

ANNOTATIE

Elmazova e.a. t. Noord-Macedonië (EHRM, nr. 11811/20) – Schoolkeuzemotieven en de positieve verplichting tot desegregatie

P.W.A. Huisman en S. Philipsen

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 13-12-2022,
ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD001181120 (EHRC-2023-0003)*

1. De kwetsbare positie van Roma, die nog te vaak tot uiting komt in het onderwijs, blijft de aandacht van het EHRM vragen. Zoals het Hof ook in deze uitspraak vaststelt is het bestrijden van etnische segregatie van fundamentele waarde in een democratische samenleving^[1] en is inclusief onderwijs de meest geschikte manier om de fundamentele principes die samenhangen met het uitoefenen van het recht op onderwijs te waarborgen.^[2] Dat die principes ook daadwerkelijk vorm en inhoud moeten krijgen komt in de door ons te bespreken casus *Elmazova e.a.* duidelijk naar voren. Er rust bij de feitelijke constatering van segregatie van Roma in het onderwijs een duidelijke plicht van de overheid tot ingrijpen, tot het treffen van maatregelen van desegregatie. In deze bespreking schetsen we, na een kort feitelijk overzicht, nog even de belangrijkste stappen die het Hof in de afgelopen periode in de ‘Roma-jurisprudentie’ heeft gezet met betrekking tot de toets aan het EVRM, namelijk aan art. 2 EP en art. 14, en de eisen van rechtvaardiging. Daarna gaan we in op het feit dat een belangrijke verklaring voor de feitelijke segregatie was gelegen in het keuzepatroon van niet-Roma ouders, en dat dit als rechtvaardiging voor die situatie door Noord-Macedonië en Constitutionele Hof van Noord-Macedonië naar voren is gebracht. Ten slotte bespreken we hoe deze uitspraak van het Hof nu geduid moet worden in de verhouding met andere gewaarborgde rechten van ouders, zoals het keuzerecht voor een school.

2. *Elmazova e.a.* draait om de vermeende segregatie op twee scholen in Noord-Macedonië, te weten de scholen G.D. en G.S. Op school G.D. bestond een aantal klassen uitsluitend uit Roma-kinderen, mede doordat leerlingen van Macedonische afkomst samen in een klas werden geplaatst. De school G.S. daarentegen werd bijna exclusief door leerlingen van Roma afkomst bezocht (83,5%). De samenstelling van school G.S. was vooral bijzonder in het licht van de omstandigheid dat 600 meter verder een andere school – aangeduid als T.A. – een leerlingpopulatie had die juist bijna volledig bestond uit kinderen van Macedonische afkomst (95,1%).

3. Het toetsingskader van het EHRM in segregatiezaken, dat gebaseerd is op art. 2 EP jo. art. 14 EVRM, heeft zich de afgelopen jaren geleidelijk ontwikkeld. In de eerste Grote Kameruitspraak over segregatie van Roma in Tsjechië baseerde het Hof zijn oordeel op het leerstuk van indirecte discriminatie. In onze annotatie bij *X. e.a. t. Albanië*[3] schreven wij dat die benadering ook in *D.H.* al ongelukkig was, omdat zij onvoldoende recht doet aan de fundamentele ongelijkwaardigheid die aan segregatie ten grondslag ligt. Ook is het leerstuk van indirecte discriminatie in belangrijke mate onbruikbaar in situaties waarin de segregatie ontstaat door keuzes van ouders en de overheid vooral te weinig doet om deze segregatie tegen te gaan. *Elmazova e.a.* is in belangrijke mate zo een soort casus (zie ter illustratie par. 66). De conclusie dat sprake is van indirect onderscheid vereist immers handelen van de overheid. Niet-handelen kan uiteraard wel een schending van een positieve verplichting met zich brengen. Ook kan die positieve verplichting uit een algemene non-discriminatie-norm voortvloeien.

4. Het Hof is na *D.H.* geleidelijk principiële stelling gaan nemen tegen segregatie van Roma. Die principiële stellingname bevatte een aantal bouwstenen. Ten eerste is er de constatering – die het Hof ook in *D.H.* deed (par. 181) – dat Roma een bijzondere kwetsbare positie hebben in veel Europese samenlevingen en dat ook de geschiedenis heeft laten zien dat hun lot te vaak zeer kwetsbaar is gebleken.[4] Ten tweede doet het Hof dit door bij de beoordeling van segregatiezaken een nadrukkelijker beroep te doen op de inhoudelijke normering die art. 2 EP biedt. Zo wees het Hof er in *Sampanis e.a. t. Griekenland* op dat het in art. 2 EP verankerde recht op onderwijs er mede toe dient dat kinderen op gelijke voet in de samenleving integreren[5], en in *Oršuš* benadrukte het Hof dat art. 2 EP op zichzelf recht geeft op gelijke toegang tot bestaande onderwijsinstellingen (par. 146). In *Horváth en Kiss t. Hongarije* benadrukte het Hof dat uit artikel 2 EP ook positieve verplichtingen volgen.[6] Staten hebben ten aanzien van Roma een (mede) uit art. 2 EP voortvloeiende verplichting om te garanderen dat Roma gelijke onderwijskansen hebben (par. 104). Ten derde baseerde het Hof in *Lavida e.a. t. Griekenland* zich nadrukkelijk op de internationaalrechtelijke normen die lidstaten aansporen segregatie in het onderwijs, in het bijzonder ten aanzien van Roma, tegen te

gaan.[7] Daarbij kent het Hof in het bijzonder veel gewicht toe aan de rapporten en aanbevelingen van de European Commission against Racism and Intolerance (ECRI).

5. In onze annotatie bij *X. e.a. t. Albanië* schreven wij dat het ons op basis van het voorgaande niet onlogisch voorkomt om segregatiezaken rechtstreeks aan art. 2 EP te toetsen en reeds op die grond te komen tot de conclusie dat segregatie strijdig is met het EVRM.[8] Het op art. 2 EP gebaseerde kader biedt voldoende handvatten om die conclusie te bereiken. Het Hof doet dat vooralsnog niet, en beoordeelt segregatiezaken op de combinatie van art. 2 EP en 14 EVRM (m.u.v. *X. e.a. t. Albanië*, waarin werd getoetst aan het zelfstandige discriminatieverbod van art. 1 Protocol 12 EVRM).

6. Een belangrijke stap in de verdere ontwikkeling van het toetsingskader was dan ook de erkenning van de uit artikel 14 EVRM voortvloeiende zelfstandige positieve verplichting om te voorkomen dat discriminatie en discriminatoire praktijken uit het verleden worden voortgezet.[9] Deze positieve verplichting vormt het vierde element in de ontwikkeling van het toetsingskader van het Hof. Daarmee kiest het Hof voor een materiële interpretatie van het verbod van discriminatie.[10] Het is overigens niet onmiddellijk logisch om een dergelijke positieve verplichting in relatie tot artikel 14 EVRM te erkennen, omdat deze bepaling zelf weinig materiële inhoud heeft. Ook voegt de erkenning van deze positieve verplichting weinig toe aan de eerste drie elementen en beweegt het Hof daarmee weer een stap weg van het principiële probleem dat segregatie is.

7. Onduidelijk was evenwel in hoeverre de constatering dat sprake is van segregatie, ruimte liet voor rechtvaardiging. Uit vaste jurisprudentie van het Hof volgt dat die ruimte niet bestaat voor zover de segregatie rechtstreeks terugvoert op de afkomst van de leerlingen.[11] Wie de feiten die aan alle segregatieuitspraken van het Hof ten grondslag liggen tot zich neemt, kan niet anders dan concluderen dan dat bij Roma vaak het geval is.[12] Toch laat het Hof vaak ruimte voor een – zij het zeer strenge – rechtvaardigingstoets. Die beoordeling concretiseert zich dan in de vraag of er voldoende waarborgen bestonden om te voorkomen dat oneigenlijke (discriminatoire) motieven of sentimenten de reden voor de segregatie waren.[13]

8. In onze annotatie onder *X. t. Albanië* wierpen wij reeds de vraag op hoe dit kader uitpakt in situaties waarin de overheid geen directe invloed heeft gehad op de totstandkoming van de segregatie en ook het aangeboden onderwijs op alle scholen van gelijke kwaliteit is. In dergelijke gevallen ontstaat segregatie vaak door (discriminatoire) schoolkeuzemotieven van ouders, of doordat een school is gelegen in een wijk met etnisch homogene samenstelling. In *Elmazova e.a. t. Noord-Macedonië* benadert het Hof deze vraag tot op heden het meest direct. Het betoog van Noord-Macedonië was vooral gebaseerd op de stelling dat de schoolsamenstelling was bepaald door schoolkeuzemotieven van ouders. Een fenomeen dat

ook wel wordt aangeduid als ‘witte vlucht’ (par. 37 en 66). De ouders van de Roma-kinderen waren medeverantwoordelijk voor de segregatie, want ook zij hadden kunnen verzoeken om overplaatsing naar een andere school. Daarnaast, zo stelde de Noord-Macedonische overheid en het Constitutionele Hof van dat land (par. 13), kregen de Roma-kinderen ook volledig gelijkwaardig onderwijs aan alle andere kinderen.

9. Het EHRM bevestigt dat de onderwijsprogramma’s op alle scholen en in alle klassen gelijkwaardig waren en ook doorstroom naar het voortgezet onderwijs mogelijk maakten (par. 70 en 78). Ook erkent het Hof dat er op school G.D. geen beleid bestond om Roma-kinderen in aparte klassen te plaatsen (par. 75). Daarnaast kon een deel van de segregatie inderdaad worden verklaard door de samenstelling van het voedingsgebied waarin de scholen waren gelegen (par. 76). Toch is het EVRM volgens het Hof geschonden. Voor beide scholen gold dat vaststond dat sprake was van segregatie en dat die segregatie – in ieder geval voor een deel – kon worden verklaard door weerstand bij Macedonische ouders om hun kinderen met Roma naar school te laten gaan. Als die segregatie dan ook nog betrekking heeft op een historisch kwetsbaar gebleken en gemarginaliseerde groep, dan is het aan de overheid om te voorkomen dat de feitelijke ongelijkheid – die onderstreept wordt door het gedrag van de Macedonische ouders – zich voortzet. Het Hof gebruikt hier dus het gedrag van de Noord-Macedonische ouders als bewijs voor de constatering dat aan een feitelijke situatie oneigenlijke motieven ten grondslag liggen. Daarmee kan een feitelijke situatie van segregatie niet meer worden gerechtvaardigd. De overheid moet garanderen dat kinderen vanaf hun jongste jaren als gelijkwaardige burgers aan de samenleving kunnen deelnemen (par. 74, 77-78).[14]

10. Geconcludeerd kan worden dat met *Elmazova* het Hof de bewijslast voor staten om nog een rechtvaardiging te vinden voor segregatie van Roma, wanneer die feitelijk bestaat, flink heeft aangescherpt. Een redenering gericht op ‘seperate but equal’[15] lijkt nu definitief verlaten voor een doctrine à la *Brown v. Board of Education II*: een opdracht tot desegregatie.[16] Het gaat dus niet alleen om de plicht tot het bestrijden of opheffen van maatregelen die segregatie bevorderen, maar de opdracht tot het inzetten van ‘passende maatregelen’ om bestaande segregatie actief aan te pakken. Zoals in *X t. Albanië* al door het Hof is overwogen, zullen deze maatregelen snel genomen moeten worden en ‘effectieve’(par. 64) moeten zijn. Dat laatste zou nog wel eens uitdaging kunnen zijn als het gaat om het actief beïnvloeden van keuzerechten van ouders. Zo kan een actief spreidingsbeleid van ouders het ongewenste effect hebben dat het niet alleen de rechten van alle betrokken ouders op een vrije schoolkeuze (in de buurt) beperkt, maar de feitelijke segregatie versterkt, door een (verdere) ‘vlucht’ van de niet-Roma ouders. Zoals Vrancken in haar commentaar aangeeft is daarbij ook de vraag wanneer desegregatiebeleid ‘voltooid’ is.[17] Het Hof zal nieuwe jurisprudentie moeten ontwikkelen om aan te geven wanneer segregatie voldoende beëindigd is, en welke

omstandigheden nog als objectief en redelijk gerechtvaardigd kunnen worden aangevoerd voor bestaande segregatie. De motivering zal daartoe in zaken waar Roma-kinderen betrokken zijn (of vergelijkbare groepen die als kwetsbaar zijn aangeduid in de rechtspraak) zeer zwaarwichtig moeten zijn.

Prof. mr. P.W.A. Huisman en mr. dr. S. Philipsen

Pieter Huisman is hoogleraar onderwijsrecht aan de Tilburg Law School

Stefan Philipsen is coördinerend wetgevingsjurist bij het ministerie van OCW

[1] *Vona t. Hongarije*, EHRM 9 juli 2013, nr. 35943/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0709JUD003594310, «EHRC» 2013/218 m.nt. P. de Morree, par. 57.

[2] *Çam t. Turkije*, EHRM 23 februari 2016, nr. 51500/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD005150008, «EHRC» 2016/84, m.nt. A.C. Hendriks, par. 64.

[3] *D.H. t. Tsjechië*, EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00, ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500, «EHRC» 2008/5, m.nt. A.C. Hendriks, *NJCM-Bulletin* 2008, p. 234, m.nt. K. Henrard, *NJ* 2008/380, m.nt. E.A. Alkema.

[4] Zie bijv. *Oršuš e.a. t. Kroatië*, EHRM 16 maart 2010, nr. 15766/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0316JUD001576603, «EHRC» 2010/59 m.nt. J.H. Gerards, par. 148.

[5] *Sampanis e.a. t. Griekenland*, EHRM 5 juni 2008, nr. 32526/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0605JUD003252605, «EHRC» 2008/92 m.nt. J.H. Gerards, par. 65; zie ook *Oršuš*, par. 146.

[6] *Horváth en Kiss t. Hongarije*, EHRM 29 januari 2013, nr. 11146/11, ECLI:CE:ECHR:2013JUD001114611, «EHRC» 2013/135, m.nt. K. Henrard, par. 103-104.

[7] *Lavida e.a. t. Griekenland*, EHRM 30 mei 2013, nr. 7973/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0530JUD000797310, «EHRC» 2013/154, par. 70-71.

[8] *X e.a. t. Albanië*, EHRM, 31 mei 2022, 73548/17, ECLI:CE:ECHR:2022:0531JUD007354817, *EHRC Updates* 2022/162, m.nt. P. Huisman en S. Philipsen, <https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/212236>.

[9] Vgl. *Oršuš*, par. 177; *Horváth*, par. 116; *X. e.a.*, par. 84; vgl. ook *Sampanis*, par. 68.

[10] S. Fredman, 'Emerging from the shadows: substantive equality and Article 14 of the

European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review* 2016, p. 281-283, op p. 288.

[11] Zie *D.H.*, par. 176.

[12] *Oršuš*, par.156.

[13] *Oršuš*, par. 157; *Horváth*, par. 119.

[14] Zie ook *X. t. Albanië*, par. 84.

[15] Vgl. *Plessy v. Ferguson*, US Supreme Court 18 mei 1896, 163 U.S. 537.

[16] US Supreme Court, 31 mei 1955 349. U.S. 294.

[17] Zie M. Vrancken, 'Beating Brown. Board of Education? Overrepresentation and desegregation measures in *Elmazova and Others v. North Macedonia*', 7 februari 2023, <https://strasbourgobservers.com/2023/02/07/beating-brown-v-board-of-education-overrepresentation-and-desegregation-measures-in-elmazova-and-others-v-north-macedonia/>.