003/334.

78. Hof Den Haag 4 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1606, par. 8.3. Zie HR 6 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1036, NJ 2021/355, m.nt. N. Keijzer.

79. PHR 8 december 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2745 (Concl. A-G Harteveld), par. 11 (behorende bij HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:510).

80. PHR 8 december 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2745 (Concl. A-G Harteveld), par. 11 (behorende bij HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:510) par. 12.

Dit soort discussies maakt wel duidelijk hoe de term 'ras' via de achterdeur van de verdediging toch weer de suggestie van wetenschappelijk-biologische 'rassen' kan binnenhalen. Al wordt deze visie in de rechtspraak niet geaccepteerd, in het maatschappelijk debat over dergelijke strafzaken kan deze suggestie bijdragen aan racialisering en essentialisering.⁸¹

3.3. Nederlandse wetgeving die niet ziet op non-discriminatie

We zien de term 'ras' in het Nederlandse recht echter niet alleen terugkomen in instrumenten tegen discriminatie, maar ook in een enkel ander instrument. Zonder een complete inventarisatie te hebben gemaakt, willen wij hier wijzen op wetgeving waarin de term op een bijzondere manier terugkomt: namelijk in de strafvorderlijke DNA-wetgeving. Met DNA-onderzoek in strafzaken kan DNA, dat wordt gedestilleerd uit sporen gevonden op een plaats delict, vergeleken worden met DNA uit celmateriaal dat van verdachten wordt afgenomen, om zo bewijsmateriaal te vergaren. Soms is er echter nog geen verdachte – en haalt ook een vergelijking met de DNA-databank voor verdachten en veroordeelden in strafzaken niets uit – en dan kunnen de autoriteiten proberen uit het DNA-materiaal (gedestilleerd uit sporen van het plaats delict) de waarschijnlijke uiterlijke kenmerken van de verdachte (of juist van het slachtoffer) af te leiden. Zo kan men met meer dan 99% zekerheid bepalen dat iemand een bepaalde kleur ogen of haar heeft, door naar bepaalde markers in het DNA te kijken.

Om dat mogelijk te maken, staat in art. 151d lid 2 en 195f lid 2 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) en het Besluit DNA-onderzoek in Strafzaken dat de officier van justitie een DNA-onderzoek kan laten doen dat gericht is op het vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken van de onbekende verdachte of het onbekende slachtoffer. Het tweede lid van artikel 151d Sv luidt: *'Het DNA-onderzoek kan slechts gericht zijn op het vaststellen van het geslacht, het ras of andere bij algemene maatregel van bestuur aangewezen uiterlijk waarneembare persoonskenmerken.'*⁸² Uit artikel 1b van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken blijkt vervolgens: *'Als uiterlijk waarneembare persoonskenmerken van een onbekende verdachte of een onbekend slachtoffer waarop een DNA-onderzoek als bedoeld in artikel 151d, eerste lid, of artikel 195f, eerste lid, eerste volzin, gericht kan zijn, worden aangewezen: a. het geslacht; b. het ras; c. de oogkleur; d. de haarkleur; e. de huidskleur.'* Hierbij is het van belang op te merken dat er een onderscheid bestaat tussen verschillende typen DNA-onderzoek, waarbij verschillende markers worden onderzocht:

- a. er bestaat genetisch materiaal dat iets kan zeggen over de kans dat iemand een bepaalde huidskleur, haarkleur, of oogkleur (etc.) heeft;
- b. er bestaat DNA-onderzoek dat iets kan zeggen over geografische verspreiding van populaties over de wereld (aangezien via DNA-onderzoek migratieroutes van de mens in kaart zijn gebracht), en dat aldus de kans kan voorspellen dat iemand bijvoorbeeld een Noord-Europese afkomst heeft.

Dit laatste type onderzoek is ook te zien in zogenaamde afkomsttesten die door allerlei commerciële bureaus worden aangeboden (en die overigens ook steeds vaker door autoriteiten in allerlei landen worden gebruikt voor de strafvordering).⁸³ Dergelijk onderzoek is bijvoorbeeld gebruikt in de zaak Marianne Vaatstra, na geruchten dat een asielzoeker het misdrijf gepleegd had: die geruchten konden toen ontkracht worden.⁸⁴

De termen 'huidskleur', 'haarkleur' en 'oogkleur' zien derhalve op de eerste vorm van DNA-onderzoek (type a). Maar bij de term 'ras' worden op grond van informatie over iemands (waarschijnlijke) geografische afkomst (type b), voorspellingen gedaan over diens uiterlijk. (Het doel van deze wetgeving is immers het vaststellen van 'fysieke persoonskenmerken die bij ieder individu uiterlijk waarneembaar zijn.'⁸⁵). Oorspronkelijk wilde de minister de term 'bevolkingsgroep' gebruiken, maar vanuit het oogpunt van eenheid in terminologie heeft hij toch gekozen voor de term 'ras', omdat die ook in andere wet- en regelgeving reeds in juridische zin werd gebruikt. Volgens de minister moest de term 'ras' worden begrepen in de ruime zin, zoals in het IVUR, waar 'bevolkingsgroep' een species van zou zijn.⁸⁶

Dit leidt echter tot een aantal kritische constatering. Allereerst roept het koppelen van populatiegenetisch onderzoek aan de term 'ras' vragen op. Het resultaat van dergelijk onderzoek is steeds afhankelijk van hoe die bevolkingsgroepen precies worden gedefinieerd: het zijn dynamische constructies en geen wetenschappelijke feiten. De vraag is dan ook of de wet(gever) de term 'ras' voor een dergelijke clustering van bevolkingsgroepen wel zou moeten gebruiken. Ten tweede worden vervolgens aannames gedaan over iemands fysieke kenmerken, gebaseerd op het zogenaamde 'ras', zoals zou blijken uit het geografisch onderzoek. Hiermee wordt de boodschap uitgedragen dat er zoiets bestaat als biologische verschillen tussen 'rassen', die tot uiting komen in fysieke kenmerken. De wijze waarop deze kwestie is besproken in de parlementaire discussie versterkt onzes inziens dit essentialistische idee. Zo bracht de minister naar voren dat DNA-onderzoek het *'in bepaalde gevallen mogelijk [maakt] een belangrijke aanwijzing te verkrijgen over het ras van de onbekende verdachte. Van*

81. Zie in die zin ook Bot 2022.

82. Zie in dit verband ook art. 195f lid 2 Sv.

83. N.F. de Groot, B.C. van Beers, L. Decock & G. Meynen, 'Accessing medical biobanks to solve crimes: ethical considerations', *Journal of Medical Ethics* (47) 2021-7.

84. Zie A. M'charek, V. Toom & L. Jong, 'The trouble with race in forensic identification', *Science, technology & human values* (45) 2020-5, p. 804-828.

85. *Kamerstukken II* 2001/02, 28072, nr. 3 (MvT), p. 4.

86. *Kamerstukken II*, 2001/02, 28072, nr 5, p. 7.

een dergelijk geval is bijvoorbeeld sprake indien beide ouders van degene wiens celmateriaal wordt onderzocht, tot hetzelfde ras behoren. In die situatie kan het verkregen kenmerk van belang zijn in het opsporingsonderzoek. Naarmate rassen of bevolkingsgroepen zich meer vermengen zal het lastiger worden het ras of de bevolkingsgroep van de onbekende verdachte te bepalen.⁸⁷ Hij voegde later zelfs toe dat, waar met het begrip 'bevolkingsgroep' een sociaal onderscheid kan worden gemaakt, ras betrekking heeft 'op fysieke kenmerken en daarover hebben wij het hier. Dit is de term die wij altijd gebruiken – ook in alle verdragen – om fysieke persoonskenmerken aan te geven. Dit is ook de reden dat de term ras voorkomt in verdragen over de rassendiscriminatie, want raskenmerken zijn kenmerken waaraan je niets kunt doen (...) Op een gegeven ogenblik zal blijken dat de raskenmerken inmiddels zo vermengd en verwaterd zijn dat zij op grote groepen van toepassing zijn. In alle eerlijkheid: het tijdstip waarop de hele wereldbevolking ongeveer dezelfde raskenmerken zal hebben, is nog ver van ons.'⁸⁸ M'charek, Toom en Jong concludeerden dan ook dat 'the Minister moved away from the then dominant view in human genetics that there are no biological races and that physical differences are statistically clustered into populations (...).'⁸⁹

In het conceptwetsvoorstel voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering blijft de mogelijkheid tot dergelijk onderzoek behouden in artikel 2.6.19, al worden de kenmerken geslacht en ras voortaan enkel bij AMvB aangewezen (en niet langer in de wet zelf) om zo flexibel te kunnen inspelen op nieuwe ontwikkelingen.⁹⁰ In dat Besluit zal het kenmerk 'ras' worden behouden naast categorieën zoals huidskleur, aldus de MvT:

*'Het kenmerk "ras" – dat de geografische herkomst van de eigenaar van het celmateriaal behelst – is namelijk niet één op één inwisselbaar met de kenmerken oog-, huids- en haarkleur. Iemand met een lichte oog-, huids- en haarkleur kan afkomstig zijn uit verschillende continentale regio's op de wereld. Er zijn andere uiterlijk waarneembare persoonskenmerken die, weliswaar indirect, kunnen worden bepaald als men informatie heeft over de geografische herkomst van de eigenaar van het spoor.'*⁹¹

Al maakt de MvT duidelijk dat de link tussen geografische afkomst en uiterlijk waarneembare kenmerken 'indirect' is, met het behoud van de term 'ras' blijft de

bovenstaande essentialistische boodschap desondanks grotendeels onweersproken. Dat een dergelijke boodschap wordt uitgedragen door wetgeving, die zelf niet in het kader staat van de strijd tegen racisme, maakt de vraag naar de noodzaak van het gebruiken van de term nog prangender.

4. Het juridische concept 'ras': behouden of vervangen?

4.1. 'Ras' als fictie en het gebruik van juridische ficties
Duidelijk is dat het concept 'ras' in biologisch-wetenschappelijke zin niet aan iets bestaands refereert en in die zin dus een fictie is: UNESCO noemde het een 'social myth'.⁹² Ook de bredere term 'ras' – waaronder onder meer fysieke, culturele, geografische, religieuze en linguïstische aspecten kunnen worden gebracht, afhankelijk van tijd en plaats – betreft een constructie.⁹³

Mensen worden door de buitenwereld 'geracialiseerd' en daarmee wordt een verdichting op hen geprojecteerd⁹⁴ – wat overigens niet wegneemt dat mensen zich vervolgens op diverse manieren tot dat hen aldus toegepaste 'ras' kunnen verhouden, ook in positieve zin. In onze maatschappij 'bestaat' 'ras' dan ook wel degelijk, omdat deze 'mythe' reële consequenties heeft in de levens van veel mensen en een tastbare invloed uitoefent op de manier waarop zij in concrete situaties worden behandeld. In verleden én heden is deze sociale constructie bovendien sterk gelinkt aan juridische concepties over burgerschap, zoals de inrichting van koloniale samenlevingen met een onderscheid naar verschillende groepen mensen.⁹⁵

Sinds de Tweede Wereldoorlog figureert de term 'ras' in verschillende non-discriminatie-instrumenten als een normatieve uitdrukking van wat we willen vermijden, namelijk het idee van essentiële verschillen tussen groepen mensen, die in een hiërarchische verhouding tot elkaar staan. In die zin kunnen we spreken van een juridische fictie, die het reële probleem van racisme moet tegengaan. Vaihinger beschrijft hoe het bewust-onjuiste (een fictie) een belangrijke rol speelt in de wetenschap in het algemeen, en ook in het recht. Ficties moeten onderscheiden worden van hypothesen, in die zin dat het gaat om aannamen waarvan men overtuigd is dat ze onjuist zijn, maar die omwille van hun bruikbaarheid worden toegepast.⁹⁶ Het antwoord op de vraag of 'ras' als een nuttige juridische fictie kan worden beschouwd, hangt

87. Kamerstukken II 2001/02, 28072, nr 5, p. 17.

88. *Handelingen II* 2002/03, 1(28072), p. 5776 en 5777, 2 september 2002, 98e vergadering, Voortzetting van de behandeling van het wetsvoorstel Wijziging van de regeling van het DNA-onderzoek in strafzaken in verband met het vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken uit celmateriaal.

89. M'charek, Toom & De Jong 2020, p. 809.

90. Vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, MvT, bij art. 2.6.19, p. 428.

91. Vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, MvT, bij art. 2.6.19, p. 428.

92. UNESCO, Statement on Race, 1950.

93. A. M'charek, K. Schramm & D. Skinner, 'Topologies of Race: Doing territory, population and identity in Europe', *Science, Technology, & Human Values* (39) 2014-4, p. 468-487, p. 472.

94. Farkas 2017, p. 124.

95. B. de Hart, "'Ras' en "gemengdheid" in Nederlandse jurisprudentie', *AA* 2021-4, p. 359-367. Zie ook K. de Vries & T. Spijkerboer, 'Race and the regulation of international migration. The ongoing impact of colonialism in the case law of The European Court of Human Rights', *Netherlands Quarterly of Human Rights* (39) 2021-4.

96. Vaihinger 1924 [2014], p. XXI.

dan ook af van de context waarin deze vraag wordt beoordeeld. Beargumenteerd kan worden dat het gebruik van het concept 'ras' een belangrijk doel kan dienen wanneer het gehanteerd wordt in anti-racismewetgeving. Wij komen hier dadelijk op terug. Van belang is echter allereerst om te constateren dat het concept 'ras' niet exclusief wordt gebruikt in anti-discriminatiewetgeving. In de Nederlandse DNA-wetgeving over 'uiterlijk waarneembare persoonskenmerken' wordt de term expliciet gelinkt aan een onderscheid op basis van (populatie)genetica. Daarmee wordt gesuggereerd dat er daadwerkelijk rassen bestaan, terwijl het ook hier uiteindelijk om een sociale constructie gaat. Fuller stelt in dit verband dat het gevaarlijk kan zijn om een fictie die in een specifieke context een belangrijk doel dient, zoals het gebruik van 'ras' in anti-discriminatiewetgeving, in een andere context te gebruiken. Het kan betekenen dat het onderscheid tussen feit of werkelijkheid en fictie verdwijnt, waardoor het voor de gebruiker niet langer duidelijk is dat het een fictie betreft: *'A fiction taken seriously, i.e. "believed", becomes dangerous and loses its utility.'*⁹⁷ Onzes inziens wordt het onderscheid tussen feit en fictie vervaagd in de context van DNA-wetgeving, aangezien in dat geval de link wordt gelegd met het maken van een genetisch onderscheid tussen (groepen) mensen. Daarmee kan het juist bijdragen aan een proces van racialisering.

4.2. Argumenten voor het behoud van de term 'ras' in non-discriminatiewetgeving

Bij het gebruik van de term 'ras' in non-discriminatiewetgeving is die context een andere. Zo heeft het IVUR, binnen de lijst van gronden vallend onder het brede begrip 'rassendiscriminatie' (huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming), ook de term 'ras' behouden. Het idee hierachter lijkt te zijn dat wetgeving anders onvoldoende is toegerust om racisme te bestrijden. Wanneer mensen biologisch racisme aanhangen en op basis van die gedachte discrimineren, kan dat een reden zijn om 'ras' juist wél expliciet te noemen in anti-discriminatiewetgeving, naast andere concepten zoals huidskleur. Ook het feit dat racialisering vaak draait om combinaties van percepties, die veelal onmogelijk te ontwarren zijn, kan vóór het gebruik van een overkoepelend begrip als 'ras' pleiten, om racisme beter te kunnen bestrijden: Farkas is van oordeel dat *'[i]t will not be possible to address the process through which a person's (geographic) origin, perceived religious beliefs or cultural traditions become indicators of racial difference unless racism and racialisation remain in circulation.'*⁹⁸ Dat verdragen en wetgeving de betekenis van 'ras' en de verhouding tot andere be-

grippen zoals 'etnische afstamming' niet precies definiëren, kan als positief gevolg hebben dat het recht nieuwe ontwikkelingen in de betekenis en afbakening van dergelijke begrippen – die immers geen vaststaande betekenis hebben – adequaat kan meenemen in de bestrijding van discriminatie en uitsluiting. Verder redenerend zou het gebruik van het concept 'ras' als een belangrijk middel kunnen worden beschouwd om uitbanning van onderscheid op die grond te bewerkstelligen.⁹⁹

Toen de wetgever in Zweden de term 'ras' schraptte uit de non-discriminatiewetgeving (zie hierover later in deze paragraaf meer), was één van de kritiekpunten dat dit zou kunnen bijdragen aan het idee dat racisme niet bestaat, hetgeen de bestrijding ervan kan bemoeilijken.¹⁰⁰ Het niet langer gebruiken van de term kan door critici worden opgevat als een ontkenning van racisme vanuit een zogenaamd kleurenblind 'wit privilege'.¹⁰¹ Juridische doctrines die uitgaan van 'kleurenblindheid', omdat gelijkheid formeel zou zijn gegarandeerd in de wet, worden juist bekritiseerd, omdat daarmee het probleem van institutioneel racisme – dat zich bijvoorbeeld manifesteert in politiecontroles – onder het tapijt wordt geschoven.¹⁰² De Europese 'verlegenheid' om het woord 'ras' te gebruiken zou er zelfs toe hebben bijgedragen dat EU-lidstaten moeite hebben met het adequaat definiëren en afbakenen van de term 'ras', zoals die in juridische instrumenten, zoals het EVRM en de EU-richtlijn naar voren komt, waardoor bijvoorbeeld het gekunstelde onderscheid tussen 'fysiek/biologisch' en 'cultureel' steeds weer naar boven komt en de beschermende functie van het recht potentieel wordt verminderd.¹⁰³

4.3. Problematisering van het gebruik van de term 'ras' in non-discriminatiewetgeving

Niettemin kan het gebruik van de term in de context van non-discriminatiewetgeving ook geproblematiseerd worden. Aan de term 'ras' kleeft nog steeds een verwerpelijke connotatie vanwege het (historische) gebruik ervan als een manier om hiërarchisch onderscheid te maken tussen groepen mensen, met als gevolg onderdrukking. De Amerikaanse rechtswetenschapper Hoffman pleit ervoor de term 'ras' niet langer als juridisch concept te gebruiken.¹⁰⁴ Volgens haar spreekt de expressieve functie van het recht tegen het verdere gebruik van de term:

*'The word "race" suggests that human beings can be divided into subspecies, some of which are morally, intellectually, and biologically inferior to others. The law should avoid reinforcing such beliefs and should spearhead an effort to undermine the idea that "race" is a legitimate mechanism by which to categorize human beings.'*¹⁰⁵

97. Fuller 1930-31 [1976], p. 9-10.

98. Farkas 2017, p. 35.

99. Zie in dit verband ook Vaihinger 1924 [2014], p. 44.

100. S.O. Törngren & N. Witcombe, 'Racial Colorblindness in the Nordic Region', *The New Nordic Lexicon*, 12 May 2023, nordics.info/nnl/show/artikel/nordic-colourblindness.

101. Ook: G. Wekker, *White Innocence: Paradoxes of Colonialism and Race*, Durham: Duke University Press 2016 [2020]; M'charek, Schramm & Skinner 2014.

102. D.E. Roberts, 'The Supreme Court 2018 Term, Foreword: Abolition Constitutionalism', *Harvard Law Review* 2019-11, p. 3-122. Zie hierover ook M. Bot, 'De natiestaat als olifant in de kamer van de postkoloniale rechtstaat', *NTM* 2021/05.

103. Farkas 2017, p. 35; 57.

104. S. Hoffman, 'Is There A Place For Race As a Legal Concept', *Faculty Publications*, 2004/227, p. 1137-1140.

105. Hoffman 2014, p. 1099.

De zoektocht naar alternatieven voor het gebruik van de term 'ras' in juridische instrumenten hoeft dan ook niet per se te impliceren dat men 'geen verschillen ziet', zogenaamd kleurenblind is en doet alsof racisme niet bestaat: het kan ook vanuit nobeler motieven worden gemotiveerd, waarbij het probleem van racisme juist wel degelijk wordt erkend en men dit beter en preciezer wil bestrijden.

Bovendien wijst Hoffman er op dat het sociaal construct 'ras', juist omdat het niet aan iets vaststaands refereert, door iedereen op een eigen manier wordt ingevuld:

'Since its inception, the census has utilized "racial" categories that have been based on an admixture of concepts including color (White or Black), national origin (e.g., Korean), state of origin (e.g., Hawaiian), and even religion (e.g., Hindu).'¹⁰⁶

Ook in de rechtspraktijk worden begrippen als 'ras' en 'etnische afstamming' soms als synoniemen door elkaar gebruikt, of kennen ze een overlappende betekenis waardoor niet altijd duidelijk is wat er precies onder wordt verstaan. Hoffman pleit ervoor om meer precieze terminologie te gebruiken in plaats van 'ras' of 'etniciteit': een combinatie van (afhankelijk van het soort wetgeving) huidskleur, continent van herkomst, nationale herkomst, afstamming van voorouders met een bepaalde huidskleur, of religie. Zij zegt daarover:

'Elimination of the term "race" is particularly appropriate in the antidiscrimination context. In truth, discriminators act because of superficial traits that seem apparent to them. They discriminate because of color, or national origin, or what they believe to be a person's continental or religious origins. The term "race" adds nothing to our understanding of the basis for discrimination, and it mistakenly suggests that there might be some legitimate biological or moral grounds to distinguish among different populations. It is more sound to identify the true nature of what we now call "racial" discrimination: it is based on nothing more than people's physical appearance, where they were born, or who their ancestors were.'¹⁰⁷

Daartegenover staat, zoals wij eerder bespraken, dat het racialiseringsproces vaak juist gebeurt door een combinatie van factoren, die niet gemakkelijk te ontwarren is (en bovendien in tijd en ruimte dynamisch), waardoor voorstelbaar is dat een veelomvattender term als 'ras'

meer bescherming biedt tegen racisme, dan het kunstmatig trachten te ontrafelen van die term in juridische instrumenten. Bovendien is het type racisme dat wordt gebaseerd op ideeën over essentiële biologisch-genetische verschillen helaas geenszins verdwenen uit het discours, en dit kan naast de genoemde andere factoren toch een rol spelen, bijvoorbeeld in het kader van zogenaamde 'omvolkingstheorieën' die steeds meer mainstream zijn geworden op sociale media.¹⁰⁸ Als de term 'ras' niet langer wordt gehanteerd, zou een gevolg kunnen zijn dat de consequenties van 'racialiseren' (onder andere racisme) niet meer goed worden herkend. Het comité dat toezicht houdt op de naleving van het IVUR bekritiseert staten die de term 'ras' niet gebruiken in hun implementatie van het verdrag, ook al is de reden om die term niet te bezigen het tegengaan van racisme. Vanwege de eerder genoemde expressieve functie van het recht kan het hanteren van het woord 'ras' in anti-discriminatiewetgeving dan ook juist worden beschouwd als een manier om het bestaan van processen van racialisering te erkennen en racisme beter te bestrijden. In dat opzicht kan 'ras' dienen als een nuttige juridische fictie; een onwaarheid die duidelijk als zodanig erkend wordt (het is geen biologische realiteit), maar die wel nuttig is als uitdrukking van een onderscheid dat met het recht moet worden bestreden.

4.4. Alternatieve concepten

Hebben we het concept 'ras' nodig in een juridische context? Een aantal landen heeft geprobeerd de term 'ras' weg te halen uit wet- en regelgeving, zoals Zweden.¹⁰⁹ Volgens de Zweedse wetgever zou het gebruik van het woord 'ras' racistische veronderstellingen kunnen legitimeren en kunnen bevestigen dat 'ras' een bestaande categorie zou zijn. Met andere woorden: het gebruik van het woord 'ras' zou juist kunnen bijdragen aan racisme.¹¹⁰ De bestrijding van racisme zou voortaan moeten plaatsvinden via de discriminatiegrond 'etniciteit'.

Het vervangen van de term 'ras' door de term 'etniciteit' lijkt echter geen adequate oplossing te bieden, omdat het eveneens onduidelijkheid oproept en het niet minder vatbaar lijkt te zijn om essentialistische ideeën op te projecteren. 'Ras' en 'etniciteit' worden niet altijd duidelijk onderscheiden en kunnen worden gezien als twee kanten van dezelfde medaille, waarbij 'een meer natuurlijk biologisch begrip van ras wordt ondergebracht bij en wordt vermengd met een meer cultureel perspectief'.¹¹¹ Bovendien kan ook 'etniciteit' ten grondslag liggen aan een proces waarin mensen door anderen hiërarchisch

106. S. Hoffman, 'Is There A Place For Race As a Legal Concept', *Case Western Reserve University Faculty Publications* 2004/227, p. 1135.

Ook: I.H. López, *White by Law: The Legal Construction of Race*, New York and London: New York University Press 2006, p. 143.

107. Hoffman 2014, p. 1152.

108. Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, *Dreigingsbeeld Terrorisme Nederland December 2023*, Den Haag: NCTV 2023, p. 26.

109. IVUR-comité, 'Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-first periodic reports of Sweden', adopted by the Committee at its eighty-third session (12–30 August 2013), 23 September 2013, CERD/C/SWE/CO/19-21, par. 6. Zie bv. ook Noorwegen ('Concluding observations on the combined twenty-third and twenty-fourth periodic reports of Norway', 2 January 2019, CERD/C/NOR/CO/23-24, par. 7-8) en Duitsland ('Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination', 16th to 18th reports, 22 September 2008, CERD/C/DEU/CO/18, par. 15).

110. UN Association of Sweden, *Alternative report to Sweden's 19th, 20th and 21st Periodical Reports to the Committee on the International Convention on Racial Discrimination*, 2013, p. 10.

111. Wekker 2016 [2020], p. 27; S. Hall, 'The multicultural question', in: S. Hall, P. Gilroy & R.W. Gilmore (red.), *Selected writings on race and difference*, Durham: Duke University Press, 2021, p. 405.

gecategoriseerd worden (racialiseren of meer precies; etniciteren).¹¹² Essentialistische ideeën met betrekking tot het indelen van mensen in groepen op basis van uiterlijke kenmerken komen net zozeer naar voren bij het (juridische) gebruik van de term 'etniciteit' als bij het gebruik van de term 'ras'. In 2021 nog overwoog de Rechtbank Den Haag, in de zaak die Amnesty, Control Alt Delete, RADAR, NJCM en twee burgers aanspanden tegen 'etnisch profileren' bij selectiebeslissingen door de Koninklijke Marechaussee met betrekking tot vreemdelingtoezicht gericht op de bestrijding van illegaal verblijf in Nederland (Mobiel Toezicht Veiligheid):

*'Etnische uiterlijke kenmerken hóeven niet, maar kún-
nen wel een objectieve aanwijzing zijn voor iemands
herkomst of nationaliteit. Dat dit dan gebeurt op basis
van een aanname over de vermeende nationaliteit, doet
daar niet aan af. De controle vindt immers mede plaats
juist omdat de nationaliteit niet al bekend is.'*¹¹³

Mede op basis van de veronderstelde relatie tussen uiterlijk en afkomst mochten dan ook selectiebeslissingen met betrekking tot de toepassing van bepaalde (controleerende of repressieve) praktijken worden genomen. In hoger beroep is dit oordeel niet gehandhaafd en verbodde het Hof Den Haag de Staat om bij de uitvoering van Mobiel Toezicht Veiligheid-controles selectiebeslissingen te nemen die (mede) gebaseerd zijn op 'ras'.¹¹⁴

Het gebruik van een term als 'huidskleur' (als onderdeel van een alternatief concept) lijkt weliswaar eenduidiger dan 'ras', maar de notie van bijvoorbeeld 'wit' en 'zwart' is eveneens historisch gegroeid en dynamisch.¹¹⁵ Alternatieve termen voor 'ras', zoals huidskleur of etniciteit, stuiten dan ook eveneens op bezwaren.

Een alternatief voor het gebruik van het zelfstandig naamwoord 'ras' zou kunnen zijn om te verwijzen naar 'racialiseren', een term die het creëren van geracialiseerde groepen beschrijft.¹¹⁶ Bot merkte op dat de Engelse term 'racial discrimination' in het IVUR-verdrag het proces van 'racialisering' dóór anderen vooropstelt, terwijl de Nederlandse vertaling, 'rassendiscriminatie', dat niet doet. Het gebruik van het zelfstandig naamwoord 'rassen' in deze samenvoeging kan juist de suggestie wekken van iets essentialistisch. Het lijkt echter ingewikkeld om dit proces van racialiseren in een juridische vorm te gieten als alternatief voor het gebruik van

het zelfstandig naamwoord 'ras'; niet voor niets blijft het IVUR nog steeds het zelfstandige naamwoord gebruiken.

Een mogelijke *good practice* kan worden gevonden in het plaatsen van de term 'ras' tussen aanhalingstekens, zoals in een aantal juridische instrumenten wordt gedaan, en/of bij gebruik van de term te vermelden dat ras als zodanig niet bestaat, zoals bijvoorbeeld het geval is in de recente Aanbeveling van de Raad van Europa over *hate speech*.¹¹⁷ In België wordt de term 'zogenaamd ras' gebruikt.¹¹⁸ Met het plaatsen tussen aanhalingstekens en verduidelijken van de term 'ras' bij het gebruik ervan, kan in ieder geval tot uitdrukking worden gebracht dat volgens de autoriteiten gerefereerd wordt aan een fictie.

5. Conclusie

Het concept 'ras' heeft in biologische zin geen bestaansrecht; breed is erkend dat geen sprake is van een biologische realiteit, maar dat het een sociale constructie betreft. Daarmee is 'ras' – in de brede zin van het woord – niet minder reëel in de levens van veel mensen, omdat zij juist door anderen worden 'geracialiseerd'. Juist vanwege het gegeven dat 'ras' werd gebruikt voor het maken van hiërarchisch onderscheid tussen mensen, is ook het gebruik van het zelfstandig naamwoord 'ras' als een sociaal en juridisch construct niet zonder gevoeligheden. Hoewel het woord 'ras' in Nederland en veel andere Europese landen beladen is en aan de schijnbaar zachtere term 'etniciteit' soms de voorkeur wordt gegeven, is 'ras' al lange tijd een gangbare term in internationale mensenrechteninstrumenten, zoals die vanaf de Tweede Wereldoorlog zijn ontstaan. De totstandkoming van die instrumenten ging nauwelijks gepaard met een kritische discussie over het juridisch gebruik van de term 'ras'. In de decennia na de Tweede Wereldoorlog werd weliswaar sterk de noodzaak gevoeld om een eind te maken aan de gruwelen waar *superioriteitsclaims* op basis van 'ras' toe konden leiden. Maar de notie dat er überhaupt niet zoiets bestaat als verschillende 'rassen' in biologische zin, had nog een langere tijd nodig om in te dalen, zo blijkt ook uit de discussie in UNESCO-verband. Bovendien: als discriminatie op grond van 'ras' een realiteit is, dan kan een instrument ter bestrijding van discriminatie niet goed zonder deze term, zo werd gedacht – en dat laatste argument bleef ook later in zwang. De term 'ras' is door veel staten opgenomen in anti-discriminatiewetgeving

112. Bijv. Wekker 2016 [2020], p. 24.

113. Rb Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, par. 8.9.

114. Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173. De aanhalingstekens gebruikte het Hof overigens zelf niet. Dat het Hof – anders dan de Rechtbank – de term 'ras' centraal stelde, had er mee te maken dat de eisers hun vordering in hoger beroep hadden gewijzigd door 'etniciteit' te vervangen door 'ras', waaronder zij mede verstonden 'huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming.' Het Hof besloot uit te gaan van de door het EHRM gehanteerde terminologie in *Timishev tegen Rusland* (zie par. 3.1), waaruit blijkt dat 'ras' en 'etniciteit' overlappende concepten zijn, maar het EHRM tegelijkertijd benadrukt dat het begrip 'ras' van origine doelt op kenmerken zoals huidskleur en gezichtskenmerken, terwijl 'etniciteit' van oudsher ziet op maatschappelijke groepen met gedeelde culturele achtergronden. EHRM 13 december 2005, nr. 55762/00 en 55974/00, par. 55 (*Timishev tegen Rusland*).

115. Saharso & Scharrer 2022.

116. Hochman 2019, p. 1245. Zie in dit verband ook: M. Omi & H. Winant, *Racial Formation in the United States*, New York: Routledge 2015.

117. Raad van Europa, 'Recommendation CM/Rec(2022)16 of the Committee of Ministers to member States on combating hate speech', par. 2.

118. O.a. Wet ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, 25 februari 2003.

en werd ook in latere regionale en internationale juridische instrumenten behouden als integraal onderdeel van het bestrijden van discriminatie. Wel wordt de term in Europees verband soms van een disclaimer voorzien, waarin theorieën over het bestaan van verschillende rassen worden verworpen.

De Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zijn met name geïnspireerd op het IVUR-verdrag met zijn brede definitie van 'rassendiscriminatie'. Het gebruik van het concept 'ras' in Nederlandse wet- en regelgeving was lange tijd vanzelfsprekend, maar is recentelijk onderwerp van discussie geworden.¹¹⁹

Of 'ras' als een *nuttige* juridische fictie kan worden beschouwd, kan alleen worden beoordeeld in de context waarin het begrip wordt gehanteerd. In non-discriminatiewetgeving kan het gebruik van de term gebruikelijk en nuttig zijn, maar wanneer de term naar een andere context wordt getransponeerd, kan aan het begrip abusievelijk een biologische betekenis worden toegekend. Daarmee ontstaat het risico dat deze 'fictie' voor (biologisch) 'feit' wordt aangezien. Het gebruik van de term in de Nederlandse DNA-wetgeving over 'uiterlijk waarneembare persoonskenmerken' is hoe dan ook problematisch vanwege de link die wordt gelegd tussen 'ras', uiterlijke kenmerken en populatiegenetisch onderzoek.

Maar ook in de context van non-discriminatiewetgeving is kritiek gekomen op het gebruik van de term 'ras'. Niet alleen is de term omgeven met veel onduidelijkheden, principieel is een belangrijke vraag of een term waaraan historisch gezien de connotatie kleeft van diepgewortelde biologisch-genetische verschillen tussen groepen mensen – met bijgevolg hiërarchisch onderscheid en onderdrukking – wel geschikt is voor gebruik in juridische instrumenten: het blijven gebruiken van een term kan zulke ideeën (al dan niet bewust) blijven voeden. Vooral het gebruik van het zelfstandig naamwoord 'ras' (zoals in Nederlandse juridische teksten gangbaar is) en zeker het meervoud 'rassen', kan de gedachte aanwakkeren dat er zoiets bestaat als een essentieel onderscheid tussen verschillende menselijke typen of soorten die diepgaand van elkaar zouden verschillen. Tegenstanders van het gebruik van de term 'ras' denken het probleem van racisme juist beter en preciezer te kunnen bestrijden door het gebruik van (een combinatie van) alternatieven, zoals etniciteit, huidskleur, continent van herkomst en afstamming van de voorouders. Toch kleven aan dergelijke alternatieve termen een aantal van dezelfde nadelen

als aan de term 'ras', terwijl – zoals het IVUR-comité stelt – het in de ban doen van de term 'ras' het mogelijk moeilijker maakt om racisme te bestrijden. Het proces waarbij mensen worden geracialiseerd omvat een combinatie van factoren die niet altijd gemakkelijk te ontwarren is, terwijl biologisch-fysiek racisme bovendien hardnekkig blijft. Daarom geeft de wet mogelijk minder bescherming tegen discriminatie wanneer de term 'ras' zelf in de ban zou worden gedaan.

Ook als men door principiële argumenten overtuigd is om de term 'ras' in de ban te doen, bestaat echter het risico dat – omdat 'ras' inmiddels zodanig is 'ingeburgerd' in het juridische anti-discriminatie-discours wereldwijd – het schrappen van de term door voorvechters beschouwd zou kunnen worden als het tenietdoen van de strijd die in dit kader is gevoerd. In feite is het concept 'hertoegeëigd' door de anti-racismebeweging. Pragmatisch gezien zal het trachten open te gooien van dit soort instrumenten bovendien een risico kunnen opleveren dat er in de onderhandelingen die daarmee gepaard gaan, in de huidige maatschappelijke en politieke context, uiteindelijk een minder goede bescherming wordt geboden in de strijd tegen racisme.

Alles overwegende is het onzes inziens van belang om naar manieren te zoeken om de negatieve aspecten van het gebruik van de term 'ras' te mitigeren. Op zijn minst is het aan te bevelen om in de Nederlandse wetgeving explicieter aan te sluiten bij de brede lijst van gronden in artikel 1 lid 1 IVUR (ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming), juist omdat de betekenis van het huidige containerbegrip 'ras' in Nederlandse wetgeving afwijkt van de betekenis die het in het normale spraakgebruik heeft en de daardoor ontstane verwarring de expressieve functie van het recht kan tegenwerken – zoals ook blijkt uit de rechtspraak over groepsbelediging op grond van 'ras'.

Er zijn echter valide argumenten om verdergaande wijzigingen te overwegen om de essentialistische connotatie van termen als 'ras' en 'rassendiscriminatie' (zoals in Nederlandse juridische teksten gangbaar is) tegen te gaan. Wij denken daarbij aan het plaatsen van de term 'ras' tussen aanhalingstekens, het gebruik van een term als 'zogenaamd ras' (zoals in België) en/of een vermelding dat ras als zodanig niet bestaat, zoals in de recente Aanbeveling van de Raad van Europa over *hate speech*. Op deze manier kan de wet(gever) uitdrukken dat 'ras' een fictie betreft die op mensen wordt geprojecteerd.

119. Nationaal Coördinator tegen Discriminatie en Racisme, Nationaal Programma tegen Discriminatie en Racisme 2022; College voor de Rechten van de Mens, Advies definitie racisme, 1 april 2022.