

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/128934>

Please be advised that this information was generated on 2018-06-22 and may be subject to change.

# NIJMEGEN MIGRATION LAW WORKING PAPERS SERIES



2014/05

Ashley Terlouw

De weg naar (het recht op) school  
voor Romakinderen

ISSN            2212-7526

Nijmegen Migration Law Working Papers Series 2014/05

Centre for Migration Law  
Faculty of Law  
Radboud University Nijmegen  
P.O. Box 9049  
6500 KK Nijmegen  
The Netherlands

Editors        Carolus Grütters  
                 Ashley Terlouw

Lay-out        Hannie van de Put

Cover photo   Erik van 't Hullenaar

© 2014, Ashley Terlouw

url: <http://www.ru.nl/law/cmr/research/working-papers>

# DE WEG NAAR (HET RECHT OP) SCHOOL VOOR ROMAKINDEREN

Ashley Terlouw\*

## Abstract

There are an estimated ten to twelve million Roma in Europa. They currently represent the largest and probably most disadvantaged ethnic minority. The majority of Roma live in Central and Eastern Europe, but there are also a significant number of Roma living in Western Europe. Half of the Roma in Europe, are under the age of 18, and should attend school. However, Roma children are routinely discriminated against also with regard to their access to education. The theme of this paper is discrimination against Roma children in education and the right to equal treatment.

## Keywords

Roma, discrimination, right to education, equal treatment

## 1. Inleiding

Er zijn naar schatting tien tot twaalf miljoen Roma<sup>1</sup> in Europa.<sup>2</sup> Zij vormen momenteel de grootste en waarschijnlijk ook meest benadeelde etnische minderheidsgroep.<sup>3</sup> Het merendeel van de Roma leeft in Centraal en Oost-Europa maar er zijn ook aanmerkelijke groepen Roma in het westen.<sup>4</sup> De helft van de

---

\* Ashley Terlouw is hoogleraar Rechtssociologie aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Bij het schrijven van deze bijdrage heb ik dankbaar gebruik gemaakt van het onderzoek van Elspeth Guild en Karin Zwaan, *UNHCR Briefing Paper: International Protection Considerations for Roma in Europe*, 2013 (intern). Verder wil ik graag Janneke Gerards, Aart Hendriks en Peter Rodrigues bedanken voor hun nuttige suggesties. Dit paper is eerder verschenen in: K. Groenendijk et al., *Issues that Matter. Mensenrechten, minderheden en migranten. Liber amicorum voor prof. mr. R. Fernhout*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 151-166.

1 Roma is de term gebruikt voor een diverse groep van mensen die zichzelf of anderen als zodanig categoriseren dan wel als Gypsies, Travellers, Manouches, Ashkali, Sinti of met andere benamingen die een culturele, linguïstische en of etnische achtergrond delen. Het is de grootste etnische minderheidsgroep in Europa die ook wordt gekarakteriseerd doordat zij het slachtoffer zijn van uitsluiting en discriminatie. Vgl. de definities van de OCSE <http://www.osce.org/odhr/roma> en van de Europese Commissie van de EU: [http://ec.europa.eu/justice/discrimination/roma/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/discrimination/roma/index_en.htm). Vgl. tevens Guild & Zwaan 2013.

2 Council of Europe, Strasbourg, *Roma and Statistics May 2000*, MG-S-ROM (2000) 13; Amnesty International, *Left out: violations of the rights of Roma in Europe*, Amnesty International Publications 2010. Vanwege de gevoeligheden omtrent registratie bij de Roma gemeenschap is slechts sprake van ruwe schattingen, Guild & Zwaan 2013.

3 European Agency for Fundamental Rights, *The situation of Roma in 11 EU Member States: Survey results at a glance*, 23 May 2012, (2012 FRA/UNDP Report).

4 Raad van Europa statistiek: [http://www.coe.int/t/dg3/romatravellers/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg3/romatravellers/default_en.asp).

Roma in Europa heeft de leerplichtige leeftijd.<sup>5</sup> Romakinderen worden echter stelselmatig gediscrimineerd bij hun toegang tot het onderwijs.<sup>6</sup> Discriminatie in het onderwijs is zelfs een van drie belangrijkste redenen voor migratie van Europese Roma.<sup>7</sup>

Het thema van deze bijdrage is discriminatie van Roma in het onderwijs. Met dit thema stel ik twee grondrechten aan de orde die Roel Fernhout na aan het hart liggen en waarvoor hij zich heeft ingezet: het recht op onderwijs en het recht op gelijke behandeling. Gelijke behandeling in het onderwijs ligt aan de basis van alle gelijke behandeling. Kennis is macht. Onderwijs geeft kennis, wie onderwijs heeft gevolgd, is machtiger dan wie daarvan verstoken is gebleven. Zo draagt het recht op onderwijs wellicht ook bij aan gelijkheid, althans aan de gelijkheid van kansen. Uitsluiting van onderwijs van achtergestelde groepen houdt die achterstandspositie juist in stand.<sup>8</sup>

De helft van de Roma is nooit naar school geweest; het analfabetisme onder Roma is meer dan 50%.<sup>9</sup> Volgens een survey van het Fundamental Rights Agency en het United Nations Development Programme hebben Roma tussen de 20 en 24 jaar in sommige EU-lidstaten – waaronder Frankrijk, Italië, Portugal, Slowakije en Spanje – twee tot drie keer minder vaak dan niet-Roma-leefijdgenoten vervolgonderwijs genoten.<sup>10</sup> Van de 3.510 Roma in zeven EU-lidstaten die in dit survey zijn onderzocht, was 15 procent analfabeet en had 31 procent minder dan zes jaar officieel onderwijs gehad. De beperkte deelname van Roma aan het onderwijs heeft verschillende oorzaken: ze wonen te ver weg van scholen, ouders sturen ze niet naar school onder meer vanwege armoede en er worden obstakels opgeworpen door de autoriteiten. De ker-

---

5 Council of Europe, Strasbourg, *Roma and Statistics May 2000*, MG-S-ROM (2000) 13.

6 Amnesty International 2010, p. 7: 'Unequal treatment is still widespread in the education systems of many central and eastern European countries, where segregated classes and de facto special schools for Roma are common.'

7 Zie het rapport *Romer i asylprocessen*, Amnesty International Zweden 2010. Elders in deze bundel schrijft Peter Rodrigues over Roma en het vrij verkeer. Ik laat dat thema daarom verder buiten beschouwing.

8 Vgl. Guild & Zwaan 2013, p. 28. Zij wijzen op '(...) a deep embeddedness of ethnic origin discrimination such that through the education system itself, Roma children are unlikely to be able to escape the dreadful fate of their parents.'

9 Council of Europe, Strasbourg, *Roma and Statistics May 2000*, MG-S-ROM (2000) 13: 'Half of the Roma in Europe are of school age, but at least half of them have never been to school. Amongst adult Roma, the illiteracy rate is often over 50%. In most regions of Europe, Roma children have no access to high-quality education of an equivalent standard to that available to other children. Absenteeism and drop-outs are at unacceptable levels and are rising. Poverty and the traditions of certain communities create additional obstacles to education.'

10 FRA/UNDP, *The Situation of Roma in 11 EU Member States*, Luxembourg 2012.

noorzaak is onmiskenbaar structurele staatsachterstelling en discriminatie door medeburgers die wordt getolereerd door de autoriteiten.<sup>11</sup>

Als Romakinderen wel deelnemen aan het onderwijs worden zij vaak gescheiden van andere leerlingen. In de eerste plaats worden zij vaak in aparte klassen geplaatst. In de tweede plaats worden buitensporig veel Romakinderen verwezen naar het speciaal onderwijs (voor kinderen met een geestelijke beperking).<sup>12</sup> In Hongarije geldt dat bijvoorbeeld voor twintig procent van de Romakinderen tegen twee procent van de kinderen van de dominante groep.<sup>13</sup> Een belangrijke vraag is of deze segregatie als discriminatie moet worden aangemerkt. Segregatie is niet per definitie benadelend en kan plaatsvinden in het kader van positieve actie, met de bedoeling de positie van de Romakinderen te verbeteren, bijvoorbeeld door extra aandacht te besteden aan taal- en andere achterstanden. Segregatie vindt bovendien niet altijd opzettelijk plaats, maar kan het gevolg zijn van ruimtelijke segregatie: in sommige gebieden wonen meer Romakinderen dan in andere, of van de eigen keus van ouders. Toch moet de segregatie van Romakinderen in veel Europese landen met argwaan worden bekeken. Zij heeft duidelijk te maken met uitsluiting van Romakinderen en zelfs als de segregatie met goede bedoelingen plaatsvindt, kan het leiden tot stigmatisering.

Er is een enorme hoeveelheid documentatie over segregatie van Romakinderen in het onderwijs. Naast het genoemde rapport van Amnesty International zijn er onder meer *Fact Sheets* van de Raad van Europa,<sup>14</sup> rapporten van het European Roma Rights Centre,<sup>15</sup> de European Roma Policy Coalition,<sup>16</sup> het

---

11 Council of Europe, Strasbourg, *Roma and Statistics May 2000*, MG-S-ROM (2000) 13 'Discrimination and prejudice are at the heart of this deep-rooted inequality in access to education.'

12 Council of Europe, Strasbourg, *Roma and Statistics May 2000*, MG-S-ROM (2000) 13: 'Others are placed in schools cut off from the rest of society, or in classes for children with special needs, without any psychological or educational assessment. Segregated education excludes Roma from the rest of society from an early age and prevents contacts between Roma and non-Roma.'

13 Council of Europe Commissioner for Human Rights 29 March 2006, CommDH (2006)11.

14 Council of Europe, Strasbourg, *Roma and Statistics May 2000*, MG-S-ROM (2000) 13.

15 ERRC, *Funding Roma Rights: Challenges and Prospects*, Budapest 2011.

16 De European Roma Policy Coalition is een informele vergadering van NGO's werkzaam op EU-niveau die zich bezighouden met mensenrechten, waaronder de rechten van Roma. De lid-organisaties zijn: Amnesty International; het European Network Against Racism; de European Roma Grassroots Organisation; het European Roma Information Office; het European Roma Rights Centre; de Minority Rights Group International; het Open Society Foundations Policy Center for Roma and Minorities; het Roma Education Fund en de Fundacion Secretariado Gitano.

Fundamental Rights Agency,<sup>17</sup> de ECRI<sup>18</sup> en UNICEF.<sup>19</sup> Recent schreven Elspeth Guild en Karin Zwaan van het Centrum voor Migratierecht (CMR) een rapport in opdracht van de UNHCR over overwegingen van internationale bescherming van Roma in Europa<sup>20</sup> en volgend jaar verdedigt Claude Cahn zijn dissertatie over gedwongen sterilisatie van Roma.<sup>21</sup>

De opzet van deze bijdrage is als volgt. In paragraaf 2 geef ik een korte samenvatting van de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over discriminatie van Romakinderen in het onderwijs. In paragraaf 3 volgen de hoofdlijnen van die jurisprudentie. In paragraaf 4 komt de vraag aan de orde hoe effectief de uitspraken van het EHRM zijn en in paragraaf 5 sluit ik af met enkele opmerkingen over het belang van de *civil society* voor het vergroten van die effectiviteit.

## 2. Het Mensenrechtenhof en discriminatie van Roma in het onderwijs

Het EHRM heeft in een reeks van uitspraken erkend dat er sprake is van systematische discriminatie (uitsluiting en segregatie) van Romakinderen in het onderwijs en deze veroordeeld.<sup>22</sup> Het betreft uitspraken tegen Griekenland (2008, 2009 en 2013),<sup>23</sup> Hongarije (2010 en 2013),<sup>24</sup> Kroatië (2010)<sup>25</sup> en

---

17 Fundamental Rights Agency, *The Situation of Roma EU Citizens moving to and settling in other EU Member States*, Luxembourg 2009; FRA/UNDP, *The Situation of Roma in 11 EU Member States*, Luxembourg 2012.

18 ECRI, *General Policy Recommendation on combating racism and intolerance against Roma/Gypsies*, 1998.

19 Unicef, *The Right of Roma Children to Education*, Position Paper, 2011; [http://www.unicef.org/ceecis/UNICEF\\_ROE\\_Roma\\_Position\\_Paper\\_Web.pdf](http://www.unicef.org/ceecis/UNICEF_ROE_Roma_Position_Paper_Web.pdf)

20 Guild & Zwaan 2013.

21 Claude Cahn, *Sovereignty, Autonomy and Right. Human Rights Law and the International Effort to Seek Justice for Romani Women Coercively Sterilized in the Czech and Slovak Republic* (diss, Nijmegen) (forthcoming).

22 Zie de fiche van de Raad van Europa met een overzicht van de beslissingen in Romazaken van het EHRM: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/CD15340B-0D22-4D4D-A3E2-6AF949B96F26/0/FICHES\\_Roms\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/CD15340B-0D22-4D4D-A3E2-6AF949B96F26/0/FICHES_Roms_EN.pdf).

23 EHRM 5 juni 2008, appl. nr. 32526/05, *Sampanis e.a. t. Griekenland*, m.nt. J.H. Gerards, *EHRC* 2008, 92; EHRM 11 december 2012, appl. nr. 59608/09, *Sampani e.a. t. Griekenland*, m.nt. M.E.A. Goodwin, *EHRC* 2013, 76; EHRM 30 mei 2013, appl. nr. 7973/10, *Lavida e.a. t. Griekenland*, *EHRC* 2013, 154.

24 EHRM 29 november 2010, appl. nr. 2351/06, *Horváth & Vadászi t. Hongarije* (ontv. besl.); EHRM 29 januari 2013, appl. nr. 11146/11, *Horváth & Kiss t. Hongarije*, m.nt. K. Henrard, *EHRC* 2013, 135.

25 EHRM 17 juli 2008, appl. nr. 15766/03, *Oršuš e.a. t. Kroatië*, m.nt. J.H. Gerards, *EHRC* 2008, 113, *NJB* 2008, 1903; EHRM 16 maart 2010, appl. nr. 15766/03, *Oršuš e.a. t. Kroatië* (GK), m.nt. J.H. Gerards, *EHRC* 2010, 59, *NTM* 2010, p. 520, m.nt. M. Davidović, *NJB* 2010, 1019.

Tsjechië (2006 en 2007).<sup>26</sup> Het voert te ver om al deze uitspraken uitvoerig te bespreken. Ik beperk me daarom tot vier hoofdpunten, te weten de erkenning van het concept indirecte discriminatie, de rechtvaardigingstoets, de vraag of en wanneer segregatie als een vorm van discriminatie moet worden aange-merkt en het verschil tussen voorkeursbeleid en positieve verplichtingen.

In alle uitspraken was de rechtsvraag of sprake was van een schending van artikel 14 EVRM, het verbod van discriminatie gerelateerd aan artikel 2 Protocol I, waarin het recht op onderwijs is neergelegd. In een aantal zaken waren daarnaast nog schendingen van andere bepalingen van het EVRM aan-gevoerd.

In *D.H. t. Tsjechië* ging het om achttien Romaleerlingen die met toestemming en soms op uitdrukkelijk verzoek van hun ouders waren doorverwezen naar het speciaal onderwijs in Tsjechië na het ondergaan van een psychologische test. De vraag die voorlag was of dit in strijd was met het verbod van discriminatie. Aanvankelijk oordeelde het Hof op 7 februari 2006 dat er geen sprake was van indirecte discriminatie (6 tegen 1), maar na verwijzing naar de Grote Kamer was het Hof op 13 november 2007 van oordeel dat daarvan wel sprake was en dat een rechtvaardiging daarvoor ontbrak (13 tegen 4). Dat de ouders als wettelijk vertegenwoordigers met deze indirecte discriminatie zouden hebben ingestemd, vormt volgens het Hof geen rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid.

In de zaak *Sampanis e.a. t. Griekenland* hadden twee basisscholen, op aandrang van de ministeries van Volksgezondheid en van Onderwijs, ouders van Romakinderen aangemoedigd hun kinderen bij die scholen in te schrijven. Toch werden zij uiteindelijk niet ingeschreven. Het jaar daarop werden wel 24 leerlingen ingeschreven, maar toen deze kinderen de school voor het eerst wilden binnengaan, hadden zich verschillende niet-Romaouders voor de school verzameld die hen uitscholden en de toegang blokkeerden. Dat gebeurde tot drie keer toe. Daarna ondertekenden de Romaouders een verklaring dat zij graag wilden dat hun kinderen onderwijs zouden krijgen in een afzonderlijk gebouw. Later voerden de elf klagers aan dat zij dit onder druk hadden gedaan. Twee jaar later werden de afgezonderde klaslokalen van de Romakinderen in brand gestoken.

Het geschil voor het Hof betrof met name de vraag waarom de aparte klassen voor Romakinderen waren ingesteld. Verschillende redenen werden

---

26 EHRM 7 februari 2006, appl. nr. 57325/00, *D.H. e.a. t. Tsjechië*, m.nt. A.C. Hendriks, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 350, EHRC 2006, 43, m.nt. K. Henrard, *NJB* 2006, 758; EHRM 13 november 2007, appl. nr. 57325/00, *D.H. e.a. t. Tsjechië* (GK), m.nt. E.A. Alkema, *NJ* 2008, 380, *NJCM-Bulletin* 2008, p. 234, m.nt. K. Henrard, *EHRC* 2008,5, m.nt. A.C. Hendriks, *NJB* 2008, 69.



door de Griekse autoriteiten aangevoerd. De leeftijd van de Romakinderen zou hoger zijn dan die van andere kinderen met hetzelfde niveau; de Romakinderen zouden bijzondere begeleiding nodig hebben voordat zij in het reguliere schoolsysteem konden worden geïntegreerd en er zou een gebrek aan capaciteit zijn binnen de school. Het EHRM oordeelde op 12 juni 2008 dat in dezen er geen sprake was van een eenduidig en helder criterium voor de plaatsing in aparte klassen. Bovendien hechtte het Hof geen waarde aan de instemming van de ouders omdat het er niet van overtuigd was dat zij als lid van een achtergestelde minderheid, zonder duidelijke instructies, de consequenties van die instemming volledig konden overzien en omdat zij voor een lastige keus stonden omdat zij met niet-instemming de toorn van de niet-Roma ouders over zichzelf en hun kinderen afriepen. Naar het oordeel van het Hof was sprake van indirect onderscheid waarvoor geen afdoende rechtvaardiging was gegeven omdat de Griekse autoriteiten geen enkel voorbeeld konden noemen van een kind dat uiteindelijk was toegelaten tot het reguliere onderwijs en omdat een systeem ontbrak waarmee regelmatig werd bepaald of een kind zou kunnen worden overgeplaatst en evenmin bestond een mogelijkheid van bezwaar tegen plaatsing van een kind in een bijzondere klas.

De zaak *Sampanis e.a. t. Griekenland* is een vervolg op de zaak *Sampanis t. Griekenland*. Naar aanleiding van de *Sampanis*-uitspraak van het EHRM hadden de Griekse autoriteiten een nieuwe basisschool opgericht. De Griekse autoriteiten betoogden dat de nieuwe school openstond voor alle kinderen, maar tussen 2007 en 2009 waren er uitsluitend Romakinderen toegelaten. Op de school was echter van alles aan te merken. Het ontbrak er aan voldoende leerboeken en andere materialen en de directeur van de school en de Ombudsman vonden het er zelfs gevaarlijk wegens diefstal en vandalisme. Het Griekse ministerie van Onderwijs had daarom de opdracht gegeven de school te laten fuseren met een derde school waar geen Romakinderen opzaten. De burgemeester weigerde echter tot de fusie over te gaan omdat dit volgens hem tot sociale, culturele en onderwijskundige problemen zou leiden. Bovendien was aan drie Romakinderen de toegang tot de nieuwe school geweigerd. Door 140 klagers werd een zaak aangespannen bij het EHRM. Op 11 december 2012 oordeelde het EHRM dat de feitelijke situatie sinds de *Sampanis*-uitspraak niet significant is gewijzigd. Het keerde de bewijslast daarom om. Volgens constateert het Hof dat de Griekse regering geen overtuigende verklaring heeft gegeven voor de feitelijke segregatie, zodat sprake is van een schending van het verbod van discriminatie en het recht op onderwijs.

In de zaak van *Oršuš e.a. t. Kroatië* ging het om Romakinderen die waren ondergebracht in aparte klassen voor kinderen met een taalachterstand in Kroatië. In die klassen zaten uitsluitend Romakinderen, maar een groter aantal Romaleerlingen volgde onderwijs in gemengde klassen. Oršuš en de anderen

voerden aan dat het onderwijs in de Romaklassen substantieel minder omvatte dan het officieel voorgeschreven programma en dat de Romaklassen tot negatieve psychische effecten bij de Romakinderen leidden. Op 17 juli 2008 oordeelde het EHRM dat er geen sprake was van een schending. De plaatsing in de aparte Romaklassen achtte het Hof gerechtvaardigd vanwege de gebrekkige beheersing van het Kroatisch door Oršuš en zijn medeklagers. De zaak werd verwezen naar de Grote Kamer die op 16 maart 2010, met één stem verschil, anders oordeelde. Volgens de Grote Kamer van het EHRM was wel degelijk sprake van een schending. Hoewel er geen statisch bewijs was en dus geen reden voor omkering van de bewijslast zoals in de zaak *Sampanis*, kan indirecte discriminatie volgens het Hof ook zonder statistisch bewijsmateriaal worden aangetoond. Oršuš c.s waren daar volgens het Hof in geslaagd, zodat een rechtvaardiging nodig was. Het Hof acht het doel, het wegnemen van taalachterstanden legitiem, maar oordeelde niettemin dat het verbod van discriminatie en het recht op onderwijs waren geschonden omdat de getroffen maatregelen onvoldoende waarborgen voor de betreffende Romakinderen omvatten door het ontbreken van transparante en heldere criteria voor enerzijds de plaatsing in aparte klassen en anderzijds de overgang naar gemengde klassen.

De zaak *Horváth en Kiss t. Hongarije* betreft twee jongemannen van Roma-afkomst bij wie op basis van IQ-tests was geconstateerd dat ze lichte geestelijke beperkingen hadden. Om die reden waren ze op een school voor kinderen met geestelijke beperkingen geplaatst. Het percentage Romaleerlingen op de betreffende school was 40 tot 50 procent in de afgelopen tien jaar terwijl op gewone basisscholen in Hongarije het aandeel Romaleerlingen 8,7 procent bedroeg. Beide jongemannen klaagden dat de IQ-tests *cultural-biased* waren en dat de diagnose onjuist was geweest en voerden daartoe deskundigenbewijs aan. Het Hof oordeelde op 29 januari 2013 dat er sprake was van een schending van artikel 2 Protocol I jo artikel 14 EVRM en kwam tot dit oordeel op grond van de lange geschiedenis van achterstelling van Romakinderen in het onderwijs in Hongarije. Het oordeelde dat er indicaties waren dat de autoriteiten de bijzondere behoeften van Horváth en Kiss als leden van een achtergestelde groep onvoldoende in aanmerking hadden genomen, met als gevolg dat zij geïsoleerd waren en onderwijs hadden ontvangen dat hun integratie in de meerderheidssamenleving moeilijk had gemaakt.

In de meest recente uitspraak van 28 mei 2013, *Lavida e.a. t. Griekenland*, was sprake van feitelijke segregatie van Romakinderen in de stad Sofades waar de helft van de populatie uit Roma bestaat. Vrijwel alle Romakinderen zaten op een school die uitsluitend door Romakinderen werd bezocht. Als zij een school met niet-Romakinderen wilden bezoeken, kregen zij te maken met vijandige reacties van de ouders. Hoewel de Griekse overheid de segregatie

had erkend en niet de bedoeling had om te discrimineren, vond het Hof dat zij te weinig had ondernomen om de segregatie te beëindigen. Het Hof merkt de voortdurende segregatie aan als indirect onderscheid waarvoor geen afdoende rechtvaardiging was gegeven, zodat sprake is van een schending van het verbod van discriminatie en het recht op onderwijs.

### 3. Hoofdpunten uit de jurisprudentie

#### Indirecte discriminatie

Het Hof zette de toon met de belangrijke Grote Kamer-uitspraak *D.H. e.a. t. Tsjechië*, die ook voor andere discriminatiezaken van grote belang is omdat het Hof daarin het concept indirecte discriminatie expliciet erkende.<sup>27</sup> Hoewel dit een grote stap was nadat het Hof het concept indirecte discriminatie jarenlang had afgewezen, is de definitie ervan nog onvoldoende helder en verschilt zij van die van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU). Indirecte discriminatie is volgens het EHRM het onbedoeld effect van bepaalde neutrale maatregelen op het terrein van onderwijs, arbeid en goederenverkeer.<sup>28</sup> Deze definitie heeft twee problematische aspecten. Ten eerste is onduidelijk waarin volgens het Hof precies het verschil bestaat tussen indirecte discriminatie en directe discriminatie. Verschillende annotatoren vragen zich zelfs af of in sommige van de zaken niet eigenlijk had moeten worden geoordeeld dat sprake was van directe discriminatie.<sup>29</sup> Ten tweede is onduidelijk welke consequenties het Hof verbindt aan de constatering dat er sprake is van indirecte discriminatie met betrekking tot de bewijslast en de wijze van toetsing van de aangevoerde rechtvaardiging.

---

27 Overigens nadat eerst de gewone kamer anders had geoordeeld. Hendriks verwijst in zijn noot bij *D.H. e.a. t. Tsjechië* (GK) in EHRC 2008/5 uitvoerig naar jurisprudentie van voor de *D.H.*-uitspraak en wijst erop dat er al geleidelijke koerswijziging in deze richting was waar te nemen. Ook Henrard noemt in haar noot bij de Kameruitspraak *D.H. e.a. t. Tsjechië*, in EHRC 2006/43 uitvoerig eerdere jurisprudentie van het EHRM waarin al een aanzet werd gegeven tot erkenning van het begrip.

28 De formuleringen die het Hof hanteert variëren enigszins maar vaste elementen zijn het onbedoelde en disproportionele effect van neutrale maatregelen en het is duidelijk dat het Hof het concept vooralsnog beperkt tot bepaalde terreinen van het maatschappelijk leven waaronder het onderwijs. Vgl. bijvoorbeeld EHRM (2007), *D.H. e.a. t. Tsjechië* (GK), par. 175, 187/188 en 194; EHRM *Sampanis e.a. t. Griekenland*, par. 150; EHRM *Horváth & Vadász t. Hongarije*, par. 110-111.

29 Zie bijvoorbeeld P. Rodrigues & M. Davidović, 'Roma maken school in Straatsburg', *NTM/NJCM-Bull.* 2009, p. 167, *NJB* 2008, 1903; noot J. H. Gerards bij *Oršuš e.a. t. Kroatië* (GK), EHRC 2008/5 p.113; noot Goodwin bij *Sampani e.a. t. Griekenland*, EHRC 2013/76; noot Henrard bij *Horváth & Kiss t. Hongarije*, EHRC 2013, 135.

Al lang voordat het EHRM het begrip indirecte discriminatie hanteerde, heeft het HvJ EU dat gedaan.<sup>30</sup> Volgens de definitie van het Luxemburgse Hof, is het voor de vraag of er sprake is van indirecte discriminatie niet relevant wat de bedoelingen zijn van de dader. Dit Hof kijkt slechts naar het disproportionele effect. Een ogenschijnlijk niet discriminerende maatregel kan dit toch zijn als die maatregel onevenredige consequenties heeft voor een (etnische) minderheidsgroep.<sup>31</sup> Het EHRM gebruikt in de definities de termen ‘bewust’ en ‘onbewust’, waardoor de intentie van de dader relevant lijkt. Terecht merkt Gerards hierover op dat als uitsluitend Roma door een maatregel worden getroffen, ook al is dat niet het doel maar het effect, toch ook gesproken kan worden van direct onderscheid.<sup>32</sup> Het EHRM wil daar kennelijk niet aan. Of dit bezwaarlijk is, hangt ervan af of het EHRM verschillende consequenties verbindt aan de vraag of er sprake is van direct en indirect onderscheid. Anders dan het HvJ EU oordeelt het EHRM niet dat direct onderscheid nooit kan worden gerechtvaardigd, maar het verbindt daaraan – afhankelijk van de in het geding zijnde grond en de ‘margin of appreciation’ voor de overheid gelet op het beleidsterrein – wel heel zware eisen. Het verschil tussen direct en indirect onderscheid lijkt voor het EHRM echter minder belangrijk dan de vraag of *prima facie* kan worden geconstateerd dát er sprake is van discriminatie.

### Segregatie is discriminatie

In 1954 oordeelde het Supreme Court van de VS al in de zaak *Brown versus Board of Education* dat de doctrine *separate but equal* niet kon worden volgehouden en dat segregatie moet worden aangemerkt als discriminatie.<sup>33</sup> Gerards wees in haar noot bij *Sampanis* al op de vergelijkbaarheid van de feiten in deze zaak waar ouders actief de toegang tot de school blokkeerden met die in *Brown vs Board of Education*. Goodwin schreef echter in haar noot bij de *Sampani*-uitspraak: ‘We are still waiting for the European Court of Human Rights to have its *Brown v. Board of Education* moment.’ Met deze opmerking

30 HvJ EG 12 februari 1974, *Sotgiu* 152/73, *Jur.* 1974, 153. Uitvoerig over de begrippen directe en indirecte discriminatie in EU-regelgeving, Evelyn Ellis & Philippa Watson, *EU-Anti-Discrimination Law*, Oxford EU Law Library, second edition 2012, p. 143 e.v.

31 Zie Art. 2(b) Richtlijn 2000/43/EG; *Publicatieblad*, Nr. L 180 van 19/07/2000, p. 0022-0026.

32 Noot Gerards bij *Oršuš e.a. t. Kroatië* (GK), EHRC 2010/59. Eveneens in die zin noot Hendriks bij *D.H. t. Tsjechië* (GK), EHRC 2008/5; noot Goodwin bij *Sampani e.a. t. Griekenland*, EHRC 2013/76; noot Henrard bij *Horváth & Kiss t. Hongarije*, EHRC 2013, 135. Het HvJ EU oordeelde overigens al in 1990 dat de intentie van de dader niet relevant is voor de vraag of er sprake is van discriminatie. HvJ EG 8 november 1990, *Dekker* 177/88, *Jur.* 1990, p. I-3941.

33 *Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka et. al.*, 347 U.S. 483 (1954). Het Supreme Court oordeelde unaniem dat de rassenscheiding in het onderwijs in strijd was met het veertiende amendement van de Constitution.

ben ik het niet eens. In de reeks van uitspraken over de discriminatie van Roma in het onderwijs oordeelt het Hof al sinds de *D.H.*-uitspraak (GK) dat segregatie een vorm van discriminatie is. In de laatste zaak *Lavida t. Griekenland* laat het Hof daarover zelfs geen twijfel meer bestaan.<sup>34</sup>

Wel formuleert het EHRM onmiskenbaar voorzichtiger dan het Supreme Court. Het kiest er immers voor segregatie als een vorm van indirecte discriminatie aan te merken, maar wel *prima facie*.<sup>35</sup> *Prima facie* discriminatie kan blijken uit statistisch bewijs maar ook uit andere informatie over de situatie van de minderheidsgroep in het betreffende land, zoals rapporten van NGO's.<sup>36</sup> In de *Horváth & Kiss*-uitspraak oordeelt het Hof bijvoorbeeld:

*'as a result of their turbulent history and constant uprooting, the Roma have become a specific type of disadvantaged and vulnerable minority. They therefore require special protection. Their vulnerable position means that special considerations should be given to their needs and their different lifestyle both in relevant regular framework and in reaching decisions in particular cases.'*<sup>37</sup>

Het belang hiervan is groot. Immers, het aantonen van indirecte discriminatie is vrijwel steeds problematisch. Hoe moeten de klagers aantonen dat de (etnische) minderheidsgroep waartoe zij behoren onevenredig wordt benadeeld?<sup>38</sup> Staten kunnen over het algemeen eenvoudiger over de benodigde informatie

---

34 EHRM *Lavida t. Griekenland*, par. 72. Zoals ook opgemerkt door Henrard in haar noot bij *Horváth & Kiss*, EHRC 2013, 135.

35 Gerards merkt in haar noot bij *Sampanis* op dat het Hof zelfs niet zeker lijkt te weten of segregatie nu eigenlijk een vorm van directe of indirecte discriminatie is; noot Gerards bij *Sampanis t. Griekenland*, EHRC 2008/92. Voor mij duidt dat er juist op dat het EHRM dit niet zo relevant acht. Gerards ziet overigens nog een andere mogelijkheid, namelijk dat het EHRM segregatie gaat zien als een *sui generis*-categorie, waarbij het een aparte benadering kiest en ziet daarvoor een aanwijzing in de ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Horváth & Vadász t. Hongarije*. Het Hof oordeelde daarin namelijk: 'For the Court, the placement of Roma children in special remedial classes, physically segregated, creates a presumption of discrimination of a type which of itself may amount to degrading treatment.' Uit deze overweging kan volgens Gerards worden afgeleid 'dat het Hof in segregatie een vorm van inherent problematische discriminatie ziet, die kan neerkomen op een vernederende behandeling.' J.H. Gerards, 'Artikel 14. Discriminatieverbod', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, Den Haag: Sdu 2013 (te verschijnen najaar 2013).

36 Zie bijvoorbeeld EHRM (2010) *Oršuš e.a. t. Kroatië* (GK), par. 153.

37 EHRM *Horváth & Kiss*, par. 102.

38 Het HvJ EU hanteert in discriminatiezaken in principe de verzachte bewijsregel. De klager moet feiten aanvoeren die onderscheid kunnen doen vermoeden en als hij daarin slaagt, is het aan de tegenpartij om te bewijzen dat hij niet heeft gediscrimineerd of dat er een objectieve rechtvaardiging voor die discriminatie bestaat. Art. 8 Richtlijn 2000/43/EG; *Publicatieblad*, Nr. L 180 van 19/07/2000 p. 0022-0026.

beschikken. Nu zij al snel de bewijslast opgelegd krijgen, is de benadering van het EHRM eigenlijk niet zo anders dan de wijze waarop het Supreme Court beoordeelt of er sprake is van discriminatie in de zin van het veertiende amendement.

### **De rechtvaardigingstoets**

Volgens het EHRM kan zowel directe als indirecte discriminatie worden gerechtvaardigd, maar aan de rechtvaardiging worden, afhankelijk van de grond, door het Hof zwaardere of minder zware eisen gesteld. Rassendiscriminatie vergt een zwaarwegende rechtvaardiging: 'Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible'.<sup>39</sup> In de *D.H.* en *Sampranis*-uitspraken herhaalt het Hof dit criterium.

Ik ben er niet van overtuigd dat er een wezenlijk verschil is in de wijze waarop het EHRM de rechtvaardigingstoets toepast tussen situaties van directe en indirecte discriminatie. Ik heb de sterke indruk dat het Hof het concept indirecte discriminatie slechts hanteert om ook in gevallen waarin de discriminatie niet wordt beoogd, maar het resultaat is van een neutrale maatregel te kunnen oordelen dat er ook dan sprake kan zijn van discriminatie. Dat neemt niet weg dat het Hof wel wat duidelijker en consequenter zou mogen zijn over de eisen die het stelt aan een rechtvaardiging. Hendriks schreef al in zijn noot bij *D.H. t. Tsjechië* dat het EHRM de rechtvaardigingstoets niet helder uitvoerde en ten onrechte suggereerde dat het zou volstaan een legitiem doel aan te voeren dan wel een redelijke mate van proportionaliteit. Bovendien kan hij zich voorstellen dat Romakinderen beter af zijn met het speciale onderwijs. Niet gebleken en onderzocht is, zo schrijft hij, of de klassen werken en taalachterstand wegnemen en evenmin is onderzoek gedaan naar het stigmatiserend effect.<sup>40</sup>

Nog problematischer vind ik dat het EHRM de vraag of sprake is van discriminatie niet altijd helder scheidt van de vraag of er een afdoende rechtvaardiging voor is gegeven. In de *Sampani*-uitspraak bijvoorbeeld (par. 91) is het niet duidelijk of het Hof de vraag of het gekozen middel geschikt is, beantwoordt in het kader van een rechtvaardigingstoets of in het kader van de vraag of segregatie discriminatie is. De jurisprudentie van het EHRM zou meer houvast geven aan nationale rechters als het in lijn met die van het HvJ EU zou oordelen dat directe rassendiscriminatie altijd verboden is en er voor indirecte discriminatie een rechtvaardiging kan bestaan, maar dat die als het gaat om rassendiscriminatie aan zeer zware eisen moet voldoen. Het zou bijvoorbeeld

---

39 EHRM 13 december 2005, appl. nr 55762/00 en 55974/00, *Timishev v. Russia*, m.nt. D. Houtzager, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1149, m.nt. Henrard, EHRC 2006/19.

40 Noot Hendriks bij *D.H. t. Tsjechië*, EHRC 2008/5.

kunnen oordelen dat er voor een belangenafweging in dat geval geen ruimte is en uitsluitend rechtvaardigingen gebaseerd op het argument dat de betwiste maatregelen zijn bedoeld als positieve actie in ogenschouw kunnen nemen.

### **Positieve actie en positieve verplichtingen**

In verschillende uitspraken oordeelt het Hof dat staten positieve verplichtingen hebben ten aanzien van de Roma. In dit verband verdedigen sommige staten de aangevallen maatregelen, de aparte klassen en de verwijzing naar speciaal onderwijs nogal eens door te stellen dat deze maatregelen een vorm van positieve actie zijn. De begrippen positieve verplichtingen en positieve actie lopen enigszins door elkaar.<sup>41</sup> Het bestaan van positieve verplichtingen houdt in dat staten zich niet alleen moeten onthouden van schending van mensenrechten, maar ook actief moeten zorgen dat de mensenrechten worden nageleefd.<sup>42</sup> Dat het EHRM het bestaan van positieve verplichtingen aanneemt in discriminatiezaken is niet nieuw. Al in *Nachova t. Bulgarije*, oordeelde het Hof dat Bulgarije een bijzondere onderzoeksplicht had.<sup>43</sup>

Ook in de Roma-zaken legt het EHRM positieve verplichtingen op.<sup>44</sup> Het is de vraag hoe effectief dat is. Het stelt de veroordeelde staten voor een lastig dilemma. Als zij maatregelen treffen met de bedoeling de achterstandpositie van de Roma weg te nemen, zoals bijvoorbeeld een voorschool of aparte klassen met extra taalonderwijs, dan maken zij daarmee onderscheid tussen de Romaleerlingen en anderen. De positieve actie die verschillende staten aanvoeren als rechtvaardiging van dergelijke maatregelen, moet helder van de positieve verplichtingen worden onderscheiden. Positieve actie gericht op een etnische groep is een vorm van voorkeursbeleid en daarmee een vorm van discriminatie en in beginsel verboden.

Een gevaar van de strenge toetsing door het Hof is echter dat autoriteiten zich wel twee keer zullen bedenken voordat zij bereid zijn tot positieve actie over te gaan. Het is tegenstrijdig om de staten enerzijds te verplichten maatregelen te treffen om de integratie van Roma actief te bevorderen en anderzijds streng te oordelen over die maatregelen. Toch is het aanzetten tot twee keer nadenken over dergelijke maatregelen natuurlijk precies wat er moet ge-

---

41 Zie voor een beschouwing omtrent de nauwe verwevenheid tussen het discriminatieverbod en positieve actie, de noot van Henrard bij *Horváth & Kiss*, EHRC 2013, 135.

42 In het artikel '*Duties of Justice, Duties on Material Aid: Cicero's Problematic Legacy*', laat Martha Nussbaum zien dat het verschil tussen negatieve verplichtingen (onthouding) en positieve verplichtingen (plicht tot actie) niet zo groot is als wordt gesuggereerd.

43 EHRM 6 juli 2005, appl. nr. 43577/98, *Nachova t. Bulgarije* (GK), par. 160-161 en 162-168. Overigens moet worden opgemerkt dat positieve verplichtingen bij het EHRM vooral erkenning hebben gevonden als het gaat om de materiële verdragsbepalingen.

44 EHRM *D.H. t. Tsjechie* (GK), par. 176; EHRM *Sampanis t. Griekenland*, par. 69; EHRM (2010) *Oršuš e.a. t. Kroatië* (GK), par. 149; EHRM *Horváth & Kiss*, par. 101 en 102.

beuren. De autoriteiten moeten zich twee keer bedenken: komen de maatregelen echt ten goede aan de achtergestelde groep, hebben zij geen onbedoelde negatieve effecten, zijn er geen alternatieven die tot minder segregatie leiden, zoals remedial teaching terwijl de leerlingen in gemengde klassen zitten? Het Hof zou handvatten voor dat twee keer nadenken kunnen ontwikkelen door de rechtvaardigingstoets te verhelderen en toe te spitsen op dit positieve acteargument.

De praktijk die het Hof in de besproken Romazaken terecht blootlegt, is overigens meestal dat de discriminatie deels van overheidswege plaatsvindt en deels door de betreffende autoriteiten door de vingers wordt gezien. Het Hof eist daarom een actief optreden tegen de schendingen en dat is een positieve verplichting en geen positieve actie. De druk van het Hof op de schendende staten om actief iets te doen aan de discriminatie van Roma klinkt steeds sterker door in de uitspraken met name doordat het de bewijslast dat de maatregelen echt aan Romakinderen ten goede komen op de staat legt die zich op een beleid van positieve actie beroept.

#### 4. Hoe effectief zijn de Roma-uitspraken van het EHRM?

De Grote Kamer van het EHRM heeft de klagende Roma in onderwijszaken steeds in het gelijk gesteld. Er is sprake van systematische segregatie in het onderwijs in verschillende Europese landen. Naast de vier landen waarop de oordelen van het Hof betrekking hebben, zijn er ook rapporten over vergelijkbare schendingen in Bulgarije, Roemenië, Slowakije, Macedonië, (Noord) Ierland en Spanje.<sup>45</sup> Er zijn echter nog geen aanwijzingen dat de discriminatie van Roma in het onderwijs vermindert. In een rapport over de situatie van Roma in het onderwijs in Tsjechië laat Amnesty International zien dat de positie van Romakinderen daar weinig is verbeterd sinds de *D.H.*-uitspraak.<sup>46</sup> Dit wordt bevestigd door het European Roma Rights Centree dat zich er vooral zorgen over maakt dat het EU-geld bestemd voor de integratie van Roma wordt gebruikt om segregatie te financieren met het argument dat dit ten goede komt aan de kwaliteit van de speciale Romascholen.<sup>47</sup> Vergelijkbare wanhoopsuitingen zijn te horen van verschillende andere NGO's en uit andere

---

45 ERRC, *FACT sheet Roma Rights in Jeopardy*, 16 feb 2012; <http://www.errc.org/article/factsheet-roma-rights-in-jeopardy/3828>; Mondiaal Nieuws, 'Weinig stokken om mee te slaan', 28 maart 2012 (MO\*) <http://www.mo.be/artikel/roma-en-de-eu-weinig-stokken-om-mee-te-slaan>.

46 Amnesty International, *Injustice renamed. Discrimination in Education of Roma Persistst in the Czech Republic*, 2010; <http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR71/003/2009/en/8572b7e5-4435-4f43-bb2d-462fd7fdb905/eur710032009en.pdf>.

47 ERRC, *Funding Roma Rights: Challenges and Prospects*, Budapest 2011.



veroordeelde staten.<sup>48</sup> Met name in Griekenland is de situatie van Romakinderen in het onderwijs onverminderd slecht, maar ook in Kroatië en de niet door het Hof veroordeelde Centaal en Oost-Europese staten. Ik ga hier niet verder op in maar verwijst naar de in de inleiding reeds genoemde uitvoerige documentatie.

Bij de vraag naar de effectiviteit van de uitspraken van het EHRM moet onderscheid worden gemaakt tussen de individuele effecten voor de klagers en de bredere effecten voor de Romagemeenschap. De individuele effecten voor de klagers zijn over het algemeen beperkt tot het toekennen van een (veelal geringe) schadevergoeding en genoegdoening. Herstel is meestal niet meer mogelijk. Het tijdsverloop tussen de schending en de uitspraak is groot. De betreffende kinderen zijn volwassen tegen de tijd dat het Hof uitspraak doet. Belangrijker is daarom of de uitspraken leiden tot een verbetering van de positie van Roma in het onderwijs in de veroordeelde en andere verdragsstaten.

Dat enkele normstelling niet tot naleving leidt, mag algemeen bekend worden verondersteld. Verdragen en wetten zijn geen autonome onafhankelijke factoren, maar staan in voortdurende wisselwerking met normatieve en sociale processen in de samenleving, anders gezegd, zij zijn niet *self executing*. Maar ook rechterlijke uitspraken waarin verdragsrechtelijke en wettelijke normen op individuele zaken worden toegepast, leiden niet altijd tot een bevredigende oplossing voor het individu dat in het gelijk wordt gesteld<sup>49</sup> laat staan tot een wijziging van bestaande terecht aan de kaak gestelde praktijken en gewoontes. De successen van de zogenoemde *individual rights strategy* zijn als het gaat om implementatie van normen beperkt.<sup>50</sup>

Of normen worden geïmplementeerd en nageleefd en of ze de beoogde verandering bewerkstelligen, hangt onder andere af van het sociale veld waarin die normen terecht komen,<sup>51</sup> de mate van aanvaarding van de norm, de aard van de sancties en kenmerken van het handhavend apparaat. Al die

---

48 Zoals Bernard Roarke, *Roma Education in 2013: Time for Europe to Remedy its Democratic Deficit*, 2013 Open Society Foundation: <http://www.opensocietyfoundations.org/voices/roma-education-2013-time-europe-remedy-its-democratic-deficit>.

49 Vgl. F. Bruinsma, *De Hoge Raad van Onderen*, Deventer: Kluwer 1999.

50 Deze term is voor zover ik weet voor het eerst gebruikt door S. Macaulay, 'Non-contractual relations in business: a preliminary study', *American Sociological Review* 1963, p. 55-67. Het wil zeggen dat de mobilisatie van het recht afhankelijk is gemaakt van individuele klagers.

51 Sally Falk Moore; S. Moore, 'Recht en maatschappelijke verandering: de rol van het "semi-autonoom sociaal veld" bij de sociale werking van het recht', in: J. Griffiths & H. Weyers (red.), *De sociale werking van recht*, Nijmegen: Ars Aequi 2005, p. 177-196. De hypothese van Moore houdt kort gezegd in dat de kans dat beoogde effecten van een wet zich voordoen, groter is naarmate de wet beter aansluit op de sociale werkelijkheid: op wat mensen kunnen en willen doen.

punten zijn problematisch als het gaat om de uitspraken van het EHRM over discriminatie van Roma in het onderwijs.

Allereerst omdat die uitspraken betrekking hebben op diepgewortelde negatieve opvattingen over Roma. Die opvattingen worden niet zomaar gewijzigd door het verbieden van discriminatie. *Lawways cannot change folkways* constateerde Sumner al<sup>52</sup> en vaak wordt gezegd dat *morality cannot be legislated*.<sup>53</sup> In haar noot bij de *Sampanis*-uitspraak verzucht Gerards dan ook: 'Het recht schiet feitelijk tekort om de diepgewortelde haat jegens Roma bij de bevolking weg te nemen en vanzelfsprekende toegang van Romakinderen tot het gewone basisonderwijs mogelijk te maken.'<sup>54</sup>

In de tweede plaats omdat de legitimiteit van het EHRM geregeld in twijfel wordt getrokken. Het gezag van uitspraken hangt af van verschillende factoren.<sup>55</sup> Een daarvan zou kunnen zijn of het een Grote Kameruitspraak was. In de onderhavige zaken hebben alle Grote Kamers de klagers in het gelijk gesteld en een schending van artikel 14 EVRM en artikel 2 Protocol 1 aangenomen. Een andere factor betreft de stemverhoudingen. Alleen bij de Grote Kamer in de zaak *Oršuš* was sprake van een kleine meerderheid, de andere uitspraken zijn met een grote meerderheid of unaniem gedaan. Ook de laatste twee uitspraken van 2013 zijn unaniem. De toon en duidelijkheid van de uitspraken is ook een factor die invloed kan hebben op het gezag ervan. Aanvankelijk hadden de uitspraken wellicht een hoog compromiskarakter die leidde tot een onduidelijke jurisprudentielijn. Inmiddels is de toon van de uitspraken steeds krachtiger geworden. Het Hof kan alleen nog worden tegengeworpen dat het de stap niet aandurft om de segregatie van Roma in het onderwijs als een vorm van direct onderscheid te beschouwen, maar het neemt indirect onderscheid bijna *prima facie* aan, waarmee de bewijslast bij de hardleerse staten ligt. Een interessante vraag is of *frapper toujours* bijdraagt of afbreuk doet aan het gezag van het EHRM. Enerzijds is de herhaling, waarvan zo langzamerhand in de zaken over discriminatie van Roma in het onderwijs sprake is, een bewijs van onmacht: de schendingen zijn doorgedaan, de vorige uitspraak van het EHRM heeft kennelijk onvoldoende gezag gehad. Anderzijds is de herhaling ook een bevestiging en versterking van de lijn en kan het Hof niet zwij-

---

52 W.G. Sumner, *Folkways: a study of the sociological importance of usages, manners, customs, mores, and morals*, Boston: Ginn and Co. 1906.

53 M. Watson denkt daar anders over. In zijn artikel 'Why We Can't Help But Legislate Morality', 2010; <http://www.thepublicdiscourse.com/2010/11/1792/>, betoogt hij 'All legislation is moral. The sooner we recognize this fact, the better.'

54 Noot Gerards bij *Sampanis t. Griekenland*, ECHR 2008/92.

55 Factoren die het gezag beïnvloeden zijn mede geïnspireerd op onderzoek dat ik eerder verrichtte naar het gezag van de Rechtseenheidskamer. Vgl. A.B. Terlouw, *Uitspraak en afspraak, Samenwerking tussen vreemdelingenrechtters bij ontbreken van hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 165-209.

gen als de klachten blijven komen. Voorts is het nodig als het een andere staat betreft want op grond van artikel 46 EVRM zijn staten formeel niet gebonden door uitspraken van het EHRM tegen een andere staat. Het gezag van het EHRM staat vooral onder druk doordat sommige verdragsstaten zich kritisch uitlaten over de uitspraken. Roel Fernhout maakt zich geen zorgen over de opwinding over sommige uitspraken van het EHRM: 'Het bestaan van debat geeft veeleer aan dat het Hof zich daadwerkelijk ontwikkelt tot de constitutioneel hoogste rechter waarmee terdege rekening moet worden gehouden.'<sup>56</sup>

In de derde plaats kunnen de aard, de hoogte en de afschrikwekkendheid van de sancties een rol spelen. In *Horváth* kende het Hof een schadevergoeding van 4500 euro aan beide verzoekers samen en in *Lavida* 3000 euro schadevergoeding per familie toe. Dat komt op mij niet over als heel hoog. Het is bovendien moeilijk om een lijn te ontdekken in de sanctieoplegging door het Hof. Factoren die een rol spelen zijn kennelijk gelden schade, ernst van de schending en waarde van de euro in de betreffende verdragsstaat, maar de toegewezen bedragen verschillen enorm. In een zaak tegen Italië over de schadevergoeding bij het niet-tenuitvoerleggen van een interimmaatregel heeft het EHRM een schadevergoeding van 15.000 Euro opgelegd.<sup>57</sup> In een andere zaak betreffende een schending van de vrijheid van meningsuiting legde het EHRM een schadevergoeding van 10 miljoen euro op.<sup>58</sup> Ook in de zaken over discriminatie van Roma in het onderwijs varieert de hoogte van de toegekende schadevergoeding sterk, zoals rechter Kovler terecht opmerkt in zijn *concurring opinion* in de *Sampanizaak*. Het opleggen van positieve verplichtingen is mogelijk effectiever omdat ze de verdragsstaat beter en preciezer een bepaalde gewenste richting in kunnen sturen. Maar dan moeten ze wel gericht genoeg zijn, zodat de staten weten wat er van ze wordt verwacht. In de *Amici Curiae*-bundel pleiten verschillende auteurs voor het opleggen van punitieve schadevergoeding zodanig dat die een afschrikwekkend karakter heeft. Van Oven wil die zelfs exponentieel laten toenemen als sprake is van een tweede schending.<sup>59</sup> Een andere sanctie is *naming and shaming*. De *civil society* speelt daar-

---

56 Roel Fernhout, 'Supreme Court als amicus curiae. Een paar vergelijkende en relativerende kanttekeningen', in: Janneke Gerards & Ashley Terlouw (red.), *Amici Curiae, Adviezen aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 67-81.

57 EHRM 27 maart 2012, appl. nr. 9961/10, *Mannai t. Italië*, m.nt. E. Rieter, EHRC 2012/131.

58 EHRM 7 juni 2012, appl. nr. 38433/09, *Centro Europa 7 S.r.l. en Di Stefano t. Italië*, m.nt. C.J. Wolswinkel, EHRC 2012/188.

59 Gerritjan van Oven, 'Enkele gedachten ter versterking van de positie van het Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg', in: Janneke Gerards & Ashley Terlouw (red.), *Amici Curiae, Adviezen aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 217-220.

bij een grote rol. De *follow-up* van de uitspraken van het EHRM wordt tegenwoordig ook door de Raad van Europa zelf goed en voor iedereen zichtbaar bijgehouden.<sup>60</sup> Dit is uiteraard ook een vorm van *naming and shaming*. De toon van de *follow-up* is echter wat optimistischer dan die van de NGO's, mogelijk omdat de Raad vooral ook wil laten zien wat het Hof wel bereikt.

In de vierde plaats is de handhaving een heikel punt. De wijze van handhaving is onduidelijk. De plicht tot naleving ligt primair bij de nationale verdragsstaten maar dat zijn tegelijkertijd de schenders van de normen. Zwart en Hirsch Ballin pleiten bijvoorbeeld voor een grotere rol van het Comité van Ministers. In de Romazaken heeft het Comité van Ministers een duidelijke aanbeveling gedaan met richtinggevende principes voor een onderwijsbeleid, met betrekking tot structuur, curriculum en onderwijsmaterialen, werving en opleiding van docenten, informatie, onderzoek en *assessment* en consultatie en coördinatie.<sup>61</sup> Het Comité benadrukt daarbij de taak van de lidstaten om deze principes te implementeren en uit te voeren. Daarmee bevestigt het Comité wat ook verschillende van de auteurs van de *Amici Curiae*-bundel betogen: het moet op nationaal niveau gebeuren; de nationale lidstaten moeten de naleving van het EVRM serieuzer nemen.<sup>62</sup> Verschillende nationale gremia kunnen daarbij een rol spelen, de nationale rechter, parlementen en ook de Nationale Mensenrechteninstututen.<sup>63</sup> Wat de laatste actoren betreft moet echter worden opgemerkt dat deze in de betreffende landen vaak een weinig sterke positie hebben,<sup>64</sup> zodat meer kan worden verwacht van de echt onafhankelijke NGO's.

Een effectieve manier om de effectiviteit van de uitspraken te versterken is mogelijk de clustering van zaken zoals in de recente pilotuitspraak *Cichopek t. Polen*.<sup>65</sup> De enkele keer dat het Hof hiertoe is overgegaan betreft echter wel steeds zaken tegen een en dezelfde staat. Deze clustering is extra effectief als in de uitspraak tevens een positieve verplichting op de veroordeelde staat

---

60 Te volgen via [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/default_en.asp). en voor de 'pending cases', [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp).

61 Zie ook Recommendation no. R(2000)4 of the Committee of Ministers to member States on the education of Roma /Gypsy children in Europe (adopted by the Committee of Ministers on 3 February 2000 at the 696th meeting of the Ministers Deputies).

62 In die zin bijvoorbeeld Alkema, Heringa, Janssen en Vlemminx, in: Gerards & Terlouw 2012, resp. p. 23-34; p. 117-128; p. 135-144; en p. 285-292.

63 Aldus bijvoorbeeld Buyse en Rieter in Gerards & Terlouw 2012, respectievelijk p. 45-50 en p. 221-230.

64 R. Holtmaat, *Catalysts for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC-existence, independence and effectiveness*, European Commission, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2007.

65 Zie bijvoorbeeld EHRM 14 mei 2013 (ontv.), appl. nr. 15189/10, *Cichopek t. Polen en 1627 andere klachten*.

wordt gelegd en zolang deze niet wordt nageleefd elke volgende zaak zonder inhoudelijke behandeling kennelijk gegrond wordt verklaard en schadevergoeding wordt toegekend.

## 5. Tot slot

In zijn bijdrage aan de *Amici Curiae*-bundel vergeleek Roel Fernhout het EHRM met het Amerikaanse Supreme Court en vroeg hij zich af wat het EHRM wel en niet van het Supreme Court kan leren.<sup>66</sup> Hij is met name gecharmeerd van het toetsings- en bewijslastverdelingsmodel dat het Supreme Court heeft ontwikkeld op basis van de *Equal Protection Clause* van het Veertiende amendement bij de Amerikaanse Constitutie. De grond waarop ongelijke behandeling heeft plaatsgevonden speelt een belangrijke rol bij de vraag of er een *strict scrutiny* of *intermediate scrutiny* plaatsvindt. Een *strict scrutiny test* vindt bijvoorbeeld plaats als sprake is van een verdacht criterium zoals ras. 'Maar heel zelden zal een maatregel die een inbreuk maakt op de fundamentele rechten of op een 'suspect class' deze test kunnen doorstaan', schrijft Fernhout (p. 70). Bij *strict scrutiny* wordt bovendien de bewijslast omgekeerd. Toch vindt hij dat de wijze van toetsing door het EHRM in discriminatiezaken niet zoveel van die van het Supreme Court verschilt, maar het EHRM geeft volgens hem een veel minder en overtuigende rechtvaardiging voor de strengere toets bij een verdacht criterium dan het Supreme Court en het is lang niet altijd even consequent waar het gaat om de toepassing van de tests. Het zou in de uitspraken en de *separate opinions* duidelijker en explicieter de discussie aan moeten gaan over de te hanteren standaarden en inhoudelijke criteria. 'Op die punten kan het EHRM nog wel iets van de heldere en overtuigende benadering van het Supreme Court leren', aldus Fernhout.

Zijn kritiek sluit goed aan bij die van de annotatoren bij de Roma-uitspraken van het EHRM, maar ik vraag mij af of de gebrekkige effectiviteit van de uitspraken te wijten is aan gebrek aan een duidelijke lijn of aan de terughoudendheid van het Hof om directe discriminatie aan te nemen. Volgens mij moet inmiddels voor elke goed verstaander duidelijk zijn dat het voor het Hof vaststaat dat Roma het slachtoffer zijn van stelselmatige achterstelling en van schendingen van het recht op onderwijs en discriminatie bij de toegang daartoe. Bovendien is evident dat het Hof niet snel een rechtvaardiging daarvoor accepteert en dat het de bewijslast al snel op de schendende staat legt. De normen zijn in mijn ogen dus voldoende duidelijk, al zou het Hof nog een

---

66 Roel Fernhout, 'Supreme Court als *amicus curiae*. Een paar vergelijkende en relativerende kanttekeningen.', in: Janneke Gerards & Ashley Terlouw (red.), *Amici Curiae, Adviezen aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 67-81.

stap kunnen zetten door een volgende keer wel direct onderscheid aan te nemen en door scherpe criteria te formuleren waaraan het de aangevoerde rechtvaardigingen toetst. Het gaat echter vooral om de implementatie.

Zorg voor de naleving van de uitspraken van het Hof legt een positieve verplichting op de betreffende verdragsstaten. Maar ook de andere gremia van de Raad van Europa hebben een taak te vervullen en moeten actief maatregelen treffen die om de effectiviteit van de uitspraken te vergroten. De belangrijkste rol is waarschijnlijk weggelegd voor de *civil society*. Zonder de onmisbare hulp van instanties en individuen die zich het lot van de Roma aantrekken, het European Roma Rights Centre maar ook the Greek Helsinki Monitor, waren deze zaken zelfs nooit bij het EHRM terecht gekomen.<sup>67</sup>

Ook voor de effectiviteit van de uitspraken is het van het grootste belang dat ze worden opgepakt door instanties en individuen op nationaal niveau die ze gaan afdwingen, rechtshulpverleners, belangenorganisaties, nationale NGO's, rechters, wetenschappers, kortom door mensen zoals Roel Fernhout die bergen verzetten als het gaat om het tegengaan van discriminatie en om het waarborgen van het recht op onderwijs.

---

<sup>67</sup> Guild & Zwaan 2013 schrijven hieromtrent: 'One only needs to consider the tremendous obstacles in the way of any individual in Europe to bring a case before the ECtHR.' Zij vinden het daarom indicatief voor de ernst van het probleem dat er toch nog zoveel Romazaken voor het Hof worden gebracht. Zie ook Claude Cahn, *Sovereignty, Autonomy and Right. Human Rights Law and the International Effort to Seek Justice for Romani Women Coercively Sterilized in the Check and Slovak Republic* (diss. Nijmegen) (forthcoming).