

Artikel 9 EVRM in de Nederlandse strafrechtspraak

van Noorloos, L.A.

Published in:
Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde

Document version:
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2014

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
van Noorloos, L. A. (2014). Artikel 9 EVRM in de Nederlandse strafrechtspraak: geloofsartikel of struikelblok? In H. Post, & G. van der Schyff (Eds.), *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde: Nationale en Europese perspectieven* (pp. 205-235). Oisterwijk: Wolf Legal Publishers (WLP).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Artikel 9 EVRM in de Nederlandse strafrechtspraak: geloofsartikel of struikelblok?

Marloes van Noorloos

1. De rol van artikel 9 EVRM in de Nederlandse strafrechtspraak: introductie

De verhouding tussen strafrecht, religie en levensovertuiging kent vele dimensies.¹ Strafbaarstellingen kunnen – bedoeld of onbedoeld – bepaalde godsdiensten of overtuigingen beschermen (zoals het inmiddels afgeschafte blasfemieverbod van artikel 147 (oud) Sr²) of beperken (zoals het voorstel om de boerka te verbieden). Ook in het strafprocesrecht en in het sanctierecht kan het geloof in het geding komen, zoals bij het afleggen van de eed.

Juist strafrechtelijke beperkingen van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging kunnen behoorlijk problematisch zijn, omdat met het strafrecht de meest vergaande middelen kunnen worden ingezet die de staat tot zijn beschikking heeft. Niet voor niets is het uitgangspunt dat het strafrecht slechts wordt ingezet als daar hele goede redenen voor zijn, en dat geldt zeker wanneer fundamentele vrijheden in het geding zijn. De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (art. 6 GW, art. 9 EVRM, art. 18 IVBPR) kan een belangrijke rol spelen in het strafrecht, zowel in wetgeving als rechtspraak. In deze bijdrage komt niet het gehele scala aan relaties tussen strafrecht en geloofsvrijheid aan de orde; de focus ligt op de rol van art. 9 EVRM in de rechtspraak. Hoe maakt de Nederlandse strafrechter gebruik van art. 9 EVRM?

Die vraag vul ik in door de Nederlandse strafrechtspraak waarin art. 9 voorkomt te analyseren in het licht van een aantal aspecten, deels ontleend aan de interpretatie van dat recht door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM). Allereerst is de vraag hoe de Nederlandse strafrechter

¹ Zie over deze bredere vraag P.H. van Kempen, 'Religie in het Wetboek van Strafrecht', in: H. Broeksteeg en A. Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*, 2011, Deventer: Kluwer, p. 161-194; H. Wiersinga, 'Strafrecht en religie', *Ars Aequi* 2003, nr. 7-8, p. 541-548. Zie ook J. Claessen, *Misdaad en straf: een herbezinning op het strafrecht vanuit mystiek perspectief*, 2010, Nijmegen: Wolf Legal Publishers.

² Wet van 23 januari 2014 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het laten vervallen van het verbod op godslastering, *Stb.* 2014, 39.

omgaat met het onderscheid dat art. 9(1) maakt tussen *forum internum* en *forum externum* – de vrijheid om een godsdienst of levensovertuiging aan te hangen versus de vrijheid om deze te manifesteren. Wat is een godsdienst of levensovertuiging volgens de strafrechter (welke vrijheid veroorlooft die zich bij de interpretatie daarvan), en wat geldt als een manifestatie van godsdienst of levensovertuiging? Als dat eenmaal is vastgesteld, welke grenzen kunnen daar dan op grond van art. 9(2) aan worden gesteld?

Ook wordt in de analyse betrokken de manier waarop de geloofsvrijheid doorwerkt voor de strafrechter. De focus ligt op het materiële strafrecht, omdat art. 9 EVRM in de daarop betrekking hebbende rechtspraak veruit het meest naar voren komt. Binnen dat materiële strafrecht kan een beroep op art. 9 allereerst een rol spelen om de verenigbaarheid van een wetsbepaling met de geloofsvrijheid op zichzelf aan te vechten. Ook kan art. 9 wel van stal worden gehaald om een bepaalde (verdragsconforme) interpretatie van een delictsbestanddeel te bepleiten (bijvoorbeeld het woord ‘beledigend’ in art. 137c, zie par. 3). Daarnaast kan art. 9 een rol spelen in het kader van strafuitsluitingsgronden zoals psychische overmacht – vaak gaat het dan om zogenaamde gewetensbezwaren tegen bijvoorbeeld de militaire dienstplicht of de leerplicht.

In paragraaf 2 beschrijf ik de algemene lijn van het EHRM en de ECRM over de aspecten *forum internum/externum*, interpretatie van godsdienst/levensovertuiging en mogelijke beperkingen daarvan. Die aspecten, evenals bovengenoemde overwegingen over doorwerking in Nederlands recht, komen terug in de thematische analyse van de Nederlandse strafrechtspraak in par. 3-6. De Nederlandse strafrechtspraak over art. 9 concentreert zich voornamelijk op de thema’s uitingsdelicten en gewetensbezwaren (m.n. militaire dienst en leerplicht); deze thema’s worden in par. 3 en 4 verder uitgewerkt. In par. 5 en 6 komen enkele resterende thema’s aan bod, namelijk drugsdelicten en de identificatieplicht.

2. Enkele uitgangspunten van artikel 9 EVRM

Art. 9 EVRM omvat het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst – het zogenaamde *forum internum*, dat nooit beperkt mag worden. Daarnaast omvat het de vrijheid om de godsdienst of levensovertuiging te manifesteren, d.w.z. te belijden of tot uitdrukking te brengen in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften. Dit is het *forum externum*, dat beperkt kan worden als dat bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Bij het beoordelen van dergelijke beperkingen van het *forum externum* is dan de eerste vraag of artikel 9 überhaupt in het geding is: is er sprake van (a) een godsdienst of levensovertuiging en (b) het manifesteren daarvan? Deze beoordeling raakt aan het principe van interpretatieve terughoudendheid in geloofszaken, dat voortvloeit uit de scheiding van kerk en staat. Het is niet aan de autoriteiten om te bepalen wat een legitieme godsdienst of levensbeschouwing is en hoe die moet worden beleden. Daarbij speelt het dilemma dat enerzijds een te strikte interpretatie ervoor kan zorgen dat minderheden en nog niet gevestigde overtuigingen worden uitgesloten; anderzijds is een te brede definitie gevoelig voor misbruik. Globaal gezien zijn er twee benaderingen om met dit dilemma om te gaan:³

- de 'subjectief-functionele' benadering: uitgaan van het standpunt van het individu dat zich beroept op artikel 9. Hierbij kan meespelen de oprechtheid waarmee de overtuiging wordt aangehangen en de functie van die overtuiging in het leven van het individu.
- de 'inhoudelijke' benadering: een meer objectieve benadering waarbij godsdienst en levensovertuiging worden gedefinieerd door te kijken naar de essentie, de belangrijkste eigenschappen van die overtuiging.

Het Europese Hof benadrukt het belang van de staatsneutraliteit: 'the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs'.⁴ In het algemeen accepteren Hof en Commissie een breed palet aan geloven en overtuigingen onder artikel 9. Dat geldt bijvoorbeeld voor Scientology, pacifisme, en ook atheïsme. De Commissie heeft zelfs klachten over het beperken van fascistische en neonazistische uitingen inhoudelijk behandeld onder artikel 9(2), wat suggereert dat deze ideologieën inderdaad onder de definitie van levensovertuiging zouden kunnen vallen.⁵ De Commissie oordeelde echter ook dat het ontkennen van de Holocaust niet als 'overtuiging' onder art. 9 kon gelden.⁶ Ook wees de Commissie de klachten af van een gevangene die claimde zijn Wicca-geloof niet te kunnen uitoefenen; de Commissie vond dat 'the applicant has not mentioned any facts making it possible to establish the existence of the Wicca religion'. Een vergelijkbare redenering werd gegeven t.o.v. een gevangene die zich als 'light worshipper' presenteerde.⁷ Volgens het

³ R. Adhar & I. Leigh, *Religious freedom in the liberal state*, 2005, Oxford: Oxford University Press, p. 115.

⁴ EHRM (GK) Refah Partisi e.a. t. Turkije, 13 februari 2003, appl.nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98 en 41344/98, par. 91.

⁵ ECRM X t. Oostenrijk, app.nr. 1747/62; ECRM X t. Italië, 21 mei 1976, app.nr. 6741/74, besproken in C. Evans, 'Religious freedom in European human rights law: the search for a guiding conception', in: Mark W. Janis & Carolyn Evans, *Religion and international law*, 1999, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, p. 385-400, p. 390.

⁶ F.P. t. BRD, 29 maart 1993, appl.nr. 19459/92.

⁷ ECRM X t. VK, app.nr. 7291/75 en ECRM X t. BRD, app.nr. 4445/70, besproken in

EHRM ziet het woord ‘overtuiging’ in art. 9 op ‘views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance’⁸ – niet elke mening of elk idee (vgl. art. 10 EVRM) valt daaronder. Toch lijkt de interpretatie van godsdienst of levensovertuiging in het algemeen genereus en hebben Hof en Commissie tot dusver geen inhoudelijke criteria aangelegd op dit punt.⁹

De beoordeling wat als *manifestatie* van een godsdienst of levensovertuiging geldt, heeft echter meer voeten in de aarde. In *Arrowsmith t. Verenigd Koninkrijk* accepteerde de Commissie weliswaar dat pacifisme als ‘belief’ beschermd werd door art. 9, maar het verspreiden van folders aan legerstroepen met de oproep om te deserteren kon objectief gezien niet worden beschouwd als manifestatie van pacifisme omdat ‘it was not concerned with pacifism as a belief and does not refer to pacifism at any point’, terwijl ‘for the purposes of paragraph 1 of Art. 9 the manifestation has to have some real connection with the belief’.¹⁰ Er moet dus een vrij directe connectie zijn tussen de overtuiging en uiting daarvan, en die beoordeling kan niet zomaar aan het subjectieve oordeel van de betrokkene worden overgelaten: ‘[t]he question whether or not a particular manifestation falls within the protection afforded by Art. 9 (1) has to be determined by an objective, not subjective, test.’¹¹ In *Pretty t. Verenigd Koninkrijk* oordeelde ook het Hof dat ‘the term “practice” as employed in Article 9(1) does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief’; de ideeën van klager over hulp bij zelfdoding waren dan ook geen manifestatie van godsdienst of levensovertuiging als in art. 9.¹² Ook suggereerde het Hof in *Refah Partisi t. Turkije* dat ‘an attitude which fails to respect [the principle of secularism] will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one’s religion’.¹³ De objectieve benadering is later wel genuanceerd in *Leyla Sahin t. Turkije*, waar het Hof oordeelde dat het dragen van een hoofddoek ‘may be regarded as motivated or inspired by a religion or belief’ – het Hof laat vervolgens in het midden ‘whether such decisions are in every case taken to fulfil a religious duty’ en acht artikel 9 van toepassing.¹⁴ Uit de recente uitspraak *Eweida e.a. t. Verenigd Koninkrijk* blijkt echter dat het Hof in beginsel nog steeds een objectieve benadering voorstaat:

Evans 1999 (supra noot 5), p. 390.

⁸ EHRM *Campbell en Cosans t. VK*, 25 februari 1982, appl.nr. 7743/76, par. 36; EHRM *Valsamis t. Griekenland*, 18 december 1996, appl.nr. 21787/93, par. 25.

⁹ H. van Ooijen, *Religious symbols in public functions*, 2012, Antwerpen: Intersentia, p. 121.

¹⁰ ECRM *Arrowsmith t. VK*, 16 mei 1977, appl.nr. 7050/75.

¹¹ ECRM *Arrowsmith t. VK*, 16 mei 1977, appl.nr. 7050/75, nr. 3.

¹² EHRM *Pretty t. VK*, 29 april 2002, appl.nr. 2346/02, par. 82. Zie ook EHRM *Pichon en Sajous t. Frankrijk*, 2 oktober 2001, appl.nr. 49853/99.

¹³ EHRM (GK) *Refah Partisi e.a. t. Turkije*, 13 februari 2003, , appl.nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98 en 41344/98, par. 93.

¹⁴ EHRM (GK) *Leyla Sahin t. Turkije*, 10 november 2005, appl.nr. 44774/98, par. 78.

Even where the belief in question attains the required level of cogency and importance, it cannot be said that every act which is in some way inspired, motivated or influenced by it constitutes a “manifestation” of the belief. Thus, for example, acts or omissions which do not directly express the belief concerned or which are only remotely connected to a precept of faith fall outside the protection of Article 9 § 1. (...) In order to count as a “manifestation” within the meaning of Article 9, the act in question must be intimately linked to the religion or belief.¹⁵

Niet vereist is echter dat de klager aantoont dat hij of zij heeft gehandeld ‘in fulfilment of a duty mandated by the religion in question’. Zo werden de weigering om koppels van gelijk geslacht als partners te registreren en de weigering therapie te verlenen aan koppels van hetzelfde geslacht door het Hof onder het bereik van artikel 9(1) geschaard.

Het uitgangspunt dat de verdragsorganen zich niet uitspreken over de inhoud van een godsdienst of levensovertuiging lijkt al met al lastig vol te houden; nog vóór Commissie en Hof aan de belangenafweging van art. 9(2) toekomen wordt onder art. 9(1) objectief getoetst of er daadwerkelijk een ‘manifestatie van godsdienst of levensovertuiging’ is.¹⁶ Op de proportionaliteitstoets uit het tweede lid zal in de volgende thematische paragrafen worden ingegaan, omdat het lastig is daar iets algemeen over te zeggen – buiten het feit dat daar aan staten vaak een zekere beoordelingsmarge wordt gelaten.

3. Uitingsdelicten

3.1. Art. 9 en art. 10 EVRM

De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging is op verschillende manieren gerelateerd aan de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM). Niet alleen kan een meningsuiting volgens het EHRM soms worden beperkt wanneer die beledigend is voor gelovigen¹⁷, de geloofsvrijheid houdt tevens in de vrijheid om die geloofsovertuiging te uiten. Er is dus een zekere overlap tussen artikel 9 en 10, al is voor art. 9 een coherente overtuiging vereist waaruit die uiting direct moet voortvloeien. Zo valt proselitisme (bekeringsdrang) onder art.

¹⁵ EHRM Eweida e.a. t. Verenigd Koninkrijk, 15 januari 2013, appl.nrs. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, par. 82.

¹⁶ Zie ook T. Loenen, ‘Het EHRM en de grenzen van religieus pluralisme’, *Nederlands Juristenblad* 2006, Nr. 6, p. 304-310; E. Alkema, ‘Gewetensbezwaren in het Nederlandse en internationale recht – met speciale aandacht voor de gewetensbezwaren van militairen’, in: J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?* 2008, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij, p. 19-44, p. 32.

¹⁷ EHRM Otto-Preminger-Institut t. Oostenrijk, 20 september 1994, appl.nr. 13470/87; EHRM Wingrove t. VK(1), 25 november 1996, appl.nr. 17419/90; EHRM I.A. t. Turkije, 13 september 2005, appl.nr. 42571/98.

9, al suggereert het EHRM wel dat daar grenzen aan zitten – het mag geen ‘improper proselytism’ zijn zoals hersenspoeling.¹⁸ Dat zou immers de geloofsvrijheid van anderen – het ‘forum internum’ – kunnen aantasten.¹⁹

Religieus geïnspireerde uitingen kunnen ook beperkt worden wanneer ze aanzetten tot haat – bijvoorbeeld tegen andere groepen gelovigen – of tot geweld. Wanneer zulke uitingen bij het EHRM terechtkomen is dat doorgaans in het kader van artikel 10²⁰; het is immers al gebleken dat uitingen die geen directe manifestatie van een geloof of overtuiging zijn, nauwelijks bescherming genieten onder artikel 9.

3.2. Contextuele toetsing

Toch zien we in de Nederlandse jurisprudentie over haatuitingen de godsdienstvrijheid regelmatig voorbijkomen (al wordt niet altijd expliciet naar art. 9 EVRM verwezen). De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging speelt, naast de vrijheid van meningsuiting, een rol in het toetsingskader dat de Hoge Raad aanlegt bij de beoordeling van groepsbelediging (artikel 137c Sr): de ‘contextuele interpretatie’. Deze is tot stand gekomen in enkele arresten over vermeende belediging van homo’s, waarbij de sprekers vanuit hun geloofsovertuiging tot hun uitlatingen kwamen.²¹ Zo vroeg RPF-politicus Van Dijke zich in een interview af ‘waarom zou stelen, bijvoorbeeld uitkeringen pikken van de overheid, minder erg zijn dan zondigen tegen het zevende gebod? Ja, waarom zou een praktiserend homoseksueel beter zijn dan een dief?’²² Volgens het toetsingskader moet de rechter bij de interpretatie van het woord ‘beledigend’ beoordelen (1) of een uiting op zichzelf beledigend is; (2) of de context aan de uiting het beledigend karakter ontnemt – daarbij kan het onder meer gaan om het feit dat de uiting kenbaar in direct verband staat met de geloofsovertuiging van de verdachte en als zodanig voor hem van betekenis is in het maatschappelijk debat; (3) wanneer de context het beledigend karakter aan de uitlating ontnemt kan nog steeds sprake zijn van strafbare groepsbelediging als de uiting, ook binnen de context, onnodig grievend is. In lagere rechtspraak is dit toetsingskader ook gebruikt bij de beoordeling van aanzetten tot haat en discriminatie (art. 137d Sr).²³ Het gaat om een objectieve beoordeling – ‘kenbaar in direct verband

¹⁸ EHRM Kokkinakis t. Griekenland, 25 mei 1993, appl.nr. 14307/88.

¹⁹ R. Uitz, *Freedom of religion in European, constitutional and international case law*, 2007, Strasbourg: Council of Europe Publishing, p. 56.

²⁰ EHRM Gündüz t. Turkije, 4 december 2003, appl.nr. 35071/97.

²¹ HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 204 m.nt. De Hullu (Justitiekraan); HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203 (Van Dijke); HR 14 januari 2003, *NJ* 2003, 261 m.nt. Mevis (Dominee).

²² HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203 (Van Dijke).

²³ Rechtbank Amsterdam, 23 juni 2011, *NJ* 2012, 370 m.nt. Mevis (Wilders), *Mediaforum* 2011/24 m.nt. Van Noorloos; Gerechtshof’s-Gravenhage 23 januari 2008, *NJ* 2008, 184.

met de geloofsovertuiging' – en niet om het toetsen van de subjectieve bedoelingen van de verdachte.²⁴

Dit beoordelingskader lijkt geïnspireerd door de jurisprudentie van het EHRM over artikel 10, waar de context van het maatschappelijk debat een belangrijke rol speelt. Maar ook de godsdienstvrijheid komt naar voren (al verwijst de Hoge Raad niet naar art. 9 EVRM of naar art. 6 GW). In de Van Dijke-zaak stelt de Hoge Raad dat het hof in zijn oordeel mocht betrekken 'dat de vrijheid van godsdienst en van meningsuiting mede bepalend kunnen zijn voor het al dan niet aannemen van een beledigend karakter van — op zichzelf beschouwd kwetsende of grievende — uitlatingen' (ro. 3.4.4). A-G Machielse bekeek de zaak in het licht van artikel 6 GW, in navolging van het hof dat oordeelde dat 'gezien bovendien de grondrechtelijke vrijheden van godsdienst en van meningsuiting het verdachte vrij [stond] zijn geloofsovertuiging uit te dragen.' De A-G gaat mee in het oordeel dat de uitlating van Van Dijke 'niet meer [is] dan een illustratie ter verduidelijking van verzoekers uitgedragen geloofsovertuiging'; zijn persoonlijke kritiek op het werken met gradaties in Gods geboden 'doet verzoeker klaarblijkelijk op grond van en in directe aansluiting op zijn geloofsbeleving.'²⁵ De bewoordingen van de Hoge Raad - 'kenbaar in direct verband met de geloofsovertuiging van de verdachte' – sluiten daarop aan maar zijn ietwat voorzichtiger. In de Dominee-zaak ging de Hoge Raad mee met de vrijspraak door het hof, omdat de uitlating (o.a. 'men moet maar tolerant zijn in de richting van vieze en vuile zonden'), 'kenbaar in direct verband stond met de geloofsovertuiging van de verdachte en dat diens bedoeling de mensheid te waarschuwen duidelijk was, in welke laatste vaststelling ligt besloten dat die uitlating voor de verdachte van betekenis is voor een maatschappelijk debat' en de uitlating diende 'ter aanduiding van de in de geloofsopvatting van de verdachte verankerde opvatting dat homofilie als een zonde moet worden aangemerkt'.²⁶ De Hoge Raad verwijst hier dus niet expliciet naar de vrijheid van godsdienst en doet dat evenmin in de Justitiekant-zaak – in die zaak mocht het hof betekenis toekennen 'aan de omstandigheid dat die zinsnede een uiting vormt van de aan bijbelse opvattingen ontleende mening van de verdachte'.²⁷ Hier lijkt het vereiste verband tussen overtuiging en uiting wat minder direct dan in de (oudere) rechtspraak van het EHRM over art. 9.²⁸

3.3. *Kritiek*

²⁴ Annotatie De Hullu bij HR 9 januari 2001 (Van Dijke), *NJ* 2001/203 en HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 204 (Justitiekant), nr. 2; A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 249.

²⁵ HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203 (Van Dijke), conclusie onder nr. 12.

²⁶ HR 14 januari 2003, *NJ* 2003, 261 m.nt. Mevis (Dominee).

²⁷ HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 204 m.nt. De Hullu (Justitiekant).

²⁸ A.J. Nieuwenhuis, 'Godsdienstvrijheid en bijdragen aan het maatschappelijk debat', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 154-166, p. 159.

Dat een uiting kenbaar in direct verband moet staan met de geloofsovertuiging van de verdachte en als zodanig voor hem van betekenis moet zijn in het maatschappelijk debat, duidt op een dubbele grondslag, zoals ook het EHRM die tot uitdrukking brengt: enerzijds de individuele ratio achter vrijheid van meningsuiting en godsdienst als hoogstpersoonlijke uiting, anderzijds de democratische ratio van deze vrijheden als noodzakelijke voorwaarde voor een pluralistische, democratische samenleving.²⁹

Deze rechtspraak is echter bekritiseerd omdat gelovigen op deze manier een grotere uitingsvrijheid zouden hebben dan niet-gelovigen.³⁰ De context van het maatschappelijk debat en de vrijheid van meningsuiting lijken de meest relevante factoren te zijn³¹, maar daarmee had de Hoge Raad natuurlijk ook kunnen volstaan. Een ander problematisch aspect van de overweging dat een uitlating een bepaald (al dan niet direct) verband heeft met een geloofsopvatting, is dat de rechter er nauwelijks aan ontkomt om een oordeel te geven over de verenigbaarheid van een uitlating met een bepaalde geloofsopvatting – tenzij de rechter uitgaat van hetgeen wordt aangevoerd door de verdachte (de subjectieve interpretatie). Dat maakt het heel lastig om neutraal te blijven in geloofskwesties. Wellicht dat de Hoge Raad daarom spreekt over ‘als zodanig voor hem van betekenis in het maatschappelijk debat’: zo speelt de geloofsovertuiging meer een rol op de achtergrond, als inspiratie voor een bijdrage aan het maatschappelijk debat³², en hoeft de juistheid of verenigbaarheid van die uiting met de betreffende geloofsopvatting wellicht ook niet getoetst te worden.

In de zaak-El Moumni, over de imam die bij NOVA had gezegd dat homoseksualiteit schadelijk is voor de Nederlandse samenleving en dat ‘als die ziekte zich verspreidt, iedereen besmet [kan] raken’, volgde de rechter een geheel andere weg.³³ Het hof kwam tot een vrijspraak, omdat ‘gezien de in de grondwet en internationale verdragen verankerde vrijheid van godsdienst het verdachte vrij [stond] zijn op zijn geloofsovertuiging stoelende opvattingen omtrent homoseksualiteit uit te dragen’ en zijn uitlatingen ‘zijn aan te merken als een weergave van een in de islamitische godsdienst verankerde geloofsopvatting van verdachte’. Tot die laatste conclusie kwam het hof door een advies van twee getuige-deskundigen, experts op het gebied van de islam, die aangaven dat de verdachte deze uitlatingen inderdaad

²⁹ Nieuwenhuis 2004 (supra noot 28), p. 157-158.

³⁰ Annotatie G.A.I. Schuijt bij HR 9 januari 2001 (Van Dijke), *Mediaforum* 2001-2, p. 63-67.

³¹ Nieuwenhuis 2004 (supra noot 28); annotatie Mevis bij HR 14 januari 2003 (Dominee), *NJ* 2003, 261, nr. 5.

³² Annotatie Mevis bij HR 14 januari 2003 (Dominee), *NJ* 2003, 261.

³³ Gerechtshof 's-Gravenhage 18 november 2002, *NJ* 2003, 24 (El Moumni).

kon baseren op het traditionele standpunt van de islamitische wet. Het hof poogde hier de manifestatie van het geloof objectief te beoordelen door af te gaan op deskundigen in plaats van op de subjectieve interpretatie van de verdachte zelf. Een objectieve benadering lijkt meer in lijn met de Europese rechtspraak dan het afgaan op de subjectieve interpretatie van de betrokkene, maar hoe valt deze te verenigen met neutraliteit in geloofskwesties en interpretatieve terughoudendheid?³⁴ De vraag is ook welke uitleg van een religieus voorschrift dan ‘objectief’ leidend is en wat het betekent als een rechterlijk college dat zo vaststelt.³⁵ In die zin werkt de godsdienstvrijheid bij zulke zaken complicerend, en is het wellicht zuiverder om het gewoon bij de vrijheid van meningsuiting en de context van het maatschappelijk debat te houden.

Ook vóórdat de Hoge Raad tot contextuele toetsing overging, kwamen dergelijke vragen wel aan de orde. Toen het echtpaar Goeree in de jaren '80 schreef dat de Holocaust de eigen schuld was van het Joodse volk vanwege de kruisiging van Jezus, kwam het hof aanvankelijk ook tot een vrijspraak.³⁶ Het oordeelde dat de artikelen als geheel moeten worden gezien in het licht van de bijbeltekst ‘Zijn bloed kome over ons en over onze kinderen’ en dat

blijkens de deskundigenrapporten hun exegese door sommigen [wordt] gedeeld, doch door anderen (fel) bestreden. Het is echter niet aan de rechter in de beoordeling daarvan te treden, aangezien dat een aantasting zou betekenen van de grondwettelijk gegarandeerde vrijheid van geloofsverkondiging, welke vrijheid aan de G's in de onderhavige zaak de ruimte laat uit te gaan van een niet door de Raad van Kerken of door rabbijnen geautoriseerde exegese.³⁷

De bedoeling van de verdachten zou bovendien niet gericht zijn op belediging, nu niet op ‘schuld’ in in ethische of politiek/ maatschappelijke zin werd bedoeld maar op het verwerpen van Jezus als Messias, waarbij de bedoeling was dat het publiek zich van die ‘dwaling’ zou bekeren. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak, omdat het hof teveel was uitgegaan van de bedoeling van de verdachten – het gaat erom of de strekking van een uitlating beledigend is.³⁸

³⁴ Zie M. Galenkamp, ‘Religieuze overtuigingen en het discriminatieverbod. Enkele bedenkingen bij het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid’, *Trema* 2005, p. 251-256.

³⁵ Zie ook annotatie M. de Blois bij Gerechtshof 's-Gravenhage 18 november 2002 (El Moumni), *NJCM-Bulletin* 2003, p. 461-470.

³⁶ HR 18 oktober 1988, *NJ* 1989, 476 m.nt. GEM.

³⁷ Idem.

³⁸ Zie in dit verband ook de civiele zaak tegen hetzelfde echtpaar over de uitlating dat homoseksualiteit tot aids leidt: HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 289 m.nt. Alkema.

Kortom: de vraag of een uitlating 'kenbaar in direct verband staat met een geloofsopvatting' vraagt van de rechter in feite om een objectief oordeel over de verenigbaarheid van die opvatting met de gedane uitlating, al hoeft dat niet zo te zijn als die geloofsovertuiging puur een rol heeft op de achtergrond en de context van het maatschappelijk debat bepalend is. Een objectief-inhoudelijk oordeel over wat als manifestatie van de geloofsopvatting geldt, ligt overigens niet ver af van wat de ECRM en het EHRM doen onder art. 9. Zo'n oordeel kan wel problemen opleveren met de interpretatieve terughoudendheid, zoals blijkt uit de uitspraak in El Moumni. Daarentegen kan een puur subjectieve beoordeling zoals in de Goeree-zaak – waarbij alleen de spreker zelf beoordeelt of er sprake is van een geloofsuiting – leiden tot grenzeloosheid. Wat te doen, bijvoorbeeld, als predikers van terroristisch geweld zich direct op hun geloofsopvatting beroepen?

3.4. De Hofstadgroep

In het kader van het prediken van terrorisme is de rechtspraak over de Hofstadgroep interessant. Sinds 9/11 staan radicale uitingen in het kader van religieus geïnspireerd terrorisme sterk in de belangstelling en in 2006 werden de leden van de Hofstadgroep strafrechtelijk vervolgd wegens deelneming aan een criminele/terroristische organisatie (art. 140/140a Sr). Bij de verdachten waren geschriften aangetroffen die een visie op de Islam verraadden waarin democratie en rechtsstaat werden verworpen en vijandigheid tegen ongelovigen werd gepredikt; het plegen van misdrijven als aanzetten tot haat (art. 137d Sr) en opruiing (art. 131 Sr) was volgens de aanklager dan ook het oogmerk van de groep. Het Hof Den Haag beoordeelde deze geschriften mede in het licht van artikel 9 en 10 EVRM, gezien 'het belang van de bescherming van de (...) rechten op vrijheid van godsdienst en vrijheid van meningsuiting, die tot de essentiële fundamentele van die rechtsorde behoren.'³⁹ Daarbij zette het Hof ook het contextuele toetsingskader uiteen, dat daarmee tevens op de artikelen 137d en 131 Sr van toepassing werd verklaard. Een zinsnede, zin of passage kan het haatzaaiend of opruiend karakter ontberen indien deze 'tegen de achtergrond van het integrale geschrift, een uiting blijkt te zijn van een aan de Koran of de Hadiths ontleende geloofsopvatting van de schrijver (...) Daarbij is onder meer van belang of de uitlating kenbaar in direct verband staat met de uiting van de geloofsopvatting van de schrijver (...) en voor hem van betekenis is voor een maatschappelijk debat.'⁴⁰ Volgens het Hof is

³⁹ Gerechtshof's-Gravenhage, 23 januari 2008, NJ 2008, 184.

⁴⁰ Idem.

de rol van het strafrecht in zaken, waar het recht op vrijheid van godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting in het geding zijn, relatief bescheiden (...) Het standpunt dat de democratie moet worden verworpen laat zich onmiskenbaar niet verenigen met de aan het EVRM ten grondslag liggende beginselen en de door dat verdrag beschermde waarden. (...) Desalniettemin ontbeert degene, die deze standpunten uitdraagt zonder daarbij de hiervoor bedoelde grenzen te overschrijden, vanwege dat gegeven alléén niet de bescherming van de artikelen 9 en 10 EVRM.

Uiteraard dient daarbij wel het hiervoor geformuleerde derde uitgangspunt voor ogen te worden gehouden: indien de betreffende uitlating (...) gepaard gaat met een oproep tot Jihad, een oproep om gewapende strijd te voeren, worden de grenzen van het recht op vrijheid van godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting overschreden.⁴¹

De EHRM-rechtspraak die aan deze beoordeling ten grondslag ligt, ziet deels op artikel 10 EVRM (Gündüz t. Turkije⁴²), maar het gerechtshof gaat ook in op de art. 9-uitspraken Kokkinakis t. Griekenland⁴³ en Leyla Sahin t. Turkije.⁴⁴ Uit die laatste uitspraak maakt het gerechtshof op dat

het niet aan de overheid – in casu: dit hof – is om vast te stellen of religieuze opvattingen dan wel de manier waarop deze tot uitdrukking worden gebracht legitiem zijn. Het hof behoort zich – ook – in dat opzicht onpartijdig op te stellen vanwege het grote belang dat binnen een democratische rechtsstaat aan religieus pluralisme dient te worden gehecht.⁴⁵

Het hof voegt daaraan toe dat het recht om zijn godsdienst te belijden wel kan worden beperkt, onder meer om de rechten van anderen te beschermen; '[t]ot die anderen behoren ook "atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned", aangezien zij, zoals door het EHRM bij herhaling is overwogen, de door artikel 9 EVRM beschermde vrijheid genieten om er géén geloofsovertuiging op na te houden en om géén godsdienst te belijden.'

De Hoge Raad vernietigde deze uitspraak om redenen niet gerelateerd aan art. 9, zodat de zaak vervolgens bij het Hof Amsterdam en daarna wederom

⁴¹ Idem.

⁴² EHRM Gündüz t. Turkije, 4 december 2003, appl.nr. 35071/97.

⁴³ EHRM Kokkinakis t. Griekenland, 25 mei 1993, appl.nr. 14307/88.

⁴⁴ EHRM (GK) Leyla Sahin t. Turkije, 10 november 2005, appl.nr. 44774/98.

⁴⁵ Gerechtshof 's-Gravenhage, 23 januari 2008, NJ 2008, 184.

bij de Hoge Raad terecht kwam.⁴⁶ Daar kwam art. 9 toch weer naar voren: het Amsterdamse hof oordeelde dat

geloven en denken vrij staan, zonder enige beperking. Alleen gedragingen, waaronder begrepen het doen van uitlatingen, het voeren van overleg, het maken van plannen of afspraken en in bepaalde gevallen ook het nalaten waar handelen geboden is, kunnen strafbaar zijn. Daarbij dienen wel de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst als uitgangspunt te gelden. Aan deze vrijheden zijn echter beperkingen gesteld.⁴⁷

Een aantal geschriften was volgens het hof opruiend of zette aan tot haat zodat de grenzen van de vrijheid van meningsuiting en godsdienst werden overschreden. Voor de Hoge Raad beriepen verdachten zich op artikel 9 en 10 EVRM omdat de uitleg van artikel 140 en 140a door het hof ervoor zou zorgen dat 'iedere bezoeker van bijeenkomsten waar wordt opgeruid of haat gezaaid het gevaar loopt te worden gezien als deelnemer aan een criminele organisatie'.⁴⁸ De Hoge Raad ging niet op artikel 9 en 10 in, maar A-G Machielse wel: hij stelde dat verdachte

niet zomaar een bezoeker [was] van informatieve bijeenkomsten over het gedachtegoed van fundamentalisten, maar (...) deelnemer was aan organisaties die worden bestreken door artikel 140 en 140a Sr en (...) het bezoeken van deze bijeenkomsten en het voorhanden hebben van geschriften [maakten onderdeel uit] van het deelnemen aan die organisaties. Beperkingen op de grondrechten van de vrijheid van meningsuiting en van godsdienst zijn mogelijk en het hof heeft doen blijken dat de grens van het geoorloofde wordt bereikt wanneer men de strafwet overtreedt en wanneer een strafrechtelijke vervolging noodzakelijk is voor de bescherming van de openbare orde of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.⁴⁹

⁴⁶ HR 2 februari 2010, LJN BK5196; BK5193; BK5189; BK5182; BK5175; BK5174; BK5172. Gerechtshof Amsterdam 17 december 2010, LJN BO9018; BO9017; BO9016; BO9015; BO9014. HR 3 juli 2012, LJN BW5132; BW5178; BW5161; BW5136.

⁴⁷ Gerechtshof Amsterdam 17 december 2010, LJN BO9018; BO9017; BO9016; BO9015; BO9014.

⁴⁸ HR 3 juli 2012, LJN BW5132; BW5178; BW5161; BW5136: conclusie A-G par. 4.8.

⁴⁹ HR 3 juli 2012, LJN BW5132; BW5178; BW5161; BW5136: conclusie A-G par. 4.8.

Kortom, dat artikel 9 in principe van toepassing is wordt niet betwist. Vanwege de interpretatieve terughoudendheid die de rechters in verschillende instanties aanleggen, kan ook aanzetten tot haat of tot geweld in feite als manifestatie van een geloofsopvatting gelden; of de uiting objectief gezien in direct verband staat met de uiting van de geloofsopvatting wordt niet getoetst. De eigenlijke beoordeling, die verschillend uitvalt bij de verschillende instanties, gebeurt op grond van art. 9(2). Voor het EHRM is een dergelijke zaak nog nooit onder de noemer van art. 9 aan de orde geweest en worden dergelijke uitingen doorgaans inhoudelijk behandeld onder artikel 10 EVRM; interessant is wel dat het Hof in *Refah Partisi e.a. t. Turkije* stelde dat overtuigingen die de seculiere rechtsstaat niet respecteren ‘will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one’s religion’.⁵⁰

4. Gewetensbezwaren

4.1. Gewetensbezwaren in het strafrecht

Verdachten die gewetensbezwaren koesteren tegen een bepaalde wettelijke regeling, zoals de militaire of vervangende dienstplicht (sinds 1997 opgeschort) en de leerplicht, doen regelmatig een beroep op artikel 9 EVRM. Bij dit thema bestaat een bijzondere verhouding tussen wetgever, bestuur en rechter, waarbij zowel de bestuurs- als de strafrechter een rol kan spelen. Wanneer de wetgever een speciale wettelijke regeling heeft gemaakt om gewetensbezwaren een plaats te geven, is de beoordeling van dergelijke vrijstellingen of ontheffingen een taak van het bestuur (en uiteindelijk ter toetsing aan de bestuursrechter); personen die van die mogelijkheid geen gebruik maken of die niet aan de voorwaarden voldoen en alsnog naar hun gewetensbezwaar handelen, kunnen uiteindelijk strafrechtelijk vervolgd worden. Zo bestaat er onder de Wet gewetensbezwaren militaire dienst (WGMD) een vrijstellingsmogelijkheid, waarbij de Minister van Defensie het gewetensbezwaar beoordeelt. Een gewetensbezwaar wordt niet inhoudelijk getoetst, maar het bestuur kijkt wel naar de ernst van het bezwaar: of het om diep gefundeerde en consistente bezwaren gaat (al wordt dat slechts marginaal getoetst).⁵¹ Daarbij kan ook een tegenprestatie worden verwacht, zoals een langere vervangende dienstplicht. Is geen vrijstelling verleend, dan kan dienstweigering een strafbaar feit opleveren (art. 139 Wetboek van Militair Strafrecht; art. 36 Kaderwet Dienstplicht).

⁵⁰ EHRM (GK) *Refah Partisi e.a. t. Turkije*, 13 februari 2003, , appl.nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98 en 41344/98, par. 93.

⁵¹ B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, 1989, Arnhem: Gouda Quint, p. 125.

Een wat bredere blik op gewetensbezwaren in het strafrecht – ook buiten de gebieden waar een wettelijke regeling bestaat – brengt ons bij de zogenaamde overtuigingsdaders: zij die de wet bewust niet nakomen wanneer dat in strijd is met hun innerlijke overtuiging over goed en kwaad.⁵²

Juist bij gewetensbezwaren kan de inzet van het strafrecht problematisch zijn: de autoriteiten geven daarmee een krachtig signaal af dat bepaald gedrag verkeerd is en bestraft moet worden terwijl de betrokkene ervan overtuigd is juist te handelen, te handelen naar zijn geweten.⁵³ Schuyt spreekt over een tragisch conflict tussen het handhaven van de rechtsorde en het respecteren van het individuele geweten: '[d]e staat (...) heeft een belang bij algehele gehoorzaamheid en gezag. Het is zijn recht gehoorzaamheid te eisen. Het individu hoeft vanuit moreel oogpunt niet te buigen.'⁵⁴

4.2. Gewetensbezwaren in art. 9 EVRM

Artikel 9(1) garandeert het recht op vrijheid van geweten; de Nederlandse grondwetgever heeft dit recht echter bewust niet opgenomen in de Grondwet. 'In een rechtsstaat kan de burger zich in beginsel niet met een beroep op het eigen, individuele geweten aan legaal tot stand gekomen verplichtingen onttrekken', zo oordeelde minister De Gaay Fortman.⁵⁵ Meestal wordt aangenomen dat de vrijheid van geweten in artikel 9(1) betrekking heeft op het *forum internum* én het *forum externum*: gewetensvrijheid impliceert immers de vrijheid om een innerlijke overtuiging te hebben én om ernaar te handelen, waarbij die handelingsvrijheid volgens art. 9(2) kan worden beperkt.⁵⁶

In Straatsburg wordt een gewetensbezwaar niet zomaar geaccepteerd [noot 57]; '[t]he Convention does not guarantee as such a right to conscientious objection' [noot 58], zo stelde de Commissie. Maar recentelijk lijkt in de rechtspraak van het EHRM een kentering zichtbaar in de benadering van gewetensbezwaren bij militaire dienst. In *Bayatyan t. Armenië* oordeelde de Grote Kamer dat een strafrechtelijke veroordeling van een Jehova's getuige wegens dienstplichtweigerings – hij had aangegeven wel bereid te zijn tot vervangende dienstplicht – een schending van artikel 9 opleverde. Het Hof beargumenteerde dat

⁵² Zie hierover J. Rimmelink, 'De overtuigingsdader', in: *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, 1970, Zwolle: Tjeenk Willink.

⁵³ Vermeulen 1989 (supra noot 51), p. 272.

⁵⁴ K. Schuyt, 'Wetten veranderen, het geweten blijft', in: J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?* 2008, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij, p. 1-17, p. 15.

⁵⁵ Vermeulen 1989 (supra noot 51), p. 142 e.v.

⁵⁶ Schuyt 2008 (supra noot 54), p. 8; P.J. Boukema, *Het geweten als staatsrechtelijk probleem*, 1972, Alphen aan de Rijn: Samsom. Anders: Vermeulen 1989 (supra noot 51), p. 184-192.

Article 9 does not explicitly refer to a right to conscientious objection. However, it considers that opposition to military service, where it is motivated by a serious and insurmountable conflict between the obligation to serve in the army and a person's conscience or his deeply and genuinely held religious or other beliefs, constitutes a conviction or belief of sufficient cogency, seriousness, cohesion and importance to attract the guarantees of Article 9 (...).⁵⁷

Aangezien de overtuiging van Jehova's getuigen zich verzet tegen militaire dienstplicht, twijfelt het Hof er niet aan dat dit gewetensbezwaar 'was motivated by his religious beliefs, which were genuinely held and were in serious and insurmountable conflict with his obligation to perform military service' (par. 111). Het Hof benadrukt dat bijna alle lidstaten van de Raad van Europa enige vorm van alternatieve dienstplicht bieden; is dat niet zo, zoals in Armenië, dan moeten er 'convincing and compelling reasons' zijn om deze inbreuk op artikel 9 te rechtvaardigen (par. 123). Het gebrek aan een alternatieve dienstplichtregeling 'imposed on citizens an obligation which had potentially serious implications for conscientious objectors while failing to allow any conscience-based exceptions and penalising those who, like the applicant, refused to perform military service'; dit kon volgens de Grote Kamer de test van artikel 9(2) niet doorstaan.

Wordt vervangende dienstplicht wel aangeboden, dan zal een beroep niet snel slagen. In de zaak Grandrath, waarbij een Jehova's getuige betoogde dat de vervangende dienstplicht een schending van artikel 9 opleverde, oordeelde de Commissie simpelweg dat '[a]s in this provision it is expressly recognised that civilian service may be imposed on conscientious objectors as a substitute for military service, it must be concluded that objections of conscience do not, under the Convention, entitle a person to exemption from such service.'⁵⁸ Deze zaak beoordeelde de Commissie overigens primair vanuit het perspectief van artikel 4 EVRM – het verbod van slavernij en dwangarbeid – dat ook een rol speelt bij gewetensbezwaren tegen militaire of vervangende dienstplicht. Artikel 4(3)(b) bepaalt dat niet als 'dwangarbeid of verplichte arbeid' wordt beschouwd 'elke dienst van militaire aard of, in het geval van gewetensbezwaarden in landen waarin hun gewetensbezwaren worden erkend, diensten die gevorderd worden in plaats van de verplichte militaire dienst'.

⁵⁷ ECRM X t. Nederland, 31 mei 1967, appl.nr. 2988/66 en ECRM Van Schijndel, Van der Heyden en Leenman t. Nederland, 10 september 1997, appl.nr. 30936/96 (waarbij de Commissie in het midden laat of het gedrag valt onder artikel 9(1))

⁵⁸ ECRM N t. Zweden, 11 oktober 1984, appl.nr. 10410/83.

Ook wordt soms een beroep gedaan op artikel 14 EVRM samen met artikel 9. Uit deze jurisprudentie blijkt dat honorering van gewetensbezwaren moeilijker ligt wanneer het bezwaar op een levensovertuiging als pacifisme is gebaseerd.⁵⁹ In N t. Zweden klaagde een pacifist tevergeefs over militaire dienstplicht op grond van art. 14 in verband met art. 9; de Zweedse wet, die niet voorzag in vervangende dienstplicht, bepaalde dat vrijstellingen voor militaire dienstplicht alleen werden verleend aan personen binnen religieuze gemeenschappen waar mag worden aangenomen dat zij zich verzetten tegen die dienstplicht.⁶⁰ In de praktijk werd de regeling alleen toegepast op Jehova's getuigen, en de Commissie oordeelde dat 'membership of Jehovah's Witnesses constitutes strong evidence that the objections to compulsory service are based on genuine religious convictions', aangezien zij 'adhere to a comprehensive set of rules of behaviour which cover many aspects of everyday life (...) One of these rules requires the rejection of military and substitute service.'⁶¹ Er was volgens de Commissie geen vergelijkbaar sterk bewijs met betrekking tot individuen die zich verzetten tegen de dienstplicht 'without being members of a community with similar characteristics'. Overigens liep een Nederlandse klacht bij de Commissie over een totaalweigeraar – die zich gediscrimineerd achtte t.o.v. Jehova's getuigen die niet werden opgeroepen voor de militaire of vervangende dienstplicht – ook op niets uit, al oordeelde het VN-Mensenrechtencomité daar anders over.⁶²

Het lijkt er dus op dat het niet vanuit alle levensovertuigingen even gemakkelijk is om zich op gewetensbezwaren tegen de dienstplicht te beroepen. Waar de Commissie in N t. Zweden een objectieve beoordeling tracht te geven van een geloofsovertuiging en de regels die daaruit voortvloeien, is de vraag of hiermee niet toch een oordeel wordt gegeven over de inhoud van die overtuiging waarbij minder gangbare opvattingen wellicht sneller buiten de boot vallen.

Op het gebied van onderwijs en leerplicht is ook art. 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM van belang:

Niemand mag het recht op onderwijs worden ontnomen. Bij de uitoefening van alle functies die de Staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt, eerbiedigt de Staat het recht van ouders om zich van die

⁵⁹ Alkema 2008 (supra noot 16), p. 30; verwijzend naar ECRM Arrowsmith t. VK, 16 mei 1977, appl.nr. 7050/75 en C t. VK, 15 december 1983, appl.nr. 10358/83 tegenover EHRM Thlimmenos t. Griekenland, 6 april 2000, appl.nr. 34369/97.

⁶⁰ ECommRM N t. Zweden, 11 oktober 1984, appl.nr. 10410/83.

⁶¹ Idem.

⁶² ECRM Brinkhof t. Nederland, 13 december 1989, appl.nr. 14215/88, ongepubliceerd; zie Alkema 2008 (supra noot 16), p. 34. Zie ook Brinkhof t. Nederland, CCPR/C/OP/5 27 juli 1993, Communication No. 402/1990.

opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen.

Het Hof geeft staten een grote ‘margin of appreciation’ op dit gebied – ook een systeem waarbij thuisonderwijs in het geheel niet is toegestaan is niet in strijd met art. 2 Eerste Protocol of met art. 9 EVRM (gezien de beperkingsgronden in het tweede lid en ‘in view of the public interest in ensuring the children’s education’), aldus het EHRM.⁶³

4.3. *De Nederlandse strafrechter en gewetensbezwaren*

Alkema concludeert dat ‘[i]nternationaalrecht tot nu toe vrijwel niet merkbaar van invloed [is] geweest op de erkenning in rechte van gewetensbezwaren’ in Nederland, juist omdat Nederland op dat punt een sterkere traditie kent van omgaan met gewetensbezwaren: ‘[h]et is blijkbaar een typisch Nederlandse accommodatietechniek, een wijze van schikken en inschikken, die in de loop van de tijd tot ontwikkeling is gekomen.’⁶⁴ Zoals gezegd, heeft de Nederlandse wetgever een aantal specifieke wettelijke regelingen voor gewetensbezwaren gemaakt; als die regeling er niet is, of een beroep op die regeling niet is gedaan of niet is geslaagd, kan de zaak alsnog bij de strafrechter terechtkomen. De vraag is dan hoe die strafrechter moet reageren op een beroep op een gewetensbezwaar. Algemeen wordt aangenomen dat de rechter zo’n beroep dient te interpreteren als strafuitsluitingsgrond en daar dus in ieder geval op moet reageren (art. 358 lid 3 jo. 359 lid 2 Sv), tenzij van een bestaande mogelijkheid tot het verkrijgen van een ontheffing of vrijstelling geen gebruik is gemaakt⁶⁵ - een beroep op gewetensbezwaren kan immers alleen aan de orde zijn als de betrokkene de rechtsorde in principe aanvaardt en dus niet weigert om zich tot het bestuur te wenden voor een vrijstelling of ontheffing.⁶⁶

Dat de rechter onder omstandigheden op een gewetensbezwaar moet reageren wil niet zeggen dat een beroep op een strafuitsluitingsgrond ook succesvol is: integendeel, een dergelijk beroep is tot nu toe nog nooit geslaagd. Regelmatig worden gewetensbezwaren gerubriceerd (maar niet aanvaard) als psychische overmacht⁶⁷, maar over de meest toepasselijke strafuitsluitingsgrond verschillen de meningen in de literatuur. Van

⁶³ EHRM Konrad e.a. t. Duitsland, 11 september 2006, appl.nr. 35504/03.

⁶⁴ Alkema 2008 (supra noot 16), p. 30-31 en 34.

⁶⁵ HR NJ 1951, 348; HR 9 februari 1989, NJ 1989, 109; Conclusie Fokkens bij HR 26 maart 1991, NJ 1992, 196; Noot Bronkhorst bij HR 16 jan 1968, NJ 1969, 2; conclusie A-G Rummelink bij HR 7 januari 1969, NJ 1969, 259.

⁶⁶ Alkema 2008 (supra noot 16), p. 43.

⁶⁷ HR 4 december 1979, NJ 1980, 157 m.nt. ThWvV; HR 29 november 1983, NJ 1984, 599, m.nt. GEM; HR 18 juni 1985, NJ 1986, 58, m. nt. 't Hart.

Eck betoogde dat een beroep op een gewetensbezwaar kan gelden als ‘rechtsdwaling te goeder trouw’⁶⁸; volgens Vrij zou er sprake kunnen zijn van afwezigheid van alle schuld⁶⁹ en Schuyt hield het op de afwezigheid van (Vrij’s) subsocialiteit (een geringe deuk in de rechtsorde).⁷⁰

4.4. Gewetensbezwaren en art. 9 EVRM voor de Nederlandse strafrechter

De Nederlandse rechter was aanvankelijk huiverig om art. 9(1) van toepassing te achten op gewetensbezwaren.⁷¹ In het AOW(I)-arrest oordeelde de Hoge Raad dat het *forum externum* in artikel 9, de vrijheid om zijn godsdienst of overtuiging tot uiting te brengen, ‘niet samenvalt met een ieders vrijheid om wettelijke voorschriften aan zijn godsdienstige opvattingen of aan zijn overtuiging te toetsen’; de term ‘practice’ in art. 9 ziet bovendien slechts ‘op handelingen die naar haar aard in enigerlei vorm uitdrukking geven aan godsdienst of overtuiging’.⁷² De weigering AOW-premie te betalen viel daar niet onder. Ook in het Noodwachtplicht(II)-arrest oordeelde de Hoge Raad dat art. 9 niet betekent ‘dat aan een ieder het recht zou toekomen om van de naleving van wettelijke voorschriften (...) te worden vrijgesteld of ontheven op grond van een bij hem daartegen bestaand gewetensbezwaar ontleend aan zijn godsdienst of overtuiging’.⁷³ Volgens A-G ’s Jacob was alleen art. 4 EVRM van toepassing en niet art. 9.

In latere rechtspraak gaat de Hoge Raad wel direct over tot toetsing aan art. 9(2) en hij laat daarbij de vraag naar de toepasselijkheid van art. 9 in het midden.⁷⁴ Een beroep slaagt echter niet gemakkelijk in verband met de beperkingsmogelijkheden van art. 9(2). In verband met een demonstratie (en daaraan gerelateerde strafrechtelijke vervolging op grond van een APV-bepaling) liet de Hoge Raad de vraag of artikel 9 überhaupt van toepassing was, in het midden.⁷⁵ De demonstrant betoogde dat hij had gehandeld op grond van zijn overtuiging als Quaker: ‘Wij, Quakers, willen hier op deze wereld opkomen voor de lijdende mensheid en ikzelf kan niet anders. Voor mij betreft het hier een soort processie of begrafenisstoet. Ik beroep

⁶⁸ D. van Eck, ‘Behoort de wetgever nadere regels van algemene of bijzondere aard te stellen betreffende het beroep op gewetensbezwaren tegen de naleving van door het strafrecht gesanctioneerde normen?’ Preadvies NJV, 1960, Zwolle: Tjeenk Willink.

⁶⁹ Schuyt 2008 (supra noot 54), p. 10.

⁷⁰ C.J.M. Schuyt, *Recht, orde en burgerlijke ongehoorzaamheid*, 1972, Rotterdam: Universitaire Pers Rotterdam; Schuyt 2008 (supra noot 54), p. 10.

⁷¹ Zie Boukema 1972 (supra noot 56), p. 15-16; Vermeulen 1989 (supra noot 51), p. 187.

⁷² HR 13 april 1960, NJ 1960, 436.

⁷³ HR 30 mei 1967, NJ 1968, 64 m.nt. Van Eck.

⁷⁴ Schuyt 2008 (supra noot 54), p. 10; Alkema 2008 (supra noot 16), p. 27.

⁷⁵ HR 16 januari 1968, NJ 1969, 2 m.nt. Bronkhorst.

mij ten deze op persoonlijke godsdienstige gedrevenheid waaraan ik geen weerstand vermag te bieden'. De rechtbank had dit verweer terecht opgevat – en verworpen – als een beroep op overmacht. Ook een beroep op artikel 9 mocht niet baten: ook al zou er sprake zijn geweest van het belijden van een godsdienst of overtuiging, aldus de Hoge Raad, dan nog kan dat recht op grond van het tweede lid worden onderworpen aan beperkingen. Van een uitgebreide (proportionaliteits)toetsing aan art. 9(2) is echter geen sprake. A-G Kist betoogde overigens dat art. 9 niet van toepassing was omdat feitelijk niet was vastgesteld dat sprake was van het 'door middel van een optocht uitdragen van een godsdienstige overtuiging'.⁷⁶

Bij de vraag of het ritueel slachten van een geit voorafgaand aan Ramadan – zonder daarvan kennis te geven aan de gemeentelijke keuringsdienst – door de beugel kon, oordeelde de Hoge Raad dat artikel 9 niet zo'n ruime betekenis heeft

dat daarmee degene die op rituele wijze een geit wil slachten of doen slachten, zo dit slachten het karakter zou hebben van een belijden van godsdienst of overtuiging door het onderhouden van de geboden en voorschriften in de zin van gemelde verdragsbepaling, wordt gevrijwaard van een verplichting om van het voornemen daartoe aan een bij of krachtens de wet aangewezen instantie kennis te geven; dat dan ook het in gemelde verdragsbepaling erkende grondrecht niet wordt geraakt door het opleggen van een verplichting aan degene die een slachtdier wil slachten of doen slachten om daarvan vooraf kennis te geven.⁷⁷

Hier laat de Hoge Raad dus in het midden of er sprake is van het belijden van een godsdienst; een kennisgevingsverplichting op zichzelf houdt in ieder geval nog geen inbreuk op artikel 9(1) in.

4.4.1. Militaire dienstplicht

Met betrekking tot de militaire en vervangende dienstplicht is regelmatig een beroep gedaan op onverbindendheid van de bepalingen van de WGMD met artikel 9. Zo betoogde de verdachte in NJ 1981, 554 dat het verschil in duur tussen de militaire en de vervangende dienst in samenhang met de erkenningsprocedure een ontoelaatbare beperking van de vrijheid van geweten vormt.⁷⁸ De Hoge Raad maakte daar niet veel woorden aan vuil en concludeerde dat geen inbreuk was gemaakt op art. 9.⁷⁹

⁷⁶ HR 16 januari 1968, NJ 1969, 2 m.nt. Bronkhorst, conclusie.

⁷⁷ HR 4 november 1969, NJ 1970, 127.

⁷⁸ HR 23 juni 1981, NJ 1981, 554.

⁷⁹ Zie in dezelfde zin HR 18 juni 1985, NJ 1986, 25.

Ook in NJ 1989, 40 beriep de verdachte zich op onverbindendheid van diverse bepalingen van de WGMD met artikel 9, en vroeg hij de Hoge Raad anderzijds de bepalingen uit de WGMD verdragsconform te interpreteren.⁸⁰ De betrokkene had eerder een succesvol beroep gedaan op gewetensbezwaren bij militaire dienst, maar was later ook niet langer bereid de vervangende dienst uit te voeren, omdat hij zich op grond van zijn pacifistische overtuiging alleen voor anti-militaristische projecten in wilde zetten. Hij deed een beroep op overmacht en op artikel 9 EVRM: dat artikel houdt immers ook de vrijheid in om van overtuiging te veranderen. Het hof had in het kader van het beroep op overmacht geoordeeld dat

[o]ok indien aannemelijk is dat verdachte onoverkomelijke gewetensbezwaren heeft als in art. 2 WGMD bedoeld dan is reeds gelet op verdachtes eerdere frontveranderingen, waaronder zijn bereidheid, onder door hem te stellen stringente politieke voorwaarden, vervangende dienst te verrichten, niet aannemelijk geworden dat hij aan genoemde politieke drang geen weerstand heeft kunnen bieden. Nu hij dit kon had hij zulks ook behoren te doen.⁸¹

Volgens de Hoge Raad laat dit oordeel de vrijheid van geweten en de vrijheid om van overtuiging te veranderen onverlet (ro. 6.3). Verder voerde de verdachte aan dat de WGMD in strijd is met artikel 9 omdat het geweten in feite vooraf wordt getoetst (alleen ernstige gewetensbezwaren kunnen worden gehonoreerd onder art. 2 WGMD); hierover oordeelde de Hoge Raad dat zo'n onderzoek de vrijheid van geweten onverlet laat en er veeleer toe strekt die vrijheid tot haar recht te laten komen (ro. 7.2). Ook in het algemeen vond de Hoge Raad dat '[b]eschouwing van de art. 9 en 14 EVRM in het licht van art. 4 derde lid onder b EVRM leidt tot het oordeel, dat eerstgemelde twee artikelen in beginsel niet in de weg staan aan de geldigheid van nationale wettelijke regelingen betreffende vervangende dienst, te vervullen door hen die gewetensbezwaren hebben tegen militaire dienst'.⁸²

In deze rechtspraak stuit een beroep op art. 9 dus snel af op het eerste lid; er bestaat immers reeds een regeling voor gewetensbezwaarden, die de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging juist beoogt te garanderen – het bestaan van beperkende voorwaarden in die regeling houdt nog geen schending van art. 9 in.

4.4.2. *Leerplicht*

De Leerplichtwet 1969 (LPW) bevat een bijzondere vrijstellingsregeling van

⁸⁰ HR 24 mei 1988, NJ 1989, 40.

⁸¹ Idem.

⁸² HR 24 mei 1988, NJ 1989, 40., ro. 7.1.

de verplichting om een jongere op een school of instelling in te schrijven. Vrijstelling is onder meer mogelijk wanneer de ouders of verzorgers tegen de richting van het onderwijs op alle binnen redelijke afstand van de woning gelegen scholen overwegende bedenkingen hebben (art. 5(b) LPW). In dat geval kan thuisonderwijs worden gegeven. Het niet nakomen van de inschrijvingsverplichting (indien er geen sprake is van een geldige vrijstelling) is strafbaar op grond van art. 26(1) LPW.

In het ‘Gemengd zwemmen’-arrest kwam een bezwaar tegen een specifiek gedeelte van de leerplicht aan bod: de dochter van verdachte verzuimde de gemengde zwemlessen bij een openbare basisschool, omdat dat tegen verdachtes islamitische geloofsovertuiging in zou gaan.⁸³ De rechtbank veroordeelde hem wegens overtreding van art. 2 LPW en verwierp het beroep van de raadsman op niet-ontvankelijkheid van het OM – de verdachte had aangevoerd dat zijn vrijheid van godsdienst (artikel 9 EVRM en art. 6 GW) geschonden was omdat de Islam gemengd zwemmen zou verbieden. Volgens de rechtbank vloeide dat laatste echter niet voort uit Sura 24, ‘daar in casu geen sprake is van het ontbloot zijn van de boezem of enig andere daarin vermelde omstandigheid, terwijl wat daarvan ook anderszins zou zijn, de genoemde artikelen geenszins kunnen impliceren dat de vrijheid van godsdienst en het belijden daarvan in casu de wettelijke leerplicht zou kunnen of moeten beperken.’ Aan het betoog van de verdachte dat de rechtbank Sura 24 geheel verkeerd uitlegt, komt de Hoge Raad niet toe; de A-G is het met dit betoog eens, omdat ‘[d]e rechter zich niet [dient] te buigen over de innerlijke waarde van de aangevoerde bezwaren: het oordeel over de innerlijke waarde van de bezwaren tegen een bepaalde richting van onderwijs is aan het oordeel van de overheid onttrokken.’⁸⁴ Annotator ‘t Hart sluit zich hierbij aan:

Het ingaan door de rechtbank op de tekst van de Koran is ongelukkig en niet overtuigend. De Nederlandse rechtspraak kent legio voorbeelden van justitiabelen die zich voor de strafrechter beriepen op hun Christelijk geloof (...) Een discussie tussen rechter en verdachte over bijbelteksten zou in deze en dergelijke gevallen niets uitgehaald hebben (dat lukt al niet tussen professionele theologen).⁸⁵

De Hoge Raad gaat niet mee in het betoog van de verdachte dat ‘in een geval als het onderhavige waarin uit geloofsoverwegingen slechts de gezamenlijke zwemlessen niet worden gevolgd, het bepaalde in art. 9 EVRM en art. 6 Gr.w medebrengt dat de verdachte niet wegens overtreding van art. 2 Leerplichtwet 1969 kan worden vervolgd en gestraft’; de verdachte heeft

⁸³ HR 26 mei 1992, *NJ* 1992, 568 m.nt. ‘t Hart.

⁸⁴ HR 26 mei 1992, *NJ* 1992, 568 m.nt. ‘t Hart, conclusie Fokkens, nr. 3.

⁸⁵ Annotatie ‘t Hart bij HR 26 mei 1992, *NJ* 1992, 568.

immers niet aangevoerd dat hij verzocht heeft om vrijstelling van deze lessen of dat hij naar een andere school op zoek is gegaan (ro. 6.2.2-6.2.3). Zoals A-G Fokkens duidelijk uiteenzet brengt het Nederlandse leerplichtsysteem immers met zich mee dat ouders een school zoeken die overeenkomt met de richting die zij wensen, en dat dan vervolgens het hele leerprogramma moet worden gevolgd, waarbij een beroep kan worden gedaan op bijzondere vrijstellingen.

Een aantal andere uitspraken heeft betrekking op de inschrijfplicht en de vrijstelling van art. 5(b) LPW als zodanig. In een zaak uit 2003 had de verdachte haar kind geweigerd in te schrijven omdat er in de omgeving geen scholen waren op Michaëlische grondslag: onder die overtuiging mogen kinderen zelf inhoudelijk kiezen wat ze willen leren, gezien de vrijheid van het individu.⁸⁶ Volgens de Hoge Raad had de rechtbank het beroep op de vrijstelling van art. 5(b) LPW terecht ongegrond verklaard door te oordelen ‘dat de bezwaren van de verdachte niet de richting van het onderwijs betreffen, doch dat haar bezwaren betrekking hebben op de leerplicht als zodanig en de wettelijke inrichting van het onderwijs.’ Wel vond de Hoge Raad dat de rechtbank had moeten reageren op het verweer dat de artikelen 8 en 9 EVRM zouden moeten leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM dan wel vrijspraak dan wel ontslag van alle rechtsvervolgning. Toch leidde dit niet tot cassatie; het verweer had slechts verworpen kunnen worden, omdat art. 2 LPW ‘mede gelet op de in Nederland bestaande vrijheid van ouders hun kinderen de school van hun keuze te doen bezoeken, dan wel een zelf opgerichte school waar volgens hun opvattingen les wordt gegeven, alsmede gelet op de mogelijkheid tot vrijstelling (...), geen inbreuk [maakt] op de door art. 9, eerste lid, EVRM gewaarborgde rechten’.⁸⁷

Ook het feit dat de LPW bepaalde voorwaarden stelt aan een vrijstelling leidt volgens de Hoge Raad nog niet zomaar tot een inbreuk op art. 9 EVRM en/of art. 2 Eerste Protocol.⁸⁸ De verdachte in een zaak uit 2011 was inmiddels veranderd van levensovertuiging, terwijl volgens art. 8(2) LPW een vrijstelling niet meer mogelijk is als het kind in het voorafgaande jaar op dezelfde school heeft gezeten waartegen nu bedenkingen worden geuit. Achtergrond daarvan lijkt te zijn dat er in zo’n geval geen ‘overwegende bezwaren’ tegen de richting kunnen zijn, want dergelijke bezwaren komen doorgaans voort uit diepe overtuiging die bij de ouders al langer bestaat.⁸⁹ De Hoge Raad oordeelt dat art. 8(2) in zo’n geval geen inbreuk maakt op art. 9(1) EVRM en art. 2 Eerste Protocol, ‘[g]elet op de in Nederland bestaande

⁸⁶ HR 11 februari 2003, LJN AF0453.

⁸⁷ HR 11 februari 2003, LJN AF0453.,ro. 7.6.

⁸⁸ HR 15 februari 2011, LJN BM6898.

⁸⁹ HR 15 februari 2011, LJN BM6898, conclusie Vegter, nr. 32 en 37.

vrijheid van ouders hun kinderen de school van hun keuze dan wel een zelf opgerichte school waar volgens hun godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen wordt lesgegeven, te doen bezoeken, en in aanmerking genomen voorts de vrijheid van ouders hun kinderen na schooltijd en in het weekend onderwijs te laten volgen dat in overeenstemming is met hun opvattingen' (ro. 5.5). De Hoge Raad voegt daaraan toe dat het eerbiedigen van deze verdragsartikelen niet impliceert

dat ingeval zich binnen redelijke afstand van de woning niet een school bevindt waar onderwijs wordt gegeven dat overeenstemt met hun eigen godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging, zij zijn vrijgesteld van de in art. 2 Lpw bedoelde inschrijfplicht en dat zij gerechtigd zijn hun kind uitsluitend huisonderwijs te (laten) geven, noch dat de overheid gehouden is om een binnen redelijke afstand van de woning gelegen school van de door die ouders gewenste godsdienstige of levensbeschouwelijke richting op te richten.⁹⁰

In lijn hiermee is ook de verplichte kennisgeving aan burgemeester en wethouders (art. 6(2)(b) LPW) geen inbreuk op art. 9, evenmin als de termijnvoorschriften in art. 6(2) LPW.⁹¹ Ook het verweer dat art. 22 LPW inzake het onderzoek door de leerplichtambtenaar in strijd is met art. 9(2), is door het Hof Amsterdam niet aanvaard.⁹² Het hof gaat hier – in tegenstelling tot de hiervoor beschreven arresten inzake de leerplicht, die afstuiten op art. 9(1) – direct over tot toetsing aan art. 9(2), waarbij het oordeelt dat de handhaving van de leerplicht bij de wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Het Nederlandse leerplichtsysteem gaat, kortom, verder dan art. 9 EVRM (in samenhang met art. 2 EP) vereist, en de voorschriften in de LPW vormen op zichzelf geen inbreuk op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. Sterker nog, die vrijheid is door het Nederlandse systeem sterker gewaarborgd dan het EHRM vereist. Zoals het Hof Den Bosch stelt: 'vrijstelling als bedoeld in artikel 5 onder b. Lpw is niet cruciaal voor eerbiediging van artikel 9 EVRM en artikel 2 P1 EVRM', want 'nog steeds staat het de inschrijvingsplichtige immers vrij om de jongere zelf aanvullend onderwijs te geven, hem op een andere school (al kan die op grotere afstand zijn gelegen) te plaatsen dan wel zelf een school op te richten. Van enige daadwerkelijke beperking van door artikel 9 EVRM en artikel 2 P1 EVRM beschermde rechten en vrijheden is

⁹⁰ HR 15 februari 2011, LJN BM6898, ro. 5.6. Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 april 2012, LJN BW4064.

⁹¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 2 april 2009, LJN BI0901; Gerechtshof Amsterdam 21 juni 2010, LJN BN1453.

⁹² Gerechtshof Amsterdam, 2 februari 2012, LJN BV2012.

derhalve geen sprake.⁹³ Het hof laat de deur nog wel een klein stukje open door te oordelen dat '[s]lechts indien al deze alternatieve mogelijkheden op zichzelf en gecombineerd onvoldoende tegemoet komen aan de eigen godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging en in die zin dus bezwaarlijk zijn, zou het niet toestaan van thuisonderwijs een inbreuk op artikel 9 EVRM en artikel 2 P1 EVRM kunnen impliceren.'⁹⁴ Het is aan de verdediging om de rechter daarvan te overtuigen.

4.4.3. De oormerkplicht

Tot slot is een beroep op art. 9 bij gewetensbezwaren aan de orde gekomen in een zaak over het oormerken van dieren.⁹⁵ De verdachte beriep zich voor het Hof Leeuwarden op schending van art. 6 GW en art. 9 EVRM omdat de overheid had verzuimd een speciale regeling te treffen voor gewetensbezwaarden bij het oormerken van schapen en geiten (zo'n regeling bestond wel voor runderen). Het aanbrenge van oormerken zou volgens de verdediging niet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, omdat ook alternatieve tracering mogelijk is. Het hof laat in het midden of er inderdaad sprake is van schending van art. 9(1) en gaat direct over naar de beperkingen uit art. 9(2):

Het hof ziet geen grond voor het oordeel dat verdachte niet strafbaar is wegens strijd met artikel 6 van de Grondwet, artikel 9 van het EVRM en artikel 10 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Daarbij overweegt het hof dat de identificatieplicht een bij de wet voorziene beperking is en deze verplichting noodzakelijk is in het belang van de bescherming van de gezondheid van mens en dier alsmede evenredig is aan het nagestreefde doel, te weten het zonodig kunnen traceren van de dieren. Ten aanzien van de wijze waarop invulling is gegeven aan de identificatieverplichting, oordeelt het hof voorts dat uit het enkele bestaan van andere identificatiemiddelen niet volgt dat het aanbrenge van oormerken als disproportioneel moet worden aangemerkt.⁹⁶

⁹³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 april 2012, LJN BW4064.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Gerechtshof Leeuwarden 20 juli 2011, LJN BR2402.

⁹⁶ Gerechtshof Leeuwarden 20 juli 2011, LJN BR2402, ro. 8.3.

Het beroep op psychische overmacht doet het hof af door te oordelen dat 'de verdragen en nationale wetgeving voorzien terzake - in tegenstelling tot gewetensbezwaren betreffende de dienstplicht - niet in een regeling voor gewetensbezwaarden, zodat er voor moet worden gehouden dat de (internationale) regelgever een wettelijke regeling niet wenselijk heeft geacht.' Internationaal is immers 'op goede gronden (...) besloten geen afzonderlijk protocol in het leven te roepen voor gewetensbezwaarden ten aanzien van het oormerken van schapen en geiten', en omdat het hof ook al heeft geoordeeld dat er geen strijd is met art. 9 EVRM of art. 6 GW is er geen ruimte voor een beroep op psychische overmacht (ro. 9.1).

5. Drugs en art. 9 EVRM

Ook de strafrechtelijke aanpak van drugs kan soms problemen opleveren met de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, zo blijkt uit de rechtspraak over de zgn. ayahuasca-thee. Deze geestverruimende drank, die het verboden middel DMT bevat (art. 2 Opiumwet), wordt binnen de van oorsprong Braziliaanse Santo Daime-kerk gebruikt tijdens de eredienst. In 2001 is een lid van de Santo Daime-kerk, die de vloeistof in haar woning aanwezig had, door de Rechtbank Amsterdam ontslagen van alle rechtsvervolging.⁹⁷ Op grond van deskundigenrapporten kwam de rechtbank tot de conclusie dat de leer van de Santo Daime-kerk

moet worden aangemerkt als een geloofsovertuiging en het gebruik van de thee ayahuasca, ofwel de Daime, moet, als zijnde het meest belangrijke sacrament binnen de erediensten van de Santo Daime kerk, worden beschouwd als een essentieel onderdeel van de religieuze beleving van de gelovigen (...). De overtuiging van verdachte moet dan ook worden aangemerkt als een religieuze overtuiging, welke overtuiging alsmede de uitoefening van het heilig sacrament waarin deze overtuiging tot uitdrukking wordt gebracht de bescherming van artikel 9 EVRM genieten.⁹⁸

De volgende vraag is dan ook of in deze zaak het strafrechtelijke verbod op het aanwezig hebben van de verboden stof noodzakelijk is in het belang van een legitiem doel, in casu de volksgezondheid. Gezien de adequate voorlichting over het gebruik in de kerk zelf en de strikte regulering van het gebruik (zoals naar voren komt in deskundigenrapporten) komt de rechtbank tot de conclusie dat er voldoende waarborgen zijn tegen onaanvaardbare gezondheidsrisico's. De rechtbank komt dan tot een belangenafweging tussen

⁹⁷ Rechtbank Amsterdam, 21 mei 2001, LJN AB1739.

⁹⁸ Idem.

het belang van verdachte dat geen inbreuk wordt gemaakt op haar door het EVRM gewaarborgde recht op godsdienstvrijheid en het belang van de Staat om zijn uit het Verdrag inzake Psychotrope Stoffen voortvloeiende verplichting tot het verbieden van DMT na te komen. Gezien het grote gewicht dat moet worden toegekend aan de vrijheid van godsdienst en de omstandigheid dat, zoals hiervoor is overwogen, aan het rituele gebruik van de ayahuasca geen noemenswaardige gezondheidsrisico's kleven is de rechtbank van oordeel dat aan de bescherming van de godsdienstvrijheid in dit geval het grootste gewicht moet worden toegekend.⁹⁹

De rechtbank laat art. 2 Opiumwet daarom buiten toepassing.

In een beschikking inzake art. 552a Sv – over de afwijzing van een verzoek tot teruggave van een in beslag genomen hoeveelheid met ayahuasca vergelijkbare vloeistof – kwamen het hof en de Hoge Raad tot een ander oordeel.¹⁰⁰ De Hoge Raad legt hier de nadruk op het doel en stelsel van de Opiumwet en de verdragsverplichtingen die daaraan ten grondslag liggen en het doel hebben de volksgezondheid te beschermen; het betreffende verbod

kan worden aangemerkt als een beperking op de aan de klaagster toekomende vrijheid van godsdienst die in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de bescherming van de gezondheid als bedoeld in art. 9, tweede lid, EVRM (...). Daaraan kan niet afdoen dat, zoals het middel stelt, het concrete gebruik dat de klaagster van dit middel maakt niet of nauwelijks gevaar voor de (volks)gezondheid oplevert (...) Die omstandigheden kunnen immers niet ertoe leiden dat het verbod van art. 2 Opiumwet buiten toepassing moet worden gelaten of niet als een noodzakelijke beperking in de zin van art. 9 EVRM kan gelden. (ro. 3.4.2)

Wellicht is de beschikking van het hof – en in navolging daarvan de Hoge Raad – wel wat getekend door het feit dat de klaagster zelf had gesteld dat het gebruik van ayahuasca niet noodzakelijk was voor het belijden van haar godsdienst en daaraan niet in de weg staat; dit heeft het hof meegenomen in de belangenafweging onder art. 9(2). Maar ook afgezien daarvan is de toetsing door hof en Hoge Raad vrij strikt: ook als het concrete gebruik door deze persoon niet of nauwelijks gevaar voor de volksgezondheid oplevert, kan dat er niet toe leiden dat de Opiumwet buiten toepassing moet worden gelaten.¹⁰¹ Daarbij lijkt mee te spelen dat, zoals A-G Bleichrodt stelt, de wetgever hier niet heeft gekozen voor een ontheffingssysteem; ook wijst de A-G op 'de handhaafbaarheid van de bepalingen en het gevaar dat de

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ HR 9 januari 2007, AB 2007, 181 m.nt. Groen en Vermeulen.

¹⁰¹ Vgl. Annotatie L.C. Groen en B.P. Vermeulen bij HR 9 januari 2007, AB 2007, 181.

middelen toch in verkeerde handen komen en zonder zodanige begeleiding worden gebruikt'.¹⁰²

Toch kwam het Hof Amsterdam in 2012 tot een ontslag van alle rechtsvervolging voor de invoer van ayahuasca.¹⁰³ Het hof oordeelde op vergelijkbare wijze als de Rechtbank Amsterdam in de reeds besproken zaak uit 2001, toetsend aan art. 9 EVRM dus. De genoemde beschikking van de Hoge Raad in de procedure ex art. 552a Sv is volgens het hof niet vergelijkbaar met de huidige casus, gezien de opmerking van de verdachte in die zaak dat het gebruik van ayahuasca niet noodzakelijk was voor het belijden van haar godsdienst én omdat aannemelijk is gemaakt dat de verdachte in die zaak geen lid was van de Santo Daime-kerk. Of een ontslag van alle rechtsvervolging onder deze omstandigheden wel door de Hoge Raad zou worden geaccepteerd, is dan ook nog de vraag. Overigens zal het EHRM zich, gezien de grote beoordelingsmarge voor nationale staten op dit gebied, niet snel geroepen voelen om Nederland op dit punt op de vingers te tikken.¹⁰⁴

Tot slot werd de Hoge Raad in 2010 geconfronteerd met een beroep op artikel 9 EVRM in verband met het bezit van hennepplanten voor geneeskundige toepassing, al kwam de Hoge Raad aan dit beroep niet toe in zijn beoordeling.¹⁰⁵ Verdachte teelde biologische cannabis voor medicinaal en ritueel gebruik voor hemzelf, zijn vrouw en hun schoonzoon – hij kon tevens cannabis op doktersrecept krijgen, maar ‘noch de cannabis uit de coffeeshop noch die uit de apotheek voldeden aan de hoge kwaliteitseisen die verdachte gezien zijn ziekte en overtuiging aan zijn medicinale cannabis stelt.’ Het hof houdt het kort en oordeelt – daarin gevolgd door A-G Machielse – dat het verbod noodzakelijk is in een democratische samenleving onder art. 9(2). Een vrij abstracte toetsing dus, maar hier wordt wel meegenomen dat verdachte in casu ook gebruik kon maken van verschillende uitzonderingsmogelijkheden (het gedoogbeleid voor kleine hoeveelheden en de regeling voor medicinaal gebruik). Ook een beroep op overmacht in de zin van noodtoestand wijst de Hoge Raad af.

De vraag of er sprake is van een manifestatie van de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging blijft hier in het midden, terwijl die beoordeling

¹⁰² HR 9 januari 2007, *AB* 2007, 181 m.nt. Groen en Vermeulen, conclusie A-G Bleichrodt, nr. 3.10 en 3.15.

¹⁰³ Gerechtshof Amsterdam 24 februari 2012, *NJFS* 2012/111; Rechtbank Haarlem, 26 maart 2009, *NJFS* 2009, 139.

¹⁰⁴ Zie in dit verband ook EHRM *Kanzi t. Nederland*, 5 juli 2007, appl.nr. 28831/04, waar het Hof begrip toont voor ‘domestic authorities’ firmness with regard to those actively involved in drug offences’.

¹⁰⁵ Zie Hoge Raad 18 mei 2010, LJN BK2885.

hier wellicht lastiger is dan in de ayahasca-zaken, gezien het gebrek aan informatie over de inhoud van die overtuiging (uit het arrest wordt niet duidelijk wat de achtergrond is van het 'ritueel gebruik').

6. Identificatieplicht

Ook bij een voorschrift als art. 447e Sr, dat de niet-naleving van de identificatieplicht (onder meer art. 2 Wet op de Identificatieplicht) sanctioneert, kan de godsdienstvrijheid in het geding komen.¹⁰⁶ Een orthodox-joodse man werd vervolgd omdat hij weigerde op de sjabbat een identificatiebewijs te laten zien: hij achtte het in strijd met de geloofsregels om tijdens de sjabbat iets anders bij zich te dragen dan kleding. De verdachte verzocht het hof om het OM niet-ontvankelijk te verklaren omdat de vervolging in strijd zou zijn met het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging, waarbij ook art. 9 EVRM had moeten worden meegenomen. Ook deed de verdachte een beroep op niet-strafbaarheid van het feit, nu artikel 2 van de Wet op de Identificatieplicht buiten toepassing zou moeten blijven in verband met de godsdienstvrijheid. Het hof gaat hier niet in mee:

Ook indien er van wordt uitgegaan, zoals de raadsman stelt, dat de verplichting om desgevorderd door een bevoegde ambtenaar een identiteitsbewijs ter inzage aan te bieden voor orthodoxe joden op de sjabbat een beperking in de godsdienstvrijheid kan opleveren (...) kan op grond van het tweede lid van artikel 9 EVRM een dergelijke beperking gerechtvaardigd zijn (...).¹⁰⁷

Het hof verwijst dan naar het belang van een deugdelijke identiteitsvaststelling in strafzaken, zoals ook het EHRM benadrukt, en oordeelt dat de beperking van de godsdienstvrijheid gerechtvaardigd is in de zin van art. 9(2). Ook hier wordt de vraag of er sprake is van het belijden van een godsdienst, in het midden gelaten.

7. Analyse en conclusie

7.1. Doorwerking van art. 9

De geloofsvrijheid komt op diverse manieren naar voren in de strafrechtelijke jurisprudentie. Allereerst wordt regelmatig een beroep gedaan op de vermeende onverenigbaarheid van een wetsbepaling met artikel 9 EVRM. Bij dienstplichtweigeraars en in leerplichtzaken slaagt zo'n beroep nooit,

¹⁰⁶ Gerechtshof 's-Gravenhage 26 februari 2013, LJN BZ2283.

¹⁰⁷ Idem.

maar bij drugsdelicten is art. 2 Opiumwet enkele malen buiten toepassing gelaten en is de verdachte bijgevolg ontslagen van alle rechtsvervolging. Ten tweede wordt artikel 9 ingezet om een verdragsconforme interpretatie van een delictsbestanddeel te bepleiten: dat geldt met name bij uitingsdelicten (al wordt daar niet altijd expliciet naar artikel 9 verwezen, maar ook wel naar de godsdienstvrijheid in het algemeen). Die interpretatie lijkt soms meer bescherming van de godsdienstvrijheid te bieden dan datgene waar Straatsburg toe verplicht. Ten derde komt artikel 9 soms naar voren bij een beroep op een strafuitsluitingsgrond, al blijkt dat een beroep op artikel 9 meestal apart wordt gedaan naast zo'n strafuitsluitingsverweer. Een enkele keer was de interpretatie van een strafuitsluitingsgrond door de lagere rechter reden om te klagen over schending van art. 9, al ging de Hoge Raad daar niet in mee.¹⁰⁸ Ook oordeelde het Hof Leeuwarden met betrekking tot de oormerkplicht dat een beroep op psychische overmacht niet slaagde onder meer *omdat* het hof ook al geoordeeld was dat er geen strijd met artikel 9 was.¹⁰⁹ Tot slot krijgt artikel 9 soms een plaats binnen een beroep op niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Het gaat dan om het feit dat überhaupt vervolgd wordt in zaken waar de godsdienstvrijheid een rol speelt; om het feit dat de staat zo'n vergaand middel als het strafrecht inzet om dit gedrag te bestrijden. Zo'n beroep heeft de rechter nog nooit gehonoreerd.

7.2. Manifestatie van godsdienst of levensovertuiging en interpretatieve terughoudendheid

Het EHRM en de ECRM accepteren in het algemeen wel dat sprake is van een godsdienst of levensovertuiging, maar van een manifestatie – het belijden van een godsdienst of het tot uiting brengen van een overtuiging in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing en in het onderhouden van geboden en voorschriften – is niet zomaar sprake. Daarin wordt een objectieve benadering gekozen: er dient een direct verband te zijn tussen de overtuiging en manifestatie daarvan.

De Nederlandse strafrechter toetst onder art. 9 EVRM niet of er sprake is van een godsdienst of levensovertuiging, maar heeft zich wel verschillende keren gebogen over de vraag wat als manifestatie daarvan geldt. In enkele oudere arresten over gewetensbezwaren stuitte een beroep op art. 9 daar op af, maar later liet de rechter die vraag vaak in het midden door direct over te gaan naar de proportionaliteitstoets van art. 9(2). Bij militaire dienstplicht, waar een speciale regeling voor gewetensbezwaarden bestaat die de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging juist beoogt te garanderen, stuit een beroep op art. 9 – gericht tegen de beperkende voorwaarden voor die

¹⁰⁸ HR 24 mei 1988, NJ 1989, 40.

¹⁰⁹ Gerechtshof Leeuwarden 20 juli 2011, LJN BR2402.

wettelijke regeling – af op art. 9(1). Datzelfde geldt meestal voor de leerplicht: de voorwaarden waarmee de vrijstellingsregeling voor richtingbezwaren is omgeven, maken op zichzelf geen inbreuk op artikel 9(1) of art. 2 Eerste Protocol. Dit heeft er mee te maken dat de Nederlandse leerplichtwet, net als de regeling voor gewetensbezwaren bij militaire dienst, in feite verder gaat dan de ECRM en het EHRM onder artikel 9 vereisen van lidstaten. Als de strafrechter dan met zo'n specifieke regeling wordt geconfronteerd blijft de toetsing abstract (aan art. 9(2) komt de rechter dan niet toe) – maar dat heeft wellicht ook te maken met de specifieke verweren die in de besproken zaken aan de orde kwamen. In theorie blijft de mogelijkheid openstaan dat alle alternatieve mogelijkheden die een regeling biedt, 'op zichzelf en gecombineerd onvoldoende tegemoet komen aan de eigen godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging'.¹¹⁰

Bestaat er geen speciale regeling voor gewetensbezwaarden, dan gaat de rechter eerder over tot een proportionaliteitstoets onder art. 9(2), zoals bij het oormerken van schapen en bij de identificatieplicht; daarbij laat de rechter doorgaans in het midden of het betreffende handelen of nalaten inderdaad valt onder het belijden van een godsdienst of het tot uiting brengen van een levensovertuiging. Datzelfde geldt voor het beweerde medicinale gebruik van cannabis, terwijl in de rechtspraak over ayahuasca juist wel een objectieve, inhoudelijke toets aan art. 9(1) naar voren komt, met behulp van deskundigenrapporten waaruit blijkt dat het gebruik van dit middel onder het belijden van het geloof valt.

Op het gebied van uitingsdelicten komt de godsdienstvrijheid regelmatig naar voren in de Nederlandse strafrechtspraak, al wordt alleen in de Hofstadzaak expliciet naar artikel 9 EVRM verwezen. De Hoge Raad geeft in beginsel een objectief oordeel over de verenigbaarheid van de geloofsopvatting met de gedane uitlating, net als de Europese verdragsorganen dat doen onder art. 9. Wanneer daarbij deskundigenrapporten worden gebruikt en de rechter zich mengt in theologische debatten, zoals in de zaak El Moumni, komt het problematische aspect van zo'n beoordeling naar voren. In de Hofstadzaak geldt in beginsel dezelfde objectieve maatstaf, maar blijken beide hoven toch terughoudend in die toetsing en gaan ze in feite uit van de subjectieve interpretatie door de verdachte. 'Antidemocratische' uitlatingen in het kader van terrorisme kunnen blijkbaar ook als manifestatie van de godsdienstvrijheid gelden (onder het EHRM is dat nog de vraag), want de zaak wordt beoordeeld vanuit art. 9(2). Ook in de wat oudere Goeree-zaak komt zo'n subjectief-functionele benadering naar voren. In het 'Gemengd zwemmen'-arrest tikten A-G en annotator de rechtbank op de vingers wegens een gebrek aan interpretatieve terughoudendheid door zelfstandig

¹¹⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 april 2012, LJN BW4064

Koranteksten te beoordelen – zeker in leerplichtzaken is dit uit den boze, omdat dat systeem er expliciet op is gebaseerd dat de overheid niet ingaat op de innerlijke waarde van richtingbezwaren.

7.3. Slot: de toetsing aan art. 9(2)

Komt de rechter dan vervolgens wel toe aan art. 9(2), dan blijft die toetsing vaak summier en abstract: het legitieme doel en de proportionaliteit worden kort besproken in het licht van het doel van de overtreden wettelijke bepaling.¹¹¹ Dat hoeft niet per se een probleem te zijn, want vaak is het voor de Nederlandse strafrechter, gezien de Nederlandse traditie van accommodatie van verschillende levensbeschouwingen zoals die tot uiting komt in speciale regelingen voor gewetensbezwaarden, niet moeilijk om binnen de grenzen van artikel 9 EVRM te blijven. Het gebrek aan een concrete toets is in het kader van het ayahuasca-arrest wel bekritiseerd¹¹²; in de lagere rechtspraak vindt wel een concrete toetsing van de gezondheidsrisico's in het specifieke geval plaats, met als gevolg dat de strafwet buiten toepassing wordt gelaten. Zeker wanneer geen expliciete regeling is getroffen door de wetgever lijkt de Hoge Raad echter huiverig om een zodanig diepgaande proportionaliteitstoets uit te voeren dat algemeen geldende wetten – en daarmee rechtszekerheid en rechtsgelijkheid – opzij kunnen worden gezet met het oog op de overtuiging van het individu.

¹¹¹ Gerechtshof Leeuwarden 20 juli 2011, LJN BR2402; HR 9 januari 2007, AB 2007, 181 m.nt. Groen en Vermeulen; Gerechtshof Amsterdam 17 december 2010, LJN BO9018; BO9017; BO9016; BO9015; BO9014. Wel een uitgebreide toets is te vinden in Gerechtshof 's-Gravenhage, 23 januari 2008, NJ 2008, 184.

¹¹² Annotatie L.C. Groen en B.P. Vermeulen bij HR 9 januari 2007, AB 2007, 181.