

ANNOTATIE

X e.a. t. Albanië (EHRM, 73548/17 en 45521/19) – Positieve verplichting: snelle en passende maatregelen tegen segregatie in het onderwijs

P. Huisman en S. Philipsen

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 31-05-2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0531JUD007354817 (EHRC-2022-0162)

1. Deze uitspraak past in een reeks van zaken waarin segregatie van minderheden, meer bepaald Roma, in het onderwijs centraal staat.[1] Roma vormen de grootste etnische minderheid in Europa. Toch is hun maatschappelijke en sociaaleconomische positie in veel Europese landen kwetsbaar.[2] Die kwetsbaarheid uit zich onder andere in het feit dat Romakinderen lang niet altijd op gelijke voet toegang hebben tot het reguliere onderwijsbestel of tot reguliere onderwijsvoorzieningen. Ze worden in veel Europese landen nog altijd in afzonderlijke scholen of klassen geplaatst.[3] Het belang van deze uitspraak is dat het Hof hierin de rechtspraaklijn doorzet waarin het door de nationale overheid afgekondigd beleid en maatregelen tot desegregatie van scholen met een grote populatie Roma-leerlingen indringend toetst. De vraag is vervolgens in hoeverre de uitspraak een verder reikende uitwerking kan hebben, bijvoorbeeld voor het geval van scholen waarin een andere, specifieke etnische minderheidsgroep domineert. Ook in Nederland is immers sprake van een situatie – zeker in de grote steden – van scholen met een homogene leerlingpopulatie. We starten met het schetsen van het kader dat kan worden afgeleid uit eerdere zaken van het Europese Hof waarin de discriminatie van Roma aan de orde was en waarin ook eerder al positieve verplichtingen voor de verdragsstaten rond bestrijding van segregatie en discriminatie aan de orde kwamen. Vervolgens bespreken we de vraag of de Albanese zaak betekent dat het Hof een volgend(e) stap(je) heeft genomen in de toetsing van de wijze waarop overheden

desegregatiebeleid van scholen ter hand nemen. Ten slotte gaan we kort in op de vraag of de ingezette koers van het Hof iets betekent voor de Nederlandse situatie.

2. Tot *X. e.a. t. Albanië* heeft het EHRM segregatiegeschillen altijd beoordeeld op basis van art. 2 EP EVRM jo. art. 14 EVRM. In de Grote-Kameruitspraak in *D.H. e.a. t. Tsjechië* erkende het Hof in dit kader het leerstuk van indirecte discriminatie en paste het dit toe op segregatie in het onderwijs.[4] Tsjechië voerde in *D.H.* aan dat de specifieke onderwijsbehoeften van Roma-kinderen leidden tot overconcentratie van deze groep in het speciaal onderwijs. De selectie voor die scholen werd bepaald op basis van een capaciteitentest en ouders stemden in met de inschrijving in het speciaal onderwijs. Het Hof was evenwel van oordeel dat er geen redelijke en gerechtvaardigde uitleg werd gegeven voor de disproportionele toewijzing van leerlingen aan een speciale school. De belangrijkste consequentie was dat het Hof daarmee vooropstelde dat ook het ontbreken van een discriminatoire doelstelling of intentie schending van art. 2 EP jo. art. 14 EVRM kan opleveren.[5] Een op het oog neutrale beleidsdoelstelling kan strijdig zijn met het in het EVRM verankerde discriminatieverbod als deze onevenredig nadelige consequenties heeft voor een bepaalde (kwetsbare) groep, die niet objectief zijn te rechtvaardigen.[6]

3. Bestudering van *D.H.* roept de vraag op of het nou wel zo gelukkig is geweest van het Hof om geschillen waarin sprake is van langdurige en blijvende segregatie – die een rechtstreeks gevolg is van bewuste beleidskeuzes – te beoordelen op basis van anti-discriminatienormen, in plaats van bijvoorbeeld puur op basis van art. 2 EP. Dat geldt in het bijzonder voor de toepassing van het leerstuk van indirecte discriminatie. Ten eerste is voor het oordeel dat sprake is van indirecte discriminatie namelijk vereist dat sprake is van onderscheid dat voortvloeit uit een op het oog neutrale regel. Maar daarnaast mag het uit die regel voortvloeiende en in het bijzonder op een kwetsbare groep drukkende nadeel, niet het beoogde doel van de regel zijn. Wie de redenering van het Hof in *D.H.* leest kan zich evenwel niet aan de indruk onttrekken dat het segregeren van de Roma een doel op zich was (of in ieder geval niet een ongewenst neveneffect). Het is om die reden ook goed dat in latere uitspraken (meestal) niet langer nadrukkelijk het leerstuk van indirect onderscheid op de segregatiecasus wordt toegepast.

4. Een voorbeeld van een uitspraak waarin het Hof niet de benadering via indirecte discriminatie koos was de zaak *Sampanis e.a. t. Griekenland*. [7] In die zaak kregen Roma-kinderen les in een apart gebouw in zogenaamde ‘preparatory classes’ (schakelklassen). [8] Hier stelde art. 14 EVRM het Hof voor de vraag of kon worden vastgesteld of Roma nadeel ondervinden van de segregatie. [9] Voor zowel directe als indirecte discriminatie is namelijk vereist dat een kwetsbare groep reëel nadeel ondervindt van het onderscheid. Daarbij moet dat nadeel, in de toepassing van anti-discriminatienormen, worden afgewogen tegen het

voordeel (en beschikbare alternatieven). In veel van de (vroeg) segregatiezaken, waarbij het ging om langdurige of blijvende segregatie die door de overheid was gecreëerd, leunde het Hof voor de vaststelling dat sprake is van nadeel sterk op de constatering dat Roma op gesegregeerde onderwijsfaciliteiten veelal een uitgekleed curriculum volgen (zie bijv. *D.H. en Oršuš e.a.*[10]). Vervolgens werd die conclusie afgewogen tegen het voordeel dat het volgen van enig onderwijs (ook) oplevert. Wat daarmee buiten beeld bleef was het nadeel dat schuilt in de segregatie als zodanig.[11] Het was deze redenering die het Amerikaanse Supreme Court in de fameuze uitspraak in *Brown t. Board of Education*[12] tot de conclusie bracht dat onderwijsfaciliteiten die leerlingen – op grond van bewust overheidsbeleid – (blijvend) scheiden op grond van ras ‘inherently unequal’ zijn. Precies dat is in veel van de geschillen over Roma ook aan de hand. Er valt in het verlengde hiervan veel te zeggen voor de stelling dat overheidsbeleid dat direct resulteert in gescheiden onderwijsfaciliteiten als zodanig al een schending oplevert van het materiële recht op onderwijs zoals beschermd door art. 2 EP, omdat het voor leden van de kwetsbare groep onmogelijk is om op gelijke voet profijt te halen uit het gevolgde onderwijs.[13] Het Hof erkende dit in de zaak *Sampanis* echter nog niet heel duidelijk, nu het zich bleef richten op de noodzaak van het aantonen van een daadwerkelijk verschil in behandeling. Wel bepaalde het Hof ook dat: ‘... in a democratic society based on principles of pluralism and respect for different cultures, no difference in treatment based exclusively or in part on one’s ethnic origin could be objectively justified’.[14]

5. In de zaak *Lavida t. Griekenland* lijkt het erop dat het Hof de inherente benadeling die schuilgaat in segregatie toch voorzichtig erkent.[15] Het doet dit door langdurige en blijvende segregatie die door de overheid is gewild – of op z’n minst is getolereerd – op zichzelf strijdig te achten met het EVRM. In *Lavida* was sprake van een school die uitsluitend door Roma werd bezocht. Op de school werd het reguliere curriculum gevolgd. Daarin kon het nadeel of de ongelijke behandeling dan ook niet gelegen zijn. Het Hof verwees echter naar verschillende internationale documenten, waaronder het VN-rassendiscriminatieverdrag (CERD) en het UNESCO-Verdrag inzake de uitbanning van discriminatie in het onderwijs, om langdurige segregatie op basis van ras die een direct gevolg is van overheidsbeleid als zodanig strijdig te achten met het EVRM. In ieder geval formuleerde het Hof een positieve verplichting die een zodanige conclusie lijkt te kunnen rechtvaardigen: overheden moeten in concreto genoeg actie c.q. desegregerende maatregelen ondernemen. Dat was hier gebeurd: ‘[...] the renouncing of effective anti-segregationist measures – for example, sending Roma children to mixed classes in other schools in Sofades or proceeding to redistrict the school district map [...], cannot be considered as objectively justified by a legitimate aim’.[16]

6. Het voorgaande komt anders te liggen als er geen sprake is van langdurige en blijvende segregatie die door de overheid veroorzaakt is, maar van (door de overheid bewerkstelligde)

tijdelijke segregatie op basis van etnische afkomst. Tijdelijke segregatie op grond van etnische afkomst valt immers niet altijd te voorkomen. De belangrijkste oorzaak van dit soort tijdelijke segregatie is dat een vereiste voor het volgen van onderwijs – en het reguliere curriculum – is dat leerlingen de nationale taal machtig zijn. Dat kan er soms toe leiden dat zij in aparte onderwijsfaciliteiten die taal leren.[17] In *Oršuš e.a. t. Kroatië* oordeelde het Hof dat dergelijke tijdelijke afzonderlijke faciliteiten toelaatbaar zijn. Uitgangspunt is dan wel dat '[...] adequate steps were taken by the school authorities to ensure the applicants' speedy progress in acquiring an adequate command of [the national language PH/SP] and, once this was achieved, their immediate integration into mixed classes.'[18] Deze positieve verplichting sloot aan bij een eerdere segregatiezaak *Horváth en Kiss t. Hongarije* waarin het Hof al had vastgesteld dat er een positieve verplichting op de staat rust 'to avoid the perpetuation of past discrimination or discriminative practices disguised in allegedly neutral tests'.[19] In *Oršuš* concludeerde het Hof dat onvoldoende was gebleken dat de afzonderlijke onderwijsklassen voldeden aan deze voorwaarden.[20]

7. In *X e.a. t. Albanië* werd het Hof wederom geroepen te oordelen over een situatie van (feitelijke) segregatie. In 2012 startte het Albanese ministerie van onderwijs in het zuidoosten van het land een voedselhulpprogramma om meer kinderen uit de Roma- en Egyptische gemeenschap in die regio te bewegen naar school te gaan. De overheid koos er evenwel voor het programma slechts op één school toe te passen en alleen open te stellen voor kinderen van Roma- en Egyptische afkomst. Dit beleid resulteerde erin dat in de periode 2012-2019 89% tot 100% van de kinderen op de betreffende school uit kinderen van Roma en Egyptische afkomst bestond. In 2014 en 2015 werd bij verschillende nationale autoriteiten, waaronder de nationale anti-discriminatiecommissaris, geklaagd over de oververtegenwoordiging van kinderen van Roma- en Egyptische afkomst op de school. Uiteindelijk nam de commissaris eind 2015 de bindende beslissing, gericht aan het ministerie van onderwijs, tot het nemen van 'immediate measures to improve the situation and change the ratio between Roma/Egyptian and other pupils'.[21] Er was sprake van segregatie op basis van etnische afkomst of ras en daar moest zo snel mogelijk een einde aan worden gemaakt. Het opheffen van de segregatie betekende ook dat leerlingen verplaatst moesten worden. Naar aanleiding van het oordeel van de commissaris beloofde de regering een aantal maatregelen te nemen. Zo werd toegezegd het voedselprogramma uit te breiden tot andere scholen en kinderen van een andere etniciteit, scholen samen te voegen en het bestaande gebouw van de gesegregeerde school op te knappen. Maar het optreden van de overheid verliep traag en in het schooljaar 2019/20 bestond nog altijd 90% van de leerlingenpopulatie van de school uit Roma- en Egyptische kinderen.

8. In *X e.a. t. Albanië* beoordeelt het Hof de feitelijke segregatie voor het eerst op basis van art. 1

P12 EVRM. Het Hof begint zijn redenering met het bekende uitgangspunt dat het begrip discriminatie in art. 1 P12 geen wezenlijk andere inhoud heeft dan in art. 14 EVRM. Het valt op dat verwijzing naar eerdere zaken (en daaruit voortvloeiende principes) verder beperkt is. Wel wordt (en dat is voor deze zaak relevant) verwezen naar de zaak *Oršuš*, waarin het nalaten van de overheid was vastgesteld om noodzakelijke stappen te nemen voor een ‘snelle voortgang’ in het aanleren van de taal om in een gemengde setting onderwijs te volgen. Dat sprake was van een (niet met opzet) gesegregeerde school is volgens het Hof – met verwijzing naar eerdere zaken – niet maatgevend; voor het Hof is het vooral de vraag of de regering heeft voldaan aan haar positieve verplichtingen om de feitelijke ongelijkheid en het voortzetten van de discriminatie die het gevolg was van de oververtegenwoordiging van de Roma- en Egyptische leerlingen tegen te gaan. De slotsom is daarbij dat zowel de maatregel van het uitbreiden van een voedselprogramma naar andere scholen, als het verbouwen van het schoolgebouw, en de voorgenomen fusie met drie andere scholen te laat of niet waren gebeurd. Het Hof overweegt dat in dit geval fusie (en busvervoer van leerlingen) voor de hand had gelegen. Dat was op andere plaatsen ook gebeurd, waardoor de leerlingenpopulatie meer gemengd van samenstelling was geworden, geënt op de ‘*city wide ratio*’. Met een verwijzing naar *Lavida* oordeelt het Hof ook hier dat de staat nalatig is geweest in het ‘snel en passend’ [22] implementeren van maatregelen gericht op desegregatie, en dat daarom art. 1 P12 EVRM is geschonden. Dit lijkt in belangrijke mate ook een procedurele toets te zijn waarbij het Hof Albanië erop wijst dat het de eigen, nationale gelijke behandelingsprocedures moet respecteren.[23] Tegelijkertijd geldt dat *X. e.a. t. Albanië* een bevestiging is van de lijn die het al *Lavida* heeft ingezet. In beide zaken ging het ook niet om het feit dat op de betreffende scholen er ander (lees: beperkter) onderwijs of curriculum zou worden gegeven, zoals in de zaken *Oršuš* en *Horváth en Kiss*. Het enkele feit dat sprake was van een concentratie van leerlingen én van de erkenning door de overheid zelf dat hier iets aan moest gebeuren was voldoende om van discriminatie te spreken. Ook is er dan voor de overheid geen reële ruimte meer om argumenten aan te voeren om de geconstateerde segregatie te rechtvaardigen. In de zaak *Lavida*, maar ook in *Oršuš*, speelde bijvoorbeeld ook de vijandigheid van niet-Roma ouders een rol, maar dit is geen legitieme reden om de zaken op zijn beloop te laten. Integendeel: incidenten waarbij discriminerende motieven een rol spelen zijn juist een reden om voortvarend te handelen.

9. De vraag die uit het voorgaande voortvloeit is wat deze jurisprudentielijn betekent voor andere vormen van segregatie. Ten eerste voor de situaties waarin sprake is van segregatie zonder dat die onmiddellijk veroorzaakt is door overheidsbeleid, bijvoorbeeld als segregatie een gevolg is van de samenstelling van een wijk, of schoolkeuzemotieven van ouders. Moeten er ook dan ‘snelle en passende’ desegregatiemaatregelen worden genomen? Vooralsnog kan dat in ieder geval op basis van de EHRM-rechtspraak niet worden geconcludeerd. Die

jurisprudentie is vooralsnog uitsluitend van toepassing op situaties waarin op het onderwijs gerichte beleidskeuzes van de overheid rechtstreeks tot de segregatie hebben geleid. Ook de omstandigheid dat de jurisprudentie (vooral) betrekking heeft op kinderen van Roma- (en Egyptische) afkomst wijst in die richting. Deze groep is in de Europese geschiedenis bijzonder kwetsbaar gebleken en dus bestaat er een noodzaak hen in het bijzonder te beschermen.[24] Dat blijkt onder andere uit de vele rapporten, richtlijnen en aanbevelingen die op de kwetsbare positie van Roma betrekking hebben. Vooralsnog betekent dit dat zolang er geen sprake is van een ‘specific type of disadvantaged and vulnerable minority’, de principes uit de rechtspraak niet a priori kunnen worden toegepast. Daarnaast ging het in de hiervoor beschreven jurisprudentie telkens om scholen met een grote etnische homogeniteit. Onderwijsfaciliteiten waren uitsluitend bestemd voor Roma. Er zijn in Nederland geen scholen die aan dit criterium voldoen. Dit neemt uiteraard niet weg dat in algemene zin (feitelijke) segregatie in het onderwijs onwenselijk is. Dit is dan ook de reden waarom ook nieuw beleid wordt gericht op ‘desegregatie’.[25]

Pieter Huisman is bijzonder hoogleraar onderwijsrecht aan de Tilburg Law School

Stefan Philipsen is coördinerend wetgevingsjurist bij het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen. Hij schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel.

[1] Zie eerder ook A. Terlouw, ‘De weg naar (het recht op) school voor Romakinderen’, in: C. A. Groenendijk, E. Guild & S. Mantu (red.), *Issues that matter. Mensenrechten, minderheden en migranten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 151-166.

[2] Zie Council Recommendation of 9 December 2013 on effective Roma integration measures in the Member States, C 378/1, en het meer recente Proposal for a Council Recommendation of 7 October 2020 on Roma equality, inclusion and participation, COM/2020/621.

[3] EU Fundamental Rights Agency, *Second European Union Minorities and Discrimination Survey (EU-MIDIS II) Roma – Selected findings* (2017). In diezelfde periode startte de Europese commissie een inbreukprocedure tegen Hongarije, Tsjechië en Slowakije vanwege de positie van Roma-kinderen in het onderwijs.

[4] *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.

[5] *D.H. t. Tsjechië*, reeds aangehaald, par. 194.

[6] *D.H. t. Tsjechië*, reeds aangehaald, par. 175.

- [7] *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.
- [8] Wel toelaatbaar zijn er zogenaamde ‘nieuwkomersscholen’ en internationale schakelklassen met een tijdelijk karakter voor kinderen van vluchtelingen, dit zijn ook niet in de wet verankerde categorieën van scholen.
- [9] *Sampanis e.a.*, reeds aangehaald, par. 68.
- [10] *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.
- [11] Door het Hof in *D.H.* slechts kort genoemd, par. 198.
- [12] *Brown et al. v. Board of Education of Topeka et. al.*, 347 U.S. 483 (1954).
- [13] Zie *Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen t. Denemarken*, EHRM 7 december 1976, nrs. 5095/71, 5920/72 en 5926/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000509571, Series A no. 23, p. 24-28, par. 52 en *Leyla Şahin t. Turkije*, EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, ECLI:CE:ECHR:2005:1110JUD004477498, par. 15.
- [14] *D.H. e.a. t. Tsjechië*, reeds aangehaald, par. 176.
- [15] *Lavida e.a. t. Griekenland*, EHRM 30 mei 2013, nr. 7973/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0530JUD000797310, «EHRC» 2013/154.
- [16] *Lavida e.a.*, reeds aangehaald, par.72.
- [17] *Kamerstukken II 2021/22*, 36 106, nr. 3, p. 7-8.
- [18] *Lavida e.a.*, reeds aangehaald, par. 145 en par. 157.
- [19] *Horváth en Kiss t. Hongarije*, EHRM 29 januari 2013, nr. 11146/11, ECLI:CE:ECHR:2013JUD001114611, «EHRC» 2013/135, m.nt. K. Henrard (par. 116).
- [20] *Horváth en Kiss*, reeds aangehaald, par.158.
- [21] Par. 8.
- [22] De termen ‘swift and appropriate’ worden overigens alleen gebruikt bij de introductie van de casus, par. 1.
- [23] *X t. Albanië*, par. 84.

[24] In rapporten worden de groepen van Roma-afkomst, de Egyptische en de zgn. Ashkaligemeenschap op de Balkan vaak in één adem genoemd; zie bijv. S. Shahini, 'Difficulties that students of Roma, Ashkali and Egyptian communities encounter in education' (2019), via https://kosint2020.net/site/assets/files/1466/thematic_report_on_the_difficulties_that_students_of_roma-_ashkali_and_egyptian_communities_encounter_in_education.pdf.

[25] *Kamerstukken I* 2021/22, 35 050, G.