

‘Dissenting opinions’ in religieuzen voor het Europees Hof (I)

De Grote Kamer

Sophie van Bijsterveld

Uitspraken in religieuzen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wekken doorgaans grote belangstelling. Ondanks de rijke traditie van wetenschappelijke commentaren blijven dissenting opinions in zulke uitspraken onderbelicht. Dissenting opinions kunnen echter bij uitstek licht werpen op de wijze van beoordelen van religieuzen door het Europees Hof en inzicht geven in de scheidslijnen in benadering van zulke zaken. Deze bijdrage bevat een systematische analyse van dissenting opinions in religieuzen van de Grote Kamer van het Europees Hof. Het beeld dat hieruit naar voren komt, is verrassend.

1 Inleiding

Sinds zijn oprichting heeft het 33 jaar geduurd voordat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: Europees Hof, Hof of EHRM) voor het eerst een schending van de vrijheid van godsdienst constateerde. In 1993 concludeerde het Europees Hof in de Griekse Kokkinakis-zaak dat de strafrechtelijke veroordeling van de klager wegens proselitisme strijd opleverde met artikel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM), dat het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst garandeert.¹ De Kokkinakis-zaak wekte alleen al vanwege de primeur van de toetsing aan artikel 9 EVRM veel belangstelling van juridische commentatoren. In eerdere zaken was wel eens een beroep gedaan op artikel 9, maar die zaken werden uiteindelijk inhoudelijk beoordeeld via een toetsing aan andere artikelen, zoals artikel 8 (eerbiediging privé-, gezins- en familielevens)² of artikel 14 EVRM jo. artikel 1 Protocol 2 (gelijke behandeling en vrijheid van onderwijs).³

Na de Kokkinakis-zaak heeft het Europees Hof zich talloze malen gebogen over zaken waarin godsdienst een centrale rol speelt. Deze zaken liepen uiteen van fysieke agressie tegen leden van minderheidsgodsdiensten tot hoog symbolische kwesties als een kruisbeeld in een openbare school. Het EHRM boog zich over individuele gewetensbezwaren tegen militaire dienst en gewetensbezwaren tegen het voltrekken van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht, maar ook over

1 ECHR (Chamber) 25 mei 1993, 14307/88 (Kokkinakis/Griekenland).

2 ECHR (Chamber) 26 maart 1992, 12083/86 (Beldjoudi/Frankrijk).

3 ECHR (Chamber) 23 oktober 1990, 11581/85 (Darby/Sweden). In dezelfde zaak oordeelde de Commissie in 1989 wel voor het eerst rechtstreeks over art. 9 en oordeelde ook dat er sprake was van een schending van dit artikel: Eur.Commission HR 9 mei 1989, 11581/85.

institutionele kwesties als de betekenis van kerkelijke organisatievrijheid in relatie tot de staat. Van vergunningverlening voor religieus slachten en het dragen van religieuze kledingstukken tot curricula van godsdienstonderwijs op school en het recht daarvan te worden uitgezonderd, het zijn evenzovele uiteenlopende godsdienstzaken die het Europees Hof kreeg en krijgt voorgelegd.

Net als uitspraken in andere kwesties wekken uitspraken in religiezaken grote belangstelling, en inmiddels is een rijke traditie van wetenschappelijke commentaren gevestigd. Eén dimensie die in de analyse van de uitspraken van het Europees Hof onderbelicht is, is die van de *dissenting opinions*: de minderheidsoordelen in de uitspraken van het Europees Hof. Toch kunnen juist de minderheidsoordelen een interessant licht werpen op de wijze van beoordeling van religiezaken. In deze bijdrage worden minderheidsoordelen van de Grote Kamer van het Europees Hof in religiezaken geanalyseerd (paragraaf 4). De analyse strekt zich ook uit tot religiezaken waarin artikel 9 EVRM in de uitspraak wordt aangehaald, maar waarbij een beoordeling plaatsvindt op grond van een ander artikel.⁴ Deze analyse wordt vervolgens in onderlinge samenhang besproken (paragraaf 5). Voorafgaande aan de analyse van de minderheidsoordelen zelf wordt het stelsel van minderheidsoordelen van het Europees Hof ten opzichte van de Nederlandse rechtspraak en de rechtspraak van het Amerikaanse *Supreme Court* gepositioneerd (paragraaf 2), en worden het vaste beoordelingspatroon van het Europees Hof en de verwachtingen die dit zou kunnen wekken ten aanzien van het uiteenlopen van meerderheids- en minderheidsoordelen, geschetst (paragraaf 3). Tot slot volgt een conclusie. In een afzonderlijke bijdrage zal een analyse van minderheidsoordelen van de gewone kamer van het Europees Hof worden gepresenteerd.

2 Minderheidsoordelen: positionering van het Europees Hof

In de Nederlandse rechtstraditie spreekt de meervoudige kamer met één mond. De eenheid van het rechterlijk oordeel staat voorop. Hoogstens kunnen bepaalde formuleringen, wendingen of beoordelingen in de tekst van de uitspraak een schaduw vooruitwerpen op mogelijk toekomstige rechtsontwikkelingen. Bij rechtspraak door de Hoge Raad nemen de bij de uitspraak gepubliceerde conclusies van de onafhankelijke advocaat-generaal, die de rechters adviseert over het in te nemen standpunt, een bijzondere positie in doordat zij een mogelijk ander perspectief bieden dan de conclusies van de rechters zelf. Rechterlijke benoemingen staan in het teken van deskundigheid en expertise, niet de persoon van de rechter of diens politiek-maatschappelijke voorkeuren. *Concurring* en *dissenting opinions* zoals het Europees Hof die kent, treffen wij in de Nederlandse nationale rechtspraak niet aan.

Waar in Nederland het geheim van de raadkamer centraal staat, kennen de Verenigde Staten sinds jaar en dag wél de traditie waarin stemverhoudingen in de uit-

4 In het laatste geval gaat het dan om art. 10 (vrije meningsuiting), art. 11 (vereniging en vergadering), art. 8 (persoonlijke levenssfeer), art. 14 (gelijke behandeling) en art. 2 Eerste Protocol (vrijheid van onderwijs). Zaken waarin art. 9 EVRM in de uitspraak figureert, maar waarin religie niet echt een rol speelt, worden niet in de beschouwing betrokken.

Sophie van Bijsterveld

spraak naar voren worden gebracht en eventuele concurring en dissenting opinions openbaar worden gemaakt. Zo kunnen rechters die het met het oordeel eens zijn maar daartoe via een andere redenering zijn gekomen, of rechters die het oordeel niet kunnen steunen, in alle vrijheid hun eigen gedachtegang openbaren. Zeker bij uitspraken van het Supreme Court is het in de Verenigde Staten tot een kunst verheven om trends in de rechtspraak te ontwaren aan de hand van ontwikkelingen van stemverhoudingen en door de betrokken rechters ingenomen posities. Als uitvloeisel van deze traditie hebben rechterlijke benoemingen een heel andere lading dan in Nederland.

Het Supreme Court is een opperste federale rechter. Naast verplichte rechtsmacht in federale zaken heeft het Supreme Court ook een discretionaire bevoegdheid om zaken te beoordelen die aan het Supreme Court worden voorgelegd. Deze discretionaire bevoegdheid zet het Supreme Court vooral in voor grondwettigheidskwesties, in het bijzonder kwesties van grondrechten.⁵ Kunnen, althans op het terrein van grondrechten, dissenting en concurring opinions van het Europees Hof nu benaderd worden op een vergelijkbare manier als die van het Supreme Court van de Verenigde Staten?

Een eerste blik op de rechtspraak in religiezaken van het Europees Hof maakt duidelijk dat dit niet lonend is. De stelsels verschillen te veel om dat met succes te doen. Niet alleen het verschil in rechtsmacht van beide hoven en het verschil in toegang tot de hoven is daaraan debet. Vooral andere verschillen zijn daarvoor bepalend. Zo bestaat het Supreme Court uit negen rechters, die allen zitting hebben, terwijl het Europees Hof hetzelfde aantal rechters kent als staten die partij zijn bij het EVRM, namelijk 47. De gewone kamer van het Europees Hof bestaat uit verschillende rechtsprekende 'secties' van elk zeven rechters. Deze secties zijn samengesteld met inachtneming van geografische spreiding en spreiding van evenwichtigheid in type rechtsstelsel. Ook de Grote Kamer, die uit zeventien rechters bestaat, heeft niet steeds dezelfde personele samenstelling.⁶ Een ander relevant verschil in dit opzicht is dat rechters van het Supreme Court voor het leven worden benoemd, maar rechters van het Europees Hof een eenmalige zittingstermijn van negen jaar kennen (art. 23 lid 1 EVRM). Verschillen als deze dragen ertoe bij dat in wetenschappelijke analyses van de rechtspraak van het Europees Hof vooral gesproken wordt in termen van 'het Hof' en minder nadruk ligt op de stemverhoudingen *binnen* het Hof of zelfs tussen de 'gewone kamer' (waar een ingediende klacht aan een sectie wordt toegewezen) en de zogenoemde 'Grote Kamer' (waarnaar een zaak onder omstandigheden kan worden verwezen).

Voornoemde verschillen zorgen ervoor dat anders dan bij de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court de voedingsbodem voor studies naar de invloed van

5 Zie over het Supreme Court, E. Janse de Jonge, *Amerikaans staatsrecht. Beschouwingen over de role of law, staatsinstellingen en politiek in de Verenigde Staten van Noord-Amerika*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 189 e.v. (hoofdstuk 7). Een van de belangrijke voorwaarden voor een beoordeling van niet-federale grondwettigheidszaken is dat de zaak op het hoogste nationale niveau uitgeprocedeerd moet zijn.

6 De Grote Kamer wordt samengesteld uit de president en vicepresidenten van het EHRM, alsmede de presidenten van de secties en de rechter van de desbetreffende lidstaat, aangevuld tot een totaal van zeventien rechters, waarbij het lot bepalend is (zie art. 24 van de Rules of Court).

persoonlijke (rechts)overtuigingen van individuele rechters op de rechtspraak van het Europees Hof minder vruchtbaar is. De kenmerken van het stelsel van rechtspraak van het Europees Hof maken dat het – anders dan bij het Supreme Court – op het eerste gezicht al voor de hand ligt dat het niet eenvoudig is een patroon te vinden in het afwijkend stemgedrag, zeker niet wanneer dat op één specifiek verdragsartikel betrekking heeft. De verdeling over secties van de gewone kamer, de wisselingen van de samenstelling van de Grote Kamer, de gelimiteerde zittings-termijn van rechters en het relatief bescheiden aantal zaken per verdragsartikel werken die voorlopige conclusie in de hand. Wanneer wij naar de betrokkenheid van bepaalde rechters kijken, valt een eenduidige conclusie niet te trekken. Tussen de secties bestaat zeker verschil in aantallen minderheidsoordelen, maar dat verschil laat zich niet eenvoudig verklaren.⁷ Ook wanneer wij naar de aard van de onderwerpen kijken, is niet aanstonds duidelijk dat bepaalde typen van zaken minderheidsstandpunten opleveren.

De inhoud van de minderheidsstandpunten in de rechtspraak van het Europees Hof is desalniettemin de moeite van het bestuderen meer dan waard. Ze brengen weliswaar niet duidelijk profielen van bepaalde rechters tot uitdrukking en hebben door de context van de kamerselectie nauwelijks voorspellende waarde. Wanneer wij minderheidsstandpunten echter niet via de ingang van de *persoon van de rechter*, maar via de *aard van de inhoud van de redenering* benaderen, bieden zij zeer interessante inzichten in de toetsing van religiezaken door het Europees Hof en de wijze van conclusievorming.⁸

3 Minderheidsoordelen van het EHRM: benadering

Bij de beoordeling of sprake is van een schending van het EVRM gebruikt het Europees Hof doorgaans een standaardjabloon. Dit sjabloon wordt gevolgd bij de toetsing aan artikel 9 EVRM (vrijheid van godsdienst en levensovertuiging) en andere voor het doel van deze analyse relevante grondrechten, met uitzondering van artikel 2 Eerste Protocol (vrijheid van onderwijs), dat zich qua structuur hiervoor niet leent.

Soms bepaalt het verloop van het proces op welk verdragsartikel een beroep wordt gedaan. Maakt bijvoorbeeld in geval van de oprichting van een vakbond voor geestelijken de ene partij (de vakbond in spe) de zaak aanhangig, dan zou de vrijheid van vereniging het leidende artikel kunnen zijn; maakt de andere partij in dit geval de zaak aanhangig (de kerk), dan kan dat bijvoorbeeld vrijheid van godsdienst (al of niet in samenhang met vrijheid van vereniging) zijn. Het Europees Hof overwoog zelfs dat het in een dergelijk geval voor de uitkomst van de zaak in principe niet mag uitmaken welke partij de zaak bij het EHRM aanhangig maakt en welk verdragsartikel daarbij wordt ingeroepen.⁹

7 Zie paragraaf 5.

8 In beschouwing wordt genomen de volle periode vanaf de instelling van de Grote Kamer 1994.

9 Dit voorbeeld is ontleend aan de hierna te bespreken Roemeense zaak-Sindicatul 'Pastorul cel Bun'. Zie Grote Kamer, r.o. 160.

Sophie van Bijsterveld

Ook komt het voor dat een klager een beroep doet op meerdere verdragsartikelen. In dat geval behandelt het Europees Hof de klacht onder het meest aangelegen artikel en komt dan soms tot de conclusie dat een verdere beoordeling onder één of meer van de andere ingeroepen verdragsartikelen niet meer nodig is. Voor het doel van deze bijdrage is het de moeite waard om deze zaken in de analyse te betrekken, aangezien zij een licht kunnen werpen op de vraag waaróm het Europees Hof juist wel of juist niet een beroep beoordeelt op grond van artikel 9 EVRM en wat dit betekent voor de interpretatie van artikel 9 EVRM.

Het sjabloon bestaat uit een aantal achtereenvolgende vragen:

- 1 Is de uiting van de klager beschermd door het ingeroepen verdragsartikel en is er sprake van een inbreuk op het daardoor beschermde recht?
- 2 Is de inbreuk op het recht gelegitimeerd? Met andere woorden:
 - a Heeft de beperking een wettelijke basis en, zo ja, was deze kenbaar en voorzienbaar?
 - b Werd door de beperking een door het verdragsartikel als legitiem benoemd doel gediend?
 - c Was de maatregel noodzakelijk in een democratische samenleving?

Met andere woorden: was de beperking noodzakelijk (*pressing social need*) en proportioneel?

Cruciaal is uiteraard de beantwoording van de eerste vraag. Daarin bepaalt het Europees Hof als het ware het 'speelveld' van de toetsing. Gegeven een positieve beantwoording daarvan, is de meest belangrijke toetsingsgrond het 'noodzakelijkheidscriterium'. Daarin heeft het Hof de meeste afwegings- en beoordelingsruimte. Bij de beoordeling van het 'noodzakelijkheidscriterium' komt het leerstuk van de zogenoemde *margin of appreciation* aan de orde. De *margin of appreciation* duidt op de beoordelingsruimte die het Europees Hof aan de lidstaten laat voor een eigen afweging. Veelal lezen wij in de passages van uitspraken van het Europees Hof die naar deze beoordelingsruimte verwijzen, in één adem de opmerking dat die beoordelingsruimte hand in hand gaat met *supervision* ervan door het Hof.¹⁰ Daardoor en door de doorgaans weinig duidelijke reflectie op de beoordelingsruimte toegespitst op het concrete geval, blijft het lastig vat te krijgen op de wijze van hantering van deze beoordelingsruimte door het Hof in de praktijk.¹¹ In het kader van de toetsing van de 'noodzakelijkheid' van een vrijheidsbeperking speelt ook de waardering van het feitencomplex een rol.

Er zijn verscheidene manieren om dissenting en eventueel concurring opinions te analyseren. Zo kan een chronologische aanpak worden gehanteerd of kan het vaste toetsingssjabloon van het Europees Hof worden gevolgd. Ook kan een indeling gehanteerd worden op basis van de vraag of de meerderheid een verdragschending constateert of niet, of kan de precieze stemverhouding leidend zijn. In deze bijdrage is gekozen voor een inhoudelijke benadering: een benadering vanuit de inhoud van de dissenting opinions zelf.

10 Zie bijv. r.o. 110 in de uitspraak van de Grote Kamer in de zaak Leyla Sahin.

11 Zie bijv. C.M. Zoethout, 'Margin of Appreciation, Violation and (in)Compatibility: Why the ECtHR Might Consider Using an Alternative Mode of Adjudication', *European Public Law* 2014, 2, p. 309-330, i.h.b. p. 309.

Bestudering van de inhoud van de minderheidsoordelen laat zien dat er een beperkt aantal scheidslijnen tussen meerderheids- en minderheidsoordelen valt te ontwaren. Die leveren een verrassend beeld. Dat beeld verschilt overigens enigszins tussen de Grote Kamer en de gewone kamer.¹² Deze bijdrage volgt dus die inhoudelijke scheidslijnen als uitgangspunt bij de analyse van minderheidsoordelen van de Grote Kamer.

4 Minderheidsoordelen in de Grote Kamer

Overzicht en eerste typering

In een twaalfstal zaken heeft de Grote Kamer een uitspraak gedaan waarin godsdienst een cruciale rol speelde.¹³ Veelal ging het hierbij om klachten wegens schending van artikel 9 EVRM. Ook kwam het voor dat daarnaast een beroep werd gedaan op andere verdragsartikelen of zelfs dat er exclusief één of meer andere verdragsartikelen werden ingeroepen.

De uitspraken van de Grote Kamer laten wat de stemverhoudingen betreft een gevarieerd beeld zien. Dat beeld laat zich het best schematisch typeren. In Tabel 1 zijn de zaken chronologisch gerangschikt en getypeerd naar korte roepnaam.

12 Op de minderheidsoordelen in religiezaken van de gewone kamer wordt in een afzonderlijke bijdrage ingegaan.

13 Via de HUDOC-database leverde een zoekopdracht op art. 9, 9 (1), 9 (2) en P1-2, met voertaal Engels, voor de Grote Kamer op 20 november 2015, 35 resultaten op. Deze 35 resultaten bevatten een aantal dubbele en anderszins niet bruikbare uitspraken. Na selectie bleven 12 uitspraken over.

Tabel 1 *Uitspraken van de Grote Kamer in religieuzaken*

Zaak	Oordeel op artikel	Schending	Stemverhouding	Gewone kamer/ Commissie	Stemverhouding
Buscarini 18 februari 1999	9	Ja	Unaniem	Ja – Commissie	unaniem
Thlimmenos 6 april 2000	14 jo. 9	Ja	Unaniem	Ja – Commissie	22-6 (9 jo. 14) 21-7 (geen afz. kwestie art. 9)
Cha'are Shalom 27 juni 2000	9	Nee	12-5	Ja – Commissie	15-2 (wel afz. kwestie)
	9 jo. 14		10-7		14-3
Hasan & Chaush 26 oktober 2000	9	Ja	Unaniem	Ja – Commissie	Unaniem
Refah Partisi 13 februari 2003	11	Nee	Unaniem	Nee	4-3
Leyla Sahin 10 november 2005	9	Nee	16-1	Nee	Unaniem
	2 Prot. I				
	8, 10, 14				
Folgerø 29 juni 2007	2 Prot. I	Ja	9-8	–	–
Lautsi 18 maart 2011	2 Prot. I	Nee	15-2	Ja	Unaniem
Bayatyan 7 juli 2011	9	Ja	16-1	Nee	6-1
Sindicatul 9 juli 2013	11	Nee	11-6	Ja	5-2
Fernández Martínez 12 juni 2014	8	Nee	9-8	Nee	6-1
	14 jo. 8				
	9 en 10 (afz. en jo. 14)				
S.A.S. 1 juli 2014	8, 9,	Nee	15-2	–	–
	14 jo. 8 of 9		Unaniem		

Hier worden alleen de artikelen genoemd die relevant zijn in relatie tot godsdienst en levensovertuiging; niet genoemd worden de artikelen die aan de orde kwamen, maar waarvan de meerderheid oordeelde dat geen afzonderlijke toetsing aan die artikelen nodig was.

In een tweetal zaken, de zaken-Folgerø en -S.A.S., heeft de gewone kamer afstand gedaan van rechtsmacht ten gunste van de Grote Kamer. In deze zaken is dus geen oordeel van de gewone kamer beschikbaar.¹⁴ In de oudere zaken, de zaken-Buscarini, -Thlimmenos, -Cha'are Shalom en -Hasan & Chaush, was het voorstadium een rapport van de toenmalige Commissie en is ook geen oordeel van de gewone kamer beschikbaar.¹⁵ Het overzicht laat ook zien dat slechts in de zaken-Hasan & Chaush en -Buscarini in twee instanties sprake was van een onderling gelijkkluidend en in beide instanties unaniem oordeel. In de zaken-Leyla Sahin en -Refa Partisi kwam het oordeel van de eerdere instantie weliswaar ook overeen met dat van de Grote Kamer, maar was er geen sprake van unanimiteit in beide instanties. In de overige gevallen week de Grote Kamer af van het oordeel in eerdere instantie en waren bovendien één of beide instanties verdeeld in hun oordeel.

De eerste verwachting is dat onderlinge verdeeldheid binnen de Grote Kamer zich vooral voordoet bij de beoordeling van het hiervoor genoemde 'noodzakelijkheids criterium' en in het verlengde ervan van de mate waarin de staat een 'margin of appreciation' toekomt. In de rechterlijke afwegingen neemt immers de toetsing aan het noodzakelijkheids criterium doorgaans de meest voorname plaats in, en in de wetenschappelijke literatuur zien wij dat commentaren op uitspraken over godsdienst nogal eens in het teken staan van de manier waarop het EHRM omgaat met de doctrine van de margin of appreciation.¹⁶

Bestudering van de minderheidsoordelen in het licht van de meerderheidsoordelen laat echter een verrassend beeld zien. Verdeeldheid in de Grote Kamer blijkt veelal een resultaat te zijn van een verschil in de wijze van toetsing. Dat verschil kan het best omschreven worden als een verschil tussen *concrete* en *abstracte* toetsing. In geval van concrete toetsing spelen de concrete omstandigheden van het

- 14 Er zijn meerdere wegen waarlangs een zaak de Grote Kamer kan bereiken: via een beroep op verzoek van een van de partijen ter beoordeling door een panel (volgens art. 31a EVRM) via een verwijzing van de gewone kamer wanneer zij afstand doet van rechtsmacht. De Grote Kamer beslist ook in interstatelijke geschillen, maar voor zover van belang speelt dat hier geen rol. Een enkele keer is in de hier besproken gevallen na de opheffing van de Commissie via overgangsrecht een zaak bij de Grote Kamer gekomen.
- 15 De vindplaatsen van deze zaken zijn: ECRM (Grand Chamber) 18 februari 1999, 24645/94 (Buscarini/San Marino); ECRM (Grand Chamber) 6 april 2000, 34369/97 (Thlimmenos/Griekenland); ECRM (Grand Chamber) 27 juni 2000, 27417/95 (Cha'are Shalom Ve Tsedek/Frankrijk); EHCR (Grand Chamber) 26 oktober 2000, 30985/96 (Hasan en Chaush/Bulgarije).
- 16 Zie bijv. T. Lewis, 'What Not to Wear: Religious Rights, the European Court, and the Margin of Appreciation', *The International and Comparative Law Quarterly* 2007, 2, p. 395-414; R. Nigro, 'The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil', *Human Rights Review* 2010, 11, p. 531-564; J. Gerards, 'Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation', *European Law Journal* 2011, 1, p. 80-120; J. Kratochvíl, 'The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2011, 3, p. 324-257; K. Henrard, 'Shifting Visions about Indoctrination and the Margin of Appreciation Left to States', *Religion and Human Rights* 2011, 6, p. 245-251; P. Ronchi, 'Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in *Lautsi v Italy*', *Eccelesiastical Law Journal* 2011, 3, p. 287-297; S.S.M. Edwards, 'No Burqa's We're French! The Wide Margin of Appreciation and the ECtHR Burqa Ruling', *Denning Law Journal* 2014, 26, p. 246-260.

Sophie van Bijsterveld

geval zelf een beslissende rol in de beoordeling. In geval van abstracte toetsing wordt een klacht gehonoreerd of juist afgewezen louter op grond van de genomen overheidsmaatregel zelf of de kwalificering van het handelen van de klager.

Naast de scheidslijn tussen concrete en abstracte toetsing komt een tweede scheidslijn naar voren. Die tweede lijn die analyse van minderheidsoordelen in religieuzen zaken bij de Grote Kamer laat zien, ligt in de sfeer van het beoordelingskader en de interpretatie van die godsdienstvrijheid. Deze twee typen van scheidslijnen laten zich het best uitleggen aan de hand van de uitspraken zelf.

Toetsingswijze: abstract versus concreet

De veel bediscussieerde zaak-Leilah Sahin/Turkije betrof een medisch studente in Turkije die wegens het dragen van een hoofddoekje uiteindelijk de toegang tot de collegezaal, een vak en een examen van de universiteit ontzegd werd.¹⁷ In navolging van de unanieme uitspraak van de gewone kamer kwam de Grote Kamer tot het oordeel dat geen sprake was van schending van artikel 9 EVRM. Onder verwijzing naar eerdere uitspraken waarin zij een hoofddoekje als ‘powerful external symbol’ had betiteld, verwees de Grote Kamer naar de twee dragende redenen voor het Turkse hoofddoekjesverbod: de beginselen van ‘secularisme’ en ‘gelijkheid’ (r.o. 112). De Grote Kamer volgde het Turkse Constitutionele Hof in de overweging dat: ‘when examining the question of the Islamic headscarf in the Turkish context, there must be borne in mind the impact which wearing such a symbol, which is presented or perceived as a compulsory religious duty, may have on those who choose not to wear it’ (r.o. 115).

Daarmee was de toetsing door zowel de gewone kamer als de Grote Kamer *abstract*; bovendien speculatief.

Het was deze toetsingswijze die rechter Tulkens ertoe bracht om als enige niet met de meerderheid mee te gaan en een dissenting opinion te schrijven. Het contrast met de meerderheidsopvatting kon niet groter zijn:

‘Owing to its nature, the Court’s review must be conducted *in concreto*, in principle by reference to three criteria: firstly, whether the interference, which must be capable of protecting the legitimate interest that has been put at risk, was appropriate; secondly, whether the measure that has been chosen is the measure that is the least restrictive of the right or freedom concerned; and, lastly, whether the measure was proportionate, a question which entails a balancing of the competing interests.’ (r.o. 2 minderheidsoordeel)

Uitdrukkelijk bekritiseerde het minderheidsoordeel het algemene en abstracte karakter van de beperkingsgronden secularisme en (seks)gelijkheid. Het wees er verder op dat het leerstuk van de margin of appreciation waarnaar de Grote Kamer in de algemene overwegingen verwees, hier weinig relevant was (r.o. 3 minderheidsoordeel).

17 ECHR (Grand Chamber) 10 november 2005, 44774/98 (Leyla Sahin/Turkije).

De *toetsingswijze* speelde ook een beslissende rol in de geruchtmakende zaak-Lautsi/Italië.¹⁸ De zaak handelde over een klacht die was ingediend door een ouder van twee leerlingen van een Italiaanse openbare school en de leerlingen zelf. De klacht hield in dat de Italiaanse staat artikel 2 Eerste Protocol schond door het verplichten tot het ophangen van een kruisbeeld in het klaslokaal. Als atheïsten achtten klagers zich daarmee aangetast in hun recht op artikel 2 Eerste Protocol en artikel 9 EVRM. De gewone kamer (sectie 2) stelde de klagers in het gelijk en concludeerde in een unaniem oordeel dat de Italiaanse staat met dit religieuze symbool de vereiste neutraliteit schond.

De redenering van de gewone kamer kwam erop neer dat een kruisbeeld een religieus, christelijk symbool is en niet exclusief seculiere waarden vertolkt. De gewone kamer sprak in haar overwegingen over de druk die een symbool van een meerderheidsreligie *kan* uitoefenen ('may constitute') op leerlingen die daartoe niet behoren (r.o. 50) en dat dit voor leerlingen emotioneel verwarrend *kan* zijn ('may emotionally disturbing') en dat dit *risico* zich bij uitstek voordoet bij leerlingen behorend tot een minderheidsreligie ('[t]hat risk is particularly strong among pupils belonging to religious minorities'; r.o. 55). 'The State has a duty to uphold confessional neutrality in public education, where school attendance is compulsory regardless of religion, and which must seek to inculcate in pupils the habit of critical thought' [sic!] (r.o. 56). Op grond hiervan concludeerde de gewone kamer tot een schending van artikel 2 Eerste Protocol jo. artikel 9 EVRM.

De Grote Kamer volgde een andere lijn. Zij erkende dat het crucifix vooral een religieus symbool is, maar oordeelde dat het *risico* op indoctrinatie alleen niet voldoende was om van schending te spreken:

'(...) There is no evidence before the Court that the display of a religious symbol on classroom walls may have an influence on pupils and so it cannot reasonably be asserted that it does or does not have an effect on young persons whose convictions are still in the process of being formed. (...)'

Onder verwijzing naar het beroep van de Italiaanse staat op de historische traditie, overwoog de Grote Kamer dat een voortzetting van een nationale traditie valt binnen de beoordelingsruimte van de staat en verwees naar de diversiteit tussen lidstaten op dit punt. Tegelijk herinnerde de Grote Kamer eraan dat een verwijzing naar een traditie verdragsverplichtingen niet opzij kan zetten. Bij het inroepen van de margin of appreciation werd gewezen op de daarbij nodige 'supervision' door het Hof.

De Grote Kamer voerde voorts aan – en eigenlijk is dat het meest bepalende in de redenering – dat een crucifix desalniettemin verwijst naar het christendom en dat daarmee de regelingen op grond waarvan het crucifix in het klaslokaal wordt

18 ECHR (Grand Chamber) 18 maart 2011, 30814/06 (Lautsi/Italië); ECHR (Chamber, second section) 3 november 2009, 30814/06 (Lautsi/Italië). Zie voor een bespreking van deze zaak o.m. C. Zoethout, 'Kruisbeelden op openbare scholen in Italië', *TvRRB* 2010, 1, p. 75-80; C. Zoethout, 'Kruisbeelden op openbare scholen in Italië (II)', 'De uitspraak van de Grand Chamber van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', *TvRRB* 2011, 2, p. 105-109; B. Koolen, 'Kruisbeelden', *TvRRB* 2015, 2, p. 3-4. Zie ook Ronchi 2011, p. 287-297.

Sophie van Bijsterveld

gehangen de meerderheidsreligie een overwegende zichtbaarheid geeft binnen de school. Maar, vervolgde de Grote Kamer, dat *alleen* is niet genoeg om tot een schending van artikel 2 Eerste Protocol te concluderen. De Grote Kamer nam daarbij in ogenschouw dat een crucifix aan de muur een ‘essentially passive symbol’ is en dat de bredere context van de schoolomgeving van belang was: het crucifix was niet gelieerd aan verplicht onderwijs in de christelijke godsdienst (r.o. 74), en op school heerste een open sfeer waar ook andere religies een plaats hadden, bijvoorbeeld door het niet verbieden van het dragen van hoofddoekjes door leerlingen of het accommoderen van religieuze praktijken van niet-meerderheids-godsdiensten en de ‘viering’ van ramadan. Dit is dus een *concrete* toetsing. Anders dan bij Leyla Sahin toetste niet de minderheid concreet, maar juist de meerderheid.

Het minderheidsoordeel, verwoord door de rechters Malinverni en Kaladjieva, stond juist de *abstracte* toetsing van de gewone kamer voor. Zij achtten ook de margin of appreciation die aan Italië werd gegund te groot: weliswaar bestaat op dit punt geen Europese consensus, de lijn van Italië is bepaald niet in de meerderheid. Verder hadden zij twijfels over de rechtsbasis. Het allerbelangrijkste was in hun oordeel dat de staat niet goed omging met de positieve verplichting op grond van artikel 2 Eerste Protocol. Juist in multiculturele samenlevingen is neutraliteit nodig, niet alleen in het curriculum, maar ook in de schoolomgeving. Een crucifix is een religieus symbool dat nu deel uitmaakt van de schoolomgeving.

Het minderheidsoordeel verwees weer naar de *mogelijkheid* van een inbreuk op de godsdienstvrijheid en onderwijs van de leerlingen (‘capable of infringing religious freedom and schoolchildren’s right to education to a greater degree than religious apparel that, for example, a teacher might wear, such as the Islamic headscarf’) en naar de grotere impact die een crucifix *kan* hebben in een school in vergelijking tot andere publieke plaatsen (r.o. 6).

Anders dan de gewone kamer toetste de Grote Kamer concreet. Opmerkelijk is dat de uiterst abstracte toetsing in de unanieme uitspraak van de gewone kamer, anders dan in de zaak-Leyla Sahin, juist leidde tot een honorering van de klacht.

Abstracte en concrete toetsing verdeelde de Grote Kamer in een 11-6-verhouding in de Roemeense zaak-Sindicatul ‘Păstorul cel Bun’.¹⁹ Deze zaak handelde over de klacht van een vakbond van geestelijken en lekenwerkers binnen de Roemeens-orthodoxe Kerk wegens de ongedaanmaking door de hoogste nationale rechter van de erkenning als geregistreerde vakbond en zo rechtspersoonlijkheid te verwerven. Na artikel 11 EVRM van toepassing te hebben verklaard, kwam de Grote Kamer tot een beoordeling of de inbreuk op dat recht ‘noodzakelijk was in een democratische samenleving’. De Grote Kamer achtte een ‘loutere bewering door een religieuze gemeenschap dat er een reële of potentiële bedreiging bestaat voor de eigen autonomie niet voldoende’ om een inbreuk op artikel 11 EVRM te rechtvaardigen (r.o. 159). De Grote Kamer stelde: ‘The national courts must ensure that these conditions are satisfied, by conducting an in-depth examination of the

19 ECHR (Grand Chamber) 9 juli 2013, 2330/09 (Sindicatul ‘Pastorul Cel Bun’/Roemenië); zie ook ECHR (Chamber, third section) 31 januari 2012, 2330/09 (Sindicatul ‘Pastorul Cel Bun’/Roemenië).

circumstances of the case and a thorough balancing exercise between the competing interests at stake.'

Hoewel de Grote Kamer in de navolgende rechtsoverweging verwees naar de margin of appreciation (r.o. 160), duidt deze overweging op een concrete toetsing. Interessant is daarom dat de Grote Kamer in het vervolg (r.o. 162) sprak van een *reëel risico*: '[T]he Court considers that it was reasonable for the County Court to take the view that a decision to allow the registration of the applicant union would create a real risk to the autonomy of the religious community in question.' Zij lichtte dit toe door te verwijzen naar het beginsel van kerkelijke autonomie als hoeksteen van de verhouding tussen kerk en staat in Roemenië en de vereiste neutrale rol van de staat en de afzijdigheid die de staat in religieuze twisten dient in te nemen.²⁰ Door de registratie te weigeren en door te weigeren zich te laten betrekken in interne organisatieperikelen van de Roemeens-orthodoxe Kerk bleef de staat neutraal, zoals artikel 9 EVRM vereist. De Grote Kamer zet zich daarmee af tegen de gewone kamer, die dat wel deed.

De *partly* dissenting opinion van rechters Spielmann, Villiger, López Guerra, Bianku, Møse en Jägerblom constateerde dat de hoogste Roemeense rechter de registratie weigerde 'in zeer algemene en summiere termen' en zich daarbij baseerde op afwezigheid van kerkelijke goedkeuring (r.o. 5). Anders dan de meerderheid achtte de minderheid het besluit niet nodig in een democratische samenleving ten behoeve van het eerbiedigen van de autonomie van de Roemeens-orthodoxe Kerk. Die nationale rechter had in haar ogen zonder meer de positie van het aartsbisdom de zijne gemaakt. Volgens de minderheid was er op grond van de omstandigheden van het geval geen sprake dat activiteiten van de vakbond 'would negatively affect the institutional autonomy of the Church by creating a parallel authority within the Romanian Orthodox organisation'.

'The Government also claimed that the union's activities might disrupt Church operations, citing possible strikes as an example. But this is a different question from the Romanian authorities' registration of the union, since it addresses the union's possible future conduct. Indeed, this argument, which did not form part of the national courts' assessment of the applicant union's application for registration, is highly speculative. The drastic measure of refusing to register a trade union solely on the basis of part of its programme can only be justified in cases of serious threats or if the programme's goals are incompatible with democratic principles or are manifestly unlawful.' (r.o. 8 minderheidsoordeel)

Daarbij overwoog de minderheid verder onder meer dat registratie als vakbond niet andere plichten en verantwoordelijkheden terzijde zou schuiven. De Grote Kamer wees hier abstracte toetsing af; haar concrete toetsing leidde tot een

20 Zie hierover S. van Bijsterveld, 'De staat als "neutral organiser of religions"? Een analyse van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (I)', *TvRRB* 2013, 1, p. 44-64; S. van Bijsterveld, 'De staat als "neutral organiser of religions"? Een analyse van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (II)', *TvRRB* 2013, 2, p. 34-58.

Sophie van Bijsterveld

onderbouwing van de conclusie van ‘reële risico’s’ van inbreuk op de autonomie van de kerk. De minderheid voerde daarentegen daadwerkelijk een concrete toetsing uit. De uitspraak viel uiteindelijk uit in het voordeel van Roemenië en in het voordeel van de kerk, ten gunste van de kerkelijke autonomie.

De zaak-S.A.S./Frankrijk betrof de klacht van een islamitische vrouw tegen het wettelijk verbod om in de publieke ruimte gezichtsbedekkende kleding te dragen.²¹ De vrouw droeg, zoals zij verklaarde, uit eigen vrije wil en naar eigen keuze geregeld een boerka of nikab in de publieke ruimte. Zij had geen bezwaar tegen het afleggen ervan voor specifieke doeleinden zoals identificatie. De Grote Kamer deed na beoordeling ervan in het licht van artikel 9 EVRM de klacht af met een stemverhouding van 15-2.

Heel nadrukkelijk draaide het verschil van inzicht binnen het EHRM om de wijze van toetsing: abstract of concreet. Volgens de dissenting opinion van de rechters Nussberger en Jäderblom offerde het Europees Hof in deze zaak ‘concrete individuele rechten’ op aan ‘abstracte beginselen’. De vertolkers van het minderheidsstandpunt waren van oordeel dat de concrete omstandigheden van het geval in het meerderheidsoordeel niet tot hun recht waren gekomen. In de toelichting op hun standpunt verklaarden zij de legitimiteit van het doel van de wet te betwijfelen. In elk geval achtten zij de beperking van de godsdienstvrijheid niet noodzakelijk in een democratische samenleving, immers disproportioneel. Naar hun oordeel bood het meerderheidsoordeel de Franse staat een te ruime margin of appreciation. Van belang was in hun ogen dat de gevolgen van het wettelijk verbod voor betrokkene te groot was en minder vergaande maatregelen mogelijk waren. Zij concludeerden tot schending van artikel 8 en 9 EVRM.²²

In de Noorse zaak-Folgerø bleek ook de toetsingswijze beslissend in het uiteenlopen van de meerderheid en minderheid in de Grote Kamer, zij het dat niet concrete toetsing tegenover abstracte toetsing stond, maar de mate van concreetheid van de toetsing de Grote Kamer verdeelde.²³ De zaak handelde over het curriculum van het vak religie, ethiek en levensbeschouwing van de openbare school en de mogelijkheid van dat onderwijs uitgezonderd te worden. Met een zeer krappe stemverhouding van 9-8 oordeelde de Grote Kamer dat sprake was van schending van artikel 2 Eerste Protocol. Zowel de meerderheid als de minderheid toetste concreet. De meerderheid toetste het schoolcurriculum zeer concreet, zelfs tot in zeer specifiek detail. Het eindresultaat was tegen de staat, vóór (nog groter) laïcisme. In de beoordeling speelde ook het privacy-aspect van het niet openbaar hoeven maken van de eigen overtuiging in het stelsel van het vragen van een uitzondering een bepalende rol.

Afgezien van het feit dat de minderheid gelet op de voorgeschiedenis van deze rechtszaak op procedurele gronden de toetsingsopdracht beperkter zag dan de meerderheid, kwam de minderheid van acht rechters niet met een andere waarde-

21 ECHR (Grand Chamber) 1 juli 2014, 43835/11 (S.A.S./Frankrijk). In deze zaak werd ook de legitimiteit van het doel van de wettelijke beperking betwijfeld.

22 Zie voor een bespreking van deze uitspraak, M. Berger, ‘Boerkaverbod en de terugkeer van Rousseau’, *TvRRB* 2014, 3, p. 77-80. Zie ook P. van Sasse van Ysselt, ‘Over het verbod op het dragen van een gezichtssluijer en van andere gelaatsbedekkende kleding’, *TvRRB*, 2010, 3, p. 5-28.

23 ECHR (Grand Chamber) 29 juni 2007, 15472/02 (Folgerø en anderen/Noorwegen).

ring van het feitencomplex in het licht van het verdragsartikel. Net als de meerderheid toetste ook de minderheid concreet.

Beoordelingskader en interpretatie van godsdienstvrijheid

Naast het verschil tussen abstracte en concrete toetsing vormen het beoordelingskader en de interpretatie van het recht van godsdienstvrijheid zelf een scheidslijn tussen meerderheid en minderheid in de Grote Kamer.

De zaak-Thlimmenos/Griekenland betrof een Griekse Jehova's getuige die als accountant in spe nummer twee was geworden bij een openbaar examen.²⁴ Hij werd echter niet toegelaten tot het Griekse instituut van registeraccountants vanwege een strafrechtelijke veroordeling. Hij had om godsdienstige redenen geweigerd op te komen bij een algemene militaire mobilisatie. Die veroordeling had hij indertijd niet aangevochten. De Grote Kamer kwam in deze al wat oudere zaak tot het unanieme oordeel dat sprake was van schending van artikel 14 jo. artikel 9 EVRM. Ook de toenmalige Commissie had schending van artikel 9 jo. artikel 14 EVRM geconstateerd in een stemverhouding van 22-6. De minderheid was eveneens van oordeel dat er sprake was van een schending, maar achtte primair artikel 9 EVRM in het geding. De minderheid van de Commissie wees erop dat inmiddels dienstweigerings om religieuze redenen zelf onder het toepassingsbereik van artikel 9 EVRM viel.

In de zaak-Cha'are Shalom/Frankrijk speelden de interpretatie van godsdienstvrijheid en, breder, het beoordelingskader van de zaak een rol. De zaak handelde over de weigering van een vergunning tot ritueel slachten aan de joodse vereniging Cha'are Shalom Ve Tsedek.²⁵ Als reden daarvoor werd aangevoerd dat de organisatie niet voldoende representatief was voor de joodse gemeenschap in Frankrijk en verder niet de religieuze rechtsvorm had die Franse wet vereist. Deze vereniging vormde een uiterst orthodoxe afsplitsing van de Franse koepelorganisatie van joden; een koepelorganisatie die verder alle stromingen behalve de liberaal-religieuze stroming omvatte. De vergunning voor het doen uitvoeren van rituele slacht was verleend aan de Franse koepelorganisatie. De meerderheid van de Grote Kamer achtte met een stemverhouding van 15-2 geen sprake van schending van artikel 9 EVRM. Na erop gewezen te hebben dat het verschil in visie over rituele slacht tussen de twee organisaties slechts bestond in de grondigheid van de inspectie van het geslachte dier en niet in de slachtmethode zelf, overwoog zij dat er slechts sprake zou zijn van een inbreuk op het recht gegarandeerd in artikel 9 EVRM wanneer het onmogelijk zou zijn voor ultraorthodoxe joden om vlees te bemachtigen van ritueel geslachte dieren volgens hun traditie (r.o. 80). Zowel via een speciaal keurmerk op vlees dat beschikbaar was in Frankrijk als via import uit België zou dit mogelijk zijn. In het licht van het voorgaande oordeelde de meerderheid in enkele korte overwegingen dat er evenmin sprake was van een schending van artikel 14 jo. artikel 9 EVRM. Gelet op de eerdere conclusie dat geen

24 ECRM (Grand Chamber) 6 april 2000, 34369/97 (Thlimmenos/Griekenland); zie ook Eur.Commission HR, report 4 december 1998, 34369/97 (Iakovos Thlimmenos/Griekenland).

25 Grand Chamber 27 juni 2000, 27417/95 (Cha'are Shalom Ve Tsedek/Frankrijk); zie ook Eur.Commission HR, report 20 oktober 1998, 27417/95 (Cha'are Shalom Ve Tsedek/Frankrijk).

Sophie van Bijsterveld

sprake was van een schending van artikel 9 EVRM achtte zij het verschil in behandeling 'limited in scope' en bovendien gerechtvaardigd.

Een minderheid van zeven rechters (Bratza, Fischbach, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska, Panțiru, Levits en Traja) achtte wel sprake van een inbreuk in de vrijheid van godsdienst volgens artikel 9 EVRM. Naar hun oordeel onthief het enkele feit van het eerder verleend hebben van een vergunning de staat niet van zijn verplichting een aanvraag van een andere organisatie binnen dezelfde religie zorgvuldig te beoordelen (r.o. 1 minderheidsoordeel). Wanneer dit spanningen oplevert, is de rol van de overheid, volgens vaste jurisprudentie waarnaar de minderheid verwees, niet 'to remove any cause of tension by eliminating pluralism, but to take all necessary measures to ensure that the competing groups tolerate each other' (r.o. 1 minderheidsoordeel). De vraag of het gewenste vlees op een andere manier verkrijgbaar was, achtten zij irrelevant. Het echte probleem zagen zij vervolgens in de ongelijke behandeling in relatie tot de andere organisatie, dus in artikel 14 jo. artikel 9 EVRM. Die toets voerden zij uit, hetgeen leidde tot de conclusie dat deze artikelen geschonden waren.

De meerderheid van de Commissie achtte in een 14-3-rapport dat er wel sprake was van een schending van het EVRM, en wel van artikel 9 jo. artikel 14 EVRM. De Commissie was van oordeel dat klager als organisatie in het licht van de relevante wetgeving gezien moest worden als in dezelfde omstandigheden verkerend als de organisatie die wel de slachtvergunning had ontvangen en dat daarom het argument van de Franse overheid dat klager niet het karakter had van een religieuze organisatie, geen adequate rechtvaardiging was voor de ongelijke behandeling. Met een meerderheid van 15-2 achtte de Commissie het niet nodig om een afzonderlijke toets aan artikel 9 EVRM uit te voeren. De minderheid achtte geen sprake van een inbreuk op artikel 9 EVRM. Als reden voerde zij vooral aan dat het nuttigen van geslacht vlees volgens de gewenste rite mogelijk bleef.

Verskil van inzicht over de interpretatie van godsdienstvrijheid was ook aan de orde in de Armeense zaak-Bayatyan.²⁶ De vraag was of dienstweigering onder het bereik van artikel 9 EVRM viel. De Grote Kamer achtte daarvan sprake in een stemverhouding van 16-1. De gewone kamer had met een 6-1 stemverhouding de lijn van de toenmalige Commissie gevolgd, die zich op het standpunt had gesteld dat godsdienstvrijheid zich niet tot dienstweigering uitstrekte. De gewone kamer had die lijn bewust gevolgd, maar koos er wel voor de rechtsvraag aan de Grote Kamer voor te leggen. Slechts de Armeense rechter stemde tegen. Die lijn hield hij in twee latere zaken vol. Het ging hier echt om een principe-uitspraak van rechtsvinding.

De complexe zaak-Fernández Martínez werd door de Grote Kamer met de meest krappe stemverhouding van 9-8 beslecht in het voordeel van de Spaanse staat.²⁷

26 ECHR (Grand Chamber) 7 juli 2011, 23459/03 (Bayatyan/Armenië).

27 ECHR (Grand Chamber) 12 juni 2014, 56030/07 (Fernández Martínez/Spanje). Zie ook ECHR (Chamber, third section) 15 mei 2012, 56030/07 (Fernández Martínez/Spanje). Zie voor een bespreking van deze uitspraak: S. van Bijsterveld, 'De zaak-Fernández Martínez tegen Spanje', *TvRRB* 2014, 2, p. 84-93; J. van den Brink, 'Staat, kerk en individuele gelovige: strijd om de dominantie. De zaak Fernández Martínez in het licht van theorievorming over collectieve godsdienstvrijheid', *TvRRB* 2014, 2, p. 95-110.

Op een samenstel van kwesties scheidden in deze zaak de wegen van de meerderheid en de minderheid. Onder welk verdragsartikel moet de zaak beoordeeld worden? Wat is de precieze rechtsvraag? Welke feiten zijn daarbij relevant? Hoe moet de toetsing worden uitgevoerd en wat is het resultaat daarvan?

De zaak betrof de niet-verlenging van een tijdelijk arbeidscontract van een godsdienstleraar op een openbare school vanwege de onthouding van de noodzakelijke bisschoppelijke goedkeuring. Aan de onthouding van die goedkeuring was een hele geschiedenis voorafgegaan, waarin ook lange tijd onduidelijkheid bestond over de kerkelijke status van de betrokkene. De godsdienstleraar, die als priester hangende een verzoek om dispensatie getrouwd was en inmiddels vader van vijf kinderen, was als actief lid betrokken bij een in de media uitgemeten manifestatie van een vereniging van priesters voor het vrijwillig celibaat.

Na uitgebreide overwegingen kwam de Grote Kamer, die de klacht primair uit het perspectief van klagers recht op artikel 8 EVRM in ogenschouw nam en dit afwoog tegen de kerkelijke autonomie beschermd door artikel 9, tot een afwijzing van de klacht. Uitdrukkelijk besteedde de Grote Kamer, die ook artikel 8, 9, 10 en 11 relevant achtte, aandacht aan de keuze voor het centraal stellen van artikel 8 EVRM en aan een duiding van de feiten die tot de niet-verlenging van het contract hadden geleid.

De uitspraak leidde tot drie dissenting opinions. De voornaamste daarvan – waarin alle *dissenters* deelnamen – stelde zelf op praktisch alle onderdelen tot een tegengestelde uitkomst te komen die grotendeels ook gebaseerd is op een andere redenering. Het minderheidsoordeel kwam tot een andere conclusie over welke feiten de grond vormden tot het niet-verlengen van het arbeidscontract. Ook in de beoordeling van de aard van de toepasbaarheid van artikel 8 EVRM verschilde de minderheid: niet zozeer de gevolgen van het verlies van de arbeidsrelatie achtte zij bepalend; bepalend achtte zij dat de keuzes die de klager had gemaakt in zijn persoonlijk leven, hem in zijn recht hadden beperkt. Het is volgens de minderheid de staat zelf die direct een inbreuk heeft gemaakt op het privéleven van de klager door de niet-verlenging van het contract; niet omdat de staat geen maatregelen heeft getroffen tegen inbreuken op het recht door de kerk. De staat had een eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot de arbeidsrelatie van de klager. Voorts twijfelde de minderheid aan de wettelijke basis vanwege twijfel over de voorzienbaarheid van de beperking. Wat ten slotte de noodzakelijkheid in een democratische samenleving betreft, kwam de minderheid tot een andere afweging. Als uitgangspunt nam zij daarbij niet een afweging tussen de autonomie van de kerk en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de klager. De minderheid onderzocht of de staat vanuit de eigen verantwoordelijkheid als werkgever bij de niet-verlenging de proportionaliteit in acht had genomen en kwam tot de conclusie dat daarvan geen sprake was.

Het tweede minderheidsoordeel bevat de visie van drie rechters, Spielmann, Sajò en Lemmens, dat de meerderheid ten onrechte niet afzonderlijk de klacht onder artikel 14 jo. artikel 8 EHRM heeft beoordeeld of onder artikel 9 en 10 al of niet jo. artikel 14 EVRM.

Sajò kwam daarnaast nog met een afzonderlijke dissenting opinion met overwegingen die relevant zijn om tot een schending op grond van artikel 8 in samen-

Sophie van Bijsterveld

hang met artikel 10 en 11 EVRM te concluderen. Tot slot kwam rechter Dedov nog met de overtuiging dat het verplichte celibaat zelf in strijd is met artikel 8 EVRM.

Zowel door de meerderheid als de minderheid werd diep ingegaan op de (niet altijd even duidelijke) feiten. De beoordeling van deze feiten verschilde sterk. Vooral was het de beoordeling van de feiten die relevant waren voor de niet-verlenging van het contract en de feiten die relevant waren voor de beoordeling van artikel 8 EVRM (dus: waarin ligt precies de eventuele verdragsschending?), de eigen verantwoordelijkheid van de staat en het niet-ingaan op de beweerde schending van andere artikelen.

De meerderheid van de gewone kamer in de zaak-Fernández Martínez had eerder dezelfde benadering gekozen als de Grote Kamer: een beoordeling op grond van artikel 8 EVRM, daarbij de rechten van de klager afwegend tegen de rechten van de Rooms-Katholieke Kerk op grond van artikel 9 en 11 EVRM. De gewone kamer observeerde dat de argumenten van de kerk een 'strikt religieus karakter' hadden. Op grond daarvan concludeerde zij dat de beginselen van godsdienstvrijheid en neutraliteit meebrachten dat een verdere toetsing van de noodzakelijkheid en proportionaliteit van het niet-verlengen van het contract buiten haar rol viel; de eigen rol was beperkt tot het nagaan 'that neither the fundamental principles of domestic law nor the applicant's dignity have been compromised' (r.o. 84). De conclusie volgde dat geen sprake was van schending van artikel 8 EVRM. De gewone kamer oordeelde in een stemverhouding van 6-1, met een partly dissenting opinion van Saiz Arnaiz. Het minderheidsoordeel wees erop dat het aangevochten besluit niet door de kerk maar van overheidswege was genomen, en dat bovendien de meerderheid de toetsing als bedoeld in rechtsoverweging 84 niet heeft uitgevoerd: 'In reality, the Court has not weighed those principles against the applicant's rights, because that would have obliged it to explain why his [de klager] public situation as married priest and father, being known to the diocese, suddenly became a ground for finding that he was unfit to teach' (p. 4 minderheidsoordeel).

Het minderheidsoordeel kwam er dus op neer dat de gewone kamer ten onrechte een (*concrete*) toetsing achterwege had gelaten en zich verder geen rekenschap had gegeven van het feit dat niet de kerk maar de overheid uiteindelijk de beslissing tot niet-verlening had genomen.

5 Minderheidsoordelen in religiezaken in de Grote Kamer: evaluatie

Deze analyse van dissenting opinions van de Grote Kamer laat een verrassend beeld zien. De scheidslijnen tussen de meerderheidsopvatting van de Grote Kamer en dissenting opinions in religiezaken vallen uiteen in twee typen. De ene scheidslijn betreft een verschil in de wijze van toetsing: abstracte of concrete toetsing. De andere betreft de keuze van behandeling onder het ene of andere verdragsartikel, de formulering van de precieze rechtsvraag die in het licht van dat artikel beantwoord moet worden, en de interpretatie van het betreffende artikel zelf. Hoe moeten wij deze scheidslijnen plaatsen?

Abstracte en concrete toetsing

Voor degenen die vertrouwd zijn met rechtspraak van het EHRM, is bekend dat de meest interessante afwegingen van het Europees Hof plaatsvinden in het kader van de beoordeling of een beweerde inbreuk op een verdragsrecht 'nodig is in een democratische samenleving'. Het is hier dat een afweging gemaakt wordt over de vraag of er sprake is van een pressing social need (zie paragraaf 2) en of de inbreuk proportioneel is. Het verwondert dan ook niet dat de wijze van toetsing, abstract of concreet, plaatsvindt in het kader van de afweging of er sprake is van een beperking van een recht dat nodig is in een democratische samenleving.

In de meeste van de hiervoor genoemde zaken waar de scheidslijn tussen concrete en abstracte toetsing speelde, komt in een dissenting opinion de overtuiging naar voren dat de meerderheid ten onrechte een abstracte toetsing heeft uitgevoerd en dat een concrete toetsing vereist is, een toetsing dus waarbij de omstandigheden van het geval een belangrijke, zo niet beslissende rol spelen. Daarvan was sprake in de zaken-Leyla Sahin, -Sindicatul en -S.A.S. Het was ook het geval in de relatie tussen de unanieme gewone kamer en de meerderheid van de Grote Kamer in de zaak-Lautsi. De dissenting opinion verwijt dan de meerderheid dat zij geen recht heeft gedaan aan de concrete omstandigheden van het geval. Niet altijd is dit het geval. Een enkele keer is het juist in de dissenting opinion dat een meer abstracte toets wordt gevolgd. Daarvan was sprake in de zaak-Lautsi voor de Grote Kamer, waar de dissenters de unanieme gewone kamer volgden in hun abstracte beoordeling. In de zaak-Folgerø lag de wijze van toetsing een gradatie anders: de meerderheid voerde in een stemverhouding van 9-8 een uiterst concrete toetsing uit, en de minderheid volgde dezelfde lijn van toetsing, maar net minder streng. Men zou dit kunnen betitelen als een net iets andere weging van de concrete feiten en omstandigheden van het geval.

Heeft hantering van een abstracte of concrete toetsingsmethode een voorspellende waarde ten aanzien van de honorering van de klacht? Dat is niet het geval. Zo leidde abstracte toetsing in de zaak-S.A.S. bijvoorbeeld tot afwijzing van de klacht, in de zaak-Lautsi tot honorering van de klacht, in de zaak-Leyla Sahin (abstracte toetsing) tot afwijzing van de klacht, en in de zaak-Sindicatul (gewone kamer – abstracte toetsing) tot honorering van de klacht, de iets meer concrete toetsing door de Grote Kamer tot afwijzing van de klacht, terwijl de nog meer concrete toetsing van de dissenting opinion bij het oordeel van de Grote Kamer weer tot afwijzing leidde. Ook in de zaak-Folgerø leidden de gradaties in concrete toetsing tot andere uitkomsten. Een voorspellende waarde ten aanzien van de honorering van de klacht is er niet.

Verandert deze laatste conclusie wanneer wij de wijze van toetsing relateren aan de materiële uitkomst van de zaak? Ook hier is het antwoord negatief. De abstracte toetsingen door de meerderheid leidden in de zaken-Leyla Sahin en -S.A.S. tot een uitspraak tégen het dragen van islamitische kledingstukken en vóór de laïcistische grondhouding van de staat. In de zaken-Lautsi en -Sindicatul leidden de concrete toetsingen tot een uitkomst ten gunste van de christelijke religie c.q. kerk, in beide gevallen ondersteund door de staat. De enige afwijking van dit patroon is de zaak-Folgerø, waar de uitkomst tégen het curriculum van het christelijk godsdienstonderwijs uitviel en een veroordeling van de staat

Sophie van Bijsterveld

inhiel. Dit is meteen de enige van de in dit kader besproken zaken waarbij een klacht wegens schending van het EVRM gegrond werd verklaard en dus de betreffende staat in het ongelijk werd gesteld. Het ging hier om een 9-8-uitspraak, waarbij bovendien rekening gehouden moet worden met het feit dat hier een element van privacybescherming inzake de religieuze overtuiging een rol speelde, een gevoelig en belangrijk geacht punt.

Hoe verhoudt het vraagstuk van concrete tot abstracte toetsing zich tot het leerstuk van de margin of appreciation, het leerstuk dus dat de lidstaat een zekere manoeuvreerruimte gelaten moet worden voor het maken van eigen afwegingen? Op het eerste gezicht lijkt de verwachting wellicht gerechtvaardigd dat een concrete toetsing zich moeilijker verdraagt met de margin of appreciation dan een abstracte toetsing, omdat de rechter bij concrete toetsing zelf expliciet ingaat op de concrete omstandigheden van het geval. Daarvan is echter geen sprake. Ook het omgekeerde is niet het geval. Zowel concrete als abstracte toetsing kan de facto leiden tot het toekennen van een ruime margin of appreciation aan de betreffende staat.

De margin of appreciation wordt vaak in de standaardoverwegingen in één adem genoemd met de overweging dat die margin of appreciation wel begrensd wordt door de supervisie van het EHRM. Inhoudelijk valt de betekenis van verwijzingen naar de margin of appreciation in deze zaken echter moeilijk te duiden. In de bestudeerde zaken lijkt de margin of appreciation niet werkelijk toegepast te worden door de rechters, in de zin dat daar door ofwel de meerderheid ofwel de minderheid als beoordelingscriterium rechtstreeks gebruik van wordt gemaakt. Het is veeleer zo dat de daadwerkelijk aan de staat toegekende margin of appreciation blijkt uit de uitkomst van de beoordeling, die zelf dan op andere gronden is gemaakt.

Kan uit de voorgaande analyse worden afgeleid dat individuele rechters consequent zijn in de wijze van toetsing in godsdienstzaken? De beantwoording van deze vraag op basis van een analyse van slechts het beperkte aantal zaken als in deze bijdrage geanalyseerd, heeft een beperkte waarde. Dat gezegd hebbende, blijkt dat individuele rechters niet altijd consequent zijn in hun keuze voor ofwel abstracte ofwel concrete toetsing.

Sluit een consequente voorkeur voor concrete toetsing uit dat in specifieke gevallen toch voor abstracte toetsing gekozen wordt? Het antwoord hierop is ontkenkend. Ook al zou men ervan uitgaan dat concrete toetsing het meest aangewezen is, kan het zo zijn dat een klacht zonder in de details te treden, prima facie dus, kennelijke schending of kennelijke ongegrondheid oplevert. Echter, bij de hiervoor genoemde zaken is daarvan niet werkelijk sprake. Om te beginnen zou uitdrukkelijk kennelijke gegrondheid of ongegrondheid onder woorden gebracht kunnen worden. Maar bovenal blijkt uit de behandeling en de gebruikte redeneringen zelf dat daarvan geen sprake is. De abstracte toetsing haalt eerder speculatieve gevolgen aan dan kennelijke (on)verenigbaarheid met de relevante verdragsartikelen.

Uiteraard gaat het hier om momentopnames, om een analyse van zaken die de afgelopen jaren behandeld zijn, en biedt deze analyse geen blik in de toekomst. Dat neemt niet weg dat de conclusie veelzeggend is: er is geen sprake van een con-

sequente houding van concrete of abstracte toetsing en evenmin is iedere rechter hierin persoonlijk consequent. Daarmee lijkt vooral de uiteindelijke beoordeling van een zaak in termen van de uitkomst ervan beslissend te zijn voor de houding van de rechter.

Het beoordelingskader en de interpretatie van godsdienstvrijheid

Bij de besproken zaken van de Grote Kamer speelt ook het beoordelingskader een belangrijke rol in de scheidslijn tussen meerderheid en dissenting opinions. De Armeense zaak-Bayatyan springt er daarbij uit. In deze zaak volgde de gewone kamer bewust de lijn van de voormalige Commissie in de interpretatie van artikel 9 EVRM. Niettemin achtte de gewone kamer het belangrijk dat de rechtsvraag inzake de reikwijdte van artikel 9 EVRM die in deze dienstweigeringszaak speelde en die een duidelijk rechtspolitek karakter had, aan de Grote Kamer werd voorgelegd. De Grote Kamer sloeg een nieuwe weg in en nam daarbij in ogenschouw dat erkenning van dienstweigering in de lidstaten van de Raad van Europa gemeengoed was geworden en dat ook Armenië hierin een ontwikkeling had doorgemaakt. De Armeense rechter bleef consequent in zijn oorspronkelijke overtuiging. Hij was verantwoordelijk voor de enige dissenting opinion. Deze lijn bleef hij vervolgens trouw in vergelijkbare zaken, die daarna weer door de gewone kamer beoordeeld werden. Daarin was hij als enige vervolgens ook weer verantwoordelijk voor de dissenting opinion.

In de andere gevallen was geen sprake van een expliciete rechtspoliteke kwestie, maar veeleer van een verschil van opvatting over de vraag welk feitencomplex relevant is voor de uitvoering van de toetsing en/of onder welk verdragsartikel de zaak primair beoordeeld diende te worden. Zowel in de zaak-Thlimmenos als in de zaak-Cha'are Shalom en de zaak-Fernández Martínez was daarvan sprake. Uiteraard betreft het hier ook fundamentele rechtsvragen. Het perspectief van waaruit een beoordeling plaatsvindt, dus welke rechtsvraag bepalend wordt geacht, en het feitencomplex dat bepalend wordt geacht, zijn uiterst relevant voor de beoordeling van de zaak en veelal ook voor de uitkomst.

Waar het gaat om het beoordelingskader en de interpretatie van godsdienstvrijheid laten de geanalyseerde zaken zich naar de aard van de materie en alsmede vanwege het geringe aantal zaken minder goed in algemene termen analyseren. Een algemene opmerking is wel dat het in religiezaken voor de Grote Kamer niet veelvuldig voorkomt dat er verschil van inzicht is over het beoordelingskader.

Waar toe leiden de keuzen van de meerderheid? De zaak-Bayatyan leidde tot een gegrondverklaring van de klacht en dat was eveneens het geval in de zaak-Thlimmenos. Dat was niet het geval in de zaak-Cha'are Shalom en de zaak-Fernández Martínez. De eerstgenoemde zaak betrof individuele gewetensbezwaren tegen militaire dienstplicht. De tweede was daar naar de materie gezien in de grond enigszins aan verwant. De beide andere, West-Europese, zaken pakten uit in het voordeel van de staat. Ook al speelde de margin of appreciation geen daadwerkelijke rol in de toetsing, de facto werd de staten door de meerderheid manoeuvreerruimte geboden.

Sophie van Bijsterveld

6 Slot

Wat levert deze analyse nu op?

Om te beginnen is het interessant om enig inzicht te hebben in de scheidslijnen en de aard van de scheidslijnen tussen meerderheids- en minderheidsoordelen in religieuzaken in de Grote Kamer. Anders dan te vermoeden viel, speelt verschil in de mate van toekenning van een margin of appreciation aan de nationale staten als zodanig niet expliciet een rol in de gemaakte rechterlijke afwegingen.

Boeiend is het om te zien dat de scheidslijnen tussen meerderheid en minderheid uiteenvallen in twee relatief goed te duiden categorieën: de wijze van toetsing enerzijds en de keuze van het beoordelingskader en de interpretatie van godsdienstvrijheid anderzijds. Daarbij speelt het eerste onderscheid getalsmatig een grotere rol dan het tweede. Meer dan de tweede categorie is de eerste te hanteren als instrument om tot een andere uitkomst te komen – overigens zonder de margin of appreciation expliciet ten tonele te voeren. Of het verschil in toetsingswijze zo gehanteerd wordt, is uiteraard niet vast te stellen.

Wat overblijft, is uiteindelijk wellicht de constatering dat minderheidsoordelen een waardevolle luis in de pels vormen voor de meerderheid die zich in een bepaalde zaak aftekent, en dat zij daarmee de dialoog binnen het Europees Hof levend houden. Een andere conclusie is dat de zaken die na een lange weg langs nationale rechters en veelal ook de gewone kamer aanhangig zijn gemaakt bij de Grote Kamer, eenvoudigweg gekwalificeerd moeten worden naar wat zij zijn: *'hard cases'*.