

Het EHRM over het Franse boerkaverbod: Gepast terughoudend of krampachtig vermijgend?²

DD 2015/7

7.1 EHRM (Grand Chamber) 1 juli 2014, *S.A.S. t. Frankrijk*, appl. no. 43835/11

“115. As regards the first of the aims invoked by the Government, the Court first observes that ‘public safety’ is one of the aims enumerated in the second paragraph of Article 9 of the Convention [...] and also in the second paragraph of Article 8 [...]. It further notes the Government’s observation in this connection that the impugned ban on wearing, in public places, clothing designed to conceal the face satisfied the need to identify individuals in order to prevent danger for the safety of persons and property and to combat identity fraud. Having regard to the case file, it may admittedly be wondered whether the Law’s drafters attached much weight to such concerns. It must nevertheless be observed that the explanatory memorandum which accompanied the Bill indicated – albeit secondarily – that the practice of concealing the face ‘could also represent a danger for public safety in certain situations’ [...], and that the Constitutional Council noted that the legislature had been of the view that this practice might be dangerous for public safety [...]. Similarly, in its study report of 25 March 2010, the *Conseil d’État* indicated that public safety might constitute a basis for prohibiting concealment of the face, but pointed out that this could be the case only in specific circumstances [...]. Consequently, the Court accepts that, in adopting the impugned ban, the legislature sought to address questions of ‘public safety’ within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 and 9 of the Convention.”

(...)

“121. [T]he Court finds [...] that under certain conditions the ‘respect for the minimum requirements of life in society’ referred to by the Government – or of ‘living together’, as stated in the explanatory memorandum accompanying the Bill [...] – can be linked to the legitimate aim of the ‘protection of the rights and freedoms of others’.

122. The Court takes into account the respondent State’s point that the face plays an important role in social interaction. It can understand the view that individuals who are present in places open to all may not wish to see practices or attitudes developing there which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question. The Court is therefore able to accept that the barrier raised against others by a veil concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier. That being said, in view of the flexibility of the notion of ‘living together’ and the resulting risk of abuse, the Court must engage in a careful examination of the necessity of the impugned limitation.”

(...)

1 *Universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Universiteit van Tilburg.*

2 Citeerwijze: J.W. Ouwerkerk, ‘Het EHRM over het Franse boerkaverbod: Gepast terughoudend of krampachtig vermijgend?’, DD 2015/7.

“139. [...] [I]n view of its impact on the rights of women who wish to wear the full-face veil for religious reasons, a blanket ban on the wearing in public places of clothing designed to conceal the face can be regarded as proportionate only in a context where there is a general threat to public safety. The Government have not shown that the ban introduced by the Law of 11 October 2010 falls into such a context. As to the women concerned, they are thus obliged to give up completely an element of their identity that they consider important, together with their chosen manner of manifesting their religion or beliefs, whereas the objective alluded to by the Government could be attained by a mere obligation to show their face and to identify themselves where a risk for the safety of persons and property has been established, or where particular circumstances entail a suspicion of identity fraud. It cannot therefore be found that the blanket ban imposed by the Law of 11 October 2010 is necessary, in a democratic society, for public safety, within the meaning of Articles 8 and 9 of the Convention.”

“141. [...] It indeed falls within the powers of the State to secure the conditions whereby individuals can live together in their diversity. Moreover, the Court is able to accept that a State may find it essential to give particular weight in this connection to the interaction between individuals and may consider this to be adversely affected by the fact that some conceal their faces in public places [...].

142. Consequently, the Court finds that the impugned ban can be regarded as justified in its principle solely in so far as it seeks to guarantee the conditions of ‘living together’.”

“153. [...] [T]he Government indicated that it was a question of responding to a practice that the State deemed incompatible, in French society, with the ground rules of social communication and more broadly the requirements of ‘living together’. From that perspective, the respondent State is seeking to protect a principle of interaction between individuals, which in its view is essential for the expression not only of pluralism, but also of tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society [...]. It can thus be said that the question whether or not it should be permitted to wear the full-face veil in public places constitutes a choice of society.

154. In such circumstances, the Court has a duty to exercise a degree of restraint in its review of Convention compliance, since such review will lead it to assess a balance that has been struck by means of a democratic process within the society in question. The Court has, moreover, already had occasion to observe that in matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight [...].

155. In other words, France had a wide margin of appreciation in the present case.

156. This is particularly true as there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe [...] as to the question of the wearing of the full-face veil in public. The Court thus observes that [...] there is no European consensus against a ban. Admittedly, from a strictly normative standpoint, France is very much in a minority position in Europe: except for Belgium, no other member State of the Council of Europe has, to date, opted for such a measure. It must be observed, however, that the question of the wearing of the full-face veil in public is or has been a subject of debate in a number of European States. In some it has been decided not to opt for a blanket ban. In others, such a ban is still being considered [...]. It should be added that, in all likelihood, the question of the wearing of the full-face veil in public is simply not an issue at all in a certain number of member States, where this practice is uncommon. It can thus be said that in Europe there is no consensus as to whether or not there should be a blanket ban on the wearing of the full-face veil in public places.

157. Consequently, having regard in particular to the breadth of the margin of appreciation afforded to the respondent State in the present case, the Court finds that the ban imposed by the

Law of 11 October 2010 can be regarded as proportionate to the aim pursued, namely the preservation of the conditions of ‘living together’ as an element of the ‘protection of the rights and freedoms of others’.

158. The impugned limitation can thus be regarded as ‘necessary in a democratic society’. This conclusion holds true with respect both to Article 8 of the Convention and to Article 9.”

1 Inleiding

Dat de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) op 1 juli 2014 een uitspraak deed over een strafrechtelijk verbod op gezichtsbedekkende kleding, lijkt velen te zijn ontgaan. In Nederlandse vakliteratuur en nationale media is nauwelijks aandacht besteed aan het feit dat het Franse verbod op gezichtsbedekkende kleding door de Straatsburgse beugel blijkt te kunnen en het recht op de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM) noch de godsdienstvrijheid (artikel 9 EVRM) schendt.³ Het gebrek aan aandacht is overigens niet zo verwonderlijk, aangezien de zomer van 2014 met recht een roerige zomer kan worden genoemd.

Intussen is de uitspraak van de Grote Kamer in de zaak *S.A.S. t. Frankrijk* wel het bespreken waard. Door veel gewicht toe te kennen aan het door de Franse staat aangedragen nationaal-specifieke belang van *vivre ensemble* (‘samen leven’), geeft het Hof zichzelf reden een zeer terughoudende opstelling aan te nemen. Bij de precieze vormgeving van dit ‘samen leven’ en bij de afweging of een ‘boerkaverbod’ met het oog daarop een *proportionele* beperking is van de fundamentele rechten van boerkadraagsters, laat het Hof de Franse staat een ruime *margin of appreciation*. In deze bijdrage stel ik ter discussie of de terughoudende opstelling van het Hof gepast is. Ik zal betogen dat de daaraan ten grondslag liggende argumentatie van het Hof op zijn minst de indruk wekt dat de uitkomst tevoren al vaststond. De uitspraak kan mijns inziens worden gelezen als een wat krampachtige poging om de toenomen kritiek in bepaalde lidstaten op Straatsburgse bemoeienis niet verder te voeren. Twee aspecten behoeven nadere bespreking ter onderbouwing van mijn betoog. Deze worden ingeleid door (1) een weergave van wat het Franse verbod op gezichtsbedekkende kleding behelst en (2), en van de vragen die in de uitspraak van het Hof aan de orde komen (3). Het eerste aspect waarop vervolgens nader zal worden ingegaan, is de invulling die het Hof geeft aan de beperkingsgrond ‘de bescherming van rechten van anderen’ (4). Ten tweede zal aandacht worden besteed aan de beslissing Frankrijk in deze kwestie een ruime *margin of appreciation* toe te kennen (5). Tot slot volgen enkele afsluitende opmerkingen (6).

2 Het Franse verbod op gezichtsbedekkende kleding en de klacht van S.A.S.

In Frankrijk staat sinds 11 april 2011⁴ een boete op het dragen van gezichtsbedekkende kleding in de publieke ruimte: ‘Nul ne peut, dans l’espace public, porter une tenue destinée à

3 Een uitzondering is de korte weergave van de uitspraak door M. Chébtî, ‘Het fundamentele recht van vrouwen op respect voor hun autonomie over lichaam en geest’, *NJ* 2014, /41, p. 2927-2928.

4 Het wetsvoorstel werd in zowel de *Assemblée Nationale* (Tweede Kamer) als de *Sénat* (Eerste Kamer) met overweldigende meerderheid aangenomen. De onherroepelijke aanvaarding van het verbod op gezichtsbedekkende kleding volgde op 11 oktober 2010 toen de *Conseil Constitutionnel* de wet in overeenstemming verklaarde met de Franse grondwet, zie *Conseil constitutionnel, décision 2010-613 van 7 oktober 2010, JOR no. 0237 du 12 octobre 2010, p. 18345, www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=E1C37164BDC7EF39FE2EE6C4DF7AA5D3.tpdjo17v_3&dateTexte=?cidTexte=JORFTEXT000022911681&categorieLien=cid* (laatst geraadpleegd op 14 oktober 2014). De Raad maakte wel één voorbehoud, maar die doet hier verder niet ter zake.

dissimuler son visage'.⁵ Een uitzondering is voorzien voor situaties waarin het dragen van gezichtsbedekkende kleding wettelijk voorgeschreven is, als de gezondheid of het beroep daartoe noopt, of als de betreffende kleding wordt gedragen tijdens artistieke, traditionele of feestelijke evenementen.⁶ Het dragen van gezichtsbedekkende kleding wordt bedreigd met een boete van ten hoogste € 150. In aanvulling op een boete kan de rechter een verplichting opleggen een 'stage de citoyenneté' (cursus burgerschap) te volgen.⁷

Het verbod op gezichtsbedekkende kleding is in feite een boerkaverbod.⁸ Dat het in 2010 ingediende wetsvoorstel niet uitsluitend ziet op de boerka, maar in bredere zin gezichtsbedekkende kleding verbiedt, is alleen maar ingegeven door de juridische onhoudbaarheid van een boerkaverbod *sec.* Wat vooraf ging aan de totstandkoming van het uiteindelijke verbod, laat dit duidelijk zien. De gevraagde en ongevraagde adviezen die in eerste instantie ter zake werden verleend, waren eensgezind in de afwijzing van een strafrechtelijk verbod op het dragen van een boerka.⁹ De wens om de boerka te verbieden bleef desondanks onverminderd groot. Dat die wens voornamelijk werd ingegeven door de islamitische connotatie van de boerka, kan op zichzelf reeds worden afgeleid uit het feit dat de discussie over een mogelijk verbod in de vroege fase puur gericht was op de boerka (*full-face veil*) als symbool van een religie die haaks zou staan op de Franse waarden; aan het bijbehorende element van gezichtsbedekking als opzichzelfstaand punt werd geen aandacht geschonken. Dat de discussie omtrent een eventueel verbod volledig in het teken stond van zorgen over en angst voor moslimextremisme blijkt bovendien uit een schets van de context in het advies van de commissie-Gerin.¹⁰ Zoals echter al aangegeven, werd een strafrechtelijk verbod op de boerka stevast afgeraden, deels vanwege vermeende onverenigbaarheid met fundamentele rechten, deels vanwege de gevreesde averechtse en stigmatiserende effecten van een boerkaverbod.¹¹

5 Aldus artikel 1, Loi no. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, *JORF* no. 0237 du 12 octobre 2010, p. 18344, www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=B458499B2D41995CB32BC21C899A78B1.tpdjo08v_3?cidTexte=JORFTEXT000022911670&dateTexte=20141119 (laatst geraadpleegd op 19 november 2014). In de Engelse vertaling, zoals gebruikt in de hier besproken uitspraak van het EHRM, luidt de delictomschrijving als volgt: 'No one may, in public spaces, wear clothing that is designed to conceal the face', zie par. 28.

6 Artikel 2 lid 2 luidt: 'L'interdiction prévue à l'article 1er ne s'applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles'.

7 Artikel 3 bepaalt: 'La méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 1er est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe. L'obligation d'accomplir le stage de citoyenneté mentionné au 8° de l'article 131-16 du code pénal peut être prononcée en même temps ou à la place de la peine d'amende'.

8 In het navolgende zal ik steeds de term boerka gebruiken, al doel ik dan ook op de nikaab. Beide kledingstukken bedekken het gezicht. Veelal wordt de term boerka gebruikt wanneer het gezichtsbedekkende kledingstuk deel uitmaakt van een kledingstuk dat het hele lichaam bedekt, terwijl de nikaab meestentijds duidt op een 'losse' gezichtssluier. Een zoektocht op het internet laat echter zien dat de termen heel vaak door elkaar worden gebruikt. Met het oog op de leesbaarheid zal ik in deze bijdrage de meest ingeburgerde term 'boerka' gebruiken, waarbij ik dan dus doel op een kledingstuk dat het gezicht bedekt.

9 Commission nationale consultative des droits de l'homme (nationaal adviesorgaan inzake mensenrechten), *Avis sur le port du voile intégral*, 21 januari 2014, www.cncdh.fr/sites/default/files/10.01.21_avis_sur_le_port_du_voile_integral.pdf (laatst geraadpleegd op 21 november 2014); voorts Assemblée nationale (door het Franse parlement ingestelde commissie onder voorzitterschap van A. Gerin), 'Rapport d'information No. 2262 sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national', 26 januari 2010, www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf (laatst geraadpleegd op 15 december 2014).

10 Rapport d'information No. 2262 van de commissie-Gerin, supra noot 9, o.a. p. 13.

11 Zie bijvoorbeeld de rapporten waar in voetnoot 9 naar wordt verwezen.

Om na te gaan of niettemin kon worden tegemoetgekomen aan de wens het dragen van een boerka zo veel mogelijk terug te dringen, gaf de toenmalige Franse minister-president François Fillon aan de *Conseil d'État* de opdracht om onderzoek te doen naar de juridische gronden waarop een verbod op de boerka wél (mede) zou kunnen worden gebaseerd. Daaruit volgt dat de *Conseil d'État* een mogelijkheid ziet in een minder op de boerka gericht verbod, namelijk een verbod op *gezichtsbedekkende kleding*, zij het dat een dergelijk verbod niet alleen zou kunnen worden gebaseerd op overwegingen die verband houden met de openbare orde in algemene zin. Geadviseerd wordt om het verbod te plaatsen in de sleutel van de noodzakelijke identificatie van personen, ofwel ter handhaving van de openbare orde, ofwel om toegang te kunnen verlenen tot bepaalde plaatsen, ofwel ter naleving van bepaalde formaliteiten (zoals veiligheidscontroles op vliegvelden).¹²

Het wetsvoorstel dat in mei 2010 werd ingediend, is in die zin gebaseerd op het advies van de *Conseil d'État* dat het geen boerkaverbod, maar een verbod op alle gezichtsbedekkende kleding voorstelt. Uit de memorie van toelichting volgt echter duidelijk dat de focus nog altijd ligt bij het verbieden van de boerka als 'la manifestation communautariste d'un rejet des valeurs de la République'.¹³ Die waarden, die blijkens de memorie van toelichting kunnen worden samengevat onder de noemer 'vrijheid, gelijkheid en broederschap', geven mede uitdrukking aan het beginsel van respect voor menselijke waardigheid en aan het beginsel van gendergelijkheid. De boerka staat nu juist die waarden in de weg, meent de Franse regering. De boerka symboliseert immers genderóngelijkheid en voorts de áfwezigheid van respect voor de menselijke waardigheid, zowel voor degene wiens gezicht bedekt is als voor degene die met de gezichtsbedekking wordt geconfronteerd. Zo komt, volgens de Franse regering, het *vivre ensemble* (ofwel: broederschap) in gevaar en zodoende bedreigt de boerka de basis waarop de Franse republiek is gebaseerd.¹⁴

In het navolgende zal ik de wet gemakshalve aanduiden met de term boerkaverbod. Naast dat dit de leesbaarheid bevordert, acht ik de keuze voor deze kortere term ook om inhoudelijke redenen aanvaardbaar. Zoals het voorgaande laat zien, is het Franse verbod op gezichtsbedekkende kleding feitelijk gericht op het uitbannen van de boerka uit het publieke domein.

Op de dag dat het verbod in werking trad, diende een Franse moslima anoniem – aangeduid als S.A.S – een klacht in tegen de Franse staat; het boerkaverbod schendt volgens haar onder meer het recht op de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM) en de godsdienstvrijheid (artikel 9 EVRM). Klaagster gaf aan zo nu en dan, en geheel vrijwillig een boerka of een nikaab te dragen, zowel in de privésfeer als in de publieke ruimte. Zij gaat ook wel eens naar buiten zonder dat haar gezicht bedekt is, maar zij wil de boerka of nikaab kunnen dragen wanneer zij dat op basis van haar spirituele gevoelens wenst. Wanneer zij de boerka of nikaab draagt, doet zij dit dus enkel vanuit haar geloofsovertuiging. Klaagster benadrukte anderen geenszins te willen irriteren, maar 'to feel at inner peace with herself'. Dat zij zo

12 *Conseil d'État, Études relatives aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, rapport adopté par l'assemblée générale plénière le jeudi 25 mars 2010, www.conseil-etat.fr/content/download/1731/5221/version/1/file/etude_vi_30032010.pdf (laatst geraadpleegd op 15 december 2014).

13 Exposé des motifs N° 2520 (memorie van toelichting) bij Loi no. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2520.asp> (laatst geraadpleegd op 15 december 2014). In de onderhavige uitspraak is deze frase als volgt in het Engels weergegeven: 'the sectarian manifestation of a rejection of the values of the Republic', zie EHRM (Grand Chamber) 1 juli 2014, S.A.S. t. Frankrijk, appl. no. 43835/11 (hierna: EHRM S.A.S. t. Frankrijk), par. 25.

14 Deze parafrase is gebaseerd op de memorie van toelichting, supra noot 11. Zie voor een Engelse vertaling daarvan EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 25.

nu en dan haar gezicht zal moeten tonen in het kader van bijvoorbeeld veiligheidscontroles, begrijpt zij volledig.¹⁵

3 Boerkaverbod verenigbaar met het recht op privéleven en de godsdienstvrijheid

Mits voldaan is aan de voorwaarden die het EHRM stelt, mogen de uitoefening van het recht op eerbiediging van het privéleven en de uitoefening van het recht de godsdienst of levensovertuiging te manifesteren door de staat worden beperkt.¹⁶ De voorwaarden zijn voor beide fundamentele rechten nagenoeg gelijk.¹⁷ Voor een toelaatbare beperking op de eerbiediging van het privéleven of de vrijheid van godsdienst, moet de beperking a) bij wet zijn voorzien; en b) in het belang van een wettig doel; c) noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Met andere woorden: de bij wet voorziene beperking moet gericht zijn op een doel dat het EVRM toestaat, en bovendien proportioneel zijn.

De Grote Kamer van het Hof behandelt de zaak-S.A.S. en komt tot het oordeel dat het boerkaverbod verenigbaar is met zowel artikel 8 als artikel 9 EVRM. In de argumentatie die aan dit oordeel ten grondslag ligt, behandelt het Hof beide bepalingen tegelijkertijd, aangezien, zoals reeds aangegeven, de maatstaven voor het beoordelen of sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk, nagenoeg gelijk zijn. De focus ligt daarbij wel op de vraag of sprake is van schending van de godsdienstvrijheid.¹⁸

Dat het Franse verbod op gezichtsbedekkende kleding een bij wet voorziene beperking behelst van zowel de onder artikel 8 als artikel 9 EVRM beschermde rechten, moge duidelijk zijn. De twee vragen die dan resten, zijn of het boerkaverbod gericht is op een wettig doel/wettige doelen én of de beperking in het belang van dat doel/die doelen noodzakelijk is in een democratische samenleving. Bij de beantwoording van beide vragen kent het Hof erg veel gewicht toe aan de stellingname van de Franse staat dat hier het nationaal-specifieke belang om te streven naar daadwerkelijk 'samen leven' (*vivre ensemble*) in het geding is. De consequenties daarvan worden in het navolgende besproken en gewaardeerd.

4 Dient het boerkaverbod een wettig doel? *Vivre ensemble* als beschermwaardig recht

Volgens de Franse staat dient het verbod op gezichtsbedekkende kleding een tweeledig doel. Ten eerste moet het verbod bijdragen aan de openbare veiligheid, ten tweede wil men met het verbod een zekere mate van respect afdwingen voor de minimumwaarden van een open en democratische samenleving. Staat het EVRM een beperking van de persoonlijke levenssfeer of een beperking van de godsdienstvrijheid omwille van deze doelen toe?

De artikelen 8(2) en 9(2) EVRM geven de toegestane doelen uitputtend weer en de 'openbare veiligheid' is inderdaad één van die genoemde doelen. Volgens de Franse staat hangt het verbod op gezichtsbedekkende kleding samen met de noodzaak mensen te kunnen identificeren, enerzijds om algemeen gevaar voor personen en goederen te voorkomen, an-

15 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 12-13.

16 Wat artikel 9 EVRM betreft, geldt de beperking nadrukkelijk alleen voor het recht de godsdienst of levensovertuiging te belijden of tot uitdrukking te brengen. Beperkingen op de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst zijn dus niet toegestaan. Zie ook M. van Noorloos, 'Artikel 9 EVRM in de Nederlandse strafrechtpraak: geloofsartikel of struikelblok?', in H. Post & G. van der Schyff (red.), *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven*, Wolf Legal Publishers 2014, p. 206.

17 De artikelen 8(2) en 9(2) EVRM verschillen slechts enigszins ten aanzien van de toegestane doelen, maar deze verschillen zijn in het verband van deze bijdrage niet relevant.

18 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 107.

derzijds om identiteitsfraude te bestrijden. Alhoewel het Hof voorzichtig een vraagteken plaatst bij de mate waarin de openbare veiligheid een belangrijke reden vormde voor totstandkoming van het verbod op gezichtsbedekkende kleding, acht het Hof aannemelijk dat de daardoor bewerkstelligde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en de godsdienstvrijheid op zichzelf een wettig doel dient in de zin van artikel 8(2) en artikel 9(2) EVRM.¹⁹

Hoe oordeelt het Hof over het tweede doel? Mogen de fundamentele rechten die in het geding zijn, beperkt worden teneinde een mate van respect te verzekeren voor de minimumwaarden van de eigen open en democratische samenleving? Blijkens de gegeven toelichting, gaat het Frankrijk om drie specifieke minimumwaarden: gendergelijkheid, menselijke waardigheid en de minimumvereisten van het 'samen leven' (*vivre ensemble*) in een democratische samenleving. Nu is een directe verwijzing naar deze waarden niet terug te vinden in de toegestane doelen zoals opgesomd in de artikelen 8(2) en 9(2) EVRM. Volgens de Franse staat correspondeert het streven naar respect voor de genoemde waarden echter met het in beide artikelen genoemde doel 'de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'.²⁰

Het Hof geeft de Franse staat ten dele ongelijk. Zo oordeelt het Hof dat de Franse staat *in casu* de gendergelijkheid noch de menselijke waardigheid kan invoeren ter rechtvaardiging van een boerkaverbod. Met andere woorden: het dragen van een boerka is volgens het Hof geen schending van deze 'rechten van anderen' in de zin van de artikelen 8(2) en 9(2) EVRM. Weliswaar zou *gendergelijkheid* kunnen worden ingeroepen ter rechtvaardiging voor een verbod vrouwen in de publieke ruimte te dwingen het gezicht te bedekken, maar niet in het onderhavige geval waar vrouwen uit eigen beweging besluiten gezichtsbedekkende kleding te dragen.²¹ Met betrekking tot de *menselijke waardigheid* wijst het Hof erop dat in een pluriforme samenleving een verscheidenheid aan opvattingen leeft over wat waardigheid is en hoe daaraan (middels kleding) uitdrukking kan worden gegeven. Bij gebreke van aanwijzingen dat de boerkadragende vrouwen in Frankrijk erop uit zijn hun eigen of andermans menselijke waardigheid in diskrediet te brengen, acht het Hof het onhoudbaar een boerkaverbod op respect voor de menselijke waardigheid te baseren.²²

De Franse staat krijgt niettemin groen licht van het Hof om het boerkaverbod te baseren op respect voor de minimumvereisten van het 'samen leven' (*vivre ensemble*) in de Franse democratische samenleving. Het Hof erkent het aangaan van 'open interpersonal relationships' als een onmisbaar element van het maatschappelijk leven in Frankrijk. Daaruit leidt het Hof vervolgens een recht af 'to live in a space of socialisation which makes living together easier' – oftewel een recht op sociale interactie. Het Hof stelt daarna vast dat het bedekken van het gezicht de sociale interactie tussen mensen bemoeilijkt²³ en aanvaardt aldus dat het dragen van een boerka een schending oplevert van de 'rechten van anderen' in de zin van de artikelen 8(2) en 9(2) – de rechten immers van anderen op, kort gezegd, sociale interactie met de boerkadraagster.²⁴ In andere woorden: omdat het boerkaverbod is ingesteld uit respect voor de minimumvereisten van het 'samen leven', dient het boerka-

19 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 115 (geciteerd aan het begin van deze bijdrage).

20 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 116.

21 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 119.

22 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 120.

23 De vraag is in hoeverre dit standpunt houdbaar is. Ik laat het hier verder liggen, maar verwijs naar de lezenswaardige woorden van de rechters Nussberger en Jäderblom in par. 9 van hun joint partly dissenting opinion. Zie over dit punt ook (zij het n.a.v. het Belgische boerkaverbod) J. Vrielink, S. Ouald Chaib & E. Brems, 'Het "boerkaverbod" in België', *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, par. 3.2.3. op p. 634-635.

24 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 122 (geciteerd aan het begin van deze bijdrage).

verbod een wettig doel. Bij deze beslissing worden in het navolgende enige kanttekeningen geplaatst.

4.1 *De wezenlijke grondslag van het boerkaverbod*

Door te bepalen dat de beperkingsgrond van de ‘bescherming van de rechten van anderen’ ook ziet op het recht van Franse burgers op sociale interactie, aanvaardt het Hof – zij het impliciet – de stellingname van Frankrijk dat het verbod is ingesteld vanwege bezorgdheid dat de minimale waarden die kenmerkend zijn voor de Franse samenleving onder druk komen te staan als mensen zich met een bedekt gezicht in het publieke domein begeven. Verderop in de uitspraak wordt dit geëxpliciteerd. In het kader van de proportionaliteits-toets stelt het Hof immers:

“The Court is aware of the fact that the impugned ban mainly affects Muslim women who wish to wear the full-face veil. It nevertheless finds it to be of some significance that the ban is not expressly based on the religious connotation of the clothing in question but solely on the fact that it conceals the face.”²⁵

Het Hof legt hier, in navolging van Frankrijk, de nadruk op het gezichtsbedekkende element van het verbod en ziet daarin reden om aan te nemen dat de religieuze connotatie van sommige specifieke gezichtsbedekkende kledingstukken er voor de Franse staat niet wezenlijk toe doet, maar dat het boerkaverbod primair dient ter borging van het nationaal-specifieke belang bij het kunnen aangaan van open en interpersoonlijke relaties in de publieke ruimte, oftewel: het belang van *vivre ensemble*. Het is juist hierom dat de onderhavige uitspraak gemakkelijk als zeer onbevredigend kan worden ervaren. Gebiedt de eerlijkheid niet toe te geven dat de wezenlijke grondslag van het boerkaverbod een heel andere is, namelijk weezin tegen de boerka als symbool van een gevreesde of misschien wel gehate religie? Wie gelooft nu werkelijk dat de religieuze connotatie van gezichtsbedekking er niet toe deed bij de totstandkoming van het boerkaverbod? Reeds uit de korte weergave van wat vooraf ging aan de indiening van het wetsvoorstel blijkt dat de verbondenheid van de boerka met de islam voor de toenmalige Franse regering wel degelijk primair aanleiding is geweest om de mogelijkheid van een verbod te onderzoeken (zie par. 2). De toelichting van de Franse staat bij zowel wetsvoorstel als ten overstaan van het Straatsburgse Hof – dat het verbod niet specifiek op de boerka zou zijn gericht en niet zou zijn gebaseerd op het religieuze karakter van de boerka, maar onder meer moet bijdragen aan het streven naar ‘samen leven’ in de Franse samenleving – beschouw ik als een poging om het juridisch *onhoudbare* in een juridisch houdbare verpakking aan Straatsburg te presenteren. Goedpraterij dus.

De vraag is of het Hof dit had moeten signaleren. Ik vermoed van niet. Klaagster zelf stelt de grondslag van het boerkaverbod niet nadrukkelijk ter discussie; zij reageert voornamelijk op de argumenten die de Franse staat aan het instellen van het verbod ten grondslag heeft gelegd en vraagt aandacht voor de negatieve gevolgen van een boerkaverbod.²⁶ Het Hof kon in deze zaak volgens mij niet veel anders dan afgaan op de officiële toelichtingen die van de zijde van de staat in kwestie worden ingebracht.²⁷

De acceptatie van Frankrijks toelichting was echter minder wrang geweest als het Hof daar in zijn argumentatie minder gewicht aan had toegekend. Zoals hierboven toegelicht, kiest het Hof voor een zeer ruime invulling van de beperkingsgrond van de ‘bescherming van

25 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 151.

26 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 76-80.

27 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 81-85.

de rechten van anderen' in de zin van de artikelen 8(2) en 9(2) EVRM. Maar ook in het kader van de proportionaliteitstoets (is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving?) grijpt het Hof terug op de aanvaarding van het recht op sociale interactie als uitvloeisel van het essentiële en Frankrijk-specifieke belang van 'samen leven'. Zoals in par. 5 zal blijken, wordt mede hierop de beslissing gebaseerd om Frankrijk een ruime *margin of appreciation* toe te kennen.

4.2 *Vivre ensemble: Maatschappelijk ideaal of beschermwaardig recht?*

Zoals aangegeven, kan volgens het Hof het bedekken van het gezicht door een boerka niet worden gezien als een schending van respect voor gendergelijkheid of respect voor de menselijke waardigheid. Het Franse boerkaverbod kan dan ook niet gerechtvaardigd worden bevonden ter bescherming van specifiek *die* 'rechten van anderen'. Dat ligt dus anders voor het recht op sociale interactie; nu volgens het Hof het bedekken van het gezicht de sociale interactie tussen mensen bemoeilijkt, levert het dragen van een boerka een schending op van de 'rechten van anderen' op sociale interactie met de boerkadraagster. Het Franse boerkaverbod dient dus een wettig doel in de zin van de artikelen 8(2) en 9(2) EVRM.²⁸

Nu laat de toelichting van de Franse staat bij het invoeren van de gendergelijkheid en de menselijke waardigheid nogal te wensen over. Van een overtuigend betoog was geenszins sprake, en de hierboven samengevatte redenen van het Hof om Frankrijk op die punten in het ongelijk te stellen, verrassen dan ook niet. Des te meer verrast het mij echter dat het Hof bij een beroep op het belang van 'samen leven' wél met de Fransen meegaat. Wanneer wij immers de ingeroepen waarden naast elkaar plaatsen, dan moet worden toegegeven dat het belang van 'samen leven' of specifiek het daaruit voortvloeiende recht op sociale interactie van een significant minder gewicht is dan de waarden van gendergelijkheid en menselijke waardigheid.

De door Frankrijk ingeroepen waarden van gendergelijkheid en menselijke waardigheid gelden in EVRM-verband ontegenzeggelijk als zeer belangrijke waarden. Voor de menselijke waardigheid geldt dat in meer algemene zin. Reeds in 1995 maakte het Hof duidelijk dat 'respect for human dignity and human freedom' behoren tot 'the very essence' van het verdrag.²⁹ Voorts geeft artikel 14 EVRM mede uitdrukking aan het belang van gendergelijkheid nu deze bepaling het maken van onderscheid op basis van geslacht verbiedt. Maar er staat nogal iets op het spel en dat is de reikwijdte van het recht op privéleven en de vrijheid van godsdienst. Dat het Hof *in casu* het invoeren van zeer fundamentele waarden (gendergelijkheid en menselijke waardigheid) onvoldoende acht om er een beperking van de persoonlijke levenssfeer en de godsdienstvrijheid op te baseren, onderstreept maar weer eens dat terughoudendheid past bij het toepassen van de beperkingsmogelijkheden die het EVRM biedt en dat het Hof bepaaldelijk eisen stelt aan het succesvol invoeren van die beperkingsmogelijkheden.

Nu is zeker niet uitgesloten dat een beroep op de beperkingsmogelijkheid 'de bescherming van rechten van anderen' ook kans van slagen heeft als een beroep wordt gedaan op waarden of normen die een zodanig fundamenteel karakter ontberen. Uit eerdere rechtspraak volgt bijvoorbeeld dat de intellectuele eigendomsrechten van een filmmaatschappij kunnen vallen onder de 'rechten van anderen'. De beperking van het recht op privéleven van

28 EHRM *S.A.S. t. Frankrijk*, par. 122 (geciteerd aan het begin van deze bijdrage).

29 EHRM 22 november 1995, *S.W. t. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 20166/92, par. 44. In deze zaak stond de vraag centraal of gewijzigde nationale rechtspraak over het bereik van de strafwet in overeenstemming was met het legaliteitsbeginsel. De wijziging in nationale rechtspraak betrof het strafbaar achten van verkrachting binnen het huwelijk, waar dat voorheen niet het geval was. Wegens veranderde maatschappelijke opvattingen hieromtrent achtte het Hof de interpretatie van de nationale rechter verenigbaar met het legaliteitsbeginsel.

Chappell (in verband met een civiele doorzoeking in diens bedrijfspanden) mocht op die intellectuele eigendomsrechten worden gebaseerd.³⁰ Een ander voorbeeld betreft het recht op onderwijs dat door het Hof in een zaak betreffende de vrijheid van godsdienst eveneens werd geschaard onder 'de rechten van anderen', ten gevolge waarvan een wettelijke plicht tot zaterdagonderwijs mocht worden gehandhaafd.³¹ Zowel intellectuele eigendomsrechten als het recht op onderwijs ontberen het fundamentele karakter dat op EVRM niveau zelfstandige bescherming verdient. Het betreffen niettemin wel wettelijk beschermde én algemeen gedragen rechten.

Naar mijn mening kan geen van bovenstaande kwalificaties worden toegedicht aan de derde waarde die Frankrijk als beperkingsgrond inroept: de minimumvereisten van het 'samen leven' in de Franse samenleving. Het belang van 'samen leven' is voor zover mij bekend wettelijk beschermd noch algemeen aanvaard, laat staan dat in deze waarde iets te herkennen is van fundamentele beschermwaardigheid in EVRM-verband. Ik zou het streven naar sociale interactie, het streven naar daadwerkelijk 'samen leven', eerder kwalificeren als uitgangspunt of ideaal van de Franse staat, dan als afdwingbaar recht.³²

Nu zal elke regering een beeld voor ogen hebben van de ideale maatschappij en meestentijds zal de meerderheid ook in grote mate aan dat ideaalbeeld voldoen. Dat geldt ongetwijfeld ook in Frankrijk; de meerderheid zal prijs stellen op open vormen van communicatie, waarbij het gezicht van de ander te zien is. Mijns inziens gaat het echter te ver een dergelijk ideaal of streven zodanige status te geven dat slechts daarop een beperking van de persoonlijke levenssfeer of de godsdienstvrijheid kan worden gebaseerd.

Dat het Hof anderszins beslist, wekt in het licht van eerdere rechtspraak verbazing. Het wekt bovendien de indruk dat het Hof een wenselijke (deel)uitkomst voor ogen had en simpelweg het beroep door de Franse staat op 'respect voor de minimumwaarden van de Franse open en democratische samenleving' niet volledig heeft willen afwijzen. Het Hof zou daar overigens goede redenen voor kunnen hebben. Bovennationale instituten zoals het EHRM, worden immers in toenemende mate met argusogen bekeken. In verscheidene lidstaten is het politieke draagvlak voor Straatsburgse bemoeienis met interne aangelegenheden danig afgenomen; er wordt gesproken van een legitimiteitscrisis.³³ Aangenomen mag worden dat het Hof zich zeer bewust is van de barsten in het politieke draagvlak en van de bijzondere gevoeligheid van een thema als de boerka. In de open formulering van de artikelen 8 en 9 EVRM heeft het Hof wellicht kans gezien om het beroep van Frankrijk op een nationale eigenheid (*vivre ensemble*) te honoreren en zo het veelgehoorde verwijt dat te weinig aandacht zou bestaan voor de nationale context, niet verder te voeden.

Wie nog onbekend is met de beslissing van het Hof aangaande het proportionaliteitsvereiste van het boerkaverbod, zou nu de terechte vraag kunnen opwerpen waarom het Hof

30 De civiele doorzoeking van de bedrijfspanden van Chappell vond plaats op basis van de zogeheten Anton Pillar order. Deze wet beoogde de intellectuele eigendomsrechten van filmmaatschappijen te beschermen tegen praktijken van illegaal kopiëren en distribueren van films, EHRM 30 maart 1989, *Chappell t. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 10461/83.

31 De zaak werd aangespannen door Zevendedagsadventisten, die van mening waren dat de verplichte schoolgang van hun zoon op zaterdagen een inbreuk vormde op hun godsdienstvrijheid, nu zaterdag in hun religie een rustdag is, EHRM 27 april 1999, *Martins Casimiro en Cerveira Ferreira t. Luxemburg*, appl. no. 44888/98.

32 Zo meen ik ook de opvattingen van de joint partly dissenting judges Nussberger en Jäderblom te moeten opvatten. Zij stellen dat niet kan worden gesproken van een recht op communicatie tegen de wil in van degene met wie men wil communiceren. In hun optiek behelst het recht op privéleven ook het recht om in de publieke ruimte géén contact met anderen te maken, oftewel: 'the right to be an outsider', par. 7-8.

33 In algemene zin over de zogenoemde legitimiteitscrisis van het EHRM. Gerards, *Het prisma van de grondrechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen 2011.

niet heeft volstaan met het aanvaarden van de openbare veiligheid als toegestane beperkingsgrond in de zin van de artikelen 8(2) en 9(2) EVRM. Voor die beslissing heeft het Hof zich immers niet in bochten hoeven wringen.³⁴ Niet geheel onverwacht, echter, zal het Franse boerkaverbod voor dát doeleinde de toets van de proportionaliteit niet volstaan (zie volgende paragraaf). Om een onwelgevallige uitkomst toch te vermijden en het Franse boerkaverbod in stand te laten, had het Hof de aanvaarding van een Frankrijk-specifieke eigenheid (*vivre ensemble*) dus nodig. Mede op basis daarvan kon het zijn beslissing onderbouwen dat de Franse staat *in casu* een ruime beleidsvrijheid toekomt.

5 Proportionele beperking? Een ruime beoordelingsvrijheid voor Frankrijk

Met de conclusie dat Frankrijk met het boerkaverbod wettige doelen nastreeft in de zin van de artikelen 8(2) en 9(2) EVRM, staat nog niet vast dat het boerkaverbod een toegestane beperking vormt van het recht op privéleven en de vrijheid van godsdienst. Dan zal tevens moeten zijn voldaan aan het vereiste dat de beperking met het oog op ten minste één van de wettige doelen 'noodzakelijk is in een democratische samenleving' (proportionaliteitsvereiste). Zoals uit het voorgaande al kan worden afgeleid, laat het Hof het Franse boerkaverbod in stand, zij het dat een verbod voor het doel van de openbare veiligheid als niet-proportioneel werd gekwalificeerd. De op zichzelf legitieme wens personen te kunnen identificeren kan volgens het Hof immers ook met behulp van minder vergaande middelen worden bereikt. Zo kan het tonen van het gezicht bijvoorbeeld enkel verplicht worden gesteld op specifieke locaties of in specifieke omstandigheden (denk aan veiligheidscontroles op vliegvelden). Een algemeen verbod op gezichtsbedekkende kleding kan slechts proportioneel worden geacht in de context van een aangetoonde algemene bedreiging van de openbare veiligheid. *In casu* is dat niet aangevoerd.³⁵ Het Hof komt dan ook tot de slotsom dat het boerkaverbod *niet* in het kader van de openbare veiligheid als een proportionele beperking kan worden beschouwd. Of het boerkaverbod dan wel een proportionele inbreuk is ter bescherming van de 'rechten van anderen' op sociale interactie, wordt vervolgens slechts marginaal getoetst. Het Hof stelt zich terughoudend op en meent dat het wegen van de belangen die hier in het geding zijn in ruime mate op lidstaatniveau dient plaats te vinden. Nu is het op zichzelf gebruikelijk de lidstaten een *margin of appreciation* te laten in kwesties waar de verhouding tussen religie en staat centraal staat. Het is vaste rechtspraak dat in dergelijke gevallen extra gewicht wordt toegekend aan wat de nationale wetgever in de eigen specifieke context heeft bepaald.³⁶ Die marge is in dit geval ook nog eens relatief ruim, aangezien in Europa geen consensus zou bestaan omtrent de wenselijkheid en houdbaarheid van een boerkaverbod.³⁷ Blijkbaar acht Straatsburg de tijd niet rijp voor stevige bemoeienis ter zake. Het blijkt inmiddels waarom het Hof de aanvaarding van het recht op sociale interactie als uitvloeisel van het essentiële en Frankrijk-specifieke belang van 'samen leven' nodig had.

34 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 115 (geciteerd aan het begin van deze bijdrage).

35 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 139 (geciteerd aan het begin van deze bijdrage).

36 Zie bijvoorbeeld de bekende zaak van Leyla Sahin over het verbod een hoofddoekje te dragen op een Turkse universiteit, EHRM 10 november 2005, *Leyla Sahin t. Turkije*, appl. no. 44774/98, par. 109. Het Hof verwijst in dit verband zelf ook naar deze zaak alsook naar enkele andere zaken, zie EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 129. Zeer kritisch over het toekennen van een ruime *margin of appreciation* in zaken die de vrijheid van godsdienst betreffen is T. Loenen in haar artikel 'De facto afschaffing van bescherming van de godsdienstvrijheid onder het EVRM? Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de 'margin of appreciation'', in: H.M.A.E. van Ooijen e.a. (red.), *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008, p. 59-68.

37 Dat het Hof bij gebrek aan consensus terughoudendheid toont, is eveneens vaste rechtspraak. Zie bijvoorbeeld EHRM 10 november 2005, *Leyla Sahin t. Turkije*, appl. no. 44774/98, par. 109.

Door dit recht op sociale interactie onder de werkingssfeer te brengen van de toegestane beperkingsgrond ‘de bescherming van de rechten van anderen’ kon het Hof niet alleen beslissen dat het boerkaverbod een wettig doel diende, maar was bovendien sprake van een wettig doel dat slechts voor marginale toetsing in aanmerking kwam:

“[T]he Government indicated that it was a question of responding to a practice that the State deemed incompatible, in French society, with the ground rules of social communication and more broadly the requirements of ‘living together’. From that perspective, the respondent State is seeking to protect a principle of interaction between individuals, which in its view is essential for the expression not only of pluralism, but also of tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society [...]. It can thus be said that the question whether or not it should be permitted to wear the full-face veil in public places constitutes a choice of society.”³⁸

De kritische kanttekeningen bij bovenstaande redenering van het Hof zijn in het voorgaande feitelijk al gegeven (zie par. 4.1) en ga ik niet herhalen. Ter aanvulling wijs ik er slechts op dat het juist vanwege 's Hof's overname van Frankrijks stellingname – dat het boerkaverbod niet religieus maar maatschappelijk gefundeerd zou zijn – is, dat eerdere rechtspraak over de verhouding tussen fundamentele rechten (met name de godsdienstvrijheid) en het algemene verbod religieuze symbolen te dragen³⁹ niet van toepassing wordt geacht.⁴⁰ Door het beginsel van sociale interactie te beschouwen als essentiële eigenheid van de Franse democratische samenleving, geeft het Hof zichzelf reden om zich in lijn met vaste rechtspraak⁴¹ terughoudend op te stellen. Het acht de nationale autoriteiten meest geëigend om het nationaal-specifieke streven naar sociale interactie met het oog op ‘samen leven’ vorm te geven en te beoordelen of de door het boerkaverbod bewerkstelligde beperking van fundamentele rechten op grond daarvan proportioneel is.

Dat geldt voor het Hof des te sterker bij gebrek aan consensus over het boerkaverbod onder de lidstaten van de Raad van Europa.⁴² Of al dan niet sprake is van consensus in Europa vormt een belangwekkend criterium bij het vaststellen van de ruimte die lidstaten toekomt in het bepalen of een beperking van fundamentele rechten noodzakelijk is. Met de in Straatsburgse

38 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 153 (geciteerd aan het begin van deze bijdrage).

39 In de meeste zaken betrof het een specifiek verbod, waarbij religieuze kleding alleen verboden was op bepaalde, al dan niet voor het publiek toegankelijke plaatsen (denk aan onderwijsinstellingen of aan plaatsen waar veiligheidscontroles plaatsvinden) of in bepaalde omstandigheden (bijvoorbeeld tijdens het werk). Zie bijvoorbeeld EHRM 10 november 2005, *Leyla Sahin t. Turkije*, appl. no. 44774/98; EHRM 4 maart 2008, *El Morsli t. Frankrijk*, appl. no. 15585/06; en EHRM 15 januari 2013, *Eweida and others t. Verenigd Koninkrijk*, appl. nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10. Zie voorts H. Post & G. van der Schyff, ‘De spanning tussen de margin of appreciation en de universele waarde van godsdienstvrijheid’, in Post & Van der Schyff 2014, p. 79-104.

40 Over een algemeen verbod op het dragen van religieuze symbolen in de publieke ruimte sprak het Hof zich slechts eenmaal eerder uit, namelijk in EHRM 23 februari 2010, *Ahmet Arslan and others t. Turkije*, appl. no. 41135/98. Klager was in Turkije veroordeeld voor het dragen van traditionele kledij van de religieuze groepering Aczimendi tarikati (een zwarte tulband, broek, tuniek en stok). Alhoewel het verbod volgens het Hof op zichzelf wettige doelen diende, achtte het Hof de beperking op de godsdienstvrijheid niet noodzakelijk in het licht van die doelen (par. 44-52). Buiten het punt van de openbare veiligheid om, acht het Hof een vergelijking tussen beide zaken niet mogelijk, precies omdat – in de lezing van het Hof – het Franse boerkaverbod zich van het Turkse verbod op religieuze kleding onderscheidt doordat het uitsluitend gericht is op de bedekking van het gezicht en niet samenhangt met de religieuze connotatie van de verboden kleding, zie EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 136.

41 Daarmee houdt het Hof vast aan de lijn in eerdere rechtspraak, vergelijk reeds EHRM 7 december 1976, *Handyside t. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 5493/72 over de inhoud van ‘de goede zeden’ in het Verenigd Koninkrijk en de proportionaliteit van beperkingen op grond daarvan. Zie hierover in meer algemene zin Post & Van der Schyff 2014, p. 91-92.

42 EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 156 (geciteerd aan het begin van deze bijdrage).

rechtspraak ontwikkelde leer van de *margin of appreciation* wordt uitdrukking gegeven aan het uitgangspunt dat de bescherming van fundamentele rechten en vrijheden bij voorkeur op het niveau van de lidstaten – dicht bij de burger – plaatsvindt (subsidiariteit). Door bij een gebrek aan consensus een ruime *margin of appreciation* aan de lidstaten toe te kennen, wordt voorts gepoogd recht te doen aan de diversiteit op nationaal niveau en te voorkomen dat vanuit Straatsburg uniforme normen worden opgelegd die niet of moeilijk te verenigen zijn met de specifieke nationale context van lidstaten. Zeker in gevoelige kwesties laat het Hof het vinden van gemeenschappelijkheid bij voorkeur over aan de lidstaten zelf. Alhoewel hier een spanning kan optreden met de taak van het Hof als toezichthouder⁴³ wordt alom erkend dat een ruime beleidsvrijheid bij gebrek aan consensus onder de lidstaten noodzakelijk is, onder meer ter behoud van (politiek) draagvlak voor 's Hof's (uitoefening van de) bevoegdheid tot ingrijpen.⁴⁴ De beslissing van het Hof om het Franse boerkaverbod in stand te laten, was dan ook geloofwaardiger en beter te verteren geweest als toekenning van de ruime *margin of appreciation* puur gebaseerd was geweest op het gebrek aan consensus ter zake. Niettemin vergun ik mijzelf een enkele kritische opmerking over de *in casu* gegeven argumenten voor het vaststellen van een gebrek aan consensus.

5.1 *Het vaststellen van een gebrek aan consensus onder de lidstaten*

Waarop is de conclusie van het Hof eigenlijk gebaseerd? Immers, Frankrijk en België⁴⁵ zijn momenteel de enige twee lidstaten die zijn overgegaan tot het instellen van een strafrechtelijk verbod op het dragen van de boerka in de publieke ruimte. Met het boerkaverbod bevindt Frankrijk zich dus overduidelijk in een minderheidspositie, zo erkent ook het Hof. Het Hof acht niettemin relevant dat de kwestie in meerdere lidstaten een punt van discussie is geweest, ook al heeft dat in die lidstaten (nog) niet tot een verbod geleid. Het Hof neemt verder mee dat de kwestie in een aantal andere lidstaten helemaal geen punt van discussie is, om de simpele reden dat de boerka daar niet of nauwelijks voorkomt ('where this practice is uncommon').⁴⁶ Deze aspecten tezamen brengen het Hof tot de conclusie dat onder de lidstaten geen consensus bestaat tegen een boerkaverbod.

Zonder verdere toelichting overtuigt het tweede mij niet direct. Zo rijst de vraag hoe relevant het eigenlijk is dat in een aantal lidstaten over de kwestie is gedebatteerd of nog steeds wordt gedebatteerd. Wat zegt dat feitelijk over de afwezigheid van consensus? Het komt mij voor dat de relevantie van dit argument sterk afhangt van het *aantal* lidstaten waarin een verbod aan de orde is gesteld, en van de *redenen* waarom het verbod er niet is gekomen of is ingetrokken. Bijvoorbeeld, als het boerkaverbod in een groot aantal lidstaten geen meerderheid kreeg vanwege aangenomen strijd met fundamentele rechten, lijkt dat me juist een aanwijzing voor consensus tegen een boerkaverbod.

Zoekend naar overtuigender aanknopingspunten voor het vaststellen of al dan niet sprake is van consensus, zou ik de vraag willen opwerpen of en, zo ja, in hoeverre belang zou mogen worden gehecht aan het feit dat in brede mensenrechtelijke kring vrijwel eensgezind wordt gedacht over een algemeen verbod op de boerka, zoals blijkt uit de vele gepubliceerde documenten hieromtrent?⁴⁷ Immers, ik meen dat niet uitgesloten kan worden dat

43 Zie Loenen 2008.

44 Zie hierover H. Post & G. van der Schyff, 'De spanning tussen de *margin of appreciation* en de universele waarde van godsdienstvrijheid', in Post & Van der Schyff 2014, p. 79-104.

45 Zie www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=2011060108 (laatst geraadpleegd op 5 december 2014).

46 Zie www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=2011060108 (laatst geraadpleegd op 5 december 2014).

47 Een uitgebreid overzicht is te vinden in EHRM S.A.S. t. Frankrijk, par. 35-39.

de gepubliceerde notities, resoluties, aanbevelingen etc. hebben bijgedragen aan het feit dat het overgrote deel van de lidstaten momenteel geen boerkaverbod kent. De kwestie zou nader onderzoek vergen. Weliswaar zou ik niet direct willen beweren dat een veelheid aan eensgezinde mensenrechtelijke publicaties moet kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van consensus ter zake, maar een breed gedeelde eensgezindheid zou in een geval als het onderhavige wellicht als ondersteunend argument kunnen dienen voor het aannemen van consensus. Tezamen met het meest sterke argument dat Frankrijk zich met het boerkaverbod in een overduidelijke minderheidspositie bevindt, had het Hof dan mijns inziens gerechtvaardigde redenen kunnen aanvoeren om zich wat steviger met het Franse boerkaverbod te bemoeien dan het nu doet.

6 Gepast terughoudend of krampachtig vermijndend?

Ook al zou het Hof de hierboven door mij opgeworpen vraag bevestigend beantwoorden, dan nog mag ervan worden uitgegaan dat niettemin een ruime beleidsvrijheid aan Frankrijk was gelaten. In mijn optiek heeft het Hof gewoonweg niet willen overgaan tot een veroordeling van Frankrijk wegens schending van het recht op eerbiediging van het privéleven en/of de vrijheid van godsdienst. Onbegrijpelijk is dat allerm minst. De al even genoemde legitimiteitscrisis heeft het Hof ongetwijfeld voorzichtig gemaakt. Het ligt immers in de lijn der verwachting dat een veroordeling van Frankrijk in deze zaak tot zeer heftige negatieve reacties zou hebben geleid onder Franse autoriteiten en burgers, maar zeker ook onder vertegenwoordigers en aanhangers van politieke partijen met sterke anti-immigratie- en anti-islamstandpunten in verscheidene andere lidstaten (denk aan de Nederlandse PVV). Men hoeft over weinig verbeeldingskracht te beschikken om de krantenkoppen en oneliners voor zich te zien, zou Straatsburg een stokje voor het boerkaverbod gestoken hebben. Om een de lidstaten onwelgevallige uitkomst te vermijden, heeft het Hof zich echter krampachtig moeten wringen in bochten van aanvaarding van een puur maatschappelijke grondslag onder het Franse boerkaverbod en een ongeloofwaardige overname van een Frans recht op sociale interactie. Hoe begrijpelijk ook, daarmee roept het Hof zelf de pijnlijke vraag op in hoeverre het in gevoelige kwesties als het boerkaverbod kan en wil bijdragen aan de ruimhartige bescherming van fundamentele rechten van individuen die een bekritiseerde religie wensen uit te dragen op een wijze die de wenkbrauwen doet fronsen.

Ongemakkelijk genoeg lijkt met deze uitspraak bevestigd dat in gevoelige, religie-gerelateerde dossiers als het onderhavige een beperking van fundamentele rechten toch relatief snel op Straatsburgse goedkeuring mag rekenen. Daarmee lijkt ook de weg gebaad voor een Nederlands boerkaverbod, uiteraard mits een voorstel van die strekking op een meerderheid in het parlement zou kunnen rekenen. Maar van de noodzaak het boerkaverbod te brengen onder de noemer 'gezichtsbedekkende kleding' en te verpakken in een maatschappelijk religie-neutraal doosje van essentieel geachte open communicatie, bleek Nederland zich in 2011 al bewust. Het toen ingediende wetsvoorstel inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding in de publieke ruimte was mede op die noodzaak gebaseerd.⁴⁸

48 Voorstel van wet houdende de instelling van een algemeen verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding, *Kamerstukken II* 2011/12 33165, nr. 2. Dit wetsvoorstel is overigens het vierde wetsvoorstel dat sinds 2007 rond dit thema werd ingediend. Het eerste voorstel betreft een boerkaverbod in de openbare ruimte van PVV-Kamerleden Wilders en Fritsma (*Kamerstukken II* 2006/07, 31108). Vervolgens werd door VVD-Kamerlid Kamp een initiatiefwetsvoorstel ingediend dat beoogde gezichtsbedekkende kleding te verbieden in de openbare ruimte (*Kamerstukken II* 2007/08, 31108). Voorts lag er een regeringsvoorstel inzake gelaatsbedekkende kleding in het onderwijs (Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31200 VII, nr. 48, p. 1).

De eveneens ingeroepen bevordering van gendergelijkheid zal het in Straatsburg waarschijnlijk niet redden en te betwijfelen valt voorts hoe houdbaar het beroep op veiligheid en veiligheidsgevoel zal zijn. Maar meer dan een beroep op het behoud van het essentiële Nederlandse belang bij open communicatie lijkt niet nodig.⁴⁹

49 Al stelde onze Raad van State zich op het standpunt dat het voorgestelde verbod op gelaatsbedekkende kleding niet voldoet aan het vereiste dat zo'n verbod zou voorzien in een 'een klemmende maatschappelijke noodzaak', zie Advies W04.11.0379/1 van 28 november 2011, *Kamerstukken II 2011/12*, 33165, nr. 4.