

ANNOTATIE

Tapayeva e.a. t. Rusland (EHRM, 24757/18) – Patrilineaire praktijken die duiden op structurele discriminatie

A.S.H. Timmer

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 23-11-2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1123JUD002475718 (EHRC-2021-0333)

1. Het Hof stelt in dit arrest zowel een schending van art. 8 (recht familieleven) als een schending van art. 8 jo. 14 EVRM (verbod op discriminatie op grond van geslacht) vast. Deze noot bespreekt het tweede gedeelte van het arrest, over de discriminatieklacht. De redenering van het Hof is daar weliswaar kort, maar snijdt het interessante thema van structurele discriminatie aan.

2. Het draait in deze zaak niet zozeer om een expliciet onderscheid tussen mannen en vrouwen in wet- of regelgeving, maar veeleer om de facto beleid van de autoriteiten. De klagster, Tapayeva, ging na het overlijden van haar echtgenoot met haar kinderen bij haar ouders in een Tsjetsjeens dorp wonen. De kinderen zijn vervolgens ontvoerd door hun grootvader van vaders kant. Tapayeva's talrijke pogingen om de kinderen terug te krijgen slaagden niet, al werd zij juridisch wel in het gelijk gesteld. De autoriteiten handhaafden de uitspraak van de lokale rechter niet, en herenigden de kinderen niet met hun moeder. De vraag die het Hof zich daarom stelt is of de wetgeving zodanig in de praktijk werd toegepast dat klagster, op basis van haar geslacht, haar recht op familieleven werd ontzegd zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging.[1]

Structurele discriminatie

3. Belangwekkend aan dit arrest is dat het Hof meegaat met het betoog van de klagster en de

twee *amici curiae* – The Centre for Peacebuilding and Community Development en The Equal Rights Trust – die de nadruk legden op het structurele aspect van de discriminatie die klaagster ondervonden had. Structurele, institutionele en systemische discriminatie zijn termen die vaak enigszins losjes en door elkaar worden gebruikt, althans door juristen. Het zijn eerder sociologische en politicologische concepten dan vastomlijnde juridisch termen.[2] Voor het gemak zal ik hier verder van ‘structurele discriminatie’ spreken, dat is voor het doeleinde van deze noot voldoende overkoepelend. Structurele discriminatie is ingebed in instituties (zoals het recht, beleid en organisaties), maar ook in dagelijkse interacties en gewoonten.[3] Handelingen of gebeurtenissen die anders misschien incidenteel lijken, kunnen door de lens van structurele discriminatie bezien een uiting van een algemeen probleem blijken. Het Inter-Amerikaanse Mensenrechtenhof definieert structurele discriminatie als volgt: ‘[T]he set of norms, rules, routines, patterns, attitudes, and standards of behavior, both de jure and de facto, that give rise to a situation of inferiority and exclusion against a group of persons in a generalized sense, with these traits perpetuated over time and even generations.’[4] Het EHRM heeft (nog) nooit een definitie van structurele discriminatie gegeven, en doet dat ook nu niet. Het meest dichtstbijzijnde juridische concept uit de jurisprudentie van het EHRM is indirecte discriminatie. Beide vormen van discriminatie hebben gemeen dat ze de nadruk leggen op de nadelige effecten op groepen, en dat ze geschieden zonder bewuste kwade intentie. Het verschil is dat het idee van structurele discriminatie erkent dat bepaalde groepen systematisch en tegelijkertijd achtergesteld worden op allerlei vlakken, terwijl indirecte discriminatie meer ziet op een concrete situatie.[5]

Bewijs

4. Structurele discriminatie is, net als indirecte discriminatie, notoir moeilijk te bewijzen. Het kan voor een individu lastig zijn om concreet nadeel aan te tonen, maar dat is gezien de schrijnende situatie waar de moeder zich in bevond in dit geval niet aan de orde. Het is met name lastig om de link te laten zien tussen een algemene toestand van ongelijkheid en de situatie van het individu. Met betrekking tot indirecte discriminatie is het vaste rechtspraak dat de bewijslast verschuift naar de staat, zodra de klager een vermoeden van discriminatie weet te vestigen.[6] Er worden vaak statistieken gebruikt om een *prima facie* bewijs te leveren, maar dat hoeft niet per se.[7] Het Hof volgt in dit arrest onder het kopje ‘algemene principes’ het grensverleggende arrest *Volodina t. Rusland* (2019),[8] dat over huiselijk geweld ging: ‘Once a large-scale structural bias has been shown to exist, the applicant does not need to prove that she was also a victim of individual prejudice. If, however, there is insufficient evidence corroborating the discriminatory nature of legislation and practices or of their effects, proven bias on the part of any officials dealing with the victim’s case will be required to establish a discrimination claim’.[9] Hiermee erkent het Hof dat de crux van deze klacht zit

in ‘large-scale structural bias’. Dat het Hof deze verlaagde bewijslast nu als ‘algemeen principe’ bestempelt is op zich al opvallend, aangezien dit – bij mijn weten – de eerste keer is dat het Hof zijn eigen redenering in *Volodina* citeert. In eerdere arresten, zoals *Talpis t. Italië* (2017), dat ook over huiselijk geweld ging, was er nog sprake van onenigheid binnen het Hof over de bewijslast. [10] Met *Tapayeva* lijkt er daarmee een nieuwe lijn te zijn ingezet. Zo is er eind 2021 nog een arrest verschenen over huiselijk geweld (*Tunikova e.a. t. Rusland*[11]), waarin het Hof wederom het ‘structural bias’ punt van *Volodina* aanhaalt en waarbij het Hof zelfs op basis van art. 46 (*pilot judgment*) specifieke eisen stelt voor het treffen van maatregelen om de structurele problemen op te lossen. Daar moet wel bij aangetekend worden dat alle drie de arresten – *Volodina*, *Tapayeva* en *Tunikova* – door de Derde Kamer van het Hof zijn geweest. Wellicht is het dus nog even aanzien of de andere Kamers volgen ten aanzien van de bewijslast in zaken die structurele genderdiscriminatie betreffen. In elk geval maakt de geciteerde redenering het gemakkelijker om in een bewezen algemene context van discriminatie een artikel 14-klacht gegrond te laten verklaren.

5. Dat de klacht van *Tapayeva* gegrond is verklaard, en *prima facie* discriminatie bewezen is geacht, is inhoudelijk overigens niet zo verwonderlijk. De klagster had uitgebreid verwezen naar ‘concluding observations’ van het CEDAW-Comité ten aanzien van Rusland en een aantal andere rapporten van NGO’s en de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa. Het Hof noemt deze bronnen ook in zijn oordeel, en geeft daarmee behoorlijk wat gewicht aan externe bronnen en *soft law* – zoals het vaak ook pleegt te doen in huiselijkgeweldzaken. Enkele *amici curiae* of derden-intervenienten ondersteunden bovendien de klagster en rapporteerden het bestaan van systematische discriminatie van vrouwen in de Noordelijke Kaukasus, onder meer als het gaat over verkrijgen van voogdijschap.

Genderstereotypen

6. De klagster en de *amici curiae* hadden daarbij specifiek nadruk gelegd op de genderstereotypen die ten grondslag lagen aan zowel het handelen van de grootvader die zijn kleinkinderen ontvoerde, als de passieve houding van de autoriteiten. In dit geval ging het om het breed gedeelde beeld dat kinderen toebehoren aan de familie van de vader. Genderstereotypen, zo stelt ook het CEDAW-Comité, genereren structurele discriminatie.[12] Het Hof heeft sinds *Konstantin Markin t. Rusland* (2012)[13] een aantal keer duidelijk stelling genomen tegen genderstereotypen, hoewel ook gezegd moet worden dat het Hof daar niet consistent in is.[14] Recentelijk nog in *Jurčić t. Kroatië* (2021) erkende het Hof dat ‘gender stereotyping [...] presents a serious obstacle to the achievement of real substantive gender equality, which [...] is one of the major goals in the member States of the Council of Europe.’[15] Opmerkelijk aan dit arrest is, dat het Hof in de toetsing of er sprake is van *prima facie* discriminatie, mee laat wegen dat de autoriteiten handelden in overeenstemming met

genderstereotypen. Het Hof oordeelt: ‘The authorities thus, without any valid reason, contributed to and legalised a situation in which the mother of the children, as a result of gender stereotypes and prevalence of customary patrilineal practices in the region, was deprived of her right to raise and educate her children.’[16] Overigens had de staat geen rechtvaardiging naar voren gebracht (de stelling van discriminatie was alleen ontkend), zodat het Hof vervolgens een schending vaststelt van art. 8 jo. 14 EVRM.

7. Al met al bevat dit arrest daarmee een mooie, principiële redenering van het Hof. Het ligt in de lijn van een aantal eerdere arresten waarin het Hof genderstereotypen benoemde en stappen zette om structurele discriminatie aan te pakken.[17] *Tapayeva* is daarbij niet baanbrekend, maar wel weer een stapje in de goede richting.

A.S.H. Timmer

Universitair Hoofddocent Mensenrechten, Universiteit Utrecht

(Gefinancierd door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO): 451-17-029-4130)

[1] *Tapayeva e.a. t. Rusland*, par. 112.

[2] Bijv. I.M. Young, ‘Structural Injustice and the Politics of Difference’, in: T. Christiano en J. Christman (red.), *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Chicester: Wiley-Blackwell 2009, p. 362-384.

[3] CEDAW-Comité, *General Recommendation 36 on the right of girls and women to education* (27 november 2017) CEDAW/C/GC/36, par. 25.

[4] Inter-American Commission on Human Rights, *Compendium on Equality and Non-Discrimination. Interamerican Standards* (12 februari 2019), OEA/Ser.L/V/II.171, p. 31.

[5] E.V. Henn, *International Human Rights Law and Structural Discrimination: The Example of Violence against Women*, New York: Springer 2019, p. 37.

[6] *D.H. e.a. t. Tsjechië*, EHRM (GK) 13 november 2007, nr. 57325/00, ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500, «EHRC» 2008/5 m.nt. A.C. Hendriks, *NJ* 2008, 380, m.nt. E.A. Alkema, par. 177-178.

[7] *Tapayeva e.a. t. Rusland*, par. 112.

- [8] *Volodina t. Rusland (nr. 1)*, EHRM 9 juli 2019, nr. 41261/17, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD004126117, «EHRC» 2019/190 m.nt. I. Boerefijn.
- [9] *Tapayeva e.a. t. Rusland*, par. 112, verwijzend naar *Volodina t. Rusland* par. 114.
- [10] *Talpis t Italië*, EHRM 2 maart 2017, nr. 41237/14, ECLI:CE:ECHR:2017:0302JUD004123714, «EHRC» 2017/94, zie met name *partly dissenting opinion* Judge Spano par. 17-23.
- [11] *Tunikova e.a. t. Rusland*, EHRM 14 december 2021, nrs. 55974/16 en 3 andere, ECLI:CE:ECHR:1214JUD005597416, *EHRC Updates* 2022-0024.
- [12] 'In article 5(a), the structural dimension of discrimination is described as being rooted in prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women (CEDAW, GR 36, 2017, par. 26)
- [13] *Konstantin Markin t. Rusland*, EHRM, 22 maart 2012, nr. 30078/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD003007806, «EHRC» 2011/4 m.nt. Gerards.
- [14] A.S.H. Timmer, 'Seksediscriminatie onder artikel 14 EVRM: over principes, pragmatisme en problemen', *NTM* 2019, 44(4), p. 391-412.
- [15] *Jurčić t. Kroatië*, EHRM 4 februari 2021, nr. 54711/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0204JUD005471115, *EHRC Updates* 2021-0062, par. 83.
- [16] *Tapayeva e.a. t. Rusland*, par. 116.
- [17] Bijv. *Carvalho Pinto de Sousa Morais t. Portugal*, EHRM 25 juli 2017, nr. 17484/15, ECLI:CE:ECHR:2017:0725JUD001748415, «EHRC» 2017/163 m.nt. A.C. Hendriks; *Volodina t. Rusland (nr. 2)*, EHRM 14 september 2021, nr. 40419/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0914JUD004041919, *EHRC Updates* 2021-0244 m.nt. C. van de Heyning (via <https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/211900>); *Tkheldze t. Georgië*, EHRM 8 juli 2021, nr. 33056/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0708JUD003305617, *EHRC Updates* 2021-0199.