

Risicoprofilering op de luchthaven: een juridische verkenning van de legitimiteit van etnische risicoprofielen?

Jop Van der Auwera en Dirk Van Daele*

“Not all Muslims are terrorists, but all terrorists are Muslims” is één van de vele (incorrecte) catch-phrases die populair werden na de aanslagen van 9/11. Voornamelijk op luchthavens zagen moslims, en in het algemeen passagiers die afkomstig waren uit het Midden-Oosten of Noord-Afrika, dit soms vertaald in extra identiteitscontroles en bijkomende bagagecontroles. Omwille van de mediaberichtgeving over deze praktijken wordt risicoprofilering op luchthavens vandaag vaak in één adem genoemd met etnisch profileren. Vanuit juridisch perspectief moet deze uiting toch wat genuanceerd worden. Niet elk risicoprofiel waarin de variabelen ‘eticiteit, religie of ras’ worden opgenomen, is immers automatisch in strijd met het non-discriminatiebeginsel. In deze bijdrage wordt dan ook onderzocht in welke mate het gebruik van etnische risicoprofielen geoorloofd is.

De opkomst van een preventief discours

De aanslagen van 22 maart 2016 op Brussels Airport maakten op pijnlijke wijze duidelijk dat de burgerluchtvaart nog steeds een aantrekkelijk doelwit is voor terroristische groeperingen. Een aanslag op deze transportsector staat namelijk garant voor een gedeeltelijke ontwrichting van de samenleving, vele internationale slachtoffers en de beoogde wereldwijde media-aandacht.¹ Het dient benadrukt te worden dat de introductie van verschillende beveiligingsmaatregelen geleid heeft tot een sterke afname van het aantal terroristische aanslagen op

burgervliegtuigen en dat pogingen tot dergelijke terroristische acties meermaals werden verijdeld.² Niettemin zijn luchthavens omwille van hun kwetsbare én symbolische karakter nog steeds een potentieel doelwit. Omdat ze doorgaans vrij toegankelijk zijn voor passagiers en het meestal gaat om een omvangrijke en moeilijk te beveiligen oppervlakte, kunnen criminelen er namelijk op een relatief anonieme wijze opereren. Volgens een historisch onderzoek zou de kans om slachtoffer te worden van terreur in een luchthaven of vliegtuig dan ook zeshonderd keer groter zijn dan op eender welke andere locatie.³

In vergelijking met de jaren 1970 en 1980 ligt de primaire focus van de luchthavenbeveiliging vandaag veel meer op het voorkomen van allerhande vormen van criminaliteit. Veeleer dan een repressieve reactie op een strafrechtelijke inbreuk (*post hoc*), opteren de beveiligingsdiensten thans voor een preventief discours (*a priori*), waarbij de vroegtijdige detectie van risicovol gedrag, de beheersing van risico's, gevaren en schade, en de reductie van onveiligheid centraal staan. Concreet steunen veiligheidsdiensten op allerhande moderne pre-emptieve controle- en bewakingsmechanismen om potentieel risicovolle gedragingen vroegtijdig te detecteren en om aldus de kans op reële criminaliteit te doen dalen.⁴ In dat opzicht wordt een vorm van *social sorting* toegepast, waarbij – volgens een zekere aanname van wat als ‘norm’ wordt aanzien in een luchthaven – de passagiers worden ingedeeld in een veilige of een risicovolle subpopulatie. Een classificatie naargelang risico of dreiging kan namelijk een betekenisvolle meerwaarde bieden met het oog op een gedifferentieerde behandeling van verdachte individuen: ‘*The higher the*

* Jop Van der Auwera is als doctoraatsstudent verbonden aan het Leuvens Instituut voor Criminologie (KU Leuven). Dirk Van Daele is als gewoon hoogleraar verbonden aan het Instituut voor Strafrecht en het Leuvens Instituut voor Criminologie (KU Leuven).

1 B.A. Jackson en D.R. Frelinger, “The Problem to Be Solved: Aviation Terrorism Risk Past, Present, and Future” in B.A. Jackson e.a. (red.), *Efficient Aviation Security: Strengthening the Analytic Foundation for Making Air Transportation Security Decisions*, California, RAND Corporation, 2012, p. 16; J. Jordan, “Analysis of Jihadi Terrorism Incidents in Western Europe, 2001–2010”, *Studies in Conflict & Terrorism* 2012, vol. 35, nr. 5, p. 385.

2 R.P. Bron en D.d. Hoog, “Civiele luchtvaart en terroristische incidenten: Historische ontwikkelingen en toekomstige trends”, *Justitiële Verkenningen* 2007, vol. 33, nr. 5, p. 29-34.

3 S.E. Martonosi, *An Operations Research Approach to Aviation Security*, Massachusetts, Massachusetts Institute of Technology 2005, p. 27.

4 Zie hierover bijvoorbeeld L. Zedner, “Pre-crime and post-criminology?”, *Theoretical Criminology* 2007, vol. 11, nr. 2, p. 262-265; M. Feeley en J. Simon, “Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law” in D. Nelken (red.), *The Futures of Criminology*, London, Sage, 1994, p. 173-201; R. Smith, “Actuarialism and Early Intervention in Contemporary Youth Justice” in B. Goldson en J. Muncie (red.), *Youth Crime and Justice*, London, Sage, 2006, p. 93 en 96.

risk, the more surveillance'.⁵

Het gebruik van risicoprofielen bij de luchthavenbeveiliging

De huidige tijdsgeest waarin vroegtijdig signaleren, risicotaxatie en het reduceren van veiligheidsrisico's cruciale aandachtspunten zijn, maakt het gebruik van risicoprofielen bij de beveiligingsdiensten op de luchthaven bijzonder populair. Dit geprefereerde karakter steunt zowel op de theoretische mogelijkheid om toekomstige criminelen preventief te selecteren als op de voortdurende neiging van deze diensten om hun economische efficiëntie te vergroten.⁶ Risicoprofielen op de luchthaven worden doorgaans opgesteld vanuit een inductieve wetenschapsopvatting. Op basis van verschillende afzonderlijke individuele gevallen wordt namelijk een veralgemening gemaakt die suggereert dat soortgelijke gebeurtenissen in de toekomst dezelfde gemeenschappelijk waargenomen kenmerken zullen delen.⁷ Concreet wordt op statistische wijze stelselmatig nagegaan welke individuele kenmerken en persoonlijke gegevens (zoals o.a. fysieke, psychologische en gedragsmatige eigenschappen) een verband vertonen met data over criminele gedragingen uit het verleden. Enkel de variabelen die een betekenisvolle correlatie vertonen met crimineel gedrag worden geëxtraheerd en geëxtrapoleerd tot een algemeen risicoprofiel (idealiter verschillend per type misdrijf).⁸ De samenstelling van een set risicofactoren, typerend voor personen die een bepaald misdrijf hebben gepleegd, kan inderdaad een voorspellende waarde hebben. Een gezamenlijke aanwezigheid van meerdere profielkenmerken wordt immers verondersteld samen te hangen met een verhoogde waarschijnlijkheid op het plegen van een delict: hoe meer overeenkomsten met het risicoprofiel, hoe groter de kans dat een misdrijf zich

zal voltrekken. Hierbij is de kerngedachte dat zulke profielen statistisch gezien '(nog) niet vertoond crimineel gedrag' vroegtijdig kunnen signaleren, zodat politie- of veiligheidsdiensten proactief kunnen ingrijpen en gericht kunnen zoeken naar individuen die gelijkenissen vertonen met de reeks risicofactoren.⁹ Daarbij moet evenwel meteen worden aangetekend dat de statistische basis van de gebruikte politonele risicoprofielen eerder zwak is. Veel van de gebruikte profielen ontstaan immers vanuit een professionele intuïtie en worden gebaseerd op percepties, opgebouwde ervaring of een zogenaamd buikgevoel van de politieambtenaar.¹⁰

Het moge duidelijk zijn dat het merendeel van de aanwezigen in een luchthaven geen bedreiging vormt voor de veiligheid. Om die reden is het voor luchthavenpersoneel een dagelijkse uitdaging om de spreekwoordelijke 'naald in een hooiberg' te vinden, net omdat het aantal potentiële criminelen in de populatie bijzonder klein is en/of de dreigingen slechts sporadisch voorkomen. Iedereen die toegang wil tot de vertrekhal onderwerpen aan een uniforme screening is in dat opzicht inefficiënt, economisch oninteressant en *de facto* onhaalbaar. Daarenboven blijkt uit onderzoek dat het arbitrair selecteren van passagiers ook behoorlijk ineffectief kan zijn.¹¹ Vanuit deze context zijn gedegen risicoprofielen bijzonder waardevol. Door consequent en aan de hand van een gefundeerd risicoprofiel de potentiële *high-risk* passagiers uit een omvangrijke en moeilijk te controleren groep te selecteren en aan een controle te onderwerpen, bezit men namelijk de theoretische capaciteit om met eenzelfde inspanning een hogere *hit rate* te bereiken.¹²

Doorgaans zijn het de practici die de bovenvermelde meerwaarde inzake efficiëntie en effectiviteit benadrukken, terwijl academici waarschuwen voor het gevaar van inaccuraatheid, discriminatie, stigmatisering en inefficiëntie.¹³ Hoewel de praktiserende instanties

- 5 D. Lyon, "Airport screening, surveillance, and social sorting: Canadian responses to 9/11 in context", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* 2006, vol. 48, nr. 3, p. 404; R. Peeters en M. Schuilenburg, "Machine justice: Governing security through the bureaucracy of algorithms", *Information Polity* 2018, vol. 23, p. 271-272 en 276.
- 6 D.A. Harris, *Profiles in Injustice: Why Racial Profiling Cannot Work*, New York, New Press, 2002, p. 11; B.E. Harcourt, *Against Prediction: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, Chicago, University of Chicago Press, 2007, p. 188.
- 7 M. Hildebrandt, "Defining Profiling: A New Type of Knowledge?" in M. Hildebrandt en S. Gutwirth (red.), *Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2008, p. 18; W.A. Petherick en B.E. Turvey, "Criminal Profiling: Science, Logic, and Cognition" in B.E. Turvey (ed.), *Criminal Profiling: An Introduction to Behavioral Evidence Analysis*, New York, Elsevier, 2011, p. 50-51.
- 8 Annex A in ontwerp van de Raad houdende de aanbevelingen tot het ontwikkelen van terroristische risicoprofielen, 18 november 2002, 11858/3/02 ENFOPOL 117 REV 3, p. 5-6; R. Abeyratne, *Aviation Security Law*, Heidelberg, Springer-Verlag, 2010, p. 55-56.
- 9 G.T. Marx en N. Reichman, "Routinizing the Discovery of Secrets: Computers as Informants", *American Behavioral Scientist* 1984, vol. 27, nr. 4, p. 429-430; D.A. Harris, *Profiles in Injustice: Why Racial Profiling Cannot Work*, New York, New Press, 2002, p. 11.
- 10 Zie hierover bijvoorbeeld T. Dekkers en M. van der Woude, "Staring at the felony forest? De complexiteit van risicoprofilering nader in kaart gebracht", *PROCES* 2014, vol. 93, nr. 1, p. 52-70.
- 11 H. Cavusoglu e.a., "An Analysis of the Impact of Passenger Profiling for Transportation Security", *Operations Research* 2010, vol. 58, nr. 5, p. 1287; H. Cavusoglu e.a., "Passenger Profiling and Screening for Aviation Security in the Presence of Strategic Attackers", *Decision Analysis* 2013, vol. 10, nr. 1, p. 63.
- 12 M.A.H. van der Woude en J.P. van der Leun, "De Nederlandse veiligheidscultuur als katalysator voor etnisch profileren?", *Tijdschrift over Cultuur & Criminaliteit* 2013, vol. 3, nr. 2, p. 127 en 131.
- 13 Zie bijvoorbeeld A. Hoogstrate en C. Veenman, *Informatiegestuurde grenscontrole: Verkenning ten behoeve van het gebruik van selectieprofielen in het kader van grensbeheer*, Den Haag, Nederlands Forensisch Instituut: Kennis en Expertise Centrum voor Intelligente Data-Analyse, 2012, p. 9.

het gebruik van risicoprofielen aanduiden als hét objectieve alternatief om tot een controle over te gaan en etnisch profileren te bannen, blijft de toepassing ervan steeds mensenwerk en is de concrete invulling daarom bijna per definitie in zekere mate subjectief. Zeker in het licht van het maatschappelijk klimaat rond de zogenaamde ‘crimmigratie’ én de ruime discretionaire beoordelingsruimte die politieambtenaren genieten bij de uitvoering van hun preventieve controlebevoegdheden, ligt het gevaar van etnisch profileren op de loer. In dat perspectief uitte het Europees Parlement reeds eerder zijn bezorgdheid over het probleem van het etnisch profileren an sich, de totstandkoming van etnische risicoprofielen en de daarmee gepaard gaande mensenrechtenschendingen. Verder benoemde het de aanpak ervan als een dringende kwestie, in het bijzonder op het gebied van terrorismebestrijding, immigratie, douane en grensbewaking.¹⁴

Een internationaal en Europees verbod op etnische risicoprofielen

Etnisch profileren als een vorm van rassendiscriminatie

Etnisch profileren wordt door de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (ECRI) gedefinieerd als een ineffectieve en discriminatoire praktijk, waarbij politieambtenaren zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging criteria als ras, huidskleur, taal, nationaliteit, etnische afkomst of religie gebruiken om een hele (sub)populatie te onderwerpen aan extra politiecontroles en bewakings- of onderzoekshandelingen.¹⁵ Hierbij richten politieambtenaren zich niet langer op objectieve gronden, maar steunen ze op een denkbeeldige en tevens foute correlatie tussen bepaalde etnische uiterlijke kenmerken en het plegen van strafbare feiten.¹⁶ Precies omdat het fysieke voorkomen van burgers aanleiding kan geven tot een onderscheid, uitsluiting of voorkeur in behandeling, kan etnisch profileren worden beschouwd als een vorm van

discriminatie en als een praktijk die in strijd is met bindende mensenrechtenstandaarden.¹⁷

Met betrekking tot de uitvoering van identiteitscontroles met het oog op het vrijwaren van de openbare veiligheid, algemene criminaliteitspreventie of het voorkomen van illegale immigratie, oordeelde het VN-mensenrechtencomité in de zaak *Williams Lecraft t. Spanje* dat de “fysieke of etnische kenmerken van personen” niet automatisch als indicatie mogen gezien worden van een mogelijk illegaal verblijf in het land én al zeker niet gebruikt mogen worden om bepaalde populaties bewust of onbewust te viseren.¹⁸ Het disproportioneel viseren van etnische minderheden bij preventieve identiteitscontroles werd beschouwd als een vorm van rassendiscriminatie die in strijd is met artikel 26 BUPO (discriminatieverbod), in samenhang met artikel 2, §3 BUPO.¹⁹ Indien politieambtenaren toch op die manier zouden handelen, “zou dat niet alleen de waardigheid van de betrokken personen negatief beïnvloeden, maar zou dit ook bijdragen aan de verspreiding van xenofobische gedragingen en ingaan tegen een effectief beleid gericht op de bestrijding van rassendiscriminatie.”²⁰ Aangezien deze beslissing ook van toepassing is op alle preventieve controles, geldt ze – *mutatis mutandis* – bijvoorbeeld ook voor preventieve maatregelen om terrorisme te bestrijden op luchthavens.

Etnische versus legitieme risicoprofielen

Inzake het gebruik van risicoprofielen krijgt de term ‘profilieren’, afhankelijk van de gronden, wel een verschillende connotatie. In de praktijk wordt namelijk een onderscheid gemaakt tussen twee vormen. Allereerst is er de discriminatoire en verboden etnische profileringsmethode, waar de selectie louter op basis van ras, etniciteit, nationaliteit of religie plaatsvindt (*hard profiling*).²¹ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) veroordeelde deze praktijk in de zaak *Timishev t. Rusland*, waar Russische grensofficieren op bevel van de Minister van Binnenlandse Zaken alle personen van Tsjetsjeense afkomst de toegang dienden te weigeren. Zo probeerde men te vermijden dat personen met terroristische motieven zich

14 Aanbev. EP aan de Raad nr. INI/2008/2020, 24 april 2009 betreffende het vraagstuk van het opstellen van profielen, met name op basis van etnische afstamming en ras, in het kader van de bestrijding van terrorisme, rechtshandhaving, immigratie, douane- en grenscontrole, Pb.L. 8 juli 2010, nr. 184, E/121-26.

15 Aanbev. Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie, 29 juni 2007 betreffende General Policy Recommendation N° 11 on Combating Racism and Racial Discrimination in Policing, 4 oktober 2007, CRI 39, 39, §1.

16 Zie hierover bijvoorbeeld M.R. Smith en G.P. Alpert, “Explaining Police Bias: A Theory of Social Conditioning and Illusory Correlation”, *Criminal Justice and Behavior* 2007, vol. 34, nr. 10, p. 1262-1279.

17 VN-Mensenrechtencomité, General Comment No. 18: Non-discrimination, Thirty-seventh session, 1989, §7; CERD, General Recommendation XXXI on the Prevention of Racial Discrimination in the Administration and Functioning of the Criminal Justice System, A/60/18, 2005, §20.

18 VN-mensenrechtencomité 17 augustus 2009, nr. 1493/2006, *Williams Lecraft t. Spanje*, §7.2.

19 *Ibid.*, §8.

20 *Ibid.*, §7.2.

21 H. MacDonald, “The myth of racial profiling”, *City Journal* 2001, vol. 2, p. 14-27.

Artikel

in Rusland zouden kunnen vestigen.²² Het Hof veroordeelde Rusland wegens een schending van artikel 2, Protocol n° 4 EVRM (vrijheid van verplaatsing), mede in samenhang gelezen met artikel 14 EVRM (discriminatieverbod). Daarbij werd benadrukt dat “in een hedendaagse democratische samenleving die gebouwd is op de principes van pluralisme en respect voor verschillende culturen” in geen enkel geval of situatie een verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd kan worden, wanneer die beslissing “uitsluitend of in beslissende mate is gebaseerd op de etnische origine of afkomst van een persoon”.²³ Vooral de bepaling ‘uitsluitend of in beslissende mate’ is daarbij van cruciaal belang, aangezien het Hof zo een objectieve en redelijke rechtvaardiging van risicoprofielen mogelijk maakt waar etnische origine of afkomst slechts één van de vele factoren is die, in combinatie met andere contextuele elementen, bijdraagt aan de selectieprocedure (*soft profiling*).²⁴

Uit het voorgaande volgt dat de wetshandhaver zich in zijn besluitvorming niet exclusief of in beslissende mate mag baseren op het etnische aspect, maar etnische, raciale of religieuze kenmerken eventueel wél in rekening mag brengen wanneer het risicoprofiel daarnaast ook bestaat uit meerdere objectieve situationele en omgevingsfactoren, zoals locatie, misdrijf, geslacht of leeftijd. Het is met andere woorden wel degelijk toegestaan dat politiediensten bij de uitoefening van hun wettelijke bevoegdheden rekening houden met nationaliteit, ras, etniciteit of religie, zolang deze criteria maar niet de enige of doorslaggevende reden zijn voor de positionele handeling.²⁵ Met hoeveel bijkomende of ondersteunende risicofactoren men dan precies rekening dient te houden, is echter niet duidelijk.

Om niet als discriminerend te worden beschouwd, moet zulke differentiërende behandeling op basis van meerdere risicofactoren ook steeds voldoen aan de

criteria van redelijkheid en objectiviteit. Dit betekent dat het nagestreefde doel legitiem moet zijn en de geveerde handelingen een proportionaliteitstoets moeten kunnen doorstaan.²⁶ Bij voorspellende risicoprofielen is het eveneens noodzakelijk dat de risicofactoren te allen tijde gegrond zijn op specifieke, betrouwbare en onbevooroordeelde informatie.²⁷ Indien de profielen gevoed worden met oordelen ten aanzien van bepaalde groepen, zal dit logischerwijze een effect hebben op de kwaliteit van de voorspelling: ‘garbage in is garbage out’.²⁸

Wel moet hierbij worden aangetekend dat er een wezenlijk onderscheid bestaat tussen etnisch profileren (*hard profiling*) enerzijds en het aanwenden van persoonlijke (etnische) kenmerken in overeenstemming met ander objectief bewijs bij het opsporen of identificeren van een verdachte van een (potentieel) misdrijf (beschrijvend profiel) anderzijds.

Als de politie beschikt over betrouwbare daderinformatie of inlichtingen dat een terroristische aanslag is gepleegd of gepleegd zal worden door bijvoorbeeld een in het wit gesluierde Congolese vrouw van 1m65 groot, is er vanuit mensenrechtelijke invalshoek geen bezwaar tegen het gebruik van deze kenmerken bij preventieve controles, voor zover ze de wettelijke toets van noodzaak en evenredigheid doorstaan.²⁹

Met het oog op het voorkomen van terroristische misdrijven is het overigens vaak nuttig dat de politie bij het gebruik van preventieve risicoprofielen tot op zekere hoogte ook de nodige aandacht besteedt aan het etnische of religieuze aspect. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat, wanneer een (jonge) volwassen man (18-40 jaar) met een etnische afkomst uit het Midden-Oosten zonder bagage en middels een contant betaald *one-way* vliegticket reist, de statistische kans op een terroristische aanval of vliegtuigkaping

22 EHRM 13 maart 2006, nrs. 55762/00 en 55974/00, *Timishev t. Rusland*, §9-13.

23 *Ibid.*, §58-59.

24 H. MacDonald, “The myth of racial profiling”, *City Journal* 2001, vol. 2, p. 14-27.

25 O. De Schutter en J. Ringelheim, “Ethnic Profiling: A Rising Challenge for European Human Rights Law”, *The Modern Law Review* 2008, vol. 71, nr. 3, p. 368-369.

26 Wanneer het verschil in behandeling mede gebaseerd is op ras, huidskleur of etnische afkomst, moet het begrip van ‘objectieve en redelijke rechtvaardiging’ zo strikt mogelijk worden geïnterpreteerd (EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00, *D.S. e.a. t. Tsjechië*, §196); VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 18: Non-discrimination, Thirty-seventh session, 1989*, §13; VN-mensenrechtencomité 17 augustus 2009, nr. 1493/2006, *Williams LeCraft t. Spanje*, §7.4.

27 Aanbev. EP aan de Raad nr. INI/2008/2020, 24 april 2009 betreffende het vraagstuk van het opstellen van profielen, met name op basis van etnische afstamming en ras, in het kader van de bestrijding van terrorisme, rechtshandhaving, immigratie, douane- en grenscontrole, Pb.L. 8 juli 2010, nr. 184, E/121-26, §L en N.

28 W.L. Perry e.a., *Predictive policing. The role of crime forecasting in law enforcement operations*, Santa Monica California, RAND Corporation, 2013, p. 13; WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2016, p. 81-82; A. de Vries en S. Smit, “Predictive policing: politiewerk aan de hand van voorspellingen”, *Justitiële verkenningen* 2016, vol. 3, p. 17; K. Lum en W. Isaac, “To predict and serve?”, *Significance* 2016, vol. 13, nr. 5, p. 17-18.

29 Aanbev. EP aan de Raad nr. INI/2008/2020, 24 april 2009 betreffende het vraagstuk van het opstellen van profielen, met name op basis van etnische afstamming en ras, in het kader van de bestrijding van terrorisme, rechtshandhaving, immigratie, douane- en grenscontrole, Pb.L. 8 juli 2010, nr. 184, E/121-26, §F, L en SW.

significant verhoogt.³⁰ Gezien de wetenschappelijke onderbouwing alsook de veelheid en objectiviteit van de additionele risicofactoren, is deze voorspellende profileringsvorm vanuit juridisch oogpunt naar onze mening dan ook legitiem.

Potentiële gevaren

Een heikel punt dat critici – niet geheel onterecht – opwerpen, is dat het algemeen wettelijk kader in de Wet op het Politieambt geen sluitende waarborg biedt om etnisch profileren te voorkomen. Door de ruime discretionaire beslissingsruimte bepalen politieambtenaren immers tot op zekere hoogte zelf welke invulling zij geven aan eerder vage begrippen als “gedragingen”, “materiële aanwijzingen”, “redelijke gronden” en “omstandigheden van tijd of plaats”. Hetzelfde geldt voor de vraag welke factoren van het risicoprofiel ze (al dan niet) laten doorwegen om iemand te controleren.³¹ Het zijn precies deze individuele invullingsmogelijkheden en nogal ruime wetsbepalingen die in bepaalde situaties aanleiding kunnen geven tot misbruik.³² Zo oordeelde het EHRM in *Gillan en Quinton t. Verenigd Koninkrijk* dat de *stop and search* praktijk in het Verenigd Koninkrijk de privacy van de burgers schond, omdat politieambtenaren bij machte waren om zonder enige vorm van redelijk vermoeden van onwettig gedrag over te gaan tot het controleren van burgers. Het Hof besliste dat deze ruime discretionaire bevoegdheden onvoldoende gekoppeld waren aan passende juridische waarborgen die de betrokken personen kunnen beschermen tegen willekeur. Precies daarom hielden zij een mogelijk risico op discriminatie in, waarbij statistische gegevens overigens aantoonde dat dit vooral gold voor personen van Afrikaanse en Aziatische origine.³³ In tegenstelling tot bijvoorbeeld Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk, is er in België tot op heden geen systematisch toezicht op de wettelijke conformiteit van preventieve veiligheidsfouilleringen of identiteitscontroles. Het ontbreken van een wettelijke motivatie- en registratieplicht maakt het immers moeilijk om *post hoc* in te schatten of een

staandehouding al dan niet gerechtvaardigd is of was.³⁴

In het licht van het bovenstaande is het belangrijk op te merken dat de laatste decennia een nieuwe golf van terrorisme is ontstaan, namelijk het religieus geïnspireerd terrorisme, met thans het islamistisch terrorisme als uitgesproken exponent.³⁵ Hoewel sommigen terecht aangeven dat het merendeel van de terroristen op dit moment afkomstig is van extremistische moslimgroeperingen, is het niet wenselijk en tevens in strijd met het non-discriminatiebeginsel, alsook het verbod op een onmenselijke behandeling, om elke moslim of passagier met een Midden-Oosterse of Noord-Afrikaanse afkomst om die reden aan te merken als verdacht en te onderwerpen aan een extra controle. Onlangs tilde het EHRM in *Lingurar t. Roemenië* immers zwaar aan zulke stereotiepe veralgemening door politieambtenaren. Een hele Roma-commune werd tijdens een grootschalige politiecontrole doelbewust gevisieerd en gestigmatiseerd omwille van het criminele verleden van enkele personen met dezelfde (etnische) achtergrond. Het Hof oordeelde dat vele onschuldige Roma onterecht het slachtoffer werden, en dus inhumain werden behandeld, omdat de wetshandhavers tijdens hun controle uitgingen van impliciete aannames en foutieve stereotiepe percepties over de Roma-gemeenschap (nl. antisociaal en crimineel).³⁶ Precies omdat de Roemeense autoriteiten etniciteit automatisch associeerden met crimineel gedrag, veroordeelde het Hof deze (etnische) profileringsvorm als discriminatie, waarbij het een schending vaststelde van artikel 14 EVRM (discriminatiebeginsel) in samenhang met artikel 3 EVRM (verbod op onmenselijke behandeling).³⁷

Besluit: einde van de grijze zone in zicht?

Hoewel er geen bindende internationale of Europese regel bestaat die etnisch profileren expliciet verbiedt, lijkt de rechtspraak van zowel het Europees Hof voor de

30 Zie bijvoorbeeld G.T. Marx en N. Reichman, “Routinizing the Discovery of Secrets: Computers as Informants”, *American Behavioral Scientist* 1984, vol. 27, nr. 4, p. 430.

31 K. Meerschaut en P.J.A. De Hert, “Identiteitscontroles in rechtsvergelijkend perspectief. Moet controle op kleur worden gemeten?”, *Orde Van De Dag* 2007, vol. 40, p. 15-16; M. Lipsky, *Street Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*, New York, Russell Sage Foundation, 1980, p. 13-16; B. Bowling en C. Phillips, “Disproportionate and Discriminatory: Reviewing the Evidence on Police Stop and Search”, *The Modern Law Review* 2007, vol. 70, nr. 6, p. 956-958.

32 F. Goossens, *Politiebevoegdheden en mensenrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 709; F. Gilleir, *Discretionaire ruimte bij de Belgische lokale politie*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2013, p. 78.

33 EHRM 28 juni 2010, nr. 4158/05, *Gillan en Quinton t. Verenigd Koninkrijk*, §85.

34 K. Meerschaut en P.J.A. De Hert, “Identiteitscontroles in rechtsvergelijkend perspectief. Moet controle op kleur worden gemeten?”, *Orde Van De Dag* 2007, vol. 40, p. 12-16.

35 D.C. Rapoport, “The Four Waves of Modern Terrorism” in A.K. Cronin en J.M. Ludes (red.), *Attacking Terrorism: Elements of a Grand Strategy*, Washington D.C., Georgetown University Press, 2004, p. 61-65.

36 EHRM 16 april 2019, nr. 48474/14, *Lingurar t. Roemenië*, §75-76; Voor een soortgelijke stigmatisering alsook een schending van het vermoeden van onschuld, zie bijvoorbeeld ook EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk, §122 en §125.

37 EHRM 16 april 2019, nr. 48474/14, *Lingurar t. Roemenië*, §76 en §78.

Rechten van de Mens als het VN-mensenrechtencomité ter zake vrij stringent te zijn.³⁸ Of dat voldoende is om het gebruik van etnische risicoprofielen op (onder meer) luchthavens in de toekomst te voorkomen, in te perken of te beteugelen, blijft echter een open vraag.

In tegenstelling tot bovenstaande EHRM-casussen, waar de etnische profileringsstrategie door politieambtenaren vaak onverbloemd wordt erkend, blijkt het voor slachtoffers van etnische profileringspraktijken *de facto* vaak moeilijk om voldoende bewijs te verzamelen van een *prima facie* discriminatie.³⁹ Dit is onder andere te wijten aan een gebrek aan wettelijke motiveringsplicht met betrekking tot preventieve politiecontroles. Dat politieambtenaren en douaniers op de luchthaven niet steeds vermelden waarom iemand wel of niet voldoet aan een risicoprofiel lijkt niettemin logisch. Vanuit veiligheidsoverwegingen hebben ze er namelijk alle baat bij om de inhoud van hun risicoprofielen geheim te houden, in het bijzonder wanneer deze naar behoren lijken te functioneren. Dit gebrek aan toelichting en verklaring heeft echter wel een pervers neveneffect. Bij staande gehouden passagiers kan zodoende inderdaad het gevoel of de perceptie van etnisch profileren ontstaan, precies omdat niet altijd duidelijk is of hun etnische afkomst nu wel óf niet de enige grond is voor dergelijke controlemaatregelen. Slechts na een grondige analyse van de patronen van rechtshandhaving kan duidelijk worden dat aan deze etnische factoren een doorslaggevend gewicht

is toegekend.⁴⁰ Zonder inhoudelijke kennis van de risicoprofielen is een discriminatoir motief voor een leek evenwel bijzonder moeilijk aan te tonen, in het bijzonder wanneer blijkt dat politieambtenaren daarbij ook over een ruime interpretatieruimte bezitten. Een bijkomende moeilijkheid vloeit voort uit het feit dat de bewijslast in wezen bij de betrokken persoon ligt. De bewijslast verschuift pas naar de Staat wanneer daadwerkelijk een verschil in behandeling kan worden aangetoond óf er voldoende sterke en duidelijke omstandigheden voorhanden zijn die een vermoeden van discriminatie doen ontstaan. In die uitzonderlijke gevallen heeft de politie (of een andere overheidsinstantie) wél de positieve verplichting om onverwijld een gedegen onderzoek te verrichten naar de aan- of afwezigheid van een discriminatoire grond.⁴¹

Ondanks de beschikbare rechtspraak bestaat er kortom nog steeds veel onzekerheid over de juridische begrenzing van etnische profileringspraktijken en de reikwijdte van de bevoegdheid van politie en douane in verband met het opnemen van de etniciteit, het ras of de religie in risicoprofielen. Wanpraktijken moeten zeker worden beteugeld, maar vaak zijn die bijzonder moeilijk te bewijzen. Daarenboven is de juridische regeling omtrent etnisch profileren momenteel nog grotendeels braakliggend terrein, waarbij vele handelingen zich nog steeds in een grijze zone (kunnen) voltrekken.⁴² Meer duidelijkheid op dit vlak is overigens niet alleen voor de rechtsonderhorige, maar zeker ook voor de politionele diensten wenselijk.

38 Ook het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie en de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (ECRI) maakten reeds duidelijk dat dergelijke praktijken een schending inhouden van het verbod op discriminatie.

39 O.M. Arnardóttir, "Non-discrimination Under Article 14 ECHR: the Burden of Proof", *Scandinavian Studies in Law* 2007, vol. 51, p. 26-29; Y. Janssens en S. Forrez, "Ethnic profiling in België: een verkennende wandeling op braakliggend terrein" in L.G. Moor e.a. (red.), *Ethnic profiling en interne diversiteit bij politie*, 35, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2015, p. 71; Zie in dit verband ook EHRM 5 mei 2002, nr. 51564/99, Čonka t. België; EHRM 9 augustus 2002, nr. 51346/99 Cissé t. Frankrijk; EHRM 6 juli 2005, nrs. 43577/98 en 43579/98, Nachova e.a. t. Bulgarije; EHRM 10 maart 2009, nr. 44256/06, Turan Cakir t. België; EHRM 12 januari 2016, nr. 40355/11, Boaca e.a. t. Roemenië.

40 Aanbev. EP aan de Raad nr. INI/2008/2020, 24 april 2009 betreffende het vraagstuk van het opstellen van profielen, met name op basis van etnische afstamming en ras, in het kader van de bestrijding van terrorisme, rechtshandhaving, immigratie, douane- en grenscontrole, Pb.L. 8 juli 2010, nr. 184, E/121-26, §Y.

41 Zie *mutatis mutandis* ook EHRM, 06 juli 05, nrs. 43577/98 en 43579/98 Nachova e.a. t. Bulgarije, §147 en §157; EHRM, 06 januari 05, nr. 58641/00, Hoogendijk t. Nederland, §137; EHRM, 27 januari 15, nrs. 29414/09 en 44841/09, Ciorcan e.a. t. Roemenië, §156-159; EHRM 16 april 2019, nr. 48474/14, Lingurar t. Roemenië, §68 en §74-82; EHRM 12 april 16, nr. 64602/12, R.B. t. Hongarije, §88.

42 De hangende EHRM-zaak Zeshan Muhammad t. Spanje (nr. 34085/17) zal het standpunt van het Hof ten aanzien van het etnisch profileren in de toekomst daarin (hopelijk) nog verder verduidelijken.