

‘Dissenting opinions’ in religieuzaken voor het Europees Hof (II)

De gewone kamer

Sophie van Bijsterveld

Wat verdeelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in religieuzaken? Ondanks de rijke traditie van wetenschappelijke commentaren blijven dissenting opinions in zulke uitspraken onderbelicht. De vorige aflevering van dit tijdschrift bevatte een systematische analyse van dissenting opinions in religieuzaken van de Grote Kamer van het Europees Hof.¹ Dit artikel bestudeert de dissenting opinions van de gewone kamer. Samen met de resultaten van de eerdere analyse werpen de bevindingen licht op de wijze van beoordelen van religieuzaken door het Europees Hof. Het beeld dat hieruit naar voren komt, is verrassend.

Inleiding

Analyse van minderheidsoordelen is interessant omdat het een dieper inzicht geeft in de rechtsvorming door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna Europees Hof, Hof of EHRM) en specifiek in de redeneringen en afwegingen die het Hof maakt. Meer in het bijzonder is een dergelijke analyse interessant in het licht van de wetenschappelijke en politieke discussie over de – al of niet te ruime – *margin of appreciation*² die het Europees Hof in religieuzaken aan lidstaten zou geven. De veronderstelling dat verschil van inzicht over de *margin of appreciation* een rol speelt in het uiteenlopen van meerderheids- en minderheidsoordelen ligt immers al snel voor de hand. Uit de analyse van uitspraken van de Grote Kamer in religieuzaken kwam enigszins verrassend naar voren dat de scheidslijnen tussen meerderheids- en minderheidsoordelen geen betrekking hebben op de mate van toekenning van een *margin of appreciation* aan de desbetreffende lidstaat op zich. Het verschil tussen meerderheid en minderheid spitst zich daaren-

- 1 Zie S. van Bijsterveld, ‘Dissenting opinions’ in religieuzaken voor het Europees Hof (I), *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2015, 3, p. 26-46, waarin ook ter introductie het stelsel van rechtspraak van het EHRM met meerderheids- en minderheidsoordelen wordt gepositioneerd ten opzichte van het Nederlandse stelsel en het stelsel van het Amerikaanse Supreme Court. Ook wordt daarin ingegaan op het vaste beoordelingschema van het Europese Hof. Daarnaast zij hier verwezen.
- 2 Met de *margin of appreciation* wordt de beoordelingsruimte bedoeld die het Europees Hof aan de lidstaten laat voor een eigen beoordeling van de vraag of er strijd is met een bepaling van het EVRM. Zie voor literatuur hierover de eerdere bijdrage, genoemd in noot 1.

Sophie van Bijsterveld

tegen toe op de manier waarop de rechter toetst (concreet of abstract)³ en op de interpretatie van godsdienstvrijheid.

In deze bijdrage worden de minderheidsoordelen in religiezaken van de gewone kamer geanalyseerd. In de eerstvolgende paragraaf wordt een onderscheid gemaakt naar zaken waarin het voorstadium van de beoordeling door het Europees Hof nog werd uitgevoerd door de toenmalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM), en in de daaropvolgende paragraaf naar religiezaken waarin het Hof in eerste aanleg oordeelde. Na deze analyse volgt een bespreking van de bevindingen en wordt een vergelijking gemaakt met de bevindingen van de analyse van minderheidsoordelen in religiezaken van de Grote Kamer. Tot slot volgt een conclusie.

Het Hof vóór de instelling van de Grote Kamer

Overzicht

De eerste serie zaken die in deze bijdrage behandeld wordt, betreft al wat oudere zaken.⁴ Dat rechtvaardigt een afzonderlijke bespreking. Anders dan de hierna te bespreken zaken zijn zij niet in eerste aanleg door het Hof beoordeeld, maar pas in tweede aanleg, namelijk nadat de toenmalige Europese Commissie een niet-bindend 'rapport' had uitgebracht.⁵ In Tabel 1 staat een overzicht van deze zaken.

Wat bij deze oordelen meteen opvalt, is het uitbundige aantal minderheidsoordelen. Die laatste lopen onderling inhoudelijk ook nogal uiteen. De verklaring daarvoor is, in elk geval deels, dat er nog geen uitgekristalliseerde jurisprudentie over artikel 9 EVRM beschikbaar was. De uitspraken zelf staan aan het begin daarvan. In het uiteenlopen van meerderheids- en minderheidsoordelen zijn de typeringen die wij in de latere rechtspraak tegenkomen al terug te vinden, zowel in de latere rechtspraak van de gewone kamer als in die van de Grote Kamer.

3 Bij concrete toetsing spelen de concrete omstandigheden van het geval een beslissende rol; bij 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.

4 In deze zaken oordeelde de gewone kamer in tweede aanleg, dat wil zeggen nadat de toenmalige Europese Commissie over de zaak een 'opinion' had uitgebracht.

5 Een aantal zaken is terechtgekomen bij de Grote Kamer. Zie hiervoor de bijdrage genoemd in noot 1.

Tabel 1 *Schematisch overzicht van uitspraken in religiezaken van de gewone kamer van het EHRM vóór de introductie van de Grote Kamer*

Zaak	Artikel	Schending (Hof)	Stemverhouding	Schending (Cie)	Stemverhouding
Kokkinakis	Art. 9	Ja	6-3	Ja	Unaniem
25-3-1993	Art. 7	Nee	8-1	Nee	11-2
Wingrove	Art. 10	Nee	7-2	Ja	14-2
25-11-96					
Valsamis	Art. 2 Prot. 1	Nee	7-2	Nee (t.a.v. ouders)	19-10
18-12-96	Art. 9	Nee	7-2	Nee (t.a.v. kind)	17-12
	Art. 3	Nee	Unaniem	Nee (t.a.v. kind)	Unaniem
	Art. 13 jo. art. 2 Prot. 1	Ja	Unaniem	Nee (t.a.v. kind)	24-5
		Nee	Unaniem	Ja (t.a.v. ouders)	26-3
	Art. 13 jo. art. 2 Prot. 1 & art. 9			Ja (t.a.v. kind)	24-5
	Art. 13 jo. art. 3			Nee (t.a.v. kind)	
Efstratiou	Art. 2 Prot. 1	Nee	7-2	Nee (t.a.v. ouders)	20-8
18-12-96	Art. 9	Nee	7-2	Nee (t.a.v. kind)	19-9
	Art. 3	Nee	Unaniem	Nee (t.a.v. kind)	Unaniem
	Art. 13 jo. art. 2 Prot. 1	Ja	Unaniem	Nee (t.a.v. kind)	23-5
		Nee	Unaniem	Ja (t.a.v. ouders)	24-4
	Art. 13 jo. art. 9			Ja (t.a.v. kind)	Unaniem
	Art. 13 jo. art. 3			Nee (t.a.v. kind)	
Larissis ⁷	Art. 7	Nee	8-1	Nee	28-1
24-2-98	Art. 9 (kl. 1, 2, 3 – lw. 1, 2)	Nee	8-1	Ja (kl. 2, 3 – b. 1)	25-4
		Nee	7-2	Ja (kl. 2 – b. 2)	Unaniem
	Art. 9 (kl. 1, 3 – lw. 3)	Ja	7-2	Nee (kl. 1, 2 – lw. 1)	Unaniem
	Art. 9 (kl. 2, 3 – b)	Nee	Unaniem	Nee (kl. 1, 3 – lw. 2, 3)	Unaniem
	Art. 9 jo. art. 14 (kl. 1, 2, 3 – lw)	Nee	Unaniem		
	Art. 9 jo. art. 14 (kl. 1, 2, 3 – b)				

⁷ Klagers (kl.) 1, 2 en 3 zijn respectievelijk Larissis, Mandalarides en Sarandis; het betreft het beweerdelijk optreden ten aanzien van de luchtmachtwerkers (lw.) Antoniadis (1), Kokkalis (2) en Kafkas (3); de burgers (b.) Zounassa (1) en Bairanis en burens (2).

Sophie van Bijsterveld

De oordelen

De Kokkinakis-zaak neemt in deze bijdrage een bijzondere positie in.⁶ Niet alleen was het de eerste zaak waarin het Europees Hof tot een schending van artikel 9 EVRM concludeerde, het was ook een zaak die meerdere *dissenting* en *concurring opinions* opleverde. De twee scheidslijnen die in zowel de *concurring* als *dissenting opinions* voorkomen, zijn de bekende kwesties van abstracte en concrete toetsing en verdragsinterpretatie.

De zaak betrof een veroordeling van een Jehova's getuige, Kokkinakis, wegens proseliteren, een handeling die als zodanig strafbaar is volgens het Griekse recht. Kokkinakis en zijn vrouw hadden aangebeld bij een huis en waren in gesprek geraakt met de vrouw des huizes. Haar echtgenoot, een cantor bij de Grieks-orthodoxe kerk, stelde de politie op de hoogte, die het echtpaar arresteerde. Kokkinakis en zijn vrouw werden ieder in eerste aanleg veroordeeld tot vier maanden cel, omzetbaar in een geldbedrag, en tot een geldboete. Ook werd de confiscatie en vernietiging van het materiaal geboden dat zij aan de vrouw van de cantor hadden hopen te verkopen. Na beroep werd uiteindelijk alleen Kokkinakis veroordeeld, zij het dat hij er met een iets lichtere straf van afkwam. Beroep in cassatie had geen succes. Het Europees Hof maakte een onderscheid tussen 'bearing Christian witness and improper proselytism' (r.o. 48). Het vervolgde dat:

'(...) the relevant criteria adopted by the Greek legislature are reconcilable with the foregoing if and in so far as they are designed only to punish proselytism, which the Court does not have to define in the abstract in the present case.' (r.o. 48)

De Griekse rechters hadden slechts de tekst van de wet ingeroepen en niet voldoende duidelijk gemaakt op welke wijze Kokkinakis dan op onbehoorlijke manier zijn buurvrouw had proberen te overtuigen. Daarom voorzag de veroordeling niet in een 'pressing social need', een voorwaarde om de beperking van zijn godsdienstvrijheid aan te merken als 'noodzakelijk in een democratische samenleving'. In zijn *partly concurring opinion* stelde Pettiti zich op het standpunt dat de *concrete toetsing* van het Europees Hof niet nodig was geweest omdat de Griekse wetsbepaling op zich al strijd opleverde met artikel 9 EVRM. Pettiti stelde zich op het standpunt dat *abstracte toetsing* in dit geval volstond. Vervolgens ging Pettiti verder in op de betekenis en reikwijdte van vrijheid van godsdienst in relatie tot proselitisme. Naar zijn mening lieten de bewoordingen van de meerderheidsuitspraak te veel ruimte aan de Griekse rechter voor een repressieve interpretatie van het proselitisme-artikel in de toekomst.

De *concurring opinion* van De Meyer lijkt te willen uitdrukken dat de ruime definitie van proselitisme als zodanig niet strafbaar gesteld behoorde te worden en dat in casu de klager ten onrechte veroordeeld was op die ruime uitleg. De *dissenting opinion* van Valticos richtte zich op de interpretatie van artikel 9 EVRM door het Hof. Hij was van oordeel dat het Hof dit artikel te ruim interpreteerde en stelde

6 ECHR (chamber) 25 mei 1993, 14307/88 (Kokkinakis/Griekenland).

zich op het standpunt dat proselitisme iets anders is dan het 'manifesteren' van het geloof.

In zijn *partly dissenting opinion* bracht Martens tot uitdrukking dat hij zowel in *abstracto* de Griekse wetsbepaling in strijd achtte met artikel 9 EVRM als in de *concrete* toepassing van het geval. Hij was het daarom op zich met de conclusie eens dat er sprake was van een schending van artikel 9. Verder was hij – in tegenstelling tot het Hof – van oordeel dat er ook sprake was van een schending van artikel 7 (legaliteit). Omdat artikel 9 het meest belangrijke artikel is in deze zaak, had hij ermee kunnen leven als het Hof had geconcludeerd dat gegeven de schending van artikel 9 een nadere toetsing aan artikel 7 niet nodig was. Het Hof had de klacht wegens schending van dat artikel echter afgewezen.

De *joint dissenting opinion* van Foighel en Loizou stelde dat de Griekse strafbepaling op zich geen strijd opleverde met artikel 9 EVRM, gelet op de definitie ervan, die juist niet ziet op een open en rechtstreeks onderricht in een godsdienst, maar op een opdringere ('intrusive') benadering.

'(...) One cannot be deemed to show respect for the rights and freedoms of others if one employs means that are intended to entrap someone and dominate his mind in order to convert him. This is impermissible in the civilised societies of the Contracting States. The persistent efforts of some fanatics to convert others to their own beliefs by using unacceptable psychological techniques on people, which amount in effect to coercion, cannot in our view come within the ambit of the natural meaning of the term "teach" to be found in paragraph 1 of this Article (art. 9-1).'

Deze *dissenters* lijken te concluderen dat noch in *abstracto* noch in *concreto* sprake is van een inbreuk op artikel 9 EVRM.

In de kern zien wij hier uiteenlopende typen van scheidslijnen tussen meerderheid en minderheden voorkomen.

De Wingrove-uitspraak van het Hof was bij zijn verschijnen ook spraakmakend.⁷ Het betrof de niet toegelaten videodistributie van een film wegens blasfemie, verboden in de Engelse wet. Hoewel godsdienst een centrale rol speelde in deze zaak, was artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting) het artikel waarop klager zich beriep en vormde het de toetsingsgrond voor het Hof. Met een meerderheid van 7-2 achtte het Hof geen schending van dit artikel aanwezig. De uitspraak leverde twee afzonderlijke *concurring opinions* op en twee afzonderlijke *dissenting opinions*. Bijzonder was de *concurring opinion* van Bernhardt: wanneer zoals hier verschil van visie mogelijk is (hijzelf zag geen probleem), dan zou op grond daarvan al de *margin of appreciation*-doctrine moeten leiden tot het geven van het voordeel van de twijfel aan de staat.

De *concurring opinion* van Pettiti volgde echter een andere redenering. Hij stuurde aan op de noodzaak van een *concrete toetsing*. Hij achtte het juist dat de zaak onder het gezichtspunt van artikel 10 EVRM werd beoordeeld. Echter, naar zijn

7 ECHR (chamber) 26 november 1996, 17419/90 (Wingrove/Verenigd Koninkrijk).

Sophie van Bijsterveld

oordeel legde het Hof te snel het verband tussen het blasfemie-artikel en de criteria die de verspreiding van video's verbod:

‘The fact that under the legislation on blasphemy, profanation or defamation may give rise to a prosecution does not in itself justify, under Article 10 (art. 10) of the European Convention, a total ban on the distribution of a book or video. In my view, the Court ought to have made that clear. There can be no automatic response where freedom of expression is concerned.’

Met andere woorden: het Hof had een *concrete toetsing* moeten uitvoeren.

De *dissenting opinion* van De Meyer handelde over de interpretatie van artikel 10 en het feitencomplex in het licht van artikel 10. De Meyer achtte dat er sprake was van een louter voorafgaande beperking (‘a pure case of prior restraint’) en dus van een onacceptabele beperking.

Weer een andere invalshoek koos de *dissenting opinion* van Lohmus. Omdat de blasfemiewet in zijn ogen slechts de christelijke godsdienst en meer in het bijzonder de Church of England beschermde, achtte hij de vraag aan de orde of de beperking wel aan het ‘noodzakelijkheids criterium’ voldeed. Uitgaande van de interpretatie dat artikel 10 ook informatie en ideeën beschermt die shockeren, oordeelde hij dat:

‘(...) the makers of the film in issue did not exceed the reasonable limit beyond which it can be said that objects of religious veneration have been reviled or ridiculed.’

Hij memoreerde de lijn van het Hof dat in kwesties van moraal een ruime *margin of appreciation* overgelaten moet worden aan de nationale autoriteiten. Hij bekritiseerde echter het feit dat ‘it is difficult to ascertain what principles determine the scope of that margin of appreciation’. Deze opvatting lijkt vooral neer te komen op ook het feit dat meer *concreet* getoetst had moeten worden, hoewel het niet echt duidelijk blijkt uit de tekst.

De zaak Valsamis betrof de dochter van Griekse Jehova's getuigen.⁸ Als leerling van de middelbare school had de dochter een uitzondering gekregen voor het godsdienstonderwijs en deelname aan de orthodoxe mis. Zij had echter geen vrijstelling van deelname van de nationale herdenking die werd gehouden ter gelegenheid van het uitbreken van de oorlog tussen Griekenland en fascistisch Italië met een parade op school en een militaire parade buiten de school op een vrije dag. Zij werd een dag geschorst. De Commissie had met 17 tegen 12 stemmen geoordeeld dat er geen sprake was van schending van artikel 9, en met 19 tegen 10 stemmen dat er geen sprake was van schending van artikel 2 Eerste Protocol. Het Europees Hof kwam tot eenzelfde inhoudelijk oordeel met een stemverhouding van 7-2.

8 ECHR (chamber) 18 december 1996, 21787/93 (Valsamis/Griekenland).

De meerderheid sprak verbazing uit over het verplichte karakter van deelname buiten school op een vrije dag, maar wilde daarin verder niet treden. Verder zag de meerderheid niets wat klagers' overtuigingen kon bruuskeren zodat het een schending van artikel 2 Eerste Protocol zou opleveren: de aanwezigheid van militairen veranderde niets aan het vreedzame doel; de ouders konden hun dochter voorlichten en de straf was licht. Ook zag het Hof niet in dat er een inbreuk zou zijn op hun recht op artikel 9.

Thór Vilhjálmsson en Jaambrek vonden dat er sprake was van schending van beide artikelen. De uitleg van klagers had geaccepteerd moeten worden, tenzij kennelijk ongegrond en onredelijk. Zij achtten de verplichte deelname aan een bijeenkomst die hun diepste overtuigingen weerspraken niet nodig in een democratische samenleving.⁹

De Griekse zaak Larissis en anderen behelsde drie afzonderlijke klachten.¹⁰ Drie luchtmachtofficiëren van dezelfde diensteneheid behorend tot de Pinkstergemeente waren veroordeeld wegens proselitisme van een drietal andere luchtmachtwerkers en dienden een klacht in wegens schending van artikel 9 EVRM. De casus is complex, omdat hij in een aantal deelcasussen uiteenvalt, namelijk die van de positie van de afzonderlijke proseliterende officieren en de afzonderlijke luchtmachtwerkers in relatie tot elkaar. Daarbij speelde vooral de vraag naar de eventuele hiërarchische verhouding van ieder van de officieren tot ieder van hun gesprekspartners een rol en de vraag van wie het initiatief tot het gesprek was uitgegaan. Een van de officieren was verder beschuldigd van proseliteren toen hij op verzoek van een van beide partijen (Baïramis) tussenbeiden kwam in een echte ruzie. Het laatste geval (Zounara) betrof een echtelijke verwijdering vanwege het feit dat een van beide echtelieden zich tot de pinksterkerk had bekeerd. De niet-bekeerde echtgenote bezocht onder meer de drie klagers thuis in een poging de stap van haar echtgenoot te begrijpen. Twee van hen kwamen ieder in die periode ook wel bij haar over de vloer en probeerden haar te overreden zich ook tot de pinksterkerk te bekeren. De drie luchtmachtofficiëren werden ieder afzonderlijk veroordeeld wegens proselitisme en dit oordeel hield stand bij de hoogste nationale rechter.

Het Europees Hof maakte in de beoordeling een onderscheid naar (a) de luchtmachtwerkers die actief benaderd waren (Antoniadis en Kokkalis), (b) de luchtmachtwerker die zelf de klagers benaderde (Kafkas), en (c) de twee burgerfamilies (Baïramis en Zounara).¹¹

In situatie a oordeelde het Hof met een 8-1 meerderheid dat artikel 9 EVRM niet geschonden was. Bij de overwegingen of de beperking 'noodzakelijk' was, nam het in ogenschouw dat de krijgsmacht een hiërarchische structuur kent en dat het daarom lastig is voor een ondergeschikte om een conversatie of benadering af te

9 De zaak Efstratiou was (nagenoeg) identiek aan Valsamis; zie ECHR (chamber) 18 december 1996, 24095/94 (Efstratiou/Griekenland).

10 ECHR (chamber) 24 februari 1998, 140/1996/759/958-960 (Larissis en anderen/Griekenland).

11 De klagers hadden zich beroepen op art. 7, 9, 10 en 14 EVRM. Onder verwijzing naar Kokkinakis werd de klacht op grond van schending van art. 7 EVRM afgewezen: de wet was sindsdien niet meer onhelder geworden.

Sophie van Bijsterveld

weren. Hoewel niet gesteld was dat de officieren dreigingen hebben geuit of tot aansporingen waren overgegaan, waren zij wel persistent.

In situatie b achtte het Hof in een 7-2 oordeel evenmin dat er sprake was van schending van artikel 9 EVRM. Bovendien sprak het Hof uit dat hier de sanctie niet erg zwaar en eerder preventief van aard dan punitief was. In situatie c kwam het Hof met een 7-2 meerderheid tot de conclusie dat wel sprake was van schending van artikel 9 EVRM. In de situatie van de interventie om de heer des huizes te kalmeren, was er geen indicatie dat iemand gedwongen was te luisteren. In de andere situatie had de vrouw des huizes eerst zelf initiatief genomen om met klagers in contact te komen.

De *concurring opinion* van De Meyer doet – logisch gezien – wat merkwaardig aan. Zijn standpunt is net als bij de Kokkinakis-zaak dat de Griekse wet op zich al strijdt met het EVRM. Echter, voor zover de wet wordt toegepast op de eerste situatie, zag hij geen strijd om de redenen die het Hof uiteenzet, waarbij de specifieke hiërarchische verhoudingen in de krijgsmacht beslissend zijn.

In zijn *partly dissenting opinion* stelde Valticos, gevolgd door Morenilla, zich op het standpunt dat ‘elke poging die verder gaat dan een loutere uitwisseling van zienswijzen en gericht is op het veranderen van een anders religieuze overtuigingen op zich al een bewuste daad en daarmee per definitie een ongeoorloofde daad van proselitisme is, tegen de vrijheid van artikel 9 EVRM’ (*vertaling van de auteur*) is. Deze rechters kozen voor een *abstracte* toetsing: proselitisme is hoe dan ook niet verenigbaar met de vrijheid van godsdienst. Daarbij hanteerden zij dus ook een bijzondere (en twijfelachtige) interpretatie van artikel 9 EVRM.

In zijn *partly dissenting opinion* stelde Repik dat er strijd is met artikel 7 EVRM omdat de wet op grond waarvan klagers zijn veroordeeld zelf te vaag is en de rechtspraak daaromtrent niet consistent is.

‘(...) That being the case, a believer who tries to spread his religious beliefs can never be certain whether his conduct is illegal or not. The law is not sufficiently precise and its effects are therefore not sufficiently foreseeable; it cannot guarantee legal certainty or equality of treatment, nor can it afford protection against arbitrary measures by the authorities responsible for applying it.’

In relatie tot artikel 9 EVRM achtte hij de beperking niet ‘voorzien bij wet’.

In zijn *partly dissenting opinion* stelde Van Dijk dat er ruimte moest zijn voor de hiërarchisch hoger geplaatsten om de beschuldiging van het uitoefenen van on-eigenlijke invloed over lager geplaatsten te weerleggen; dat wil zeggen dat hij niet van een automatisme wilde uitgaan. Daarbij verwees hij ook naar een *partly dissenting opinion* in het rapport van de ECRM, die zich eerder over deze zaak gebogen had. Het betrof hier dus een concrete toetsing.

Als gezegd, de casussen laten zien dat in het verschil tussen meerderheid en minderheden in de oordelen van het Hof *concrete* versus *abstracte* toetsing en verdragsinterpretatie duidelijk naar voren treden. Opvallend is ook de veelheid van onderling uiteenlopende gezichtspunten die de rechters innemen. Dat laatste verandert enigszins in de latere uitspraken. De geïdentificeerde patronen van het

uiteenlopen van meerderheden en minderheden zetten zich door en krijgen een scherper profiel.

Dissenting opinions in de gewone kamer

Overzicht

In deze paragraaf volgt een analyse van *dissenting opinions* in religiezaken in de gewone kamer, na de introductie van de Grote Kamer. Het aantal zaken waarin religie een centrale plaats inneemt voor de gewone kamer, overtreft veruit het aantal zaken van de Grote Kamer.¹² Dat is niet verwonderlijk. Om te beginnen fungeert de Grote Kamer immers als een interne beroepsinstantie voor de gewone kamer. Bovendien is de oprichting van de Grote Kamer van veel recenter datum. Waar de Grote Kamer in haar ruim twintigjarig bestaan een kleine twintig religiezaken kreeg voorgelegd, is dat aantal voor de gewone kamer ongeveer 150 in een veel langere periode.

Wat allereerst opvalt bij het analyseren van de rechtspraak van de gewone kamer van het Europees Hof in religiezaken is het grote percentage zaken dat tot een unanieme uitspraak heeft geleid, ongeacht of sprake was van een schending van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) of niet. Slechts in 24 zaken van de ongeveer 150 relevante zaken was geen sprake van een unanieme uitspraak.¹³ Daarvan zijn vijf zaken in het voorstadium aan het oordeel van de ECRM voorgelegd; deze zaken zijn in de vorige paragraaf besproken. Opvallend is dat juist veel van de andere zaken van vrij recente datum zijn.

In één geval is er geen inhoudelijk verschil van opvatting, maar zou volgens het enkele minderheidsstandpunt de klager niet-ontvankelijk verklaard moeten zijn.¹⁴ Verder zijn drie zaken praktisch identiek.¹⁵ In Tabel 2 staat een schematisch overzicht van de zaken van na de introductie van de Grote Kamer.

- 12 Opmerkelijk is het verschil tussen de secties in minderheidsstandpunten. In de eerste sectie kwam geen afwijkend stemgedrag voor. Zoals uit het hierna gepresenteerde overzicht blijkt, zijn toeleveranciers van minderheidsstandpunten vooral de secties twee en drie.
- 13 Deze aantallen zijn een resultaat van een HUDOC-search op art. 9, 9(1), 9(2) en 9 jo. P1-2 per 31 december 2015; de bevindingen zijn vervolgens gecorrigeerd op relevantie. Bij het aantal van 24 zijn drie uitspraken die niet uit deze search naar voren kwamen, maar uit de search van uitspraken van de Grote Kamer (zie noot 8).
- 14 ECHR (chamber, derde sectie) 15 september 2009, 798/05 (Mirolobovs en anderen/Letland).
- 15 De eerste zaak is ECHR (chamber, derde sectie) 27 oktober 2009, 23459/03 (Byatyan, Bayatyan/Armenië) en ECHR (Grand Chamber) 7 juli 2011, 23459/03 (Bayatyan/Armenië). De twee andere zaken zijn ECHR (chamber, derde sectie) 10 januari 2012, 37821/03 (Tsaturyan/Armenië) en ECHR (chamber, derde sectie) 10 januari 2012, 37818/03 (Bukharatyan/Armenië). Zie hierna voor een toelichting op deze zaken.

Sophie van Bijsterveld

Tabel 2 *Schematisch overzicht van uitspraken in religiezaken van de gewone kamer van het EHRM na de introductie van de Grote Kamer*

Zaak en datum uitspraak	Artikel	Schending	Stem-verhouding	Sectie
Refah Partisi* ¹⁸ 31-7-2001	Art. 11	Nee	4-3	Drie
Leela Förderkreis E.V. 6-11-2008	Art. 9	Nee	5-2	Vijf
Mirolubovs 15-9-2009	Art. 9	Ja	6-1	Drie
Bayatyan 27-10-2009	Art. 9	Nee	6-1	Drie
Sinan Isik 2-2-2010	Art. 9	Ja	6-1	Twee
Ahmet Arslan 23-2-2010	Art. 9	Ja	6-1	Twee
Grzelak 15-6-2010	Art. 14 jo. art. 9	Ja	6-1	Vier
Wasmüth 27-2-2011	Art. 9	Nee	5-2	Vijf
Bukharatyan 10-1-2012	Art. 8 Art. 9	Ja	6-1	Drie
Tsaturyan 10-1-2012	Art. 9	Ja	6-1	Drie
Sindicatul 'Pastorul Cel Bun'* 31-1-2012	Art. 11	Ja	6-1	Drie
Francesco Sessa 3-4-2012	Art. 9	Nee	4-3	Twee
Fernández Martínez* 15-5-2012	Art. 8	Nee	6-1	Drie

Tabel 2 (Vervolg)

Zaak en datum uitspraak	Artikel	Schending	Stemverhouding	Sectie
Eweida	Art. 9 (Eweida)	Ja	5-2	Vier
15-1-2013	Art. 9 en art. 9 jo. art. 14 (Chaplin)	Nee	Unaniem	
	Art. 14 jo. art. 9 (Ladele)	Nee	5-2	
	Art. 9 en art. 9 jo. art. 14 (McFarlane)	Nee	Unaniem	
Magyar	Art. 11 jo. art. 9	Ja	5-2	Twee
8-4-2014	Art. 14 jo. art. 11 en 9	Niet nodig	5-2	
Gülur & Ugur	Art. 9	Ja	5-2	Twee
2-12-2014				
Cumhuriyetci	Art. 14 jo. art. 9	Ja	Unaniem	Twee
2-12-2014	Art. 9	Niet nodig	6-1	
Ebrahimian	Art. 9	Nee	6-1	Vijf
26-11-2015				
Károly Nagy	Art. 6	Nee	4-3	Twee
1-12-2015	Art. 9	Aan de orde in dissenting opinion		

¹⁸ De uitspraken van de gewone kamer in de met een asterisk gemerkte zaken kwamen niet voort uit de search op art. 9 EVRM; maar uit de search daarop van uitspraken van de Grote Kamer.

De scheidslijnen tussen meerderheid en minderheden die in de categorie van deze paragraaf vallen, zijn terug te vinden in de hiervóór geanalyseerde zaken. Het verschil is dat in deze latere zaken, de zaken na introductie van de Grote Kamer, *dissenting opinions* in aantal minder uitbundig zijn en, zoals wij zullen zien, zich bovendien sterker toespitsen op slechts enkele kwesties en dus geprononceerder zijn.

Komen de scheidslijnen tussen meerderheid en minderheden bij de gewone kamer overeen met die van de Grote Kamer? Dat is inderdaad het geval. Het onderscheid tussen *concrete* en *abstracte* toetsing keert prominent terug. Net als uit de analyse van minderheidsoordelen in religiezaken bij de Grote Kamer bleek, vormt deze categorie zowel kwantitatief als kwalitatief het meest in het oog springende onderscheid. Prominent komt ook het verschil van inzicht naar voren over de *interpretatie* van godsdienstvrijheid. Dat laatste uit zich vooral in uiteenlopende visies over de *reikwijdte* van de godsdienstvrijheid als gegarandeerd in artikel 9 EVRM en, daarmee samenhangend, de *keuze van het verdragsartikel* waaronder de klacht beoordeeld dient te worden. Sterker dan bij de Grote Kamer zien

Sophie van Bijsterveld

wij daarnaast ook een verschil in *beoordeling welke feiten relevant zijn* voor de beoordeling in het licht van de verdragsgaranties. Slechts een enkele keer zien wij dat sprake is van eenvoudig een *andere weging van feiten*. De typen scheidslijnen komen meer in een vloeiende overgang voor dan bij de Grote Kamer en zij komen ook meer dan het geval is bij de Grote Kamer gelijktijdig voor in een en hetzelfde oordeel. Via een typering van de uitspraken volgt hierna een toelichting op deze analyse.

Reikwijdte van godsdienstvrijheid

De reikwijdte van godsdienstvrijheid kwam het meest duidelijk aan de orde in de Armeense zaak Bayatyan (derde sectie)¹⁶ en twee vrijwel eerdere zaken. Tot dan toe was in de jurisprudentie erkend dat artikel 9 EVRM niet een recht op gewetensbezwaren tegen militaire dienst inhield en dat conform eerdere jurisprudentie in dergelijke zaken artikel 9 gelezen zou moeten worden in samenhang met artikel 4 lid 3 onder b EVRM.¹⁷ Ten tijde van de veroordeling van de klager was de jurisprudentie duidelijk. Later werden enkele nieuwe stappen in de richting van erkenning van gewetensbezwaren genomen. De traditionele interpretatie volgend, werd artikel 9 niet van toepassing geacht. Met een 6-1 meerderheid werd de klacht afgewezen onder doorverwijzing naar de Grote Kamer. De Armeense rechter volgde de meerderheid in de gewone kamer, maar nam in de Grote Kamer, die 'om' ging, als enige een minderheidsstandpunt in. In de twee volgende zaken bleef hij consequent en volgde niet de meerderheid die zich richtte op de door de Grote Kamer nieuw gevormde jurisprudentie.

In de zaak Sinan Isik/Turkije (tweede sectie) kwam ook expliciet de reikwijdte van artikel 9 EVRM aan de orde.¹⁸ In deze zaak werd in het minderheidsoordeel uitgedrukt dat artikel 9 te ver werd opgerekt, zonder de conclusie te trekken dat de zaak onder een ander artikel beoordeeld had moeten worden. De zaak handelde om de klacht van een aleviet tegen de vermelding van zijn religie op de identiteitskaart als 'islam' in plaats van aleviet; subsidiair tegen de opname van de categorie 'religie' op de identiteitskaart als zodanig. In een verhouding van 6-1 concludeerde de meerderheid tot schending van artikel 9 EVRM. Het achtte het recht zijn religie of overtuiging niet te openbaren inherent aan het in dat artikel gegarandeerde recht. Het Hof overwoog voorts dat, gegeven het veelvuldige gebruik van de identiteitskaart, vermelding van de religie van de drager ervan deze blootstelt aan het *risico* van discriminatie in relatie met overheidsinstanties (r.o. 43). Het Hof voegde eraan toe dat het ook de noodzaak niet inzag van het vermelden van religie in registers van de burgerlijke stand of op identiteitskaarten. Het achtte het vervolgens in strijd met de vereiste neutraliteit van de staat om een beoordeling te geven van de religieuze identiteit van de klager ten behoeve van diens identiteitskaart. Dat een tussentijdse wijziging van de wet het mogelijk had

16 ECHR (chamber, derde sectie) 27 oktober 2009, 23459/03 (Bayatyan/Armenië); zie ook ECHR (Grand Chamber) 7 juli 2011, 23459/03 (Bayatyan/Armenië).

17 Art. 4 lid 3 onder b bevat een nadere bepaling bij het tweede lid dat dwangarbeid of verplichte arbeid verbiedt en zondert onder meer militaire dienstplicht daarvan uit.

18 ECHR (chamber, tweede sectie) 2 februari 2010, 21924/05 (Sinan Isik/Turkije).

gemaakt de box 'religie' leeg te laten, deed volgens het Hof aan zijn redenering niets af. Immers, de box was er nog steeds en voor een verandering van de invulling ervan was een schriftelijke verklaring vereist, ook al specificeerde de wet niet wat die zou moeten inhouden. Het Hof overwoog:

'[T]he mere fact of having to apply for religion to be deleted from civil registers could constitute disclosure of information concerning an aspect of the individual's attitude to religion.' (r.o. 49)

Dat gold ook voor de klager en *de facto* iedere keer wanneer een houder van de kaart zijn kaart toont.

Het minderheidsstandpunt van Barreto stelde dat artikel 9 EVRM hiermee te veel werd opgerekt. Het moeten indienen van het verzoek tot verwijdering van de vermelding achtte hij niet in strijd met artikel 9 EVRM: er werd slechts een schriftelijk verzoek vereist, zonder verdere toelichting. Dit leidde niet tot een verplichting tot het bekendmaken van het eigen geloof. Een verzoek kan immers om allerlei redenen gedaan worden en, waar het het geloof betreft, op grond van uiteenlopende geloofsopvattingen.¹⁹ Impliciet zien wij ook dat de toetsing door de meerderheid *abstract* is en de minderheid daarentegen tot een iets meer *concrete* benadering neigde.

De reikwijdte van artikel 9 EVRM was ook aan de orde in de Hongaarse zaak Magyar, waar de minderheid achtte dat er sprake was van onterechte oprekkings van artikel 9 EVRM en koos voor een beoordeling op grond van artikel 14 jo. artikel 9 en 11.²⁰ De zaak betrof het verlies van de geregistreerde status als kerkgenootschap na de inwerkingtreding van een nieuwe wet en een niet succesvol verzoek tot herregistratie. Het Hof (tweede sectie) beoordeelde de klacht op grond van artikel 11 in relatie tot artikel 9 EVRM en achtte vanwege een combinatie van (vooral procedurele) factoren dat er sprake was van een schending van de door het Hof vereiste neutraliteit van de staat. Het vond het niet nodig de klacht wegens schending van artikel 14 in samenhang met artikel 9 en 11 te beoordelen.

Rechters Spano en Rainundi achtten daarentegen dat er sprake was van een oprekkings van artikel 9 afzonderlijk en in samenhang met artikel 11.²¹ Door de wetwijziging had de kerk haar rechtspersoonlijkheid niet verloren; zij kon gewoon haar activiteiten voortzetten. Wel had de wijziging financiële consequenties: de kerk kon geen beroep meer doen op de materiële voorzieningen waarop een geregistreerde kerk aanspraak kon maken. De minderheid bekritiseerde de verwijzing van het Hof naar de eerdere jurisprudentie en vond deze leiden tot een algemene en *abstracte* redenering. Een overweging van het Hof over het gevoel

19 Daarnaast kwamen in het minderheidsstandpunt enkele procedurele bezwaren naar voren die in het kader van deze bespreking buiten beschouwing gelaten kunnen worden.

20 ECHR (chamber, second section) 8 april 2014, 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12 en 56581/12 (Magyar Keresztény Mennonita Egyház en anderen/Hongarije).

21 Rechters Keller en Sajo gingen in deze zaak mee met de meerderheid. In de hierna te bespreken zaak Güler en Ugur waren zij degenen met het minderheidsstandpunt.

Sophie van Bijsterveld

van tweederangs burgerschap dat zou kunnen ontstaan (r.o. 109) achtte de minderheid in dit kader niet relevant. Eerder had het Hof (r.o. 94) zelfs gezegd dat het Hof het *risico* dat de gelovigen zich niet meer dan ‘getolereerd’ maar niet ‘welkom’ zouden voelen, niet over het hoofd kon zien (een abstracte, speculatieve benadering). De toetsing had in hun ogen moeten geschieden op grond van artikel 14 in relatie tot artikel 9 en 11. Relevant in hun visie was of de klager kan aantonen of de staat in de uitoefening van zijn bevoegdheden op een onterechte manier religieuze organisaties ongelijk behandeld heeft. De minderheid voegde daaraan toe:

‘By its nature, an assessment of this kind under Article 14 of the Convention necessitates an individual examination of whether discrimination occurred.’
(r.o. 14)

De rechters gingen niet in op de vraag hoe deze toetsing zou moeten verlopen, gelet op het feit dat de meerderheid deze toets niet had uitgevoerd. Naast de kwestie van interpretatie verwierpen zij dus ook de *abstracte* toetsing door de meerderheid. De toetsing had individueel en *concreet* moeten zijn.

De reikwijdte van het recht op godsdienstvrijheid kwam verder aan de orde via minderheidsoordelen die stelden dat de zaak onder een ander verdragsartikel beoordeeld had moeten worden. Daarvan was sprake in de Turkse zaak Güler en Ugur, waar artikel 11 EVRM (verenigingsvrijheid) volgens de minderheid het toetsingskader had moeten vormen.²² De zaak betrof twee klagers die veroordeeld waren wegens propaganda voor een terroristische organisatie door het houden van een religieuze ceremonie op een partijkantoor van een politieke partij ter nagedachtenis aan drie PKK-strijders die door de veiligheidsdiensten om het leven gebracht waren. De desbetreffende politieke partij, waarbij klagers actief betrokken waren, werd later ontbonden door het Turkse Constitutionele Hof. Met een 5-2 meerderheid achtte het Hof (tweede sectie) dat er sprake was van schending van artikel 9 EVRM wegens onduidelijkheid en onvoorzienbaarheid van de veroordeling op de desbetreffende grond. In de termen van artikel 9 lid 2 EVRM concludeerde het dus dat de beperking van de vrijheid niet voldeed aan het vereiste *prescribed by law*.

In hun *partly dissenting opinion* schaarden rechters Keller en Sajo zich achter de meerderheid dat er sprake was een inbreuk die niet voorzien was bij wet in de zin van het EVRM. Zij hadden wel bezwaren tegen het perspectief van waaruit de meerderheid de zaak beoordeelde. Ontegenzeggelijk ging het om een religieuze ceremonie, maar die vond plaats in een breder kader en was vooral politiek gekleurd. De inschatting van de nationale autoriteiten had in dit geval gevolgd moeten worden, zeker ook vanwege de kans dat de verwarring bewust was gecreëerd. Gelet op de bredere politieke context had de beoordeling op grond van artikel 11 plaats moeten vinden. Die beoordeling had in hun ogen overigens geleid tot dezelfde uitkomst.

22 ECHR (chamber, second section) 2 december 2014, 31706/10 en 33088/10 (Güler en Ugur/Turkije).

In de zaak *Cumhuriyetci/Turkije* (tweede sectie) kwam eveneens de reikwijdte van godsdienstvrijheid aan de orde.²³ Klager, de Stichting voor Republikeins Onderwijs en Cultuur, was een op alevitische leest geschoeide organisatie die gelegenheid bood tot religieuze, rituele en ceremoniële activiteiten en onder meer gebedshuizen en begraafplaatsen exploiteerde. Een verzoek tot vrijstelling van elektriciteitskosten, een faciliteit voor religies, waarbij in de kosten daarvan werd voorzien door een fonds van het Turkse Directoraat voor Religieuze Zaken, was afgewezen. Uiteindelijk kreeg de organisatie ook bij de hoogste rechter geen gehoor op grond van het feit dat het alevitische geloof een interpretatie van de islam was, beïnvloed door het soefisme, en niet een zelfstandige religie; anders dan de organisatie beweerde, waren de huizen geen 'gebedshuizen'. In een unaniem oordeel kwam het Europees Hof tot het oordeel dat er sprake was van schending van artikel 14 jo. artikel 9 EVRM. Een meerderheid van 6-1 achtte het niet nodig de zaak afzonderlijk onder artikel 9 te beoordelen.

Op dat laatste punt kwam rechter Sajo met een *dissenting opinion*. Hij achtte artikel 9 ook afzonderlijk geschonden en achtte het van principieel belang deze basale conclusie ook te trekken. Lidstaten hebben onder het EVRM ruimte voor het vormgeven van kerk-staatverhoudingen, maar niet voor het zo restrictief interpreteren van de in de Turkse wetgeving relevante terminologie, met als gevolg dat minderheidsreligies geen 'gebedshuizen' kunnen hebben (in de Engelse vertaling 'places of worship'). Zo'n restrictieve interpretatie heeft volgens Sajo direct gevolg voor de uitoefening van godsdienstvrijheid; dat recht wordt al snel beperkt door de enkele niet-erkenning van een stroming als religie.

Beoordeling feitencomplex in het licht van het verdrag

In de eerdere bijdrage besteedden wij al aandacht aan de uitspraken van de Grote Kamer en de gewone kamer in de Spaanse zaak *Fernández Martínez*, de godsdienstonderwijzer wiens jaarcontract niet werd verlengd wegens het niet-afgeven van de vereiste bisschoppelijke goedkeuring. Die goedkeuring was onthouden wegens publiciteit over zijn lidmaatschap van en activiteiten voor een organisatie voor opheffing van het verplichte priestercelebaat.²⁴

De klacht werd door de gewone kamer beoordeeld in het licht van artikel 8 EVRM en met een stemverhouding van 6-1 afgewezen. Het *partly dissenting opinion* van rechter Saiz Arnaiz week in twee aspecten van het meerderheidsoordeel af. Het ene aspect betrof de beoordeling van de relevante feiten: het Hof had zich er ten onrechte geen rekenschap van gegeven dat de godsdienstleraar in dienst was van de overheid en niet van de kerk, hetgeen voor de toetsing relevant was. Verder wees Saiz Arnaiz erop dat de meerderheid wel een toetsing van de belangen van de kerk tegenover die van klager in het vooruitzicht had gesteld, maar die niet werkelijk had uitgevoerd:

23 ECHR (chamber, tweede sectie) 2 december 2014, 32093/10 (*Cumhuriyetci Egitim ve Kültür Merkezi Vakfi/Turkije*).

24 Zie voor meer details over deze zaak de vorige bijdrage.

Sophie van Bijsterveld

‘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.’ (r.o. 4 minderheidsoordeel)

Daarmee had de gewone kamer in de ogen van de minderheid ten onrechte een *concrete* toetsing achterwege gelaten.

De Britse zaak Eweida bestaat uit vier gevoegde zaken (Eweida, Chaplin, Ladele en McFarlane; zie Tabel 2), die elk een eigen casus vormen. Een van die gevoegde zaken betrof de klacht van mevrouw Ladele, die werkte als ambtenaar bij de burgerlijke stand.²⁵ Zij had religieuze bezwaren tegen het voltrekken van partnerschappen tussen personen van gelijk geslacht, een wettelijke mogelijkheid die na haar indiensttreding was geopend. Zij werd uiteindelijk ontslagen. In deze zaak kwam het Hof in een meerderheid van 5-2 tot het oordeel dat er geen sprake was van schending van artikel 9 jo. artikel 14 EVRM waarop zij een beroep had gedaan. In de afweging of sprake was van proportionaliteit tussen het door de gemeentelijke overheid nagestreefde legitieme doel en het gebruikte middel, verwees het Hof naar de ruime *margin of appreciation* die de nationale autoriteiten toekomt. Ondanks het ontslag van klager en het feit dat door indiensttreding een werknemer niet zomaar afstand doet van grondrechten, alsmede het feit dat de mogelijkheid van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht pas na haar indiensttreding was geopend, achtte het Hof dat er geen sprake was van een overschrijding van de nationale *margin of appreciation*.

De *jointly partly dissenting opinion* van Vucinic en De Gaetano wees erop dat hier in wezen het recht van geweten aan de orde is en niet zozeer godsdienst. Naar hun oordeel kwamen de juridische implicaties hiervan – denk aan het niet noemen van ‘geweten’ bij de beperkingsclausule van artikel 9 lid 2 EVRM – niet echt aan bod in het meerderheidsoordeel.²⁶

Dat hier sprake was van bezwaren die ‘genuine en serious’ waren, was onweersproken. De minderheid wees vervolgens nog op de omstandigheden dat bij klagers aanstelling slechts traditionele huwelijken mogelijk waren en niet te voorzien was dat dit zou veranderen. Bovendien liet de wet ruimte voor praktische oplossingen en werden in andere gemeenten voor kwesties als deze gewerkt met praktische oplossingen. Dat dit zo uit de hand was gelopen, was debet aan ‘backstabbing’ van collega’s en politieke correctheid van de gemeente die gelijke behandeling selectief prioriteerde.

25 ECHR (chamber, vierde sectie) 15 januari 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10 (Eweida en anderen/Verenigd Koninkrijk).

26 Art. 9 lid 1 garandeert de vrijheid van ‘gedachte, geweten of godsdienst’. Art. 9 lid 2 luidt: “De vrijheid zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uiting te brengen kan aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

Over de *margin of appreciation* verwoordde de minderheid:

'In our view the State's margin of appreciation, whether wide or narrow, does not enter into the equation in matters of individual moral conscience which reaches the (...) level (...) above.' (r.o. 5 minderheidsoordeel)

Gelet op het feit dat klager een beroep deed op artikel 9 jo. artikel 14, wees de minderheid erop dat de discriminatie niet speelde in relatie tot een afnemer van de 'diensten' van een ambtenaar van de burgerlijke stand. Aan de orde is de discriminatie van klager door de gemeentelijke werkgever:

'Given the cogency, seriousness, cohesion and importance of her conscientious objection (which, as noted earlier, was *also* a manifestation of her deep religious convictions) it was incumbent upon the local authority *to treat her differently* from those registrars who had no conscientious objection to officiating at same-sex unions – something which clearly could have been achieved without detriment to the overall services provided by the Borough including those services provided by registrars, as evidenced by the experience of other local authorities. Instead of practising the tolerance and the "dignity for all" it preached, the Borough of Islington pursued the doctrinaire line, the road of obsessive political correctness.' (r.o. 7 minderheidsoordeel)

In de Britse zaak Eweida²⁷ zelf lijkt het op het eerste gezicht dat een louter verschil van mening over de aan de lidstaat toe te kennen *margin of appreciation* de beslissende rol speelt in het uiteenlopen van meerderheid en minderheid. Bij nader inzien is daarvan echter geen sprake en is het juist de beoordeling van de relevante feiten in het licht van het EVRM die de kern vormt van het verschil tussen meerderheids- en minderheidsoordeel.

De zaak Eweida betrof een koptische christen die werkte bij de check-inbalie bij British Airways. Tegen de kledingvoorschriften van haar werkgever in droeg zij als sieraad een kruisje om haar hals. Na haar weigering het kruisje te 'verbergen', werd zij naar huis gestuurd wegens overtreding van de bedrijfskledingvoorschriften. Een maand later weigerde zij een administratieve functie waarvoor geen kledingvoorschriften golden. Weer enkele maanden later veranderde British Airways de kledingvoorschriften, waardoor het dragen van een kruisje tot de mogelijkheden behoorde en mevrouw Eweida weer, met kruisje, in haar oorspronkelijke functie terechtkon. Nu het ging om een private werkgever, ging het Hof (vierde sectie) na of de staat zijn positieve verplichting onder artikel 9 EVRM had vervuld in de zin dat het recht van de klager, gegarandeerd door artikel 9 EVRM, in het nationale rechtsstelsel voldoende was verzekerd en een 'fair balance' tussen haar belangen en die van anderen bestond (r.o. 91). Gelet op de zorgvuldige beoordeling van haar klachten wegens directe en indirecte discriminatie voor de bevoegde nationale instanties kwam het Hof tot de conclusie dat het rechtsstelsel haar

27 ECHR (chamber, vierde sectie) 15 januari 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10 (Eweida en anderen/Verenigd Koninkrijk).

Sophie van Bijsterveld

rechten niet onvoldoende beschermde. Ondanks verwijzing naar de zorgvuldige beoordeling van de proportionaliteit van de inbreuk (die in beide nationale instanties onderling anders uitviel) en verwijzing naar de *margin of appreciation*, zeker nu het om een private werkgever ging, concludeerde het Hof met een 5-2 meerderheid dat er in dit geval geen sprake was van een 'fair balance' en dat daarmee sprake was van een schending van artikel 9 EVRM. Volgens het Hof was op nationaal niveau te veel waarde toegekend aan het handhaven van een zekere 'corporate image'. Het Hof bestempelde het kruisje als 'discreet' en overwoog dat niet was aangetoond dat voor het uitvaardigen van de kledingvoorschriften het dragen van andere religieus getinte kleding, zoals turbans en hidjabs, een negatieve impact had gehad op de bedrijfsuitstraling. Gelet op de meest recente wijziging van de kledingvoorschriften was het overtreden verbod kennelijk niet zo essentieel voor het bedrijf. Al met al geven deze overwegingen blijk van een uiterst *concrete* toetsing.

In hun *jointly, partly dissenting opinion* weken rechters Bratza en Thor Bjorgvinsson af van de meerderheid op het punt van de beoordeling van het Hof over de weging die door de hoogste nationale instantie was gemaakt. Onder erkenning dat de weging van belangen zeker tot een andere uitkomst zou kunnen leiden, was het in hun ogen onmogelijk tot de conclusie te komen dat de hoogste nationale instantie niet een 'fair balance' heeft uitgevoerd of de rechten van klager niet voldoende bij de weging heeft betrokken (r.o. 5 minderheidsoordeel). Het lijkt erop neer te komen dat de minderheid een marginale toetsing van de oordeelsvorming van de nationale instantie uitvoert en daarmee de rechter, en dus de nationale staat, inderdaad een *margin of appreciation* biedt. Het werkelijke springpunt is echter dat de minderheid vond dat, *gelet op het feit dat hier zogenoemde 'derdenwerking' aan de orde was* (een werking van godsdienstvrijheid in de relatie tussen burger en particuliere werkgever), een ander, meer afstandelijk type beoordeling op zijn plaats was.

Waar de meerderheid het niet nodig achtte om afzonderlijk in te gaan op de vraag of er sprake was van schending van artikel 9 jo. artikel 14 EVRM, ging het minderheidsoordeel hier wel op in. Dat achtte de interpretatie van de hoogste nationale instantie van deze artikelen problematisch. Echter, vanwege het feit dat het minderheidsoordeel eventuele indirecte discriminatie in dit geval gerechtvaardigd zou achten, werkte het de interpretatiekwesitie niet verder uit.

In de Poolse zaak Grzelak ging het om een andere interpretatie van de relevante feiten in het licht van de artikelen waarop getoetst werd.²⁸ De zaak betrof een zoon van agnostische ouders die als leerling vrijstelling had gekregen van het volgen van het vak godsdienstonderwijs. Een alternatieve cursus ethiek werd niet gegeven, omdat er in de school, maar ook in de regio waarin zijn school zich bevond, niet voldoende leerlingen waren om een dergelijk vak te organiseren. Op zijn rapport werd bij het onderwerp godsdienst/ethiek een liggend streepje ingevuld. Voor het gemiddelde rapportcijfer werd het vak niet meegeteld. Met een meerderheid van 6-1 honoreerde het Hof (vierde sectie) de klacht wegens schen-

28 ECHR (chamber, vierde sectie) 15 juni 2010, 7710/02 (Grzelak/Polen).

ding van artikel 14 jo. artikel 9. Het Hof beoordeelde het leeg laten van het vakje in het licht van het recht van klager om zijn godsdienst of levensovertuiging niet openbaar te hoeven maken. Volgens het Hof moest naar de situatie in de praktijk gekeken worden. Het Hof overwoog dat het ontbreken van een cijfer voor het desbetreffende vak door een 'redelijk persoon' zo uitgelegd zou worden dat de leerling het vak niet had gevolgd en dus waarschijnlijk iemand 'zonder religieuze overtuiging' zou zijn, hetgeen in een land als Polen, waar een grote meerderheid aanhanger is van een specifieke religie, van 'bijzondere betekenis' is (r.o. 95). Hoewel het Hof het belang van een beoordeling naar de situatie in de praktijk onderstreepte, is de manier waarop het Hof die praktijk benaderde wel enigszins speculatief. Dat blijkt nog sterker uit het vervolg van de overwegingen, waarin het Hof overwoog dat dit alles een echt ongunstige impact *kan* hebben op leerlingen die ondanks hun wens daartoe geen cursus ethiek kunnen volgen ('may have a real adverse impact on the situation of pupils like the applicant'). Zij zouden hun gemiddelde cijfer met dit extra vak ook niet kunnen opschroeven (r.o. 96). Op basis van de aangevoerde feiten stelde het Hof dat de afwezigheid van een cijfer voor het vak godsdienst/ethiek stigmatisering voor de desbetreffende leerling had meegebracht en concludeerde:

'In these circumstances, the Court is not satisfied that the difference in treatment between non-believers who wished to follow ethics classes and pupils who followed religion classes was objectively and reasonably justified and that there existed a reasonable relationship of proportionality between the means used and the aim pursued.' (r.o. 96)

Het Hof wekte hiermee de indruk van een vrij concrete toetsing, maar inhoudelijk was deze enigszins speculatief en gebaseerd op aannames over de feiten.

Rechter David Thor Bjorgvinsson bracht in zijn *partly dissenting opinion* tot uiting dat hij geen sprake achtte van schending van artikel 14 jo. artikel 9 EVRM. De vergelijking die het Hof maakte tussen de leerling in kwestie en de andere leerlingen ging naar zijn oordeel niet op: de gevallen waren ongelijk. Volgens zijn eigen wens was de leerling met een beroep op artikel 9 EVRM uitgezonderd van het godsdienstonderwijs.

'The possible positive or adverse impact of not having followed a course on religion or ethics, and not having received a mark as a result, could have on the applicant's average is a matter of pure speculation. Everything would hinge on his performance in the subject. The mere possibility that if he scored well enough his average might be increased cannot as such be a sufficient basis for finding a difference in treatment under Article 14. Accordingly, there is in my view, as regards marking or the calculation of an average mark, no difference in treatment of persons in relevantly similar or analogous situations. Having come to this conclusion there is no need to examine the facts of the case any further under Article 14 of the Convention.'

Sophie van Bijsterveld

Ook achtte hij dat er geen sprake was van een schending van artikel 9 EVRM. Wat de klachten betreft over ongemakken van het niet volgen van het vak godsdienst: niet was onderbouwd dat de school hierin een verantwoordelijkheid droeg. Verder hadden de ouders uitdrukkelijk gestreden voor hun zaak met een beroep op hun agnostische levensovertuiging; zij hadden althans geen scrupules getoond over het openbaar maken van hun levensovertuiging. Volgens de rechter was het van tweeën één: of er wordt gestreden voor vrijheid van (in dit geval niet-religieuze) levensovertuiging of er wordt bezwaar gemaakt tegen het openbaar maken van de geloofsovertuiging. In het eerste geval is, gelet op de katholiciteit van de Poolse samenleving, een zekere sociale stigmatisering op te koop toe te nemen. Voorts droeg de *dissenting opinion* nog enkele andere concrete argumenten aan op grond waarvan hij tot het oordeel kwam dat evenmin sprake was van schending van artikel 9 EVRM.

Concrete en abstracte toetsing

Net als bij de Grote Kamer speelt het onderscheid tussen concrete en abstracte toetsing een essentiële rol in het uiteenlopen van meerderheids- en minderheids-oordelen in de gewone kamer. In termen van rechtsvorming vormt dit onderscheid, net als bij de Grote Kamer, het meest markante onderscheid tussen meerderheid en minderheid. Wordt bij concrete toetsing in de redenering een doorslaggevende betekenis toegekend aan de omstandigheden van het geval, bij abstracte toetsing is daarvan geen sprake. Zeer nadrukkelijk was de scheidslijn tussen *concrete* en *abstracte* toetsing aan de orde in de Turkse zaak Arslan, de Italiaanse zaak Francesco Sessa, de Roemeense zaak Sindicatul 'Păstorul cel Bun', de Franse zaak Ebrahimian en de Hongaarse zaak Károly Nagy. Ook de zaken Was-müth en Förderkreis vallen hieronder te rangschikken. Het onderscheid tussen concrete en abstracte toetsing kwamen wij ook tegen in de hiervoor besproken zaken Isik, Magyar, Fernández Martínez en Grezlak.

Een centrale rol speelde het onderscheid tussen *concrete* en *abstracte toetsing* in de *dissenting opinion* van Popovic in de zaak Ahmet Arslan en anderen tegen Turkije.²⁹ In het kader van een religieuze ceremonie die in een moskee gehouden werd, waren klagers over straat gegaan met bepaalde traditionele kleding. Zij vochten hun veroordeling daarvoor aan met een beroep op artikel 9 EVRM. Het Hof (tweede sectie) redeneerde in een stemverhouding van 6-1 dat het in casu burgers betrof (geen overheidsdienaren) die over straat gingen (dus niet in bijzondere openbare instituties functioneerden) en dat het op basis van de gegevens in de zaak niet evident was dat zij door het dragen van die kleding een gevaar voor de openbare orde vormden of druk uitoefenden op anderen of van zins waren dat laatste te doen. Het beroep van de staat op de seculiere beginselen van de republiek, en het voorkomen van provocatie, proselitisme en het maken van propaganda trof volgens het Hof in zijn vrij *abstracte redenering* geen doel.

29 ECHR (chamber, tweede sectie) 23 februari 2010, 41135/98 (Ahmet Arslan en anderen/Turkije). Sajo ging juist niet mee in dit minderheidsstandpunt. Hij kwam wel met een *concurring opinion*.

In zijn *dissenting opinion* drukte Popovic uit dat hij van oordeel was dat het 'complexe sociale leven' in Turkije niet voldoende in acht was genomen. Dit kan worden opgevat als een pleidooi voor een meer *concrete toetsing*.³⁰ Zelf verwees hij naar de *margin of appreciation* die de staat gegund had kunnen worden.

Sajo lichtte in een *concurring opinion* toe waarom hij het meerderheidsoordeel steunde en dat zag als geheel verenigbaar met het Turkse beginsel van secularisme en de *margin of appreciation*. Sajo volgde de Turkse overheid dat het dragen van religieuze kleding gezien kon worden als een poging een rechtssysteem te creëren dat tolerantie en pluralisme ondermijnt. In de toepassing van wetgeving op het concrete geval dient dat wel aannemelijk te worden gemaakt. De overheid heeft in de toepassing op het concrete geval dus de verdragsgaranties te respecteren. In dit geval heeft de overheid zelf geen 'pressing social need' of bijzondere omstandigheden aangedragen die de veroordeling rechtvaardigden.³¹ Deze *concurring opinion* is dus te zien als een legitimering van de abstracte toetsing door het Hof bij gebreke aan materiaal die een *concrete* rechtvaardiging van het standpunt van de Turkse staat mogelijk zou maken.

De Italiaanse zaak Francesco Sessa liet ook een verschil in wijze van (concrete versus abstracte) toetsing zien.³² De zaak betrof een joodse advocaat die voor een rechtszitting de keuze kreeg voorgelegd uit twee joodse feestdagen. De zaak werd niet verdaagd. Het Hof achtte met een meerderheid van 4-3 in een korte uitspraak dat er geen sprake was van een inbreuk op zijn godsdienstvrijheid. Hij had immers een vervanger kunnen sturen en hoefde bovendien niet aanwezig te zijn. Zelfs al zou een inbreuk op artikel 9 EVRM aangenomen worden, dan nog achtte het Hof die gerechtvaardigd.³³

In hun *dissenting opinion* achtten rechters Tulkens, Popovic en Keller dat er wel sprake was van een inbreuk. Door de datum niet te veranderen was er druk uitgeoefend op de klager. Ook vonden zij dat de proportionaliteit was geschonden: er was geen sprake van een 'reasonable accommodation'. Verder was niet aangetoond dat er sprake was van disruptie of dat de hoorzitting aantoonbaar urgent was. Vergeleken met het meerderheidsoordeel, dat neerkwam op een vrij stellige abstracte toetsing, werden in het minderheidsoordeel de omstandigheden van het geval precies meegewogen.

30 Eerder verwees hij naar de vaste jurisprudentie van het Hof dat art. 9 EVRM niet iedere uiting van godsdienst beschermt en dat het Hof in de zaak Leyla Sahin geaccepteerd had dat het constitutionele beginsel van secularisme in Turkije ten grondslag ligt aan de kledingwetten die daarmee gelegitimeerd zijn. Hetgeen een nogal abstracte benadering is.

31 Ook Sajo verwees naar de *margin of appreciation* die de staat heeft. Hier bij het uitwerken van het beginsel van secularisme (zijn doelen), maar nationale wetten moeten wel geïnterpreteerd worden in het licht van het EHRM.

32 ECHR (chamber, tweede sectie) 3 april 2012, 28790/08 (Francesco Sessa/Italië). Daarbij is ook sprake van een verschil in interpretatie.

33 Van de gewone kamer maakten de rechters Sajo, Riamondi en Berro-Leverfre deel uit; rechters die meer dan eens juist een concrete toetsing voorstonden.

Sophie van Bijsterveld

Ook in de Roemeense zaak *Sindicatul 'Păstorul cel Bun'* verdeelde de toetsingswijze de gewone kamer in een 5-2 verdeling.³⁴ De erkenning via registratie van een vakbond van geestelijken en lekenwerkers binnen de Roemeens-orthodoxe kerk was door de hoogste nationale rechter ongedaan gemaakt. Dit leverde een klacht op wegens schending van artikel 11 EVRM, die uiteindelijk ook door de Grote Kamer werd beoordeeld en die in de vorige bijdrage is besproken. De minderheid van Ziemele en Tsotsoria bekritiseerde het meerderheidsoordeel op de grond dat dit laatste te abstract en te ongenueanceerd was door in hun ogen slechts te wijzen op het belang van artikel 11 onder verwijzing naar de slechts drie groepen van personen die volgens het tweede lid beperkt mogen worden in hun recht tot vakvereniging:

'Unfortunately, the Chamber does not examine the main tension that the facts present, namely the collision between the principle of the autonomous existence of a religious community, as protected by Articles 9 and 11, and the right to form trade unions, as protected by Article 11 (...). While we agree with the majority that it is important to find the right balance between, on the one hand, the freedom of religion of the Church and its members, and its autonomy, and, on the other, the protection of fundamental human rights, we do not find that the assessment by the national courts of this very delicate situation was unreasonable. Consequently, we do not find a violation of Article 11 and we do not endorse the just satisfaction awarded.' (r.o. 6 minderheidsoordeel)

In plaats van een *abstracte* toetsing had dus een *concrete* toetsing moeten plaatsvinden.

De Franse zaak *Ebrahimian* laat ook binnen het Europees Hof een scheiding tussen concrete en abstracte toetsing zien.³⁵ De zaak betrof een sociaal werkster in een ziekenhuis (een overheidsinstelling) met een arbeidscontract voor bepaalde duur. Haar contract werd niet verlengd vanwege haar weigering zonder hoofddoekje op het werk te komen. Nadat de gewone kamer had vastgesteld dat de niet-verlenging van het contract een inbreuk vormde op het in artikel 9 EVRM gegarandeerde recht van godsdienstvrijheid en dat deze inbreuk voorzienbaar was en viel binnen de doeleinden die artikel 9 EVRM toestaat, ging zij over tot een beoordeling of de inbreuk ook 'noodzakelijk' was in een democratische samenleving.

Het Europees Hof verwees daarbij naar (de betekenis die de Franse rechter had gegeven aan) het Franse beginsel van overheidsneutraliteit ten aanzien van godsdienst (de *laïcité*) en de speciale toepassing die hieraan in het concrete geval van de context van het sociale werk in een psychiatrisch deel van het ziekenhuis werd toegekend. Het Europees Hof achtte de strikte Franse interpretatie van het

34 ECHR (chamber, third section) 31 januari 2012, 2330/09 (*Sindicatul 'Pastorul Cel Bun'*/Roemenië). Zie ook ECHR (Grand Chamber) 9 juli 2013, 2330/09 (*Sindicatul 'Pastorul Cel Bun'*/Roemenië).

35 ECHR (chamber, fifth section) 26 november 2015, 64846/11 (*Ebrahimian*/Frankrijk).

Franse beginsel van *laïcité* een bevoegdheid die aan Frankrijk zelf toekomt en benadrukte dat het Europees Hof die strikte interpretatie in uiteenlopende zaken eerder al had gebillijkt. Het was aan de Franse rechter om te wegen of hier sprake was van een disproportionele inbreuk op klagers rechten. Daarvan achtte de Franse rechter geen sprake, gelet op de 'French conception of public service and the ostentatious nature of the religious sign worn' (vertaling in het Engels in het officiële persbericht van de originele Franse tekst (r.o. 69)). Klager had voorts voldoende mogelijkheden om zich tegen de originele beslissing te weren. Volgens het Europees Hof had de Franse staat daarmee niet de *margin of appreciation* overschreden.

In zijn *partly concurring, partly dissenting opinion* wees O'Leary op de veralgemenisering in deze uitspraak van eerdere jurisprudentie ten faveure van *laïcité* in specifieke sectoren van de overheidsdienst in het algemeen en de abstracte wijze van toetsing die de benaderingswijze van het (in zijn gedachtelij niet altijd even heldere) meerderheidsoordeel inhoudt:

'As such, the majority judgement in the present case in an extension to the public service generally of jurisprudence previously restricted to one sector and underpinned by a justification specifically related to that sector and the role of education in society. ... A blanket ban is thus justified with reference to the principles of secularism and neutrality and is found to be proportionate.' (deel I van de *partly concurring, partly dissenting opinion* van O'Leary)³⁶

O'Leary wees hierbij ook op de discrepantie met de redenering van de minderheid in de zaak Eweida, waar juist de concrete omstandigheden van het geval doorslaggevend werden geacht ten faveure van klaagster, terwijl het daar niet eens om een werkgever uit de publieke sector, maar uit de private sector ging (deel IV van zijn minderheidsoordeel):

'While the Court must be conscious of its subsidiary role, it cannot divest itself of its supervisory role by adjusting the terms of Article 9(2), broadening – with reference to ever more abstract ideals and principles – the scope of the limitations for which that provision exhaustively provides and disengaging with the requirements of proportionality.' (deel V van het minderheidsoordeel van O'Leary)

36 Zie voor de abstracte redenering van de Franse staat zelf de eerste twee alinea's van onderdeel IV van dit minderheidsoordeel en de kritisch-afwijzende bespreking van O'Leary daarop. O'Leary wijst er, mijns inziens terecht, op dat het meerderheidsoordeel op twee gedachten hinkt, waar het aan de ene kant zelf wel verwijst naar enkele concrete omstandigheden die een rol hadden kunnen spelen in de redenering van het Europees Hof en de afwijzing van de klacht hadden kunnen ondersteunen, en waar het in de eigenlijke gedachtegang die tot afwijzing leidt, eigenlijk alleen een abstracte benadering hanteert. Daarnaast betwijfelt dit minderheidsoordeel of de niet-vernieuwing van het contract wegens de gehanteerde redenen wel 'voorzienbaar' was. Uiteindelijk was O'Leary's conclusie dat een afwijzing van de klacht gerechtvaardigd had kunnen worden, maar dan wel via een meer concrete toetsing.

Sophie van Bijsterveld

En:

‘[The] margin of appreciation must not absolve the Member States at first instance, and, one step removed, the Court, of their obligation to ensure a concrete assessment of proportionality, particularly when what is at issue is a blanket ban which interferes with the rights of an individual, while also potentially affecting the employment opportunities of an entire collectivity.’ (deel V van het minderheidsoordeel van O’Leary)

Rechter De Gaetano week in zijn conclusie af van de meerderheid en van O’Leary. Echter, in zijn *dissenting opinion* schaarde hij zich volledig achter O’Leary in zijn kritiek op de abstracte benaderingswijze van de meerderheid en pleitte voor een concrete benadering:

‘The thrust of the judgment is to the effect that the *abstract* principle of *laïcité* or secularism of the State *requires* a blanket prohibition on the wearing by a public official at work of any symbol of denoting his or her religious belief. That abstract principle becomes in and of itself a “pressing social need” to justify the interference with a fundamental human right. (...) A principle of constitutional law or a constitutional “tradition” may easily end up by being deified, thereby undermining every value underpinning the Convention. This judgment comes dangerously close to doing exactly that.’

Een paar dagen na de Ebrahimian-zaak wees het Europees Hof (tweede sectie) een uitspraak in de Hongaarse zaak Karoly Nagy.³⁷ Ook daar speelde het onderscheid tussen concrete en abstracte toetsing een doorslaggevende rol in het uiteenlopen van de wegen van meerderheid en minderheid. Na een disciplinaire procedure was klager, een pastor in de Hongaarse calvinistische kerk, ontslagen wegens een interview in een plaatselijke krant over volgens hem door een calvinistische kostschool onterecht ontvangen subsidies. Dit ontslag was in hoger beroep voor een kerkelijke rechtbank bekrachtigd. Procedures voor de arbeidsrechter en voor de gewone rechter om niet-betaald loon te vorderen, slaagde tot in hoogste instantie niet met als reden dat het hier een kerkrechtelijke kwestie betrof. Hij wendde zich tot het Europees Hof. Het Europees Hof wees het beroep op schending van artikel 6 EVRM (toegang tot de rechter) af (voor zover het om het oordeel in de civiele kolom ging) en verklaarde het beroep op artikel 14 jo. artikel 6 wegens kennelijke ongegrondheid niet-ontvankelijk. Het Europees Hof overwoog dat de afwijzing van de nationale rechters niet voortvloeide uit enige vorm van kerkelijke immuni-

37 ECHR (tweede sectie) 1 december 2015, 56665/09 (Károly Nagy/Hongarije). Naast het minderheidsoordeel van Sajo c.s. leverde de uitspraak een *joint partly concurring and partly dissenting opinion* van rechters Raimondi, Keller en Kjølbro op. Dit behelste ontvankelijkheidskwesties en kan hier onbesproken blijven. Het *dissenting opinion* wijst erop dat door de combinatie van stemverhoudingen, van de stemverhouding 4-3 die geen schending van art. 6 lid 1 aanwezig acht, drie van de vier dit om (niet-)ontvankelijkheidsredenen vinden en dus slechts één lid om inhoudelijke redenen. Daarom alleen al had de zaak naar zijn oordeel doorverwezen moeten worden naar de Grote Kamer.

teit of procedurele gronden, maar een inhoudelijk oordeel behelsde dat klager geen grond voor zijn claim had in het Hongaarse civiele recht wegens het ontbreken van een civielrechtelijke arbeidsrelatie. Ook had de hoogste Hongaarse rechter in een overweging ten overvloede gewezen op de mogelijkheid van de kerkelijke rechtsgang. Het uitsluiten van kerkrechtelijke claims van statelijke rechtsgangen was volgens het Hof, onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie, niet in strijd met artikel 6 lid 1 EVRM (r.o. 73). De benadering was daarmee bij uitstek abstract.

In een uitgebreide *joint dissenting opinion* betwistten rechters Sajo, Vucinic en Küris het minderheidsoordeel op fundamentele gronden. In sterke bewoordingen vroegen de *dissenters* zich af 'whether the said absence of State judicial remedies does not render the Convention right to a court fictitious and illusory' (r.o. 10 minderheidsoordeel). Het minderheidsoordeel wees op de balans die aan de orde is tussen het recht van de klager op toegang tot de rechter aan de ene kant en het recht van religieuze organisaties op institutionele autonomie gegarandeerd door artikel 9 EVRM aan de andere kant (r.o. 13). Het vervolgde, onder verwijzing naar de zaak *Sindicatul 'Pastorul cel Bun*, dat een enkele bewering over een reële of mogelijke bedreiging van de institutionele autonomie niet volstaat om een beroep van een lid van de organisatie op het EVRM af te wijzen (r.o. 15). Uit het vervolg blijkt dat een, huns inziens, *concrete* toetsing vereist is. Naar het oordeel van de minderheid was daarvan op nationaal niveau geen sprake. Slechts de constatering dat de (geldelijke) claim voortspoot uit een kerkelijke rechtsverhouding, bepaalde volgens de minderheid de afwijzing van de klacht. Dat alleen al wettigde de conclusie van schending van artikel 6 lid 1 EVRM. Waar een van de dissenters, Küris, het ook nodig vond de klacht onder artikel 14 jo. artikel 6 lid 1 EVRM te beoordelen – en schending ervan aanwezig achtte –, sprak het minderheidsoordeel op grond van deze uitspraak eensgezind diepe zorgen uit over gelijke behandeling van (ex-)geestelijken voor het recht op andere rechtsterreinen met een geldelijke of seculiere dimensie en hun toegang tot het recht.

Niet alleen in deze zaken, maar ook in enkele eerder besproken zaken speelde het verschil tussen concrete en abstracte toetsing een cruciale rol. In de Poolse *Grzelak*-zaak volgde de minderheid, anders dan de meerderheid, een concrete toetsing om tot de conclusie te komen dat van schending van artikel 14 jo. artikel 9 en van artikel 9 afzonderlijk geen sprake was. Ook in de Turkse *Isik*-zaak volgde de minderheid een concrete benadering om tot afwijzing van de klacht op grond van artikel 9 te komen. In de Spaanse zaak *Fernández Martínez* volgde ook de minderheid een concrete benadering, die er juist toe leidde dat de klacht gehonoreerd werd. De minderheid in de Hongaarse zaak *Magyar* toetste eveneens concreet hetgeen in de richting wees van afwijzing van de klacht.

In de twee Duitse zaken *Wasmüth* en *Forderkreis* is de aard van het verschil in beoordeling tussen meerderheid en minderheid iets minder evident. Toch speelt het onderscheid tussen concrete en abstracte toetsing, al is het wellicht meer impliciet. Interpretatie van de relevante verdragsbepalingen speelde, vervlochten in de redeneringen, in de beide uitspraken ook een rol.

Sophie van Bijsterveld

In beide zaken kwam de meerderheid tot de conclusie dat geen sprake was van een schending van het EVRM. Om die conclusie te rechtvaardigen moest zij in beide gevallen de zaken uitdrukkelijk afzetten tegenover eerdere zaken waarin wel een schending was geconstateerd en moest zij in zekere zin een nuancering op die eerdere jurisprudentie aanbrengen. De minderheid in beide zaken kwam met toepassing van eerdere jurisprudentie tot een tegenovergestelde conclusie.

De klacht van Wasmüth betrof de verplichte aanduiding op het loonstrookje dat hij niet behoorde tot een geloofsgenootschap waarvoor voor de zogenoemde kerkelijke belasting, *Kirchensteuer*, een inhouding op het loon plaatsvindt.³⁸ Met een meerderheid van 5-2 achtte het Hof geen schending van artikel 9 en evenmin een schending van artikel 8 EVRM aanwezig. Het Hof achtte de klacht wel binnen het toepassingsbereik van beide artikelen vallen, maar verklaarde de klacht ongegrond op basis van argumenten van proportionaliteit, dus van een afweging van belangen. Daarbij noemde het aan de ene kant het in de godsdienstvrijheid besloten recht van een burger niet zijn geloof kenbaar te hoeven maken en aan de andere kant de Duitse grondwettelijke voorziening van *Kirchensteuer* en de verantwoordelijkheid van de staat daarvoor een geordend systeem te ontwerpen. Het Hof overwoog dat het leeg laten van het vakje op het loonstrookje slechts betekende dat de klager niet behoorde tot een van de in zijn deelstaat voor heffing van *Kirchensteuer* in aanmerking komende geloofsgenootschappen. Het overwoog voorts dat de informatie niet in de openbaarheid werd gebruikt en het om een eenmalige mededeling ging. Het andere element van de klacht, de verplichting mee te werken aan zo'n systeem, waar klager niet achterstond, werd door het Hof als een zeer bescheiden inperking van de vrijheid van klager gezien, een inperking die juist tot doel heeft onterechte betaling door klager te voorkomen. Het wekt geen verwondering dat het Hof in zijn overwegingen refereerde aan de zaak *Isik*, waarmee het verschil zag.

In hun *dissenting opinion* verklaarden Berro-Lefèvre en Kalaydjieva uitdrukkelijk de kerkbelasting als zodanig niet in de waagschaal te willen stellen, maar slechts de vormgeving ervan tegen het licht van het EVRM te houden. Zij zagen in het systeem vooral als problematisch dat de aan de belastingautoriteiten gegeven informatie over het al of niet tot een voor kerkbelasting in aanmerking komende kerkgenootschappen behoren, op het loonstrookje van de werkgever verschijnt. De omvang van de aanhang van de twee grote kerken in Duitsland maakte het niet invullen niet geheel 'neutraal'. Bovendien leek het onvermijdelijk dat van de al of niet invulling een werking uitging op de mogelijkheid een baan te verwerven of te behouden. Hun overwegingen leidden tot de conclusie dat beide verdragsartikelen waren geschonden.

In het licht van de rigoureuze denklijn van het Hof in privacy-gerelateerde religiezaken en de concrete uitslag in dergelijke zaken als *Isik* en *Grzelak* moest de meerderheid moeite doen om duidelijk te beargumenteren waarom de eerder gevolgde gedachtlijn niet zonder meer toepassing kon vinden in de zaak *Wasmüth*. Daarom kwamen de concrete omstandigheden in het meerderheidsoordeel sterker naar voren in de argumentatie en vond er een afweging van belangen

38 ECHR (chamber, vijfde sectie) 27 februari 2011, 12884/03 (*Wasmüth*/Duitsland).

plaats tussen de klager die zich een beperkte inbreuk op zijn vrijheid moest getroosten, en de kerken die gebruikmaakten van het grondwettige systeem van kerkbelasting in Duitsland. De minderheid kon zich makkelijker wenden tot toepassing van overwegingen van eerdere jurisprudentie op het onderhavige geval. Een vergelijkbare situatie was aan de orde in de eveneens Duitse zaak Förderkreis. Daar betrof het de betekenis van eerdere jurisprudentie over statelijke neutraliteit ten aanzien van religie, het bevorderen van pluralisme en het omgaan met religieuze spanningen in plaats van deze te omzeilen. De meerderheid van de gewone kamer (5-2) moest in het licht van eerdere jurisprudentie in deze zaak moeite doen om tot een afwijzing van de klacht te komen. Dit deed zij, anders dan in de zaak Wasmüth, door juist een nogal algemene belangenafweging te maken. De zaak Förderkreis betrof de klacht wegens negatieve overheidsvoorlichting over de Bhagwan-geloofsgemeenschappen.³⁹ De meerderheid wees de klacht op grond van artikel 9 EVRM af wegens de algemene voorlichtingstaak die de overheid toekomt om de burgers tegen mogelijke gevaren te waarschuwen en die een grondwettige basis had in Duitsland. Zij wees daarbij op artikel 1 EVRM. Ervan uitgaande dat er sprake was van een inbreuk op artikel 9 EVRM, oordeelde de meerderheid dat de wettelijke basis in orde was en dat de inbreuk voldoende 'voorzienbaar' was, geschiedde op grond van te rechtvaardigen doelstellingen en niet disproportioneel was.

De *partly dissenting opinion* van Trajkovska concludeerde tot schending. Daarbij werd verwezen naar enkele standaardoverwegingen van het Hof (vijfde sectie) over het belang van godsdienstvrijheid voor pluralisme en voor een democratische samenleving, alsmede naar de verplichting van de staat om de belangen van uiteenlopende geloofsgroepen met elkaar te verzoenen opdat ieders geloof gerespecteerd wordt. Het minderheidsoordeel wees er verder op dat de groepen waarom het ging sinds 1960 in Duitsland aanwezig waren, dat zij nooit verboden waren en nu ineens met negatieve kwalificaties door de staat geconfronteerd werden. Het achtte de staat daarmee niet neutraal in de uitoefening van zijn bevoegdheden. Ook achtte het geen rechtsbasis aanwezig voor de schending.

Rechter Kalaydjieva had een afzonderlijke *partly dissenting opinion*, die overigens trekken van gelijkenis met de vorige vertoonde. Dit minderheidsoordeel zag hier een omkering van zaken: er was geen bewijs aangedragen door de staat voor zijn handelen; verder verwees het ook naar eerdere jurisprudentie van het Hof. Beide *dissenting opinions* waren dus van oordeel dat er niet voldoende 'scrutiny' was van de staat en dat het Hof zijn eigen jurisprudentie trouw had moeten blijven.

In de zaak Wasmüth ging de meerderheid over tot een vrij uitgebreide *concrete* toetsing. Zij achtte dit nodig om te legitimeren waarom zij bij haar afwijzing van de klacht (voor de meerderheid: op het eerste gezicht) afweek van eerdere jurisprudentie, met name in de zaak Isik. De minderheid daarentegen kwam met een iets meer *abstracte* lijn, die vooral nadruk legde op de redenering die gevolgd was in Isik en daarin consistent wilde opereren. In de zaak Förderkreis lag de situatie net andersom. De meerderheid wees de klacht af juist door meer in de *algemene*

39 ECHR (chamber, vijfde sectie) 6 november 2008, 58911/00 (Leela Förderkreis E.V. en anderen/Duitsland).

Sophie van Bijsterveld

abstracties te blijven, terwijl de minderheid in lijn met een beroep op dwingende overwegingen van eerdere jurisprudentie juist tot een honorering kwam. Zij oordeelde dat de staat het scherp aan de schenen gelegd had moeten worden, dus *concreter* getoetst in het licht van de jurisprudentie, althans dat de jurisprudentie meer direct op de staat van toepassing verklaard had moeten worden.

Weging van feiten

Slechts in één zaak, de geruchtmakende Turkse zaak Refah Partisi,⁴⁰ kunnen wij tot de conclusie komen dat meerderheid en minderheid een vergelijkbare verdragsinterpretatie volgen en in een vergelijkbare mate van concreetheid toetsen. De Refah Partisi-zaak betrof een beroep op artikel 11 (vrijheid van vereniging) door de Turkse Refah Partisi, die door het Turkse Constitutionele Hof ontbonden was op grond dat het een 'centrum van activiteiten gericht tegen het secularisme' vormde en wier vermogen verbeurd was verklaard aan de staat. Een klacht werd tevens ingesteld door een aantal parlementsleden, tevens voorzitter en vicevoorzitters, van die partij van wie het parlements lidmaatschap ontnomen was en aan wie het verboden werd gedurende een periode van vijf jaar een politieke partij op te richten of leden, leiders of 'auditors' van een andere politieke partij te worden. Refah was op dat moment de grootste politieke partij, regeringspartij, en bezette ongeveer een derde van het aantal nationale parlementszetels. De partij was volgens peilingen nog stijgend in populariteit. In een uitvoerige uitspraak wees de meerderheid van de gewone kamer met een stemverhouding van 4-3 de klacht af. In een welhaast nog uitvoeriger, unanieme uitspraak bevestigde de Grote Kamer deze conclusie.

Het Turkse Constitutionele Hof had Refah ontbonden omdat de partij als een 'centre of activities against the principle of secularism' werd gezien. Dat oordeel was gebaseerd op een serie uitlatingen en geschriften van vooraanstaande partijleden en partijleiders. Daaruit zou het streven van de partij naar een theocratisch regime met invoering van de sharia kunnen worden afgeleid. Het Turkse Constitutionele Hof oordeelde verder dat de uitingen van de in de Refah-zaak optredende klagers in persoon direct van invloed waren op het niet-constitutionele karakter van Refah zelf; reden waarom ook zij maatregelen opgelegd kregen. Klagers' verweer had geen succes gehad. Dat verweer hield onder meer in dat de gebruikte citaten uit hun verband waren gerukt, dat de partij feitelijk altijd binnen het speelveld van het Turkse beginsel van 'secularisme' was gebleven en dat zij tegen enkele van de personen die gewraakte uitlatingen gedaan hadden zelf maatregelen genomen hadden zodra zij daarvan gehoord hadden; dat laatste was overigens nadat de zaak bij het Constitutionele Hof aanhangig was gemaakt.

Waar het verschil tussen meerderheid en minderheid van het Europees Hof in de kern op neerkwam, is een andere beoordeling en weging van de feiten en van de proportionaliteit van de getroffen maatregelen. Anders dan de meerderheid wezen rechters Fuhrmann, Loucaides en Bratza in hun *joint dissenting opinion* op

40 ECHR (chamber, third section) 31 juli 2001, 41340/98, 41342/98, 41343/98 en 41344/98 (Refah Partisi en anderen/Turkije); ECHR (Grand Chamber) 13 februari 2003, 41340/98, 41342/98, 41343/98 en 41344/98 (Refah Partisi en anderen/Turkije).

het grote tijdsverloop tussen de oprichting van Refah (1983) en de ontbinding ervan (1998); zij wezen ook op het electorale succes van de partij. Zij achtten onder meer de grond voor de ontbinding mager, de bestreden uitspraken van de desbetreffende parlementsleden niet toe te schrijven aan de partij, die zelf in geen enkel officieel stuk zich bezondigd had aan vergelijkbare stellingnames. Bij ontstentenis van ander compromitterend materiaal kwam de minderheid tot de conclusie dat het beroep van de partij op artikel 11 EVRM gehonoreerd diende te worden. Wat de individuele parlementariërs betrof, achtten zij, los van het precieze karakter van hun uitlatingen, onder meer de opgelegde maatregelen te draconisch en dus disproportioneel.

Minderheidsoordelen: evaluatie

Met een oppervlakkige blik kan het uiteenlopen van meerderheids- en minderheidsoordelen in de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in religiezaken geduid worden in termen van de *margin of appreciation* die lidstaten gelaten wordt om zelf een oordeel te vellen over de verenigbaarheid van beperkingen van godsdienstvrijheid met de waarborgen van het EVRM. Het Europees Hof zelf geeft daartoe ook aanleiding. In de rechterlijke overwegingen wordt veelvuldig naar deze *margin of appreciation* verwezen. Nadere bestudering van *dissenting opinions* in religiezaken laat echter zien dat de *margin of appreciation* als zodanig niet het onderscheidende punt is in de uiteenlopende redeneringen van meerderheid en minderheid. Het uiteenlopen van meerderheids- en minderheidsopvattingen zorgt *de facto* voor verschil in nationale beoordelingsruimte; het uiteenlopen zelf draait echter om andere zaken.

In het uiteenlopen van meerderheids- en minderheidsoordelen van het Europees Hof in religiezaken is een patroon te herkennen. De meest prominente plaats neemt het verschil in toetsingswijze in: concrete of abstracte toetsing, en daarmee de mate waarin daadwerkelijk de concrete omstandigheden van het geval in ogenschouw worden genomen bij de beoordeling. Een tweede plaats neemt het verschil in verdragsinterpretatie in. Dit laat zich verbijzonderen in verschil van inzicht over de reikwijdte van godsdienstvrijheid en verschil van inzicht in de interpretatie zelf en verschil van inzicht over feiten die relevant zijn in het licht van de verdragsgarantie.

Dit patroon is te vinden in de 'oude' uitspraken van het Europees Hof: de uitspraken die gewezen zijn na het uitbrengen van een rapport van de toenmalige ECRM. Het patroon is ook terug te vinden in latere uitspraken van het Europees Hof, oordelend als permanent zittend rechterlijk college in eerste aanleg; het komt ook terug in de oordelen van de later ingestelde Grote Kamer, die in tweede aanleg oordeelt nadat de gewone kamer een oordeel heeft uitgesproken. Waar in de 'oude' uitspraken van het Europees Hof in religiezaken als regel een veelheid aan *dissenting opinions* voorkomt, zien wij dat de latere uitspraken overwegend una-

Sophie van Bijsterveld

niem zijn, zowel bij afwijzing als bij honorering van een klacht,⁴¹ zij het dat de laatste jaren weer regelmatig *dissenting opinions* te zien geven. In geval van *dissenting opinions* tekent een herkenbaar patroon in het uiteenlopen van meerderheid en minderheid zich daarbij duidelijker af. Bij de uitspraken in religiezaken van de Grote Kamer zien wij daarentegen een relatief groot aantal *dissenting opinions* en is het patroon nog geprononcerder – een patroon waarbij het onderscheid tussen *concrete* en *abstracte* toetsing sterk bepalend is. Deze observaties laten zich verklaren door de ‘pionierstijd’ waarin het Europees Hof de eerste jurisprudentie moest vormen; en bij de Grote Kamer door het feit dat het per definitie om ‘hard cases’ gaat.

Bij uitspraken van de Grote Kamer in religiezaken is op het niveau van de individuele rechters geen consistentie in de keus voor de wijze van toetsing. Dat is ook het geval bij de gewone kamer. Sommige rechters presenteren meer dan eens een minderheidsstandpunt. Bij dezelfde rechters komen echter zowel concrete als abstracte toetsingswijzen voor.

Zowel concrete als abstracte toetsing kan als uitkomst hebben dat een klacht gehonoreerd of afgewezen wordt. Zo leidde abstracte toetsing door de meerderheid in de zaken Isik, Arslan, Sindicatul, Grezlak en Magyar tot honorering van de klacht; en de abstracte toetsing in de zaken Francesco Sessa, Fernández Martínez, Ebrahimian en Karoly Nagy tot afwijzing van de klacht. De zaken Wasmüth (neigend naar concreet) en Förderkreis (neigend naar abstract) kwamen op een afwijzing neer. Bij de analyse van de uitspraken van de Grote Kamer leidden vergelijkbare observaties tot de conclusie dat de gewenste uitkomst van de zaak waarschijnlijk in hoge mate bepalend is voor de keuze van de toetsingswijze en niet andersom. Daarvan lijkt ook bij uitspraken die in deze bijdrage geanalyseerd zijn, sprake te zijn.

Valt er een verband te leggen met het soort kwesties dat in de zaken aan de orde is? Kwesties die meermaals aan de orde zijn in de besproken uitspraken, zijn die rond privacy van de geloofsopvatting, iets breder gezien neutraliteit van de staat ten aanzien van geloofsovertuigingen, het dragen van religieuze kledingstukken en het thema van kerkelijke autonomie. Wanneer wij naar de uitkomst van de zaken kijken, zien wij dat waar kerkelijke autonomie aan de orde is, deze steeds wordt hoog gehouden door het Europees Hof (in de zaken Sindicatul, Fernández Martínez, Magyar, Karoly Nagy) (via abstracte toetsing) of dit nu in lijn is met de klacht of niet en in lijn is met het staatsoptreden of niet. Ook lijkt het Europees Hof een sterke oriëntatie ten faveure van religieuze ‘privacy’ te hebben – vaak geuit als adhesie voor neutraliteit van de staat ten aanzien van godsdienst –, zoals blijkt uit onder meer de uitspraken Isik en Grlezak; de Duitse zaak Wasmüth is daarop een uitzondering. Waar het om het dragen van religieuze kledingstukken gaat, is, zeker in landen waar *laïcité* het leidende beginsel is, een oriëntatie ten faveure van neutraliteit – en dus het honoreren van beperkende kledingvoor-

41 De unanimitieit van een oordeel betekent overigens niet dat daarop van buitenaf (de wetenschappelijke wereld of de wereld van ngo’s) geen kritiek geleverd kan worden of wordt.

schriften –, zoals in Ebrahimian (met uitzondering van de verrassende (*abstracte*) uitspraak in Arslan en de uitspraak in Eweida).

Waar het gaat om verdragsinterpretatie ligt de kwestie wat minder scherp, omdat het anders dan doorgaans bij het onderscheid tussen *concrete* en *abstracte* toetsing niet om een scherpe keuze voor de ene of andere toetsingswijze gaat, maar het eerder een kwestie van schakeringen betreft. Wat wij wel kunnen opmerken, is dat het bij het uiteenlopen van de beoordeling van het feitencomplex in het licht van het verdrag in de besproken zaken (Fernández Martínez, Ladele, Eweida en Grzelak) om twee specifieke typen zaken gaat. Het gaat enerzijds om zaken waarin gelijke behandeling een rol speelt en verschil van inzicht bestaat in wat voor de beoordeling van een al of niet gelijke behandeling het referentiekader is, en anderzijds om zaken waar het een rol speelt of het gaat om de verhouding van de klager tot een medeburger of juist de overheid, met andere woorden, of derdenwerking in het geding is en hoe daarmee moet worden omgegaan.

'Hard cases'

Zaken die na een lange nationale rechtsgang het Europees Hof bereiken, zijn bijna per definitie *hard cases*. Zeker wanneer er *dissenting opinions* zijn, is daarvan sprake. 'Hard cases make bad law', zo luidt het Engelse gezegde. Gaat dat op voor de uitspraken van het Europees Hof in religiezaken?

De systematische analyse van de *dissenting opinions* van het Europees Hof werpt een scherper licht op de redeneertrant van (de meerderheid van) het Europees Hof. Het blijkt dat de redeneringen van het Europees Hof in religiezaken zowel in wijze van toetsing als in wijze van verdragsinterpretatie veel minder eenduidig zijn dan zij lijken te zijn en dat voor de hand liggende redeneermethoden minder vanzelfsprekend zijn dan zij lijken te zijn. Daarmee lijkt inderdaad veelal de redenering eerder de uitkomst te dienen dan andersom. Hoe moeten wij dit waarderen?

Sinds de Kokkinakis-zaak heeft het Europees Hof zich over vele uiteenlopende religiezaken gebogen. In diezelfde tijd is de Raad van Europa, de context waarbinnen het Europees Hof functioneert, sterk veranderd. Niet alleen het stelsel van de rechtspraak zelf is veranderd.⁴² Ook de geografische reikwijdte is uitgebreid. Op het moment dat de uitspraak in de Kokkinakis-zaak gedaan werd, kende de Raad van Europa nog slechts 26 leden, hoofdzakelijk uit het westelijk deel van Europa. Dat was al een aanzienlijke uitbreiding ten opzichte van het oorspronkelijke aan-

42 Aanvankelijk was niet voorzien in verplichte rechtsmacht van het Europees Hof en had de burger niet rechtstreeks toegang tot het Hof. Het Europees Hof hield ook niet permanent zitting. Klachten over vermeende schendingen van het EVRM werden via de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa ingediend bij de toenmalige Commissie voor de Rechten van de Mens, die daarover een 'rapport' uitbracht. Slechts de Commissie of een lidstaat had vervolgens de mogelijkheid een zaak bij het Hof aanhangig te maken. In een paar tussenstappen is dat alles nu veranderd. Het voorportaal van de Commissie is afgeschaft. Een klacht wordt nu rechtstreeks ingediend bij het EHRM dat verplichte rechtsmacht heeft en permanent zitting houdt, met een beroepsmogelijkheid op de zgn. Grote Kamer.

Sophie van Bijsterveld

tal van 10. De grote golf aan toetredingen na de val van de Berlijnse Muur tot de nu in totaal 47 lidstaten moest echter nog plaatsvinden. De rechtspraak van het Europees Hof bestrijkt inmiddels dus een groter gebied en een grotere diversiteit van rechtsstelsels, ook waar het religiezaken betreft.

Niet alleen zijn er sinds de Kokkinakis-zaak veranderingen in de institutionele sfeer van de Raad van Europa en het stelsel van toezicht op de naleving van het EVRM doorgevoerd. Zowel nationaal als Europees was religie in 1993 nauwelijks onderwerp van publiek debat. Sinds het einde van de jaren negentig zijn religie en de plaats van religie in het publieke domein prominent aanwezig op de maatschappelijke en politieke agenda van vele lidstaten. Dat laatste betreft zeker de plaats van de islam in Europa, maar ook de plaats van religieuze minderheden in landen waar christelijk-orthodoxe kerken traditioneel het religieuze spectrum bepalen en de verhouding religie-seculariteit. Lidstaten, met hun onderling uiteenlopende grondpatronen in de verhouding tussen kerk en staat, moeten zich tot deze interne maatschappelijke en religieuze dynamiek zien te verhouden.⁴³ In het licht daarvan is de stelling van toenmalig rechter Bernardt in de Wingrove-zaak (1996) het opmerken waard, namelijk dat bij verschil van inzicht binnen het Europees Hof altijd de *margin of appreciation* aan de desbetreffende lidstaat zou moeten worden gegund. Desondanks wordt in wetenschappelijke literatuur – ook waar het religiezaken betreft – veelal juist gepleit voor het beperken van de *margin of appreciation*.⁴⁴

Kwesties waarin religie een rol speelt, zijn vaak meerdimensionaal: zij raken vaak ook aan andere grondrechten, zoals die van de vrijheid van meningsuiting, van vereniging of vergadering, van onderwijs, van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of van gelijke behandeling. Zij zijn vaak vervlochten met nationale stelsels van 'kerk en staat'-verhoudingen die in de landen van de Raad van Europa onderling sterk uiteenlopen. Zij raken aan 'waarden en normen'-stelsels van samenlevingen en zijn vaak verknoopt met maatschappelijke vraagstukken als integratie en pluralisme. Hoewel niet alle zaken *hard cases* betreffen, zijn veel religiezaken dat wel. Dat kan zijn vanwege het grote gewicht van een zaak, zoals in Refah Partisi, maar daarvan kan ook sprake zijn in zaken waar uiterlijke manifestaties van het geloof spelen. Niet alleen de fysieke zichtbaarheid van die geloofsmanifestaties is daaraan dan debet, maar de grote symbolische waarde die zij belichamen. Dat is op zich moeilijk genoeg. Voor een Europese rechter, die vooral op grond van het gezag van de inhoud van de uitspraken zijn legitimiteit bij voortdurende bewijzen, is de beoordeling daarvan niet eenvoudig. In het licht van de analyse in deze bijdrage verdient het echter aanbeveling dat het Europees Hof zich meer bewust is van zijn wijze van toetsing.

43 Zie bijv. S. Ferrari, 'Civil Religions: Models and Perspectives', *The George Washington International Law Review* 2010, 4, p. 749-763; C. Zoethout, 'Constitutionele antwoorden op toenemend pluralistische samenlevingen. Religieuze diversiteit in Frankrijk, Italië en Canada', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2014, 2, p. 6-25.

44 Zie de in de eerdere bijdrage aangehaalde literatuur.