

Vrijheid van godsdienst in een democratische samenleving

© 2014 H.A. Post / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-999-4
e-ISBN 978-94-6274-181-2
NUR 820, 823

www.bju.nl

Vrijheid van godsdienst in een democratische samenleving

Het recht van de individuele persoon in een spanningsveld van rechten en vrijheden

Proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor
aan Tilburg University
op gezag van de rector magnificus,
prof. dr. Ph. Eijlander,
in het openbaar te verdedigen ten overstaan van een
door het college voor promoties aangewezen commissie
in de aula van de Universiteit

op woensdag 19 november 2014 om 10:15 uur

door

Hendrik Albertus Post
geboren op 21 oktober 1952 te Hoenderloo

Promotor: Prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin
Copromotor: Dr. G. van der Schyff

Overige leden van de Promotiecommissie:

Prof. dr. L.H.J. Adams
Prof. dr. S.C. van Bijsterveld
Prof. dr. E.P.N.M. Borgman
Prof. dr. R. Torfs
Prof. dr. B.P. Vermeulen

Woord vooraf

Soms hoor je iemand zeggen: ‘van het een komt het ander’. Daarmee drukt de spreker uit dat bepaalde gebeurtenissen elkaar zijn opgevolgd. Er is een oorzakelijk verband. Zoiets geldt ook voor deze dissertatie. Toen ik in 2009 aan de Vrije Universiteit promoveerde op mijn dissertatie over het vrouwenkiesrecht en het standpunt van de SGP, kwam er een vraag uit de promotiecommissie of ik verwachtte dat de SGP door de staat zou worden aangepakt. De vraag als zodanig viel buiten het kader van de dissertatie die ik verdedigde. Ik had het SGP-vrouwenstandpunt historisch onderzocht. In 2009 promoveerde ik dus op een geschiedkundig onderzoek, niet op een staatsrechtelijk onderzoek. Inmiddels was mijn interesse daarvoor wel gewekt, doordat het SGP-vrouwenstandpunt een kwestie was geworden.

Eind 2008 ben ik mij gaan oriënteren op de staatsrechtelijke aspecten van de SGP-kwestie. Tegelijkertijd keek ik breder naar andere casus. Dit onderzoek resulteerde in het boek *Gelijkheid als nieuwe religie* dat ik in het najaar van 2010 publiceerde. In dit boek behandel ik de spanning tussen godsdienstvrijheid en gelijkheidsbeginsel. Vervolgens schreef ik een tweede boek om bepaalde aspecten van de godsdienstvrijheid nader uit te werken. Dit boek bracht ik in het najaar van 2011 uit onder de titel *Godsdienstvrijheid aan banden*. Concepten van beide boeken heb ik laten commentariëren door diverse deskundigen. Hier wil ik in het bijzonder noemen de hoogleraren Ben Vermeulen en Ernst Hirsch Ballin. Vermeulen voorzag beide boeken van waardevol commentaar, Hirsch Ballin nadat hij hoogleraar in Tilburg was geworden het tweede.

Als je twee boeken over godsdienstvrijheid hebt geschreven, is het de uitdaging dit project te bekronen met een dissertatie. In december 2011 maakte ik met Hirsch Ballin de afspraak dat ik bij hem zou promoveren. In het voorjaar van 2013 is Gerhard van der Schyff bij het onderzoek betrokken geraakt als copromotor. Zonder hun begeleiding had ik nooit deze dissertatie kunnen schrijven. Daarvoor is het onderwerp te gecompliceerd. Zij hebben mij voortdurend gestimuleerd en met hun grote deskundigheid ondersteund. Zo bracht het onderzoek mij tot nieuwe inzichten. Ik ben hun bijzonder dankbaar dat ik dit promotietraject met hen heb mogen afleggen. Het was geweldig verrijkend. Onmisbaar was daarnaast het meeleven van mijn echtgenote Giny. Zij is, zoals het staat in het bijbelboek Genesis, mijn hulp tegenover. Dat is oude taal. De betekenis is dat je als man en vrouw elkaar bijstaat als gelijkwaardige partners, waarbij je samenleeft in een levenslang verbond van liefde en trouw. Vele anderen hebben mij daarnaast op de een of andere wijze hulp geboden of gestimuleerd bij het schrijven van deze dissertatie in de vorm van informatie, meedenken en meeleven. In het bijzonder wil ik hier noemen Michiel Niemeijer, die als informatiespecialist werkzaam was bij de Dienst Informatievoorziening van de Tweede Kamer der Staten-

Generaal en die overleed op 28 juli 2014. Bij het uitvoeren van mijn onderzoek heb ik voor de parlementair-historische gegevens van hem met niet-aflatende trouw deskundige hulp gekregen.

Ik heb dit boek geschreven met de bedoeling de problematiek rond godsdienstvrijheid op enkele essentiële punten te verhelderen. Ons kennen zal altijd ten dele zijn en ons oordeel onvolmaakt en beïnvloed door de context. Maar het past bij een democratische gezindheid ons onbevangen een mening te vormen op grond van de relevante beschikbare informatie. Met dit boek wil ik hieraan een bijdrage leveren. Ons past bescheidenheid bij het vormen van een oordeel. Tegelijkertijd dienen we met beslistheid besluiten of standpunten af te wijzen die fundamentele rechten van burgers en gemeenschappen van burgers schenden. Het doorhakken van knopen bij conflicterende rechten getuigt vaak van arrogantie in plaats van respect voor grondrechten. Het is slechts gewettigd een religieuze praktijk te verbieden indien een fundamenteel recht van een medeburger – of groep van medeburgers – onomstotelijk wordt geschonden.

In de pers zijn in het voorjaar berichten verschenen dat een universiteit promovendi verbod in het dankwoord God of Allah te bedanken. In mijn onderzoek heb ik aan dit type beperking van de godsdienstvrijheid geen aandacht besteed. Een dergelijk verbod is echter niet te rechtvaardigen in de democratische samenleving die we kennen. In dit dankwoord citeer ik en stem ik ter afsluiting van harte in met een koning die David heette en die leefde in Israël, zo'n duizend jaar voor Christus. Aan het eind van zijn leven zegt hij op een plechtig moment: 'Geprezen bent U, HEER, (...). Alles in de hemel en op aarde behoort U toe, (...). Roem en rijkdom zijn van U afkomstig, U heerst over alles. (...) Daarom danken wij U, onze God, en prijzen wij Uw luisterrijke naam' (1 Kronieken 29:10-13).

Veenendaal, juli 2014

Inhoudsopgave

Inleiding

1	Nieuwe strijd	13
2	Godsdienstvrijheid als conflictstof	15
3	Gewijzigde waardering van religie in de samenleving	21
4	Godsdienstvrijheid gerealiseerd in praktijken en rituelen	25
5	Godsdienstvrijheid gepositieerd in het Nederlandse staatsrecht	29
6	Godsdienstvrijheid als recht met een individuele en een collectieve zijde – de onderzoeksvraag	31

Hoofdstuk 1

De constitutionele orde

1	Inleiding	43
2	Het constitutionele recht	43
2.1	Nationaal, supranationaal en internationaal recht	43
2.2	Margin of appreciation	50
2.3	Subsidiariteitsbeginsel	59
2.4	Proportionaliteitsbeginsel en afweging van belangen	62
2.5	Beoordelingspatroon	65
3	De grondrechten	68
3.1	Wezen en reikwijdte	68
3.2	De notie van het kernrecht	73
3.3	Verticale en horizontale werking	77
4	De Nederlandse constitutionele orde	80
4.1	Primaat individuele vrijheid	81
4.2	Neutraliteit van de staat	83
4.3	Het gelijkheidsbeginsel	86
4.4	De Awgb en de enkelefeitconstructie	90
4.5	VN-Vrouwenverdrag	98
4.6	Gelijke vrijheid	99

Hoofdstuk 2

De vrijheid van godsdienst

1	Historisch kader	107
2	Een universeel recht	112
3	Artikel 6 Grondwet	113
3.1	Vrijheid van godsdienst in de Grondwet	113
3.2	Reikwijdte en bevestigingsgronden van artikel 6 Gw	117
3.3	De horizontale werking van artikel 6 Gw	124
4	Artikel 9 EVRM	126
4.1	De formulering van artikel 9 EVRM	126
4.2	Reikwijdte en beperkingsgronden van artikel 9 EVRM	130
5	De kern van godsdienstvrijheid	137
6	Vrijheid van geweten	139
7	Relevante aan godsdienstvrijheid verwante rechten	145
7.1	Vrijheid van onderwijs: artikel 23 Gw en artikel 2 Eerste protocol EVRM	145
7.2	Kinderrechten	152
7.3	Vrijheid van vereniging voor politieke partijen	157

Hoofdstuk 3

Analyse- en evaluatiekader casus

1	Inleiding	163
2	Spanningsveld met drie polen	163
3	Regelgeleid gedrag	172
4	Het wezen van godsdienst	175
5	Bescherming godsdienstige uitingen	178
6	De seculiere staat	184
7	Zedelijk en levensbeschouwelijk beoordelingspatroon	188
8	Analyse- en evaluatiekader	189

Hoofdstuk 4

De casus – beschrijving, analyse en evaluatie

1	Inleiding	193
2	De staat	194
2.1	Religieuze politieke partijen – de SGP	194

2.1.1	Vordering Clara Wichmann c.s.	194
2.1.2	Vonnissen rechtbank	195
2.1.3	Oordeel Raad van State	196
2.1.4	Oordeel Gerechtshof	197
2.1.5	Oordeel Hoge Raad	200
2.1.6	Oordeel EHRM	201
2.1.7	Herziening vrouwenstandpunt SGP	202
2.1.8	Analyse en evaluatie	203
2.2	De publieke ruimte – een boerkaverbod	212
2.2.1	De islamitische gezichtssluier	212
2.2.2	Parlementair debat en kabinetsvoorstellen	213
2.2.3	Analyse en evaluatie	220
2.2.4	Europese context	225
2.3	Het onderwijs – handen schudden	227
2.3.1	Het type conflict	227
2.3.2	Het conflict op een school	228
2.3.3	Oordeel Cgb	228
2.3.4	Oordeel rechtbank	230
2.3.5	Oordeel Centrale Raad van Beroep	231
2.3.6	Analyse en evaluatie	232
2.4	De overheid – handen schudden	237
2.4.1	Het conflict	237
2.4.2	Oordeel Cgb	237
2.4.3	Oordeel rechtbank	238
2.4.4	Oordeel Gerechtshof	240
2.4.5	Analyse en evaluatie	241
2.5	De rechtszaal – een hoofddoek bij de rechterlijke macht	245
2.5.1	Het conflict	245
2.5.2	Oordeel Cgb	245
2.5.3	Analyse en evaluatie	247
2.6	De rechtszaal – een islamitische advocaat in de rechtszaal	253
2.6.1	Het conflict	253
2.6.2	Uitspraak Hof van Discipline	255
2.6.3	Analyse en evaluatie	256
2.7	De religieuze slacht	259
2.7.1	De kwestie	259
2.7.2	Advies Raad van State	259
2.7.3	Debat Tweede Kamer	261
2.7.4	Debat Eerste Kamer	262
2.7.5	Verenigde Naties en EHRM	264
2.7.6	Analyse en evaluatie	265

2.8	De gewetensbezwaarde trouwambtenaar	270
2.8.1	De wetsgeschiedenis	270
2.8.2	Cgb-oordeel: verboden indirect onderscheid	271
2.8.3	Herziening standpunt Cgb	272
2.8.4	Initiatiefwetsvoorstel Dijkstra en Schouw	275
2.8.5	De ambtenaar met gewetensbezwaren	282
2.8.6	Uitspraak Rechtbank 's-Gravenhage	285
2.8.7	Analyse en evaluatie	286
2.9	De ambtseed	294
2.9.1	Een parlementair debat	294
2.9.2	Gelijke en ongelijke behandeling	297
2.9.3	Analyse en evaluatie	299
3	Het bijzonder onderwijs	303
3.1	Afwijzing docente vanwege burgerlijke staat	303
3.1.1	Het conflict	303
3.1.2	Oordeel Cgb	304
3.1.3	Analyse	305
3.2	De homodocent en het bijzonder onderwijs	307
3.2.1	Het conflict	307
3.2.2	Oordelen Cgb	307
3.2.3	Het conflict op de Gereformeerde Basisschool Dr. K. Schilder	310
3.2.4	Beschikking rechtbank in conflict Gereformeerde Basisschool Dr. K. Schilder	310
3.2.5	De afloop	312
3.2.6	Analyse	312
3.3	Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde	316
3.4	Europese discriminatierichtlijn	322
3.5	Weigering toelating leerling	323
3.5.1	Het conflict	323
3.5.2	Weigering in kort geding toegewezen	324
3.5.3	Weigering in hoger beroep afgewezen	325
3.5.4	Analyse en evaluatie	327
3.6	Een hoofddoek geweigerd door het bijzonder onderwijs	331
3.6.1	Het conflict	331
3.6.2	Oordeel Cgb	331
3.6.3	Vonnis rechtbank	332
3.6.4	Arrest gerechtshof	334
3.6.5	Kamervragen	335
3.6.6	Analyse en evaluatie	337
4	Religieuze opvoeding – de besnijdenis	342
4.1	Afwijzing door de samenleving	342

4.2	Duitse wetgeving	343
4.3	Religieus voorschrift	344
4.4	Wettelijke bescherming	345
4.5	Analyse en evaluatie	347
5	Conclusie	353

Slotbeschouwing

1	Een fundamenteel beginsel	361
2	Subjectieve of objectieve verplichting	366
3	Neutraliteit van de staat	372
4	Afschaffing vrijheid van godsdienst?	383
5	Tot besluit	387

Literatuur	389
-------------------	-----

Jurisprudentie	425
-----------------------	-----

Parlementaire en overige documenten en bronnen	433
---	-----

Summary	437
----------------	-----

Inleiding

1 Nieuwe strijd

Godsdienstvrijheid is in de publieke ruimte voor de ene burger een onrustig en bedreigd bezit en voor een ander een bron van ergernis. Er spelen allerlei kwesties op dit gebied. Sommige zijn van recente datum, andere bestaan al langer, ze vormen onderwerp van publiek en politiek debat en ze leiden tot wetgeving en rechterlijke uitspraken. Godsdienstvrijheid is historisch gezien een oud recht, en de strijd over de interpretatie ervan is zo oud als het recht zelf.

Een betrekkelijk vreedzame periode was die van de verzuiling van circa 1870 tot 1960.¹ In deze periode kende Nederland een relatief beperkte pluriformiteit² in levensovertuiging en was sprake van een grote mate van consensus over de publieke moraal. Nederland was een door het christendom gestempelde natie. De verzuiling bood een vorm van vrijwillige segregatie langs religieuze en politieke lijnen. De metafoer die daarvoor is ontwikkeld, is die van de zuil. De verzuiling bevorderde dat de diverse levensbeschouwelijke stromingen elkaar een zekere ruimte gunden in de publieke sfeer. Er bestonden alleen minderheden en zij hielden elkaar in evenwicht. De Nederlandse samenleving kende een stelsel waarin groepen burgers van elkaar gescheiden leefden volgens hun eigen informele regels met separate, gelijkwaardige instituties en gemeenschappen. De structurele verhoudingen tussen die instituties en gemeenschappen waren gebaseerd op wederzijdse tolerantie. Op individueel niveau leefde men vooral langs elkaar heen.³ Incidenteel vonden overgangen van de ene naar de andere zuil plaats. Kenmerkend voor de verzuiling was het grote belang van de collectieve dimensie van de identiteiten van burgers. Het leven vond in belangrijke mate plaats binnen een gemeenschap met een onderscheiden identiteit. Een belangrijke dimensie van iemands persoonlijke identiteit was de identiteit van de collectiviteit

¹ De Rooy stelt dat noch over de aard noch over de definitie van verzuiling overeenstemming bestaat. 'Het opvallende nu van verzuiling is dat er eigenlijk geen criterium te verzinnen is, geen maat waarmee een meerdere of mindere mate van verzuiling vast te stellen is.' Zie: Piet de Rooy, 'Zes studies over verzuiling', in: *BMGN* 110, (1995) 3, p. 380-392, citaat: p. 385.

² In plaats van de term *pluriformiteit* gebruikt men vaak de term *pluralisme*. van Dale. *Groot woordenboek van de Nederlandse taal*, Utrecht: Van Dale Lexicografie 2008, geeft als betekenis van deze term: het naast elkaar bestaan van een veelheid van leidende beginselen en levensovertuigingen. Het geeft tevens een tweede betekenis: leer die alleen het individuele voor werkelijk houdt, en de gehele werkelijkheid als een veelheid van individuele zelfstandigheden opvat. Ik geef er de voorkeur aan de term *pluralisme* alleen te gebruiken voor de leer en de feitelijke situatie aan te duiden met de term *pluriformiteit*.

³ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap. Over verschuivende fundamente van het Nederlandse minderhedenrecht en -beleid: immigratie, integratie, onderwijs en religie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 7-8.

waartoe hij/zij⁴ behoorde. Een socialist, een liberaal, een protestant, een katholiek hadden elk een onderscheiden levensstijl door zich te oriënteren op een collectieve identiteit, de identiteit van een zuil. Zo leefde een katholiek als katholiek en had hij zijn normen, waarden en uitingen vooral gemeenschappelijk met de katholieken. Om een enkel voorbeeld te noemen, een katholiek droeg zijn trouwring links, en een protestant rechts. De collectieve identiteit betrof in het bijzonder ook de protestanten. Daarbij waren er allerlei ondergeschikte onderlinge verschillen tussen de leden van een gemeenschap.

In de erop volgende periode van ontzuiling, waarin de Nederlandse samenleving verder moderniseerde en seculariseerde, werd godsdienst steeds meer gezien als een verschijnsel dat onbelangrijk en aan het verdwijnen is. Oude(re) waarden verloren aan betekenis en nieuwe(re) waarden wonnen aan belang of kwamen tot ontwikkeling, waaronder vrouwen-, homo- en kinderrechten. Nederland is door de ontzuiling vanaf de jaren 1960, de voortgaande secularisatie en de migratie een land geworden waarin de rol van godsdienst in de publieke ruimte sterk is veranderd. Het proces van ontzuiling is gepaard gegaan met het construeren van een seculiere nationale identiteit en een sterke toeneming van de levensbeschouwelijke pluriformiteit onder de burgers.⁵ Enerzijds is de betekenis van religie sterk afgenomen, maar anderzijds heeft religie een transformatie ondergaan, waarin de opkomst van de islam een prominente rol vervult.

Godsdienstvrijheid is een van de kenmerken van de moderne rechtsstaat, die wordt aangeduid als democratische rechtsstaat. De Grondwet maakt geen onderscheid tussen godsdienst en levensovertuiging. Godsdienst is te beschouwen als een religieuze levensovertuiging. Godsdienstvrijheid is een klassiek vrijheidsrecht dat al in 1579 bij de Unie van Utrecht aan de Nederlandse burgers werd toegekend, zij het nog in een beperkte zin. De inhoud en reikwijdte van godsdienstvrijheid heeft de eeuwen door conflictstof gegeven. Het betrekkelijk vreedzame karakter van de verzuiling resulteerde erin dat een parlementaire meerderheid van christelijke en seculiere politieke partijen in 1917 overeenstemming bereikte over de financiële gelijkstelling van het bijzonder (confessioneel) onderwijs met het openbaar onderwijs. In dit verband is vaak de term *pacificatie* gebruikt. Nadien zijn de verhoudingen minder vreedzaam geworden. In het bijzonder in het laatste decennium hebben ontzuiling, secularisatie, individualisering en migratie geresulteerd in aangescherpte en nieuwe controverses over vrijheid van religie

⁴ Voortaan gebruik ik uitsluitend de aanduiding *hij*.

⁵ B. Vermeulen, 'Religieus pluralisme als uitdaging aan de rechtsorde. De plaats van de vrijheid van godsdienst in de levensbeschouwelijk-neutrale staat', in K.-W. Merks & H.L. Beck, *Religieus pluralisme, dynamiet of dynamiek?; bedreiging of verrijking van de Nederlandse samenleving?*, Amsterdam: Ambo 1997, p. 60; A.P. Jonkers, 'Hoe zal de rechter dat oplossen? Lastige kwesties rond godsdienst', in: W.B.H.J. van de Donk e.a. (red.), *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie* (p. 473-505), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 474.

in de publieke sfeer.⁶ Enerzijds legt de staat een brede verscheidenheid aan beperkingen op aan godsdienstvrijheid om de rechtsstaat te waarborgen. Anderzijds eisen burgers het recht op hun levensovertuiging te belijden inclusief het praktiseren ervan zonder staatsinterventie. Enerzijds kan men beluisteren dat religie een privézaak is, anderzijds dat godsdienst zich óók manifesteert buiten de persoonlijke levenssfeer. Enerzijds wordt de opvatting gehuldigd dat godsdienstvrijheid een strikt individuele aangelegenheid is, anderzijds wordt het collectieve belang benadrukt. Enerzijds wordt godsdienstvrijheid gezien als een vrijheid om een overtuiging te hebben, zoals men een mening, een voorkeur of een smaak heeft. Anderzijds wordt godsdienstvrijheid opgevat als een vrijheid om een identiteit te kiezen en te bepalen, waarbij de identiteit een individuele en een collectieve dimensie heeft. De toegenomen frequentie en intensiteit van conflicten op het terrein van de godsdienstvrijheid vloeit voort uit de grote verscheidenheid aan meningen over de vraag wat godsdienst en vrijheid van godsdienst zouden behoren of niet zouden behoren in te houden.

2 Godsdienstvrijheid als conflictstof

De geschiedenis van godsdienstvrijheid is een roerige geschiedenis. Deels is dit het geval, omdat men godsdienstvrijheid niet als een recht maar als een gunst zag of ziet, deels is dit omdat men godsdienstvrijheid zag of ziet als een bedreiging van de identiteit en de eenheid van de natie, en deels omdat godsdienstvrijheid een van de kenmerken of beginselen van een rechtsstaat is. Over godsdienstvrijheid bestaan zeer uiteenlopende en deels tegenstrijdige opvattingen. De rechten van een verscheidenheid aan groeperingen van burgers zijn daarbij in het geding. Over hoever hun rechten strekken in concrete situaties bestaat geen consensus. Sommigen stellen zelfs dat gelovigen voorrechten claimen, wat in strijd zou zijn met de gelijke behandeling van burgers door de overheid. Er bestaat al evenmin consensus over welke afwegingen men moet maken tussen belangen van dragers van rechten. Godsdienstvrijheid kan botsen met andere vrijheden of rechten en de godsdienstvrijheid van de ene burger kan botsen met die van een andere burger.

⁶ Henk Post, *Gelijkheid als nieuwe religie. Een studie over het spanningsveld tussen godsdienstvrijheid en gelijkheid*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 11-15; J. Kennedy, *Verlicht Den Haag of verdacht geloof? Over de politieke grenzen van religie* (Mr. G. Groen van Prinsterer-lezing 2008), Amersfoort: Mr. G. Groen van Prinsterer stichting 2008; Marcel ten Hooven & Theo de Wit, *Ongewenste goden. De publieke rol van religie in Nederland*, Amsterdam: Sun 2006, p. 69; Sophie van Bijsterveld, 'Koninkrijk in verandering. De EU als inspiratie voor een moderne verhouding tussen staat en religie', in: Sophie van Bijsterveld & Richard Steenvoorde (red.), *200 jaar Koninkrijk: Religie, staat en samenleving* (p. 377-401), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 391.

Godsdienst, het klassieke recht op godsdienstvrijheid en de reikwijdte van dit recht bevatten conflictstof en behoren tot de categorie die door Walter Bryce Gallie is aangeduid met de term *essentially contested concepts*.⁷ Iedereen erkent wel dat er zoiets is als godsdienst en dat er vrijheid van godsdienst behoort te zijn, maar over wat deze begrippen inhouden, voor wie deze vrijheid geldt én over hoe ze in de praktijk vorm krijgt, zijn de meningen sterk verdeeld. Daarbij richt de beperking van of inmenging in de vrijheid van godsdienst zich op het manifesteren van godsdienst in de publieke of private sfeer. De controverses hebben betrekking op wat anderen merken van iemands geloof. Daardoor zijn conflicten over godsdienst conflicten over vrijheidsrechten. Over wat godsdienstvrijheid inhoudt in een pluriforme maatschappij als de Nederlandse, bestaan vele uiteenlopende en dikwijls botsende opvattingen. Men doet een beroep op klassieke grondrechten om voor zichzelf vrijheid te bepleiten of de reikwijdte van rechten van anderen te beperken. De uitoefening van het recht op vrijheid van godsdienst of levensovertuiging is daardoor vaak op een gecompliceerde wijze in het geding. De overheid vervult hierin een belangrijke rol. Overheidsbesluiten, wetgeving en rechterlijke uitspraken kunnen de vrijheid van godsdienst beïnvloeden. Dat kan in geringe mate het geval zijn, maar dat kan ook de kern ervan raken, en dat kan in beschermende of in beperkende zin zijn.

Er zijn verscheidene oorzaken aan te wijzen dat godsdienstvrijheid een variëteit aan conflictstof oplevert. Ik noem ontzuiling, secularisatie en opkomst van de islam. De ontzuiling volgde op een periode van verzuiling. De ontzuiling heeft zich voltrokken van de jaren 1960 tot de jaren 1990. Twee uitingen daarvan zijn de vorming van het CDA door een fusie van drie onderscheiden christelijke partijen⁸ en het afschudden van

⁷ Gallie introduceerde de term *essentially contested concepts* om na te kunnen denken over de verschillende toepassingen of interpretaties van abstracte begrippen als kunst, sociale rechtvaardigheid en geloof (bron: W.B. Gallie, 'Essentially Contested Concepts', *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56 (1956), p. 167-198). Garver beschrijft het gebruik ervan als volgt: "The term essentially contested concepts gives a name to a problematic situation that many people recognize: that in certain kinds of talk there is a variety of meanings employed for key terms in an argument, and there is a feeling that dogmatism ('My answer is right and all others are wrong'), scepticism ('All answers are equally true (or false); everyone has a right to his own truth'), and eclecticism ('Each meaning gives a partial view so the more meanings the better') are none of them the appropriate attitude towards that variety of meanings. Essentially contested concepts involve widespread agreement on a concept (e.g., fairness), but not on the best realization thereof. They are "concepts the proper use of which inevitably involves endless disputes about their proper uses on the part of their users", and these disputes "cannot be settled by appeal to empirical evidence, linguistic usage, or the canons of logic alone".' (bron: E. Garver, 'Rhetoric and Essentially Contested Arguments', *Philosophy and Rhetoric*, vol. 11, no.3 (1978), p. 156-172, citaat: p. 168).

⁸ Het Christen-Democratisch Appèl (CDA) is een christelijk geïnspireerde partij. De partij werd opgericht in oktober 1980 als fusie van Anti-Revolutionaire Partij (ARP), Christelijk-Historische Unie (CHU) en Katholieke Volkspartij (KVP), nadat al in 1973 een federatief verband van die partijen was ontstaan.
Bron: www.parlement.com/id/vh8lnhrouwxm/christen_democratisch_appel_cda.

de ideologische veren door de PvdA onder leiding van de toenmalige partijleider Kok in de jaren 1990.⁹ Een gevolg van de ontzuiling is dat maatschappelijke banden losser zijn geworden, en levensbeschouwelijke organisaties veelal een bredere identiteit hebben gekregen of zijn gefuseerd.¹⁰ De ontzuiling is mede een gevolg van de secularisatie, en is mede een oorzaak van secularisatie. In de afgelopen zestig jaar heeft zich een proces van secularisatie voltrokken, in de zin van ontkerkelijking, afnemende invloed van kerk en religie op de samenleving, afnemende kennis van en antenne voor religieuze overtuigingen onder burgers en politici, en een niet langer dominante positie van christelijke partijen in de politiek. Dit ziet men ook als een modernisering van de samenleving.

In de Middeleeuwen was het gehele leven vervlochten met religie en was religie manifest aanwezig in de publieke ruimte, zoals Huizinga aantoonde. Hij stelt dat het leven van de middeleeuwse christenheid, en daarbij doelt hij op West-Europa zonder onderscheid, in al zijn betrekkingen doortrokken en geheel verzadigd was met godsdienstige voorstellingen. ‘Daar is geen ding en geen handeling, waarin niet voortdurend de betrekking tot Christus en het geloof wordt gelegd.’¹¹ Vanaf de Verlichting is een proces in de samenleving zichtbaar van ontvlechting van religie, politiek en rechtsorde,¹² gepaard gaande met een toenemende levensbeschouwelijke verscheidenheid. Weber heeft de veronderstelling ontwikkeld, dat het moderniseringsproces dat zich voltrekt sinds de negentiende eeuw een proces van toenemende rationalisering inhoudt. Dit is te herkennen in het nog altijd toenemende belang van economische maatstaven en criteria in alle geledingen van de samenleving, onder meer tot in de school en het gezin toe. Allerlei processen worden beoordeeld op doelmatigheid. Daaraan hebben we een enorme verhoging van de productiviteit te danken sinds de Industriële Revolutie.

Volgens Webers seculariseringsthese leidt rationalisering tot secularisering. De moderne samenleving is een samenleving waarin volgens aanhangers van de seculariseringsthese religie geen, laat staan een belangrijke, functie vervult. De publieke ruimte is thans echter verre van gesecculariseerd. Wel heeft de in het verleden

⁹ Kok zei: ‘De oude ideologie blijkt niet in staat afdoende antwoord te geven op sleutelvragen van deze tijd. Het afschudden van ideologische veren is voor een politieke partij als de onze niet alleen een probleem, het is in bepaalde opzichten ook een bevrijdende ervaring’. Wim Kok, *We laten niemand los* (Den Uyl-lezing 11 december 1995), Amsterdam: Weekbladpers 1995, p. 10.

¹⁰ Peter van Dam, *Staat van verzuiling. Over een Nederlandse mythe*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2011, p. 119.

¹¹ J. Huizinga, *Herfsttij der middeleeuwen. Studie over levens- en gedachtenvormen der veertiende en vijftiende eeuw in Frankrijk en de Nederlanden*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1973, p. 148-149, ook p. 154, 159.

¹² Karl-Wilhelm Merks, ‘Seculier en functioneel beperkt: theologische overwegingen bij de moderne staat en zijn rechtsorde’, in: Jos Kole & Gerrit de Kruijf (red.), *Het ongemak van religie. Multiculturaliteit en ethiek* (p. 72-94) Kampen: Kok 2005, p. 75

veelal vanzelfsprekende aanwezigheid van religie in de openbare sfeer plaatsgemaakt voor een bewust gekozen af- of aanwezigheid. In het rapport *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie*, dat de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) in 2006 uitbracht, bespreken Van de Donk en Plum de ogenschijnlijke tegenstelling tussen de secularisering van de publieke sfeer en de terugkeer van religie in diezelfde openbare ruimte.¹³ Secularisering blijkt niet langer de inrichting van de Nederlandse samenleving op een uitsluitende of overheersende wijze te bepalen. Een aanzwellende kritiek op de seculariseringsthese is dan ook het gevolg. Empirisch onderzoek naar religie in de westerse wereld heeft een heropleving of op zijn minst een constant blijven van religie aan het licht gebracht en een blijvende betekenis van religie in de publieke sfeer. Het rapport wijst er daarbij op dat religie wel van gedaante is veranderd. Het spreekt daarom van een *transformatie* van religie.¹⁴

Onder burgers leven als gevolg van de secularisatie en de transformatie van religie tegenstrijdige gevoelens over de invloed van godsdienst op de samenleving. De vraag welke plaats religie zou mogen of moeten hebben in de samenleving wordt sterk uiteenlopend beantwoord. Kennedy meent dat onder diegenen die er behoefte aan hebben de verhouding tussen religie en politiek opnieuw te definiëren twee zienswijzen

¹³ De WRR gebruikt de term *publiek domein*. Deze term wordt door verscheidene auteurs gebruikt in diverse publicaties. Hij is echter problematisch. De term *domein* duidt in de hier relevante betekenis op een bepaalde bevoegdheid. Zo behoort het sluiten van het burgerlijk huwelijk tot het domein van de staat en het kiezen van een religieuze of niet-religieuze levensovertuiging tot het domein van de individuele persoon. Maar we kunnen niet op een overeenkomstige wijze spreken van het domein van het publiek. Ik prefereer daarom de term *sfeer*, en als synoniem het woord *ruimte*. Het woordenboek van Dale geeft als omschrijving van het woord *sfeer*: 'de omgeving of kring waarin men leeft of iets geschiedt en welks invloed men ondervindt'. Zo spreekt men onder meer van de gezinssfeer, de familiesfeer en de dorpsfeer. Een gangbare uitdrukking is *in de persoonlijke sfeer*, in de zin van: niet publiek, in alle discretie. Zo kunnen we spreken van de persoonlijke sfeer, of van de persoonlijke levenssfeer, die is te onderscheiden, maar overigens niet is te scheiden, van de publieke sfeer, dat wil zeggen, van wat in het openbaar geschiedt, het openbare leven. Ieder individu leeft in verscheidene sferen tegelijk, ondergaat de invloed van diverse sferen op hetzelfde moment, zij het met een uiteenlopende intensiteit, en diverse sferen beïnvloeden elkaar. Een betere term dan *het publieke domein* vind ik ook de term *het openbare leven*. Wel zal ik gebruik maken van de termen *privédomein* of *private domein*, en van *overheidsdomein* of *domein van de staat*, waarbij het onderscheidende criterium een bepaalde bevoegdheid of een specifiek recht is van een subject. Ten slotte wijs ik op een mogelijk verwarrend aspect van het onderscheid publiek/privaat. De uitoefening van godsdienstvrijheid is ten principale het recht van de individuele persoon. Toch valt dit recht niet onder het privaatrecht maar onder het publiek recht, het staatsrecht. Godsdienstvrijheid behoort immers tot de grondrechten. Grondrechten vervullen in de rechtsorde enerzijds de functie van afweer van overheidsoptreden en anderzijds die van aanspraak op overheidsoptreden, zie: M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 27 e.v.

¹⁴ W. van de Donk & R. Plum, 'Begripsverkenning', in: W.B.H.J. van de Donk e.a. (red.), *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie* (p. 27-53), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 27-30.

zijn te onderscheiden die in de praktijk diametraal tegenover elkaar staan. De ene wenst een heldere scheiding van kerk en staat. De andere zienswijze benadrukt de positieve rol van religie in de publieke sfeer.¹⁵ Een positief standpunt over religie in de publieke ruimte neemt de WRR in met zijn rapport *Geloven in het publieke domein*. Een uitgesproken afwijzend standpunt is dat van Cliteur, die in zijn boek *Moreel Esperanto* een pleidooi houdt voor het naleven van een universele moraal, een moraal zonder religieus fundament.¹⁶ Kennedy signaleert een polarisatie die in schril contrast staat met de consensus die een halve eeuw geleden nog bestond over de plaats van religie in de publieke sfeer. Een voorbeeld van hoe er tot in die tijd in seculiere kring werd gedacht, is het beginselprogramma van de Volkspartij voor Vrijheid en Democratie (VVD) uit 1959. Het onderkende de betekenis van het christelijk geloof als inspiratiebron van politieke en maatschappelijke posities en legde in artikel 3 deze verklaring af:

De Partij is diep overtuigd, dat de grondslagen der Nederlandse beschaving wortelen in het christendom. (...) Zij is ervan doordrongen, dat het bovenal de christelijke geest is, die ons volk de waarde en de vrijheid van de mens en zijn verantwoordelijkheid heeft doen beseffen en die het aanzien van ons volk in de wereld heeft bepaald. Zij acht het daarom een onafwijsbare eis, dat door versterking van deze geest zedelijke ontworteling en geestelijk nihilisme worden overwonnen. (...) Zij geeft er zich daarbij ten volle rekenschap van, dat de zedekundige beginselen van het christendom worden aangehangen door zeer velen, die de christelijke godsdienst niet belijden.¹⁷

De partij handhaafde deze gedachte, in iets zwakkere bewoording, bij de herziening van het beginselprogramma in 1966. Met de beginselverklaring van 1980 verdween de verwijzing naar de christelijke verankering.¹⁸

Het belijden van godsdienst zou minder, of minder intense, conflictstof opleveren als er niet rond godsdienst een onaangename stemming zou zijn ontstaan in de publieke ruimte. Deze is in het bijzonder sinds *Nine Eleven* (11 september 2001) te constateren.¹⁹ De aanslag van moslimterroristen op de *Twin Towers* in New York heeft

¹⁵ J. Kennedy, *Verlicht Den Haag of verdacht geloof?*.

¹⁶ Paul Cliteur, *Moreel esperanto. Naar een autonome ethiek*, Amsterdam: De Arbeiderspers 2007.

¹⁷ Beginselprogramma van de Volkspartij voor Vrijheid en Democratie, opgenomen in: *Parlement en kiezer 1959-1960* (jaarboekje samengesteld door F.K. van Iterson en P. Goossen), Den Haag: Martinus Nijhoff 1959, p. 154-159.

¹⁸ Patrick van Schie, 'Liberalisme, rationalisme en individualisme', in: W.P.S. Bierens (red.), *Liberaal licht op de toekomst*, Den Haag: Prof. mr. B.M. Teldersstichting 2005, p. 20.

¹⁹ Oldenhuis dateert de terreuraanslag van 11 september 2001 in New York als omslagpunt dat het beginsel van de scheiding van kerk en staat geen 'rustig bezit' meer is, zie: Piet H. de Jong, 'Kerk is geen staatje in Staat der Nederlanden', *Nederlands Dagblad* 16 januari 2008. Onder verantwoordelijkheid van minister De Graaf voor Bestuurlijke Vernieuwing bracht de regering op

de gewelddadige zijde van godsdienst heftiger op de voorgrond geplaatst in de westerse publieke opinie dan de religieus en nationalistisch gemotiveerde massamoord op moslimjongens en -mannen in Srebrenica in 1995. Godsdienst wordt sinds 2001 door velen geassocieerd met geweld of tenminste met onderdrukking. Er bestaat echter wel een belangrijk verschil tussen gewelddadig en sociaal repressief fundamentalisme. Ter zake is om hier op te merken dat velen godsdienst zien als een bedreiging voor de democratische rechtsstaat. Daarbij denkt men behalve aan orthodoxe moslims ook aan orthodoxe protestanten. Deze protestanten zijn grotendeels reformatorische protestanten verenigd in de refozuil. Men verwijt orthodoxe gelovigen dat zij zich verzetten tegen het gelijkheidsbeginsel en dat zij discrimineren. Orthodoxe gelovigen beroepen zich daarentegen op geloofsvoorschriften voor hun normen en gedragingen, en de concretisering van hun identiteit. Uit onderzoek blijkt dat de tolerantie jegens moslims, joden en christenen in het laatste decennium aanzienlijk is afgenomen ten opzichte van het einde van de vorige eeuw. Achttien procent van de Nederlanders heeft moslims liever niet als buren, dit was twaalf procent. Ten aanzien van christenen betreft dit inmiddels negen procent van de Nederlanders. Aan het eind van de vorige eeuw werd dit nog niet gemeten. Acht procent van de Nederlanders heeft liever geen joden als buren, dat was twee procent.²⁰

Vanaf de jaren 1980 is door migratie en een sterke aanwas van het aantal islamitische medeburgers de islam manifest geworden in ons land. Door diverse uitingen wordt deze godsdienst geassocieerd met fundamentalisme en geweld. Het naleven van bepaalde religieuze voorschriften door moslims roept daarbij de gedachte op van vrouwenonderdrukking door de islam. Binnen de islam bestaat echter een verscheidenheid aan stromingen en groeperingen.²¹ Onderzoek toont aan dat van de Nederlandse moslims ouder dan vijftien jaar 38 procent niet orthodox is. Iets meer dan de helft is matig orthodox en slechts acht procent is streng orthodox. Deze laatste groep heeft iets met het salafisme, de houding varieert van aanvaarding tot afwijzing op

18 mei 2004 de nota *Grondrechten in een pluriforme samenleving* uit. De nota opent met: 'De Nederlandse samenleving kenmerkt zich door pluriformiteit. Er bestaat een grote diversiteit aan (godsdienstige) levensbeschouwingen, opvattingen, leefstijlen en waardepatronen. Dit is een groot goed. Vrijheid en openheid van de samenleving maken deze pluriformiteit mogelijk. De Nederlandse Grondwet en mensenrechtenverdragen hebben deze vrijheid verankerd en zijn daarmee een bron van gedeelde uitgangspunten. Dit neemt niet weg dat er ook spanningen aanwezig zijn tussen deze uitgangspunten. Die kunnen lastig zijn en zeer gevoelig liggen in de samenleving. Dit is voornamelijk de afgelopen drie jaar wel gebleken (...).' Met 'de afgelopen drie jaar' verwees de minister naar de islamitische aanslag op het World Trade Center in New York op 11 september 2001, de strijd tegen terreur en het verzet tegen islamiserende ontwikkelingen in de samenleving. Zie: *Kamerstukken II 2003/04*, 29 614, nr. 2 (*Grondrechten in een pluriforme samenleving*), p. 1.

²⁰ Joep de Hart & Paul Dekker, 'Religie: hoeksteen of steen des aanstoets?', *Religie & samenleving* 2012, nr. 1, p. 8-21.

²¹ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Van Gorcum 2007, p. 129.

grond van uiteenlopende motieven. Degenen die tot deze groep behoren zijn zeker niet zonder meer gewelddadig en vormen geen direct gevaar voor de samenleving, aangezien de relatie tussen orthodoxie en politiek activisme zeer zwak is. Salafistische gelovigen hebben bovendien net als andere gelovigen een geïndividualiseerde geloofsbeleving, waardoor zij ook niet-religieuze en niet-salafistische argumenten laten meetellen in hun dagelijkse beslissingen. In deze groep leeft weerstand tegen een extreme naleving en beleving van het salafisme in de Nederlandse context. De meeste salafistische gelovigen achten het toegestaan om compromissen te sluiten in hun dagelijks leven. Slechts een zeer klein groepje is compromisloos.²² Binnen de islam in Nederland als godsdienst van een religieuze minderheid onderscheidt Vellenga vier ontwikkelingen: radicalisering, stolling (conservering), secularisering en religieuze individualisering. Daarnaast is een algemene trend in Nederland in bijna alle geledingen, zij het in verschillende mate, de islamisering van de identiteit.²³ Hiermee wordt bedoeld dat moslims zich steeds explicieter en vaker definiëren en presenteren als moslim. Zij leggen dan een sterk accent op hun moslimidentiteit. Dit gaat vaak ten koste van de beleefde nationale of etnische identiteit. Deze trend van islamisering van de identiteit is volgens Vellenga een mondiaal fenomeen. Tezamen genomen betekent dit dat binnen de islam in Nederland sprake is van een diversiteit aan ontwikkelingen. De tendens van religieuze individualisering lijkt de meest dominante te zijn.²⁴ Men kan dus niet spreken over *de* islam en nog minder over de islam als een streng-conservatieve of fundamentalistische religieuze stroming. De aanhangers ervan vertonen onderling een grote verscheidenheid aan opvattingen, opvattingen die aan verandering onderhevig zijn.

3 Gewijzigde waardering van religie in de samenleving

Uiteraard brengen ook moslims hun religie in praktijk. Dat moslims moskeeën bouwen en soms hun eigen scholen stichten, roept bij veel Nederlanders de angst op van een islamitische vloedgolf en een bedreiging van de Nederlandse identiteit en cultuur.²⁵ De

²² Ineke Roex, Sjeff van Stiphout & Jean Tillie, *Salafisme in Nederland. Aard, omvang en dreiging*, Amsterdam: Instituut voor Migratie- en Etnische Studies, Universiteit van Amsterdam 2010, p. 234, 295-296.

²³ T. Sunier, 'Interests, identities, and the public sphere: representing islam in the Netherlands since the 1980s', in: J. Cesari & S. McLoughlin (red.), *European Muslims and the Secular State* (p. 85-98), Aldershot: Ashgate 2005; M. de Koning, *Zoeken naar een 'zuivere' islam. Geloofsbeleving en identiteitsvorming van jonge Marokkaans-Nederlandse moslims*, Amsterdam: Bert Bakker 2008.

²⁴ Sipco Vellenga, 'Islam in Nederland: trends en toekomst', in: Sipco Vellenga e.a. (red.), *Mist in de polder. Zicht op ontwikkelingen omtrent de islam in Nederland* (p. 13-30), Amsterdam: Aksant 2009, p. 15-16, 19.

²⁵ Erik Borgman, *Overlopen naar de barbaren. Het publieke belang van religie en christendom*, Kampen: Klement/Pelckmans 2009, p. 75

laatste decennia leefden veel Nederlanders met het idee dat hun land seculier, egalitair, en libertair is en dat godsdienst nauwelijks nog een rol van betekenis speelt, zo stelt Vellenga. Die waren geschokt toen ze zich vanaf het einde van de jaren 1990 gingen realiseren dat zich in Nederland een omvangrijke en bovendien snel groeiende islamitische gemeenschap heeft gevestigd die een orthodoxe godsdienst belijdt en een strikte moraal voorstaat. Door de komst van moslims is de pluriformiteit van de samenleving toegenomen. De vermenigvuldiging van orthodox-islamitische uitingen heeft de afkeurende reacties op de aanwezigheid van religie in het algemeen en van de islam in het bijzonder, in de publieke ruimte gestimuleerd.²⁶

De angst voor de islam wordt volgens Borgman uitgedrukt als twijfel aan de wil van moslims om werkelijk deel te willen worden van de Nederlandse samenleving. Het feit dat volgelingen van allerlei varianten van de islam hier hun gebedshuizen willen hebben, lijkt naar zijn mening een aanwijzing te zijn voor hun wens om deel uit te maken en uit te blijven maken van de Nederlandse samenleving. Borgman betoogt dat de vestiging en integratie van migranten duidelijk maakt dat zich autochtoon beschouwende burgers niet uitsluitend, en als gevolg niet soeverein en met een vanzelfsprekende overmacht, kijken, indelen en inrichten. Migrantengroepen met een eigen cultuur en een andere religie maken zichtbaar dat zij ook zelf worden gezien, zijn ingedeeld, een rol en een plaats hebben in de wereld zoals anderen deze inrichten.²⁷

Aan de buitenkant onmiskenbaar van de overige bebouwing afwijkende moskeeën laten zien dat midden onder hen andere visies worden gekoesterd dan die overeenkomen met de orde die onze steden als geheel proberen uit te stralen. Dit verontrust hen, en is zelfs angstaanjagend. Borgman: 'Hartstochtelijk en met soms nauw verholen paniek wordt gezocht naar het herstel van de ene blik waarin alles gevangen is en die de afwijkende blikken overbodig maakt. Het is opvallend hoezeer vreemde ogen tot verzet lijken te dwingen'. De multiculturele en multireligieuze samenleving confronteert deze burgers ermee dat verscheidene blikken botsen, verschillende visies op wat waar is en goed, op wat beschermd moet worden en waarom. Hierdoor verdwijnt de evidentie van de eigen ethische superioriteit. De vraag dringt zich bijvoorbeeld op wat men doet, zegt of denkt als westerse vrouwen de islamitische hoofddoek als symbool van onderdrukking zien en islamitische vrouwen de kledingstijl van westerse vrouwen bekritisieren omdat deze onder het mom van vrijheid een onderwerping aan de blik van de man zou zijn.²⁸ Borgman maakt duidelijk dat verschillende visies op het goede leven botsen onder invloed van de opkomst van de islam.

²⁶ Sipco Vellenga, 'Islam in Nederland: trends en toekomst', p. 23.

²⁷ Vergelijk: Maurits Berger, 'Nederland en zijn islam. Een kijkje in de spiegel', in: Koen Holtzapffel, Johannes Magliano-Tromp & Marijke Talsma (red.), *Kerk en buitenwereld. Opstellen over de kerk in de samenleving voor Marius van Leeuwen* (p. 15-31), Zoetermeer: Meinema 2012.

²⁸ Erik Borgman, *Overlopen naar de barbaren*, p. 75-77.

Nederland heeft zijn bestaan mede te danken aan het feit dat de vrijheid van burgers om hun godsdienstige of seculiere levensovertuiging te belijden, sinds mensenheugenis een betwiste vrijheid is. Het ontstaan van Nederland als zelfstandige natie in 1579 bij het sluiten van de Unie van Utrecht was er mede op gericht religievrede binnen het grondgebied van de nieuwe republiek te bereiken en daarbij vervolging om het geloof af te schaffen. De burger werd in de private sfeer vrij in het belijden van zijn levensovertuiging. Het belijden van levensovertuiging in de publieke sfeer is in de Nederlandse geschiedenis echter nooit vrij van controverses geweest, en heeft tal van beperkingen gekend.²⁹ Het zich manifesteren van religie in de publieke ruimte was in de periode van de verzuiling een overwegend geaccepteerde zaak. De aanwezigheid van religie in de samenleving was een traditionele maar niet al te nadrukkelijke aanwezigheid. Door het teloorgaan van de verzuiling en het optrekken van een uniforme seculiere identiteit lijkt de acceptatie van verschillen en de waardering voor de vrijheid van godsdienst te zijn verminderd en de vaardigheid om met verschillen in levensovertuiging om te gaan te zijn afgenomen.³⁰ Onder invloed van de secularisatie heeft zich in Nederland een seculiere meerderheid gevormd die op het zich manifesteren van godsdienst in het openbare leven primair reageert met onbegrip en intolerantie. De Rooij signaleert onwennigheid die hij opvallend vindt en als volgt verklaart: ‘De ervaringen met het eigen verleden, de even moeizame als pragmatische omgang met aanzienlijke religieuze verschillen in de samenleving, [zijn] kennelijk niet meer beschikbaar. Die [gaan] schuil achter het afscheid van het verleden’. Nederland kent zichzelf slecht. Het land is volgens De Rooij vergeten dat het vier eeuwen lang is gekenmerkt door de tegenstelling tussen Rome en de Reformatie, dat het *drievoudig snoer* van God, Nederland en Oranje anderhalve eeuw lang heeft gedomineerd en dat zelfs rooms-katholieken in dit staatkundig overwicht hebben berust. ‘De rest had zich daarnaar te voegen.’ De Rooij voegt eraan toe dat de publieke ruimte gelijkenis vertoont met een arena:

Vergeeten is daarmee ook hoe een multireligieuze samenleving doorgaans niet beschouwd moet worden als een plaats vol interessante ontmoetingen, maar als een arena waarin verschillende openbaringen vechten om een plek in de openbaarheid, zo niet om de hegemonie. Vandaar ook dat het zo verstandig is om een dergelijke samenleving te zien als ‘een kruisvat dat door de overheid bij voortdurend moet worden natgehouden’.³¹

²⁹ Zie bijvoorbeeld: Emo Bos, *Soevereiniteit en religie. Godsdienstvrijheid onder de eerste Oranjevorst*, Hilversum: Verloren 2009.

³⁰ A.P. Jonkers, ‘Hoe zal de rechter dat oplossen?’, p. 474.

³¹ Piet de Rooy, *Openbaring en openbaarheid*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2009; zie ook: ‘Moderne geschiedschrijving te seculier’, *Reformatorisch Dagblad* 11 september 2009.

Door migratie heeft de Nederlandse samenleving een multireligieus en multicultureel karakter gekregen. Vanaf 2001 is de multiculturalisering van de samenleving en het belijden van orthodoxe religie in het openbare leven vooral door uitingen van islamitisch fundamentalisme een onderwerp van publieke discussie geworden.³² De perceptie dat zich vanaf de jaren 1980 een *multicultureel drama* heeft ontwikkeld,³³ heeft geleid tot scherpe pleidooien voor een striktere scheiding van kerk en staat en nadere beperkingen van de vrijheid van godsdienst.³⁴ Een geseculariseerde meerderheid is van mening dat religieuze burgers en groepen van burgers voor zich uitzonderingsposities claimen. De overheersende opinie is dat orthodoxe gelovigen privileges opeisen, en zelfs willen proberen bepaalde opvattingen over moraal aan anderen op te leggen, waarbij zij medeburgers hun rechten ontnemen.³⁵

De scheiding van kerk en staat en bestrijding van discriminatie zijn prominente argumenten om de publieke rol van godsdienst terug te dringen en uitzonderingen op wettelijke bepalingen die religieuze burgers genieten, op te heffen. Uitingen van religie moeten dan ook steeds meer worden verantwoord. Dat hoeft op zich niet bezwaarlijk te zijn, en kan juist positief uitwerken. Het verantwoorden van een religieuze uiting kan voor gelovigen leiden tot een meer gefundeerde bewustwording van de eigen identiteit en tot herbronning van het eigen gedachtegoed. Dit betreft onder meer het onderhouden van religieuze voorschriften en de man/vrouw-verhouding.

Maar de rol van religie in de publieke sfeer wordt ook aangevallen om deze te kunnen terugdringen. Enerzijds is Nederland levensbeschouwelijk steeds diverser geworden, anderzijds is een tendens waarneembaar van groeiende eenvormigheid. Allerlei religieuze gebruiken en tradities worden alleen nog getolereerd zolang ze niet tegen de opvattingen van de seculiere meerderheid ingaan. Op religieuze burgers wordt een zekere, soms zelfs zware druk uitgeoefend om te assimileren. Voor orthodoxe gelovigen is het speelveld om uiting te geven aan hun overtuiging de afgelopen decennia voortdurend kleiner geworden, zowel in de samenleving als in de politiek. Ik ben het dan ook niet eens met Kennedy en Valenta. Volgens hen is het belangrijk dat men zich realiseert in hoe sterke mate het huidige debat over de relatie tussen religie en de seculiere staat en over de secularisatie van de publieke ruimte eigenlijk een

³² Frits Bolkestein, 'Integratie van minderheden moet met lef worden aangepakt', *de Volkskrant* 12 september 1991; Job Cohen, *Scheiding van kerk en staat in de 21ste eeuw* (Willem van Oranjelezing 2004), Delft 1 juni 2004. In het debat over de publieke rol van de islam hebben Bolkestein en Cohen tegenovergestelde posities ingenomen. Zie ook: Gerrit de Kruijf, 'Godsdienst: een onbehaaglijke factor in het multiculturalisme-debat', in: Jos Kole & Gerrit de Kruijf (red.), *Het ongemak van religie. Multiculturaliteit en ethiek* (p. 22-31), Kampen: Kok 2005, p. 22-23.

³³ Paul Scheffer, 'Het multiculturele drama', *NRC Handelsblad* 29 januari 2000.

³⁴ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, p. 53.

³⁵ J. Kennedy, *Verlicht Den Haag of verdacht geloof?*.

discussie is over de relatie van Nederland met de islam.³⁶ De rol van religie in het openbare leven is voornamelijk problematisch geworden door de opkomst van het secularisme dat staat voor de eis dat religie zich terugtrekt uit de publieke en politieke sferen en voor het recht om nergens in het openbare leven geconfronteerd te worden met religieuze symboliek.³⁷ De opkomst van de islam in Nederland heeft het debat over de rol van religie in de publieke ruimte daarbij geïntensiveerd en verscherpt en de druk om te assimileren versterkt. De komst van moslims vanaf de jaren 1980 maakte de Nederlandse burger duidelijk dat religie in de publieke sfeer niet de verdwijning nabij is, en dat conservatieve uitingen daarvan springlevend zijn en het straatbeeld mede bepalen. De druk op religieuze burgers om te assimileren impliceert een beproeving van de godsdienstvrijheid.

De afgenomen tolerantie rond de publieke rol van de islam, en in algemene zin van religie, heeft het zich voordoen van conflicten bevorderd en heeft het debat geïntensiveerd over de betekenis en het gewicht van het klassieke grondrecht op godsdienstvrijheid. Een seculiere meerderheid voelt zich ongemakkelijk bij het bepalen van haar houding tegenover religieuze minderheden en wil hun rechten beperken om hun religie te belijden in afwijking van door de meerderheid aangehangen waarden en ter bescherming van rechten van burgers met een andere overtuiging. Religieuze minderheden zien zich daartegenover geconfronteerd met een seculiere meerderheid die hen onder druk zet zich aan te passen tegen de eigen overtuiging in. Zij willen hun individuele en collectieve identiteit bewaren. Zij ervaren een geestelijke strijd en verzetten zich tegen de eisen van de seculiere meerderheid en tegen de beperking van hun grondrecht op vrijheid van godsdienst.

4 Godsdienstvrijheid gerealiseerd in praktijken en rituelen

Godsdienstvrijheid kan men zien als een recht dat de mens van nature toekomt ongeacht de positivering ervan in het recht.³⁸ Zo gaat Locke in zijn *Two treatises of government* (1690) uit van onvervreemdbare rechten van de mens op leven, eigendom

³⁶ J. Kennedy & M. Valenta, 'Religious Pluralism and the Dutch State: Reflections on the Future of Article 23', in: W.B.H.J. van de Donk e.a. (red.), *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie* (p. 337-351), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 345; M. ten Hooven & Th. de Wit, *Ongewenste goden*, p. 191.

³⁷ Een ondersteuning van mijn betoog biedt de studie over de sinds de jaren 1960 sterk gereduceerde rol van religie in het politieke domein: Eginhard Meijering, *Hoe God verdween uit de Tweede Kamer. De ondergang van de christelijke politiek*, Amsterdam: Balans 2012.

³⁸ Men spreekt in dit verband wel van *natuurrecht*, hoewel het gebruik van deze term volgens onder anderen Scholten problematisch is, zie hierover: P. Scholten, 'Rechtsbeginselen', *Mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, Afdeling Letterkunde*, deel 80, serie B, nr. 6, p. 259-289, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers-Maatschappij 1935.

en vrijheid. Voor de toekenning ervan is het individu niet afhankelijk van de staat en deze rechten kunnen niet bij wet of verdrag worden prijsgegeven. In de internationale rechtsorde is godsdienstvrijheid ook een onvervreemdbaar recht. Deze erkenning is opgenomen in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM), die is aangenomen door de Algemene vergadering van de Verenigde Naties op 10 december 1948 met als doel de fundamentele rechten van de mens, de grondrechten, te omschrijven en de naleving ervan te bevorderen door de aangesloten landen. De preambule van deze verklaring opent aldus:

Overwegende, dat erkenning van de inherente waardigheid en van de gelijke en onvervreemde rechten van alle leden van de mensengemeenschap grondslag is voor de vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld; (...).

Hierna luidt de eerste volzin van artikel 1:

Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren.

De betekenis van dit artikel wordt met de eerste volzin van artikel 2 verduidelijkt:

Eenieder heeft [daarom] aanspraak op alle rechten en vrijheden, in deze Verklaring opgesomd, zonder enig onderscheid van welke aard ook, zoals ras, kleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.

De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging wordt nader geformuleerd in artikel 18.

De UVRM behoort als zodanig niet tot het positieve recht, maar is daarvoor wel van fundamentele betekenis geworden. Zo is zij te herkennen in de herziening van de Grondwet (Gw) van 1983, in dit verband in het bijzonder in het nieuwe artikel 1 en artikel 6 Gw, en in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), waarbij in dit verband in het bijzonder van belang is artikel 9. Artikel 9 lid 1 EVRM stemt inhoudelijk overeen met artikel 18 UVRM. Artikel 1 Gw (gelijkheidsbeginsel in combinatie met discriminatieverbod) en artikel 6 Gw (godsdienstvrijheid) zijn te beschouwen als algemene rechtsbeginselen.³⁹ Godsdienstvrijheid vloeit voort uit eerbiediging van de menselijke waardigheid en de erkenning dat alle mensen daarom gelijke rechten hebben. Het inzicht dat godsdienstvrijheid een recht is dat de mens van nature toekomt, stemt overeen met de gedachte dat het individu godsdienstvrijheid toekomt op grond van de menselijke

³⁹ P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden. Tekst & commentaar*, Deventer: Kluwer 2009, p. 7.

waardigheid. Door een van deze opvattingen als uitgangspunt te nemen voor het hanteren van rechtsbeginselen, kan men voorkomen dat de diversiteit onder (groepen van) burgers wordt aangetast door het beginsel van gelijkheid,⁴⁰ dat eveneens een universeel rechtsbeginsel is. Tot de vrijheid van godsdienst behoort het onderhouden van voorschriften, zowel door religieuze als seculiere burgers, zowel individueel als collectief. In de mensenrechtenverdragen heeft godsdienstvrijheid zowel betrekking op godsdienst als op (levens)overtuiging. Het onderscheid tussen godsdienst en (levens)overtuiging is een gangbaar onderscheid om het onderscheid tussen een religieuze en een seculiere levensovertuiging uit te drukken. In het heersende recht wordt echter geen onderscheid gemaakt tussen een religieuze en een seculiere overtuiging. Het onderscheid is juridisch niet relevant. De casus die ik onderzoek, liggen op het terrein van de religieuze levensovertuiging. Ik gebruik de termen religie of godsdienst en levensovertuiging door elkaar voor zover dit geen verwarring oplevert.

Artikel 9 EVRM is uitgebreider geformuleerd dan artikel 6 Gw. Het artikel waarborgt primair de vrijheid van het individu. Dat is consistent omdat de grondrechten uitgaan van de waardigheid van de mens als persoon. De vrijheid van religie en levensovertuiging is fundamenteel een individuele vrijheid. Dit is het eerste kenmerk. Daarvan afgeleid is zij een collectieve vrijheid doordat individuen het recht hebben een verband aan te gaan en zich te organiseren als gemeenschap om hun religie of levensovertuiging te belijden. Tot het wezen van godsdienstvrijheid behoort haar collectieve dimensie als een tweede kenmerk. Een derde fundamenteel kenmerk is de vrijheid om een overtuiging te hebben, te kiezen of van overtuiging te veranderen, en daarbij tot een gemeenschap te behoren of deze te verlaten. Onder dit kenmerk valt ook de mogelijkheid dat een groep van overtuiging verandert en een individueel lid niet. Behalve dat een verschil in overtuiging betrekking kan hebben op een individu versus een groep, kan het ook gaan om een minderheidsgroep versus een meerderheidsgroep binnen een groter verband. Voor alle casus die in dit onderzoek aan de orde komen, is naast de eerste twee kenmerken het derde kenmerk relevant. Individuele burgers ontwikkelen een overtuiging waardoor ze afwijken van de gemeenschap waarvan zij lid zijn, dan wel houden aan een overtuiging vast terwijl de gemeenschap van overtuiging verandert. Hiervan afgeleid kunnen minderheden (gaan) afwijken van meerderheden. Een verschil in overtuiging kan leiden tot een conflict en tot onderdrukking van vrijheid.

Artikel 9 EVRM spreekt in navolging van de UVRM van de vrijheid de religie of levensovertuiging te belijden door 'het onderhouden van geboden en voorschriften'.

⁴⁰ Ernst Hirsch Ballin, 'Eenheid in waardigheid – verscheidenheid in gelijkheid', in: R. Holtmaat e.a., *Gelijkheid en (andere) grondrechten. Bundel opstellen ter gelegenheid van het tienjarig bestaan van de AWGB* (p. 39-52), Deventer: Kluwer 2004, p. 39-42.

Individueen onderhouden op grond van hun overtuigingen geboden en voorschriften. Dit onderhouden of naleven vindt veelal plaats in gemeenschapsverband. Een geloofspraktijk kunnen individuen behouden of zij kunnen er wijzigingen in aanbrengen. Daarover kunnen zij in conflict komen met de groep waarvan zij deel uitmaken. Een geschil kan ook ontstaan tussen een groep en een andere groep in de samenleving of de staat. Minderheden kunnen botsen met meerderheden. Een conflict kan daarin resulteren dat de staat het onderhouden van het gebod of voorschrift verbiedt. In de Engelse tekst van artikel 9 EVRM staat voor ‘het onderhouden van geboden en voorschriften’ alleen het woord *observance*. Dit woord is te vertalen met: in acht nemen, naleven, eerbiedigen van. Dit in acht nemen, naleven of eerbiedigen van heeft betrekking op praktijken en rituelen. Het uitvoering geven aan voorschriften of regels noemt men wel een *praktijk* of *praxis*. Gelovigen onderhouden voorschriften. Dit impliceert dat een religieuze praxis een normatief karakter heeft. Een hieraan verwante term is *ritueel*. Een ritueel is een geheel van overgeleverde gebruiken. Iemands dagelijkse ritueel is zijn vaste patroon van handelingen. Men spreekt bijvoorbeeld ook van een begrafenisritueel, dat wil zeggen, dat de begrafenis plaatsvindt op de wijze die de traditie vereist.⁴¹

Een ritueel vat ik op als een religieus gebruik dat voor de gelovige een heilige handeling is. Een heilige handeling is als zodanig een voorgeschreven handeling met een bijzondere betekenis. Het belang van rituelen is volgens Hirsch Ballin dat zij dienen ter bevestiging van een gemeenschappelijke identiteit. Mensen maken daarmee hun verbondenheid met een ander kenbaar, zoals in huwelijksrituelen, of met een groep die zich van andere groepen onderscheidt. Borgman wijst op dezelfde betekenis, namelijk dat rituelen onder meer de grens bewaken tussen wie wel en wie niet tot de eigen religieuze groep behoort.⁴² Niet alleen de religieuze sfeer maar ook de seculiere sfeer kent rituelen. Juristen noemen ze vormvoorschriften. Net als bij sommige religieuze rituelen is de oorsprong ervan functioneel. Zo dient de eis van getuigen of van schriftelijke vastlegging ertoe twijfel over het bestaan van een huwelijk of een andere rechtshandeling te voorkomen. Daar waar religieuze rituelen in de publieke ruimte van betekenis zijn, biedt de rechtsorde een seculier alternatief zoals de belofte in plaats van de eed.⁴³

Rituelen, zo stelt Hirsch Ballin, bevestigen belangrijke gebeurtenissen en gedragingen van het gemeenschapsleven. Het volgen van rituelen moet in veel situaties worden

⁴¹ De betekenis van de woorden *praktijk*, *praxis* en *ritueel* zijn ontleend aan: van Dale. *Groot woordenboek van de Nederlandse taal*, Utrecht: Van Dale Lexicografie 2008.

⁴² Monic Slingerland, ‘Rituelen hebben ook hun logica’, *Trouw* 14 december 2011. Dit artikel is een interview met Borgman.

⁴³ Ernst Hirsch Ballin, *Religieuze en seculiere rituelen in het publieke domein* (Kardinaal Willebrandslezing, uitgesproken ter gelegenheid van het zestigjarig bestaan van de Katholieke Raad voor Israël), Utrecht 10 mei 2012, p. 3.

onderkend als iets intiems, iets wat mensen in hun hart raakt. Daarom behoort het tot het gebied van de vrijheid van religie en levensovertuiging. Formalistische interpretaties van artikel 9 EVRM schieten dan ook tekort. Om dit artikel te interpreteren behoort men de wezenlijke kern van het grondrecht te analyseren. Dit grondrecht moet – net als alle andere – worden gerelateerd aan het basisgrondrecht zoals omschreven in artikel 1 UVRM en artikel 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: de eerbiediging van de menselijke waardigheid. Dit basisgrondrecht vereist dat mensen hun religie in rituelen tot uiting kunnen doen komen, juist vanwege de identiteitsbepalende betekenis van voor die religie heilige handelingen.⁴⁴ Hirsch Ballin wijst hier op een belangrijk punt dat nog uitvoerig aan de orde zal komen. Voor de interpretatie van het grondrecht op vrijheid van godsdienst zal men de kern van dit grondrecht niet uit het oog mogen verliezen en vaak uitdrukkelijk moeten overwegen.

5 Godsdienstvrijheid gepositieerd in het Nederlandse staatsrecht

De vrijheid van godsdienst is gepositieerd in het Nederlandse staatsrecht als een grondrecht. In het voor Nederland relevante internationale recht is de vrijheid van godsdienst een belangrijke rechtsnorm.⁴⁵ Zoals elk grondrecht kent ook godsdienstvrijheid beperkingen. Afhankelijk van tijd en plaats kunnen de beperkingen aan de godsdienstvrijheid variëren. De nationale wetgever en rechter beschikken daartoe over beleidsruimte die wordt erkend in de Grondwet, in verdragen en door de Europese gerechtelijke instanties. Beperkingen aan de godsdienstvrijheid moeten op grond van het evenredigheidsbeginsel proportioneel zijn. De vraag is daarbij wat weegt zwaarder, welk belang krijgt voorrang. Die vraag is niet in algemene zin te beantwoorden. Allerlei specifieke aspecten spelen een rol binnen een bepaalde context. Tot deze context behoren de opvattingen en inzichten in de samenleving, de politiek en de rechtspraak, opvattingen en inzichten die zich bovendien ontwikkelen. Het beoordelingspatroon is aan verandering onderhevig.⁴⁶ Ik geef enkele voorbeelden. Wat eeuwenlang werd geaccepteerd, is sinds enkele decennia verboden, namelijk het onverdoofd slachten van dieren, met uitzondering van de religieuze slacht. Of omgekeerd, wat tot voor enkele decennia bij de wet verboden was, is tegenwoordig een recht, namelijk het huwelijk van twee personen van gelijk geslacht. Bij diverse actuele maatschappelijke kwesties is aan de orde of deze met een verbod op de uiting van

⁴⁴ Ernst Hirsch Ballin, *Religieuze en seculiere rituelen in het publieke domein*, p. 7.

⁴⁵ Matthijs de Blois, 'Vóór godsdienstvrijheid', in: H.M.A.E. van Ooijen e.a., *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?* (p. 27-42), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008, p. 31. Zie ook: Th.C. van Boven, *De volkenrechtelijke bescherming van de godsdienstvrijheid*, Assen: Van Gorcum 1967.

⁴⁶ J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, p. 306.

religie opgelost kunnen worden. Dit geldt bijvoorbeeld voor discriminatie van homo's of vrouwen door orthodoxe groeperingen.

In het publieke en politieke debat bestaan diepgaande meningsverschillen over de erkenning van godsdienstvrijheid. Wat de een ziet als een noodzakelijke inperking van godsdienstvrijheid om grondrechten van andere grondrechtendragers te beschermen, kan een ander zien als een ongewenste aantasting van de kern van godsdienstvrijheid. Dit betekent tenminste dat de reikwijdte van godsdienstvrijheid in het geding is. Een beoordeling van deze reikwijdte vergt, juist door het specifieke karakter van godsdienstvrijheid als een grondrecht, een beoordeling en een weging van belangen. Het belang van aanhangers van een religie is dat hun wordt toegestaan in overeenstemming met geloofsvoorschriften te leven in de private en de publieke sfeer. De weging van deze belangen met die van andere burgers dient plaats te vinden binnen het kader van de constitutie. Een beperking kan worden gerechtvaardigd als zij proportioneel is. Daarbij behoort steeds te worden uitgegaan van de waardigheid van de individuele gelovige. Beperkingen aan godsdienstvrijheid mogen de uitoefening van het grondrecht niet onmogelijk maken. Godsdienstvrijheid is immers primair het recht van het individu zijn religie te belijden op grond van de waardigheid van de mens, waarbij de gelovige in gemeenschappen leeft.

Het geldende constitutionele recht heeft betrekking op verhoudingen die snel en veelvuldig aan wisselingen onderhevig zijn.⁴⁷ Het is te beschouwen als een product van de maatschappelijke en politieke verhoudingen.⁴⁸ De constitutie is onderwerp van discussie en ondergaat voortdurend veranderingen onder invloed van publiek en politiek debat, politieke besluiten, wetgeving, jurisprudentie en oordelen en adviezen van het College voor de Rechten van de Mens (CRM, voorheen: Commissie gelijke behandeling (Cgb)). De wijzigingen in de constitutie zijn enerzijds inhoudelijke wijzigingen en anderzijds wijzigingen in uitleg van de ongewijzigde inhoud. Terwijl de tekst van de wet ongewijzigd blijft, kan de constitutie ingrijpende veranderingen doormaken. Er vindt dan een vernieuwing van het constitutionele recht plaats met behoud van oude formuleringen. Hierbij valt te denken aan rechterlijke uitspraken. De betekenis van de positiefrechtelijke formulering van de grondrechten is daarmee verre van onveranderlijk. Binnen de context van de democratische rechtsstaat vindt echter ook een proces van voortgaande herbepaling van context en betekenis plaats elke keer dat men een beroep doet op de rechtsorde. In het voetspoor van Derrida spreekt Benhabib van *iterations*. Telkens wanneer men zich van een begrip bedient, wijzigt de betekenis ervan. Burgers, politici en bestuurders dragen voortdurend bij aan deze betekenisverandering of transformatie. Het beginsel van democratie impliceert in

⁴⁷ J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, p. 38-39.

⁴⁸ Paul Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954, p. 164-179.

Benhabib's opvatting dat de burgers zichzelf ervaren niet alleen als het *subject* maar ook als de *auteur* van wetten.⁴⁹

De werking van het grondrecht op godsdienstvrijheid is complex en dynamisch geworden. Iedere burger heeft recht op vrijheid van godsdienst of levensovertuiging, maar de uitoefening ervan is niet universeel te bepalen en een burger kan dit recht niet altijd en onder alle omstandigheden invoeren. Er kunnen overtuigende argumenten zijn die ervoor pleiten om de reikwijdte van dit recht te beperken.⁵⁰ De uitoefening van het grondrecht op vrijheid van godsdienst ligt in de tijd niet vast door veranderingen in de opvatting over hoe de waardigheid van de mens kan of moet worden geëerbiedigd. De dynamiek rond dit grondrecht is te duiden als de dynamiek van het geheiligd worden van de persoon.⁵¹ De termen *heiligheid* en *heiliging* worden hier niet in godsdienstige zin gebruikt, maar in profane zin. De persoon is een heilig object vanwege zijn menselijke waardigheid. Zijn heiligheid is geïnstitutionaliseerd in het recht en gepositieerd in universele mensenrechten. Bij de waarborging van de uitoefening van vrijheid van godsdienst is de kernvraag: hoe waarborgt de constitutie optimaal de waardigheid van de mens en het recht van de mens om mens te zijn.

6 Godsdienstvrijheid als recht met een individuele en een collectieve zijde – de onderzoeksvraag

De menselijke waardigheid is *de* grondslag van het recht.⁵² Mensen zijn van nature gelijkwaardig, en ze zijn gelijkwaardig in hun onderlinge diversiteit. Daarom behoren zij gelijkwaardig te worden gewaardeerd en behandeld. Gelijkheid in waardigheid heeft mede betrekking op iemands persoonlijke overtuigingen. Uit de notie van de menselijke waardigheid vloeit de vrijheid van godsdienst voort. De rechtsstaat dient een gelijkwaardig leven voor eenieder naar diens persoonlijke overtuiging te waarborgen. De vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst of levensovertuiging is als mensenrecht van fundamentele betekenis om de waardigheid van de mens te beschermen, en hem de mogelijkheid te bieden zijn persoonlijke identiteit te verwerkelijken.

⁴⁹ Seyla Benhabib, *Another Cosmopolitanism*, New York (NY): Oxford University Press 2006, p. 49. Zie ook: Ernst Hirsch Ballin, 'Continuïteit en perspectief van het Nederlandse koningschap', in: *Preadviezen 2011* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 102-103.

⁵⁰ J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 4.

⁵¹ Hans Joas, *The Sacredness of the Person. A New Genealogy of Human Rights*, Washington (DC): Georgetown University Press 2013.

⁵² D.F. Schelkens, *Mens en mensenrechten*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1981, p. 7.

Elke mens heeft een unieke persoonlijkheid, en daarmee een unieke identiteit. Godsdienstvrijheid is primair de vrijheid van de individuele persoon. Elke persoon komt ten principale de vrijheid toe in overeenstemming met zijn eigen geweten zijn leven in te richten. Daarbij leeft hij in verbanden, treedt tot verbanden toe en maakt zich van verbanden los. Historisch gezien heeft bij de uitoefening de collectieve dimensie overheerst over de individuele dimensie. Men dacht vooral in termen van de vrijheid van de kerk, het gezin, de school, de politieke partij, of de vereniging of stichting met een confessionele identiteit. Vooral de collectieve vrijheid is bevochten en verdedigd. Een voorbeeld daarvan is de schoolstrijd die in 1917 werd beëindigd. Een ander voorbeeld is de verdediging door de SGP van haar standpunt inzake het vrouwenkiesrecht. Een moderne ontwikkeling onder invloed van de individualisering van de samenleving is het streven naar authenticiteit, het maken van persoonlijke keuzes en het in vrijheid uitwerking geven aan de persoonlijke identiteit, tot in het personaliseren van allerlei gebruiksvoorwerpen als een pinpas en postzegels toe. In toenemende mate wensen burgers hun levensstijl en levenswandel niet meer te laten voorschrijven door een gemeenschap, of dit nu een religieuze of een seculiere gemeenschap is, zoals de staat. Tussen de individuele en de collectieve identiteit bestaat een spanningsveld, waardoor bij de verwerkelijking van een individuele of de collectieve identiteit zich spanningen kunnen voordoen die kunnen leiden tot conflicten.

In ruimere zin wordt het recht op levensovertuiging uitgeoefend in wisselwerking of confrontatie met de rechten van andere (groepen van) burgers. In onze samenleving is sprake van een veelheid van conflicten op het terrein van de godsdienstvrijheid. De godsdienstvrijheid wordt thans maatschappelijk en juridisch beproefd op een wijze, die tot een tiental jaren geleden niet voorkwam. Conflicten over godsdienstvrijheid ontstaan doordat burgers individueel of collectief hun recht op godsdienstvrijheid wensen uit te oefenen om hun persoonlijke of collectieve identiteit te bepalen of te behouden, terwijl andere burgers dit beschouwen als een inbreuk op een grondrecht van henzelf of anderen.

Godsdienstvrijheid heeft betrekking op het *belijden* van religie, dat wil zeggen op de praktijk van het geloven. Daarbij is van belang wat we onder *religie* hebben te verstaan. In ruime zin omvat religie wat ervan aan anderen wordt getoond, wat anderen ervan ervaren, anderen nemen de *observance* waar. Religie brengt iemands houding tegenover al wat bestaat tot uitdrukking. Over de afleiding van het woord religie bestaan verscheidene meningen. Het woord *religio* zou afgeleid kunnen zijn van *relegere*. Calvijn sluit zich aan bij de interpretatie van Lactantius dat dit woord het tegenovergestelde betekent van grenzeloze vrijheid. Ware godsdienst beweegt zich

binnen de grenzen die haar zijn gesteld.⁵³ In deze afleiding schuilt de notie van het worden gebonden aan God. Deze notie is nog duidelijker aanwezig als men ervan uitgaat dat het woord religie is afgeleid van *religare*, dat vertaald kan worden met *binden*. Religie houdt daarmee in: samenbinden, verbinden, een relatie met God – primair – en met medegelovigen – secundair – aangaan en onderhouden.⁵⁴

Voor orthodoxe gelovigen is geloof pas geloof in de concrete daad van de gehoorzaamheid aan God, zoals Bonhoeffer heeft betoogd.⁵⁵ Religie kunnen we verstaan als de vrijwillige onderwerping aan God in de gemeenschap met Hem en medegelovigen om Hem te eren. Het geloof in God is daarmee fundamenteel voor de identiteit van de gelovige en bepaalt hoe hij in het leven staat, hoe hij wenst om te gaan met God, zijn medemensen en de wereld. In het jodendom en het christendom is de religieuze gemeenschap een *heilig* volk. Het werkwoord *heiligen* wil zeggen: apart zetten, niet in de negatieve zin van afzonderen, maar in positieve zin, in de zin van: behorend tot een andere categorie. Heiligen betekent ook: opheffen boven de heersende norm uit. Heiliging duidt op verheffing of verhoging, en impliceert dat mensen hun waardigheid (terug)ontvangen. Zij heeft betekenis voor zowel de individuele als de collectieve identiteit. Voor de gemeenschap van de heiligen bestaan diverse namen. Het jodendom kent de term *qahal*, dit is de gemeenschap van de kinderen van Israël. De term staat daarmee voor de gemeenschap van joodse gelovigen. In de christelijke Bijbel duidt het Griekse woord *ecclesia* op de gemeenschap gesticht door Jezus Christus. De term *gemeente* is hiervan de Nederlandstalige variant. De term *kerk* is afgeleid van het Griekse woord *kyriakon*, dat wil zeggen: het huis van de Heer. De beide woorden duiden op de christelijke plaats en gemeenschap van aanbidding.⁵⁶ De islam kent het woord *ummah*, dit heeft de betekenis van de geestelijke gemeenschap van moslims verenigd in onderwerping aan God.⁵⁷ Poorthuis wijst erop dat er in de religie belemmeringen bestaan om van godsdienst te veranderen en de gemeenschap te verlaten. In de islam is het veranderen van religie verboden. In het jodendom rust op het veranderen van religieuze overtuiging een zwaar taboe. In het katholicisme wordt iemand die bewust de kerk verlaat voor een andere religie door de *Codex Iuris Canonici* (canones 751 en 1364) een ‘apostaat’ genoemd, een afvallige.⁵⁸

⁵³ Johannes Calvijn, *Institutie. De onderwijzing in de christelijke godsdienst*, Houten: Den Hertog 2009, I, 12, 1.

⁵⁴ M.J. Cohen, ‘Binden’, in: B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat? Godsdienst, overheid en civiele religie in een post-geseculariseerde samenleving* (p. 17-30), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 17

⁵⁵ D. Bonhoeffer, *Navolging*, Amsterdam: Ten Have 1964.

⁵⁶ The *Catholic Encyclopedia*, www.newadvent.org.

⁵⁷ en.wikipedia.org/wiki/Ummah; M. Cherif Bassiouni, *The Shari’a and Islamic Criminal Justice in Time of War and Peace*, New York (NY): Cambridge University Press 2014.

⁵⁸ Marcel Poorthuis, *Dialogo tussen de religies: Toekomst of verleden tijd? Over het belang van de dialoog voor theologie en samenleving*. Tilburg: Tilburg University 2011, p. 39.

Godsdienstvrijheid impliceert de vrijheid om een religieuze identiteit te kiezen en te verwerkelijken. Deze identiteit heeft een individuele en een collectieve dimensie. Voor de gemeenschap van gelovigen is de collectieve identiteit een fundamentele waarde die de democratische rechtsstaat daarentegen niet primair waarborgt. De democratische rechtsstaat kent het primaat van de individuele vrijheid en identiteit. Daarbij kent en erkent een gemeenschap van gelovigen het gelijkheidsbeginsel, maar niet op dezelfde wijze als de democratische rechtsstaat. Er geldt binnen een religieuze gemeenschap ook een gezagsrelatie. Bij het realiseren van zijn identiteit laat de burger die voor een specifieke religie kiest, zich (mede) leiden door deze keuze. Een deel van de leden van een religieuze gemeenschap is echter lid door geboorte en heeft deze keuze niet uitdrukkelijk gemaakt. Vooral deze laatste categorie kan het lid zijn van de gemeenschap ervaren als sociale druk waartegen men zich verzet, of waarvan men zich wenst te bevrijden. Een lid van een religieuze gemeenschap die de onvrijheid van het lid-zijn niet wenst te aanvaarden, heeft het recht deze gemeenschap te verlaten. Het recht op vrijheid van godsdienst waarborgt dat deze keuze in vrijheid kan worden gemaakt. De democratische rechtsstaat garandeert dat men in vrijheid tot een religieuze gemeenschap kan toetreden en verlaten.

Rond het verlaten van een geloofsgemeenschap doen zich soms conflicten voor. Zo kwam een lid van een kerkelijke gemeente in Ede in botsing met de kerkenraad (het bestuur, HP) van deze gemeente.⁵⁹ Hij wenste te worden uitgeschreven als lid (dooplid). Aan dit verzoek weigerde de kerkenraad te voldoen. Na het inschakelen van een advocaat door betrokkene vond alsnog de uitschrijving plaats. Op de erop volgende zondag refereerde de predikant in de ochtenddienst in de voorbede aan de uitschrijving en stelde dat de man ‘U (God, HP) en het teken van Uw verbond (de doop, HP) de rug toekent, wanneer hij zich van Uw verbond en woorden niets meer aantrekt’. Het gemeentelid dat zich had laten uitschrijven vond het krenkend om als goddeloze te worden afgeschilderd. De rechtbank was dit met hem eens. De voorbede was onrechtmatig. In deze kwestie belemmerde de kerk in eerste instantie de man gebruik te maken van zijn vrijheid van godsdienst om de kerk te verlaten en de predikant beperkte in tweede instantie de vrijheid van godsdienst van leden van deze kerk met zijn voorbede. Bij het erkennen van de vrijheid van de individuele gelovige de kerk te verlaten past niet een kerkverlater in de voorbede aan te duiden als ‘een verloren zoon’ wat hij namelijk wel had gedaan. Een tweede voorbeeld van ongeoorloofd optreden was de actie van pastoor Harm Schilder uit Tilburg dat in media aandacht kreeg.⁶⁰ Hij wilde foto’s en namen van kerkverlaters ophangen bij de ingang van zijn parochiekerk. Op deze wijze wilde hij parochianen ertoe aanzetten te bidden voor geloofsgenoten die zich uit de kerk willen uitschrijven. Hij hoopte ook dat uittreders zouden kunnen

⁵⁹ Rechtbank Arnhem (President), 24 februari 1989, nr. KG1989/131, ECLI:NL:RBARN:1989:AH2585.

⁶⁰ ‘Pastoor ziet af van ophangen foto’s kerkverlaters’, *ANP* 11 januari 2013.

worden overgehaald toch te blijven. De commotie die dit voornemen gaf, bracht hem ertoe van zijn plan af te zien. Zijn actie zou fundamenteel in strijd zijn geweest met de vrijheid van godsdienst. Predikanten en pastoors achten zich herders van hun kudde, maar zij nemen niet altijd de grenzen van hun ambtelijke bevoegdheid in acht. Zij kunnen daardoor de vrijheid van godsdienst van de individuele persoon schenden.

Een individu leeft in diverse gemeenschappen, kringen of verbanden, met elk een onderscheiden identiteit en een kenmerkende praxis. Door het leven in verscheidene verbanden is iemands identiteit gelaagd en meervoudig van aard. Tussen iemands persoonlijke identiteit en de identiteit van een gemeenschap, kring of verband waarvan hij lid is of waartoe hij behoort, bestaat een verhouding. Het individu heeft de vrijheid zijn religieuze identiteit te bepalen en in het verlengde hiervan heeft een gemeenschap de vrijheid haar religieuze identiteit of de religieuze dimensie van haar identiteit te bepalen. Een gemeenschap bindt haar leden aan de praxis die haar eigen is. De verhouding tussen de individuele en de collectieve vrijheid kan een spanning opleveren. Deze spanning kan ertoe leiden dat de individuele vrijheid wordt onderdrukt en niet tot haar verwerkelijking komt. Dat betekent dat de verhouding tussen de individuele en de collectieve dimensie van godsdienstvrijheid spanning kan geven die ten koste gaat van de individuele dimensie. Daarmee wordt dit grondrecht in zijn wezen geraakt. De spanning tussen individuele en collectieve dimensie kan zich voordoen binnen een gemeenschap met een religieuze identiteit en een conflict of botsing impliceren, maar er kunnen ook spanningen optreden in de relatie tussen een individu of een gemeenschap met een religieuze identiteit enerzijds en de overheid anderzijds als vertegenwoordiger van de staat en als beschermer van bepaalde, in het bijzonder in de Grondwet, vastgelegde waarden.

De constitutionele orde is van fundamentele betekenis voor de godsdienstvrijheid. Het is onmogelijk deze betekenis te begrijpen tenzij in samenhang met andere bestanddelen van de constitutionele orde. Iemands vrijheid – om primair individueel en daarvan afgeleid collectief – op grond van zijn religieuze overtuiging een bepaalde praxis te onderhouden wordt zowel gewaarborgd als beperkt door de constitutionele orde. Het individu oefent zijn grondrecht op vrijheid van godsdienst uit om zijn identiteit te verwerkelijken in een spanningsveld van rechten van burgers en hun organisaties.

De constitutionele orde omvat de beginselen van de inrichting van het recht en de staat in onderlinge relatie zoals deze in het bijzonder in de Grondwet tot uitdrukking komen. Zij omvat echter meer dan de actuele tekst van dit document. De constitutionele orde wordt bepaald door de relatie tussen de duurzame uitgangspunten van rechtsstaat, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens en de actuele positivering en interpretatie van de Grondwet en andere constitutionele documenten, zoals het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden en verdragen over de rechten van de mens.

Inhoud en betekenis van de Grondwet zijn niet statisch en kunnen dit ook niet zijn, omdat het ethos van de samenleving aan verandering onderhevig is. De materiële inhoud van de Grondwet wordt bepaald door de historisch gegroeide situatie en de heersende verhoudingen. Dit impliceert dat het patroon van beoordeling aan verandering onderhevig is (zie par. 2.5 van hoofdstuk 1 over de constitutionele orde). Bij de behandeling van de casus in dit onderzoek zal telkens deze constitutionele dynamiek aan orde komen.

De onderzoeksvraag luidt aldus:

Welke betekenis heeft in het spanningsveld van rechten en vrijheden van de democratische samenleving de constitutionele orde voor de vrijheid van godsdienst als recht van de individuele persoon om zijn identiteit te bepalen door een specifieke praktijk te onderhouden?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden komen de volgende vragen aan de orde:

1. Wat houdt de Nederlandse constitutionele orde in, waarvan godsdienstvrijheid een kenmerk is?
2. Wat houdt het recht van godsdienstvrijheid in als primair een individueel recht met daarvan afgeleid een collectief recht?
3. Wat is van belang voor de beoordeling van casus op het gebied van de godsdienstvrijheid?
4. Welk antwoord geeft een selectie van casus op de onderzoeksvraag?

In dit onderzoek neem ik mijn vertrekpunt in een aantal concrete gevallen. Deze casus zijn bepalend voor de rechtsbronnen die ik behandel en toepas. Vanuit de analyse en evaluatie van deze casus kom ik tot de vorming van theorie. De vragen zullen worden behandeld in afzonderlijke hoofdstukken. De eerste vraag wordt behandeld in hoofdstuk 1. In dit hoofdstuk bespreek ik het constitutionele recht, de grondrechten en relevante kenmerken van de Nederlandse constitutionele orde. De tweede deelvraag behandel ik in hoofdstuk 2. Ik bespreek daar de belangrijke kenmerken van het recht op vrijheid van godsdienst, relevante formuleringen, reikwijdte en begrenzing, en relevante aan godsdienstvrijheid verwante rechten. In het derde hoofdstuk behandel ik de derde deelvraag, door het analyse- en evaluatiekader voor de casus te ontwikkelen. De vierde deelvraag behandel ik in hoofdstuk 4. Ik beschrijf, analyseer en evalueer in dit hoofdstuk de casus met behulp van het in het voorgaande hoofdstuk ontwikkelde kader. In dit vierde hoofdstuk bespreek ik, waar dit relevant is, ook buitenlandse casus. De gekozen opbouw werkt aldus toe naar de beantwoording van de onderzoeksvraag.

Bij het selecteren van de casus en het beantwoorden van de onderzoeksvraag richt ik mij op de periode na *Nine Eleven*. Dat is niet omdat deze gebeurtenis als zodanig een bijzondere betekenis zou hebben voor dit onderzoek, maar omdat *Nine Eleven* een metafoor is geworden voor een wijziging in het wereldbeeld en in de beleving van velen een nieuwe episode in de wereldgeschiedenis markeert. Ik zal de onderzoeksvraag beantwoorden door een zevental (typen van) conflicten te onderzoeken. Deze zijn de volgende.

Het SGP-vrouwenstandpunt. De SGP kent vanaf haar oprichting in 1918 de vrouw niet een aan de man gelijke positie toe. In het bijzonder van belang voor de casus is dat deze politieke partij in haar beginselprogramma de vrouw niet het passieve kiesrecht toekent en haar het regeerambt ontzegt. Vanaf het begin van de jaren 1990 zijn door feministes en voor vrouwenemancipatie strijdende groeperingen rechtszaken tegen de partij gevoerd. In 2010 heeft de Hoge Raad (HR) uitgesproken dat de regering maatregelen jegens de SGP moet treffen, zodat vrouwen binnen deze partij niet langer ongelijk worden behandeld. Vervolgens heeft de SGP een klacht ingediend tegen het arrest van de HR bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Het EHRM heeft deze klacht in 2012 verworpen. In 2013 heeft de SGP haar reglement aangepast, zodat de vrouw niet langer wordt uitgesloten van verkiesbaarheid. De SGP heeft zich voor haar bestreden en door de rechters verworpen standpunt mede beroepen op de vrijheid van godsdienst. Zij beschouwt godsdienstvrijheid daarbij als een collectief recht. Dit impliceert dat de godsdienstvrijheid van het individuele lid is beperkt, wat op gespannen voet staat met de oorspronkelijke bedoeling van dit recht.

Islamitische voorschriften. Binnen de islam bestaan stromingen of groeperingen die voorschriften naleven die onder meer betrekking hebben op de man/vrouwverhouding.⁶¹ Daarbij gaat het – onder meer – om kledingvoorschriften voor de vrouw of de man en het niet-handenschudden van personen van het andere geslacht. Met betrekking tot een aantal specifieke kwesties zijn uitspraken gedaan door het CRM (de Cgb), de rechter, of een andere instantie. Het kabinet-Rutte I heeft een wetsvoorstel voor een verbod van de islamitische, het gezicht bedekkende kleding – bekend als de *boerka* – ingediend bij de Tweede Kamer. Een religieus voorschrift inzake de man/vrouw-verhouding wordt door tegenstanders van dergelijke voorschriften als discriminerend voor vrouwen beschouwd, en als een vorm van onderdrukking van vrouwen. Tegenstanders van dit standpunt beschouwen het verbieden van een geloofsvoorschrift als een aantasting van de godsdienstvrijheid van moslims, en daarmee als discriminerend. Twee casus die ik bespreek, hebben betrekking op de weigering personen van het andere geslacht de hand te geven ter

⁶¹ De islam is in dit opzicht niet uniek. Het orthodoxe jodendom en het orthodoxe christendom kennen eveneens voorschriften met betrekking tot de man/vrouwverhouding. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de SGP-casus.

begroeting. De eerste casus is van een islamitische docente op een vmbo-school. Zij werd vanwege haar weigering aanvankelijk geschorst en vervolgens ontslagen. De Cgb stelde de moslima in het gelijk. De rechter oordeelde twee maal anders en liet het belang van de school zwaarder wegen. De tweede casus is die van de moslim die werd afgewezen voor een baan bij de overheid omdat hij vrouwen weigerde de hand te schudden. De Cgb stelde hem in het gelijk, maar ook hij verloor zijn zaak twee maal bij de rechter. Twee andere gevallen betreffen islamitische kleding en bejegening van de rechterlijke macht in de rechtszaal. Hierbij gaat het om een casus van een moslima die in de functie van griffier een hoofddoek wenste te dragen en een moslim die als advocaat een islamitische muts droeg en die weigerde op te staan voor de rechters bij binnenkomst in de rechtszaal. De moslima verloor haar zaak. De islamitische advocaat werd berispt door de Raad van Discipline maar werd in hoger beroep in het gelijk gesteld door het Hof van Discipline. In kwesties die op de rechtszaal betrekking hebben, is de neutraliteit van de staat of het gezag van de rechterlijke macht in het geding. In algemene zin geldt dat aangezien gelovigen zich voor het onderhouden van religieuze voorschriften op hun religie beroepen, het bij kwesties op dit gebied gaat om de vraag wat de godsdienstvrijheid van de individuele gelovige inhoudt, als zijn overtuiging afwijkt van die van de seculiere samenleving, van de staat of van de religieuze gemeenschap waartoe hij behoort en waarmee hij in conflict is gekomen. Anders gezegd is de vraag welke beperkingen van de godsdienstvrijheid gerechtvaardigd zijn.

De religieuze slacht volgens joods en islamitisch voorschrift. De Tweede Kamer heeft een initiatiefwetsvoorstel van de Partij voor de Dieren (PvdD) aangenomen voor het verbod van dit onverdoofd slachten van dieren ter verbetering van het dierenwelzijn. De Eerste Kamer heeft dit wetsvoorstel verworpen omdat het een onevenredige aantasting van de godsdienstvrijheid van joden en moslims zou betekenen. In 2012 hebben de overheid en religieuze organisaties van joden en moslims een convenant ondertekend dat de slacht ten behoeve van het dierenwelzijn aan strengere regels bindt dan in het verleden golden. In deze casus is de kwestie of de religieuze praxis van de onverdoofde slacht wordt beschermd door het recht op godsdienstvrijheid. Aan de orde is in welke mate dit voorschrift deel uitmaakt van het wezen van het geloof van de joodse en islamitische gelovige, en in hoeverre het gebruiken van de maaltijd van de gelovige gezamenlijk met medegelovigen een praktijk is die tot het belijden van het geloof behoort.

De gewetensbezwaarde trouwambtenaar. De erkenning van de trouwambtenaar die gewetensbezwaar heeft tegen het sluiten van een huwelijk door partners van gelijk geslacht was een toezegging van de regering in 2001 bij de parlementaire besluitvorming over de openstelling van het huwelijk voor partners van gelijk geslacht. Het beleid van gemeenten varieert, een groot aantal is de zogenoemde

weigerambtenaar na de invoering van de wet gaan weren. Op 15 november 2011 stemde de Tweede Kamer voor een motie van GroenLinks om door een wettelijke regeling een eind te maken aan de mogelijkheid dat gemeenten gewetensbezwaarde trouwambtenaren in dienst nemen en hebben. Ambtenaren behoren hun wettelijke taken uit te voeren. Hen daartoe dwingen door middel van een wet, wat de meerderheid in de Tweede Kamer wil, impliceert dat er geen ruimte meer is voor deze categorie ambtenaren. Het orthodox-protestantse volksdeel verzet zich er stevig tegen. In deze casus komt de individuele ambtenaar met zijn godsdienstige overtuiging in conflict met de overheid. De kwestie is of het recht op godsdienstvrijheid als een recht van een individuele persoon inhoudt, dat een individuele ambtenaar weigert een specifieke taak uit te voeren en daarbij burgers ongelijk behandelt in strijd met de wet. In 2013 heeft de rechter in een conflict tussen een ontslagen bijzonder ambtenaar van de burgerlijke stand en een gemeente de gemeente in het gelijk gesteld.

De niet-multireligieuze ambtseed. Met betrekking tot de ambtseed kennen we voor politieke ambtsdragers, rijksambtenaren en politieambtenaren alleen een variant met het aanroepen van 'God'. In november 2009 nam de Tweede Kamer een CDA-motie aan dat dit ook moet gelden voor ambtenaren bij gemeenten en provincies. De strekking van de motie was dat de multiculturalisering van de ambtseed door de regering moet worden bestreden. De regering heeft uitvoering van de motie geweigerd met als argument de autonomie van provincies en gemeenten niet te willen aantasten. Niet-christenen kunnen evenwel van mening zijn dat zij door de overheid ongelijk worden behandeld op het punt van de ambtseed. De kwestie is in deze casus dat de overheid aanhangers van een niet-christelijke religie bij het afleggen van de ambtseed niet gelijk behandelt met christenen. In de huidige situatie hebben tenminste niet-christelijke ambtenaren die behoren tot de drie genoemde categorieën ambtenaren niet het recht hun godsdienst te belijden bij het afleggen van de ambtseed. De regering heeft geen stappen aangekondigd om de ongelijkheid weg te nemen door voor elke eedaflegging andere varianten toe te staan, of door niet meer de bestaande variant te legitimeren.

Godsdienstvrijheid in het bijzonder onderwijs. Het bijzonder onderwijs geniet godsdienstvrijheid maar de individuele leerling en leerkracht heeft ook recht op vrijheid van godsdienst. De spanning tussen collectieve en individuele godsdienstvrijheid kan tot conflicten leiden. Ik bespreek diverse gevallen. Daarbij zijn er kwesties die betrekking hebben op een leerkracht. Een ervan is de homodocent in het bijzonder onderwijs. Bij het tot stand komen van de Awgb was de positie van de homodocent in het bijzonder onderwijs het onderwerp waarop de politieke discussie zich concentreerde. De formule van het enkele feit werd het politieke compromis en is sindsdien het hete hangijzer. Er zijn voorstellen gedaan de formulering te wijzigen. In november 2011 heeft voor het eerst de rechter een uitspraak gedaan in een concreet

geschil tussen een instelling voor bijzonder onderwijs en een homoseksuele leerkracht. De school mocht de leerkracht (nog) niet ontslaan. Een tweede casus betreft een ongehuwde gymjuf die met haar vriend op vakantie ging en daarom niet werd aangenomen toen zij solliciteerde. In deze casus oordeelde de Cgb dat de school onderscheid maakte op grond van het enkele feit van burgerlijke staat. Haar overtuiging was geen bijkomende omstandigheid. Er zijn ook kwesties die betrekking hebben op een leerling. Twee casus wil ik bespreken. De eerste is de weigering van een reformatorische school om een leerling toe te laten van wie de ouders en het gezin een enigszins van de school afwijkende geloofsopvatting hadden. De tweede is de weigering van een katholieke school om een islamitische leerlinge toe te staan een hoofddoek in de klas te dragen. In het eerste geval stelde de rechter de ouders in het gelijk, in het tweede de school.

De religieuze besnijdenis van jongens volgens joods en islamitisch voorschrift. De discussie over het verbieden van de besnijdenis wordt gevoerd in Nederland en Duitsland. De landelijke artsenfederatie KNMG heeft zich tegenstander verklaard van de traditionele besnijdenis van joodse en islamitische jongens. Volgens de artsen is er geen enkel positief aspect aan deze besnijdenis. In Duitsland heeft een rechter de besnijdenis verboden. De rechtbank in Keulen heeft geoordeeld dat de besnijdenis van minderjarige jongens uit religieuze overwegingen strafbaar is. Zij heeft daarmee het oordeel van een lagere rechtbank vernietigd, die eerder een arts vrijsprak nadat hij een 4-jarige jongen had besneden op verzoek van zijn islamitische ouders. De Duitse regering heeft in 2012 echter een wettelijke basis gegeven aan de religieuze besnijdenis. In deze casus komt de individuele gelovige, namelijk de vader als gezinshoofd, en in het verlengde daarvan de religieuze gemeenschap, in conflict met de seculiere gemeenschap over een ritueel dat, en dit geldt in elk geval voor het jodendom, een kenmerk van de identiteit is.

Diverse auteurs hebben aspecten van de casus besproken in publicaties. Daarbij denk ik aan auteurs als Van Bijsterveld, De Jong, Loenen, Oldenhuis en Vermeulen. Van Bijsterveld heeft de intentie een bijdrage te leveren aan het ontwikkelen van een visie op de verhouding tussen overheid en godsdienst. Zij besteedt daarbij onder meer aandacht aan de vrijheidsrechten.⁶² De Jong onderzoekt godsdienstvrijheid gezien vanuit de positie van de aan een specifieke identiteit gebonden instelling.⁶³ Loenen behandelt de juridische grenzen van religieuze pluriformiteit in het perspectief van de mensenrechten. Zij poneert dat de te maken keuzes in de aanvaarding van religieuze pluriformiteit niet uitsluitend van politieke aard zijn. Het recht kan beperkingen aan

⁶² S.C. van Bijsterveld, *Overheid en godsdienst. Herijking van een onderlinge relatie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

⁶³ S. de Jong, *De identiteitsgebonden werkgever in het arbeidsrecht*, Apeldoorn: De Banier 2012.

deze keuzes stellen.⁶⁴ Oldenhuis c.s. onderzoeken de vrijheidsgraden die godsdiensten in de Nederlandse samenleving hebben, speciaal waar de verhouding tussen recht en religie soms schuurt.⁶⁵ Vermeulen analyseert hoe het Nederlandse recht en overheidsbeleid enerzijds aan religieuze, culturele en etnische minderheden ruimte en faciliteiten biedt en anderzijds aan diversiteit grenzen stelt en assimilatie van minderheden poogt af te dwingen.⁶⁶ Met *assimilatie* bedoel ik dat migranten hun eigenheid, hun specifieke culturele identiteit, verliezen. Bij integratie behouden migranten wel hun eigenheid. In mijn essay uit 2010 besteed ik aandacht aan de verhouding tussen de klassieke vrijheidsrechten en het gelijkheidsbeginsel. Conflicten tussen in het bijzonder godsdienstvrijheid en gelijkheidsbeginsel bespreek ik binnen het kader van de neutraliteit van de rechtsstaat.⁶⁷ In mijn essay uit 2011 analyseer ik het probleem van de godsdienst in de publieke ruimte. In het bijzonder handelt deze publicatie over de vrijheid van godsdienst binnen het perspectief van de democratische rechtsstaat.⁶⁸

⁶⁴ T. Loenen, *Geloof in het geding. Juridische grenzen van religieus pluralisme in het perspectief van de mensenrechten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

⁶⁵ F.T. Oldenhuis e.a., *Schuurende relaties tussen recht en religie*.

⁶⁶ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*.

⁶⁷ Henk Post, *Gelijkheid als nieuwe religie*.

⁶⁸ Henk Post, *Godsdienstvrijheid aan banden. Een essay over het probleem van de godsdienst in het publieke domein*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

Hoofdstuk 1

De constitutionele orde

1 Inleiding

Een fundamentele rol in het realiseren van godsdienstvrijheid vervult de constitutie. Tot de constitutie behoren de Grondwet, wetten, waaronder de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), staatsstukken, jurisprudentie, verdragen en ongeschreven recht, waaronder het neutraliteitsbeginsel. De in de Inleiding genoemde casus zijn grondrechtenkwesties binnen de Nederlandse constitutionele orde. In dit hoofdstuk bespreek ik het constitutionele recht (par. 2), de grondrechten (par. 3) en drie kenmerken van de Nederlandse constitutionele orde, te weten: het primaat van de individuele vrijheid, de neutraliteit van de staat en het gelijkheidsbeginsel (par. 4). In de vierde subparagraaf werk ik de laatste paragraaf nader uit onder het opschrift ‘gelijke vrijheid’.

2 Het constitutionele recht⁶⁹

2.1 Nationaal, supranationaal en internationaal recht

Het staatsrechtelijke basisdocument van de Nederlandse constitutionele orde is de Grondwet. Het constitutionele recht is daarnaast te vinden in het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, supranationaal en internationaal recht, organieke besluiten, wetten en regelingen, en in ongeschreven regels of conventies. Bepalingen van internationaal recht kunnen constitutioneel recht bevatten indien zij de bevoegdheden van de nationale geconstitueerde ambten in algemene zin beperken, zoals het EVRM en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), of indien zij ambten constitueren die besluiten met gelding binnen de Nederlandse rechtsorde kunnen nemen, waaronder het EHRM.⁷⁰ Het ontstaan van een bovennationale rechtsorde heeft de betekenis van de nationale (grond)wetgeving

⁶⁹ De theorie over de constitutionele orde in deze paragraaf ontleen ik primair aan: M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012; C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012; P.P.T. Bovend'Eert, *Inleiding constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2010.

⁷⁰ C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, p. 22-34.

teruggedrongen.⁷¹ Het EVRM en het IVBPR met de daarbij behorende protocollen zijn belangrijke verdragen met betrekking tot de klassieke grondrechten, waaronder de vrijheid van godsdienst.

De term organiek besluit of organieke wet kent het Nederlandse positieve staatsrecht niet, de term komt echter wel voor in de doctrine. Een materiële omschrijving houdt in dat eronder vallen alle besluiten, wetten en regelingen die een primaire constituerende functie vervullen. Een aantal ervan berusten op een grondwettelijke opdracht, een aantal echter niet. Ongeschreven constitutioneel recht komt onder meer voor in het privaatrecht – zoals goede trouw, redelijkheid en zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer – en in het bestuursrecht – in de vorm van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zowel in het privaatrecht als in het bestuursrecht geeft vooral de rechter inhoud aan het ongeschreven recht. Het staatsrecht kent eveneens ongeschreven recht.⁷² Dit recht is echter veelal niet geformuleerd door de Nederlandse rechter. Een van de verklaringen daarvoor is het ontbreken van de mogelijkheid van toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet of aan rechtsbeginselen. Tot de ongeschreven beginselen en regels behoren echter wel normen die in de supranationale en de internationale rechtspraak zijn ontwikkeld en daar worden toegepast.⁷³ In de jurisprudentie van het EHRM treft men verwijzingen aan naar onder meer het proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel en de goede trouw.⁷⁴

Het EHRM werd op 3 september 1953 ingevolge het EVRM opgericht. Gevestigd in Straatsburg heeft het EHRM jurisdictie over de landen van de Raad van Europa (RvE) die ervoor hebben gekozen zijn jurisdictie te aanvaarden. Voor deze landen zijn de uitspraken van het EHRM bindend. Het EVRM werd op 4 november 1950 ondertekend en trad in werking op 3 december 1953. Uitsluitend lidstaten van de RvE kunnen partij zijn bij het EVRM. Nederland is een van deze landen. Tijdens een symposium ter gelegenheid van het tienjarig bestaan van de Grondwet van 1983 werd door de toenmalige president van de Hoge Raad, mr. S. Royer, opgemerkt dat de Grondwet ondergeschikt is geworden aan de internationale mensenrechten, dat dit vooral de grondrechten betreft, en dat het lot van onder meer de Awgb in handen ligt van het EHRM.⁷⁵

⁷¹ J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988 (heruitgave proefschrift, oorspronkelijk 1958), p. 67, 189.

⁷² C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, p. 23-26.

⁷³ C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, p. 24, 50, 130-131, 174-175.

⁷⁴ C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 128.

⁷⁵ E.A. Alkema, 'De reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en internationale dimensies (preadvies)', in: E.A. Alkema e.a., *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, jg. 125, 1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 5-6.

Nederland maakt tevens deel uit van de supranationale structuur die wordt gevormd door de Europese Unie (EU). De EU heeft zich in 1993 formeel de mensenrechten eigen gemaakt. Deze rechten zijn in dat jaar door het Verdrag van Maastricht geïncorporeerd in het EU-recht. De mensenrechten behoren tot de constitutionele basis van de Europese samenwerking en vormen Europese grondrechten. De nationale grondrechten moeten zich naar de Europese mensenrechten – die ook mondiale mensenrechten zijn – voegen.

Op grond van het Verdrag van Rome van 1957 vormen de aangesloten Europese staten een confederatie met federale trekken. Op 1 november 1993 trad het Verdrag betreffende de Europese Unie in werking, kortweg: het EU-Verdrag, dat bekend staat als het Verdrag van Maastricht. Daarmee was de Europese Unie een feit. Op 1 december 2009 trad het Verdrag van Lissabon in werking. Met dit verdrag heeft tevens het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie rechtskracht gekregen. Het Verdrag, het Handvest en eruit voortvloeiende organieke regelingen vormen een onderdeel van het in Nederland geldende constitutionele recht, met als enige bijzonderheid dat de vaststelling, wijziging en uitleg ervan in laatste instantie zijn onttrokken aan de nationale ambten. Sinds het Verdrag van Lissabon zijn de eigen supranationale ambten van de EU: de Europese Commissie, die het EU-beleid uitvoert, de Europese Raad, die bestaat uit staatshoofden/regeringsleiders en die de beleidsprioriteiten vaststelt, de Raad van de EU, die wetten vaststelt, het Europees Parlement, dat wetten goedkeurt, de Europese Rekenkamer en het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU). Dit Hof heeft in het *Costa Enel*-arrest (Zaak 6/64, 15 juli 1964, Jur. 1964, p. 1204) uitgesproken ‘dat het EEG (thans: EU, HP)-verdrag (...) een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen, die bij de inwerkingtreding van het Verdrag in de rechtsorde der Lid-Staten is opgenomen (...); dat de Lid-Staten door voor onbepaalde tijd een Gemeenschap op te richten – voorzien van eigen organen – hun soevereiniteit, zij het op een beperkt terrein, begrensd hebben en derhalve een rechtsstelsel in het leven hebben geroepen, dat bindend is zowel voor hun onderdanen als voor henzelf’. Deze formulering betekent dat krachtens het verdrag en niet krachtens enig nationaal besluit het EU-recht als zodanig in de nationale rechtsorde werkt. Uit de autonomie van het EU-recht heeft het Hof van Justitie van de EU de voorrang van dit recht boven het nationale recht afgeleid.

Op een beperkt terrein deelt Nederland in de EU zijn soevereiniteit om wetten te maken en toe te passen binnen zijn nationale grenzen. De verhouding tussen het EU-recht en het nationale recht is naar de mening van *Burkens c.s.* principieel monistisch, dat wil zeggen monistisch uit hoofde van het EU-recht zelf. Dit recht vormt een integraal onderdeel van het nationale recht.⁷⁶ Door de oprichting van de EU is een rechtsstelsel

⁷⁶ M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 369.

ontstaan dat bindend is zowel voor de lidstaten als voor de onderdanen ervan. Het EU-verdrag (primaire recht) en daarop berustende besluiten, verordeningen, richtlijnen en beschikkingen (secundair recht) werken rechtstreeks in de Nederlandse rechtsorde, en prevaleren boven het Nederlandse recht, inclusief de nationale constitutie en kunnen daardoor bevoegdheden van nationale ambten uitbreiden en beperken.⁷⁷

De werking van verdragen in de nationale rechtsorde vloeit voort uit ongeschreven Nederlands constitutioneel recht, en dus niet uit de Grondwet. Het is dan ook niet zo dat de in dit verband veelal genoemde artikelen 93 en 94 Gw het monisme vastleggen: de automatische interne werking en voorrang van het volkenrecht in de nationale rechtsorde. De artikelen 93 en 94 Gw geven slechts aan hoe de rechter en het bestuur met een bepaald onderdeel van het volkenrecht hebben om te gaan, dat wil zeggen, met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Daarbij vloeien uit de artikelen 93 en 94 Gw beperkingen op de interne werking en voorrang van het internationale recht voort, waardoor het Nederlandse stelsel gematigd monistisch is.⁷⁸

De grondrechten uit het EVRM en het IVBPR vervullen een belangrijke rol in de nationale rechtspraak.⁷⁹ Uit de rechtspraak blijkt dat de in deze verdragen vervatte grondrechten bijna alle eenieder verbindende bepalingen zijn in de zin van artikel 93 Gw. De in artikel 93 Gw bedoelde verdragsbepalingen en besluiten van internationale organisaties zijn rechtstreeks werkende bepalingen en besluiten.⁸⁰ De burger kan er daardoor in rechte een beroep op doen; zij zijn waarborgnormen.⁸¹ De vraag in hoeverre bepalingen van verdragen naar hun inhoud eenieder kunnen verbinden, of rechtstreekse werking hebben, staat ter beoordeling van de rechter.⁸² In het algemeen streven Nederlandse rechters bij de interpretatie van mensenrechtenverdragen naar nauwgezette afstemming op de jurisprudentie van internationale instanties, waaronder

⁷⁷ C.A.J.M. Kortmann & P.P.T. Bovend'Eert, *Inleiding constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2006 p. 7.

⁷⁸ M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 355.

⁷⁹ P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*, p. 6

⁸⁰ P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*, p. 6; B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, p. 19; W. van der Burg, *Het democratisch perspectief. Een verkenning van de normatieve grondslagen der democratie*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 171; E.M.H. Hirsch Ballin, 'Samenhang, werking en waarborgen van de grondrechten inzake de onschendbaarheid van de woning en het post- en telecommunicatiegeheim', in: M.C. Burkens & M.J. Sluijs, *De wetgeving ter uitvoering van hoofdstuk 1 van de Grondwet. Staatsrechtconferentie 1987* (p. 87-95), Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 92.

⁸¹ C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, p. 387.

⁸² A.S. Hartkamp, 'Europese mensenrechten en nationaal dwingend recht – De Nederlandse rechter en het EVRM', in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM. 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000*, Leiden: St. NJCM-Boekerij 2000, p. 24.

het EHRM.⁸³ Een verdrag is in Nederland van kracht zodra het is geratificeerd. Het hoeft dus niet te worden omgezet in wetgeving of geïncorporeerd in de wet. Artikel 94 Gw bepaalt vervolgens dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien dit niet verenigbaar is met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Dit betekent enerzijds dat alle verdragen na ratificatie voor alle Nederlandse autoriteiten verbindend zijn. Anderzijds is een gevolg dat procespartijen zich in rechte kunnen beroepen op eenieder verbindende verdragsbepalingen om de daardoor verleende rechten geldend te maken tegen nationale wetsbepalingen in, ongeacht of deze laatste voor of na de ratificatie van het verdrag tot stand zijn gekomen.⁸⁴ Als het nationale recht meer garanties biedt dan het verdragsrecht, heeft de burger aanspraak op deze verdergaande bescherming, gezien onder meer artikel 53 EVRM, artikel 5 IVBPR en artikel 53 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.⁸⁵

Het EHRM heeft het EVRM in het *Loizidou*-arrest omschreven als een ‘constitutional instrument of European public order’.⁸⁶ Barkhuysen, Van Emmerik en Loof bevestigen dat het EVRM zich heeft ontwikkeld tot een belangrijk constitutioneel document. De directe beïnvloeding door het EVRM van verschillende rechtsgebieden is in de eerste plaats een uitvloeisel van de naar hun mening gematigd monistische structuur die artikel 93 Gw aan ons constitutioneel bestel geeft en van de voorrangsregel die artikel 94 Gw daaraan toevoegt. De ‘een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties’ hebben prioriteit boven ‘nationale wettelijke voorschriften’. Hiermee worden alle soorten van nationale regelgeving bedoeld. De rechter kan bindende uitspraken doen indien sprake is van strijd tussen een eenieder verbindende verdragsbepaling en een nationale regel. Mede door deze constitutionele structuur functioneert het EVRM nadrukkelijk als een instrument dat grenzen stelt aan de speelruimte van de wetgever, en in het verlengde daarvan het bestuur, en een uitbreiding oplevert van de toetsingsmaatstaven voor de rechter. Vooral dit laatste element is in het Nederlandse constitutionele bestel van groot belang doordat de rechter ingevolge artikel 120 Gw de mogelijkheid ontbeert om wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet en de daarin opgenomen grondrechten.⁸⁷

⁸³ M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling & B.P. Vermeulen, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 340.

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 4 februari 1988, NJ 1990/88 (*gelijke beloning*).

⁸⁵ P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*, p. 7.

⁸⁶ EHRM 23 maart 1995, nr. 15318/8, NJCM-Bulletin 1995, p. 801, m.nt. J. van der Velde, § 75 (*Loizidou v. Turkey*).

⁸⁷ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 12; vgl. art. 60 EVRM, art. 5, tweede lid IVBPR; T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, ‘50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht – ontwikkelingen en vooruitzichten’, in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM. 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000*, Leiden: St. NJCM-

De invloed van het EVRM op de Nederlandse rechtsorde raakt, zo betoogt Thomassen, alle onderdelen van het staatsapparaat. Daarbij heeft elk onderdeel een eigen verantwoordelijkheid voor de verwezenlijking van de in het EVRM neergelegde fundamentele waarden. De wetgever, het bestuur en de rechter zijn aan de constitutionele beginselen van het EVRM gebonden. Daaraan zitten twee kanten. Het EVRM verplicht een lidstaat enerzijds om met beleid, wetgeving en handhaving de verwezenlijking van de in dit verdrag gegarandeerde rechten veilig te stellen,⁸⁸ en beschermt anderzijds tegen overheidsinmenging. Ingevolge artikel 1 EVRM en de artikelen 93 en 94 van de Nederlandse Grondwet moet het EVRM worden toegepast als nationaal recht. De jurisprudentie van het EHRM is overeenkomstig de artikelen 32 en 46 EVRM bindend. Vandaar dat Thomassen van mening is dat het EVRM de taken en verantwoordelijkheden van de Nederlandse rechter radicaal heeft veranderd. 'De inhoud van bepalingen op verschillende rechtsterreinen (...) wordt niet meer alleen bepaald door specifieke wetten, maar ook door het EVRM. (...) De rechter zal steeds de norm moeten vaststellen in het licht van het Europese recht en de norm zelf op zijn toelaatbaarheid met het oog op het Europese recht moeten toetsen.'⁸⁹ Het EHRM vervult daarbij door zijn uitleg van het EVRM een belangrijke constitutionele taak. Zijn interpretatie heeft bindende kracht voor de lidstaten van de EU. Het EHRM heeft daarover zelf opgemerkt: 'The Court's obligation (...) is to have regard to the special character of the Convention as a constitutional instrument of European public order for the protection of individual human beings and its role, as set out in Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties (...). In short, the Convention is a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 of the Convention, in an essentially regional context and notably in the legal space (espace juridique) of the Contracting States'⁹⁰ Thomassen merkt voorts op dat het Hof van Justitie van de EU het EVRM beschouwt als een van de rechtsbronnen van het EU-recht, en de jurisprudentie van het EHRM steeds explicieter erkent als richtinggevend voor zijn interpretatie van het EVRM.⁹¹

Het EHRM is belast met het toezicht op de naleving van het EVRM door de aangesloten staten. Klachten over schending van het verdrag kunnen aanhangig worden

Boekerij 2000, p. 329-331; A.K. Koekkoek, *De Grondwet: een systematisch en artikelgewijs commentaar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

⁸⁸ Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing 2004.

⁸⁹ Wilhelmina Thomassen, *Fundamentele waarden in het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 11-13, citaat: p. 13.

⁹⁰ EHRM (GK) 12 december 2001, nr. 52207/99, § 80 (*Bankovic v. Belgium*); zie ook: EHRM 23 maart 1995, nr. 15318/8, *NJCM-Bulletin* 1995, p. 801, m.nt. J. van der Velde (*Loizidou v. Turkey*).

⁹¹ Wilhelmina Thomassen, *Fundamentele waarden in het recht*, p. 8.

gemaakt door een verdragspartij (art. 33 EVRM) en door (groepen van) burgers (art. 34 EVRM). Het EVRM beoogt eerst en vooral de uitoefening van de rechten en vrijheden van het EVRM binnen de nationale rechtsorde veilig te stellen. Deze primaire doelstelling wordt verwoord in artikel 1 EVRM. Artikel 13 EVRM geeft burgers het recht op een effectief rechtsmiddel,⁹² zodat zij een klacht over een schending al binnen de nationale rechtsorde kunnen indienen. Het klachtrecht van artikel 34 EVRM is een laatste redmiddel, want het is de bedoeling dat problemen zoveel mogelijk op nationaal niveau worden opgelost. Het EVRM strekt er dan ook niet toe om eerst en vooral een internationaal klachtrecht aan te reiken, aldus Vlemminx.⁹³ Hij wijst erop dat met het Elfde Protocol in 1998 een belangrijke verandering tot is stand gebracht. Vanwege dit protocol kan het EHRM kennisnemen van individuele klachten zonder dat de lidstaat die bevoegdheid apart heeft erkend. Sinds 1998 beschikken burgers onder het EVRM over een zelfstandige positie naast de lidstaat. Die positie verschaft hun de mogelijkheid om zelfs tegen de soevereine wil van de lidstaat in hun fundamentele rechten uit te oefenen.⁹⁴ Onmiskenbaar impliceert dit een versterking van de rechtsorde van het EVRM.

In de loop van de jaren heeft het EHRM een grondrechtenjurisprudentie ontwikkeld waarin de waarborgen van het EVRM in belangrijke mate zijn verruimd en geconcretiseerd. De jurisprudentie van het EHRM en de voormalige ECRM⁹⁵ is de laatste decennia van groot belang gebleken voor de uitleg van de verdragsbepalingen en heeft haar invloed op de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie doen gelden. Over de constitutionele betekenis van uitspraken van het EHRM lopen de meningen overigens uiteen. Sommigen zien uitspraken van het EHRM als ‘besluiten van [een] volkenrechtelijke organisatie’ in de zin van de artikelen 93 en 94 Gw. Anderen menen dat de Straatsburgse arresten moeten worden geacht te zijn geïncorporeerd in de verdragsbepalingen waarop zij betrekking hebben. Het eerste gezichtspunt vraagt niet om toepassing van arresten die tegen andere landen zijn gewezen, het tweede wel. De Hoge Raad lijkt het incorporatiestandpunt in te nemen. Naar de mening van Lawson valt het op dat dit rechtscollege meer en meer is gaan verwijzen naar afzonderlijke uitspraken van het EHRM. Slechts in een beperkt aantal gevallen reageert het daarmee

⁹² Artikel 13 EVRM: ‘Eenieder wiens rechten en vrijheden die in dit verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, (...)’.

⁹³ F.M.C. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 29-32.

⁹⁴ F.M.C. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, p. 16-17.

⁹⁵ De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) besliste tot 1999 over de ontvankelijkheid van klachten, terwijl het EHRM alleen besliste over de door de ECRM ontvankelijk verklaarde klachten. De ECRM bestaat niet meer, thans toetst het EHRM ook de ontvankelijkheid van de klachten.

op veroordelingen van Nederland. Voor het effect dat arresten van het EHRM hebben, lijkt het dan ook niet van groot belang of Nederland al dan niet procespartij is.⁹⁶

2.2 *Margin of appreciation*

De leer van de *margin of appreciation* houdt de erkenning in dat het oordeel in een conflict primair de verantwoordelijkheid van de nationale rechter is.⁹⁷ De Europese instellingen zijn verplicht om binnen zekere grenzen de culturele, ideologische en juridische variëteit te respecteren die kenmerkend is voor Europa. Er zijn talloze uitspraken van het EHRM waarin de behoefte aan erkenning van deze variëteit en de regionale of nationale bijzonderheden uitdrukkelijk is geformuleerd. Naast het streven naar uniformiteit biedt de Europese rechtsorde daarmee verscheidenheid.⁹⁸ In het bijzonder is dit aspect van betekenis voor de toepassing van het tweede lid van de artikelen 8 tot 11 EVRM.⁹⁹ Binnen de *margin of appreciation* van de nationale autoriteiten en de binnenlandse rechtbanken vallen in beginsel de vaststelling van feiten en de interpretatie van binnenlands en internationaal recht, waaronder het EVRM. De *margin of appreciation* is een notie die verwijst naar de ruimte om te manoeuvreren die het EHRM bereid is te verlenen aan de nationale autoriteiten om hun verplichtingen onder het EVRM te vervullen.¹⁰⁰

Een bevestiging van het belang van de *margin of appreciation* is vervat in het nog niet in werking getreden Protocol nr. 15 bij het EVRM. Namens het Koninkrijk der Nederlanden is dit protocol op 22 oktober 2013 ondertekend. Nadat de goedkeuringsprocedure zal zijn voltooid, zal dit protocol van kracht worden.¹⁰¹

⁹⁶ Onder meer: HR 10 november 1989, NJ 1990/628, m.nt. EAAL en EAA, r.o. 3.3; HR 10 mei 1996, NJ 1996/578, m.nt. EJD, r.o. 3.3; HR 12 september 1997, RvdW 1997, nr. 168, r.o. 2; R. Lawson, '50 jaar EVRM in vogelvlucht', in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM. 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000*, Leiden: St. NJCM-Boekerij 2000, p. 16-20.

⁹⁷ Zie voor een uitvoerige bespreking van dit concept: Henk Post & Gerhard van der Schyff, 'De spanning tussen de margin of appreciation en de universele waarde van godsdienstvrijheid', in: Henk Post & Gerhard van der Schyff (red.), *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven* (p. 79-104), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014; vergelijk voor de specifieke opmerking: Herbert Petzold, 'The Convention and the Principle of Subsidiarity', p. 59.

⁹⁸ F. Matscher, 'Methods of Interpretation of the Convention', in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993, p. 75.

⁹⁹ Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Den Haag: Kluwer 1996, p. xiii.

¹⁰⁰ S. Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Human Rights Files, nr. 17, 2000, p. 5.

¹⁰¹ <http://raadvaneuropa.nl/vertegenwoordiging.org/nieuws/2013/oktober/>

Protocol nr. 15 verankert de *margin of appreciation*-doctrine in de Preambule van het EVRM. Artikel 1 zegt dat aan het eind van de preambule een zin wordt toegevoegd die het principe van subsidiariteit bevestigt en dat de staten die het EVRM hebben ondertekend derhalve een *margin of appreciation* genieten onder toezicht van het EHRM: ‘Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention’.

De toepassing van de leer van de *margin of appreciation* betekent dat de Europese rechters zichzelf een beperking opleggen bij het uitoefenen van hun bevoegdheid tot oordelen, doordat zij ervan uitgaan dat autoriteiten in het land van het juridisch conflict in de beste positie verkeren om dat conflict op te lossen. De aan het EHRM verbonden rechter Spielmann stelt de vraag of het EHRM door het toestaan van enigerlei marge van een bepaalde grootte zijn bevoegdheid tot het geven van een oordeel afschuift of dat het daarentegen verantwoordelijkheid toeschuift aan de binnenlandse rechtbanken in het belang van een gezonde subsidiariteit. Hoe men hier ook over denkt, met de *margin of appreciation* laat het EHRM de nationale autoriteiten een zekere autonomie bij het toepassen van het Verdrag. De *margin of appreciation* varieert in de praktijk van casus tot casus.¹⁰² Het EHRM behoudt zich daarbij het recht voor de vaststelling van feiten en de interpretatie van het recht door binnenlandse rechtbanken en autoriteiten te beoordelen. In laatste instantie is het oordeel over een conflict aan het EHRM. Een van de eerste zaken waarin de betekenis van de doctrine van de *margin of appreciation* duidelijk is geworden, is de reeds genoemde *Handyside*-casus. Het EHRM overweegt in deze zaak of het mogelijk is om in de rechtsstelsels van de verschillende lidstaten een uniforme opvatting te vinden over het begrip goede zeden. Het stelt vast dat nationale autoriteiten in beginsel in een betere positie verkeren dan de internationale rechter om een mening te geven over de exacte inhoud van wat de goede zeden in hun land inhouden, en te beslissen of die het noodzakelijk maken om vrijheidsrechten te beperken:

These observations (m.b.t. de subsidiaire opstelling van het EHRM, HP) apply, notably, to (in deze casus, HP) Article 10 para. 2 (art. 10-2). In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the

nederland-ondertekent-protocol-nr.-15-bij-het-evrm.html; Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Strasbourg, 24.VI.2013.

¹⁰² Dean Spielmann, *Allowing the Right Margin in the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine*, p. 2.

requirements of morals varies from time to time and from place to place, (...). By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements (of morals, HP) as well as on the ‘necessity’ of a ‘restriction’ or ‘penalty intended to meet them. (...), it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of ‘necessity’ in this context. Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator (‘prescribed by law’) and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force (Engel and others judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, pp. 41-42, para. 100; cf., for Article 8 para. 2 (art. 8-2), De Wilde, Ooms and Versyp judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, pp. 45-46, para. 93, and the Golder judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, pp. 21-22, para. 45).¹⁰³

Beperkingen op de rechten waarin de artikelen 8 t/m 11 van het EVRM voorzien, waaronder de vrijheid van godsdienst, vragen door de aard ervan om de toepassing van een *margin of appreciation*.¹⁰⁴ Voor het bepalen van de ruimte van de *margin of appreciation* hebben diverse auteurs verscheidene criteria opgespoord. Thomassen noemt de volgende. Een beperking van grondrechten moet een legitiem doel dienen en een duidelijke wettelijke grondslag hebben. Zij moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving die de waarden pluriformiteit, verdraagzaamheid en ruimdenkendheid respecteert. Een beperking mag nooit zover gaan dat het door het EVRM gegarandeerde recht van zijn essentie wordt beroofd. Het EHRM houdt daarbij toezicht op het gebruik dat een staat van de *margin of appreciation* maakt.¹⁰⁵ Spielmann geeft een uitgebreider overzicht en noemt onder meer: de (wets)bepaling waarop een beroep is gedaan, de belangen die op het spel staan, de *impact* van een mogelijke consensus, de mate van proportionaliteit van de inmenging en de algehele analyse van de hoogste nationale rechtbank.¹⁰⁶ De eerste factor die Spielmann noemt, is de wetsbepaling waarop een beroep wordt gedaan. Hij merkt naar aanleiding van de *Lautsi*-casus op dat met betrekking tot het recht op onderwijs het EHRM bereid is een *margin of appreciation* te erkennen. Zo constateerde het geen schending van dit recht

¹⁰³ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, § 48 (*Handyside v. the United Kingdom*).

¹⁰⁴ F. Tulkens & L. Donnay, ‘L’usage de la marge d’appréciation par la Cour européenne des droits de l’homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?’, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, p. 7 e.v.

¹⁰⁵ Wilhelmina Thomassen, *Fundamentele waarden in het recht*, p. 9-11.

¹⁰⁶ Dean Spielmann, *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine*, p. 11 e.v.

in deze zaak.¹⁰⁷ De casus betrof de aanwezigheid van kruisbeelden in de klaslokalen van een Italiaanse staatsschool. In de visie van het EHRM genieten staten een *margin of appreciation* in hun streven de uitoefening van de functies die zij op zich nemen in relatie tot onderwijs en les geven te verzoenen met het recht van ouders om zich te verzekeren van dusdanig onderwijs en les geven dat in overeenstemming is met hun eigen religieuze en filosofische overtuigingen. Het EHRM, zo stelt het, heeft daarom een plicht om de besluiten van de staat te respecteren in zulke aangelegenheden, inbegrepen de plaats die de staat toestaat aan religie, mits het overheidsbeleid niet leidt tot een vorm van indoctrinatie. Voor het EHRM is daarbij van belang dat er in Europa geen consensus bestaat over de aanwezigheid van religieuze symbolen in staatsscholen.

In het bijzonder bij het opleggen van beperkingen op de rechten van de artikelen 8 t/m 11 EVRM zal de *margin of appreciation* variëren al naar gelang de belangen die op het spel staan. De toepasselijke breedte van de marge volgt een glijdende schaal.¹⁰⁸ De marge is ruim als er geen consensus is onder de lidstaten over het relatieve gewicht van het belang dat op spel staat door de beperking of over de beste middelen om dit belang te beschermen, in het bijzonder waar de casus morele of ethische vragen oproept.¹⁰⁹ Het EHRM beoordeelt of de beperking proportioneel is met het nagestreefde wettige doel. De beperking is gerechtvaardigd als er een evenwicht bestaat tussen het doel dat de staat nastreeft met de beperking en de aantasting van het belang van degene(n) die zich op de verdragsbepaling beroept (beroepen). Gewoonlijk zal er een ruime marge zijn als van de staat wordt geëist een evenwicht te vinden tussen concurrerende private en publieke belangen of verdragsrechten.¹¹⁰ Spielmann stelt vast dat er aan de ene kant een ruime marge is voor religieuze en morele kwesties, maar dat de marge aan de andere kant erg nauw is voor kwesties van algemeen belang. In het bijzonder als de beperkingen het democratisch proces als zodanig beïnvloeden is dit het geval. Als het gaat om een bijzonder belangrijk aspect van het bestaan of de identiteit van het

¹⁰⁷ EHRM (GK) 18 maart 2011, nr. 30814/06, *EHRC* 2011/86, m.nt. C. Samkalden & P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt; *NCJM-Bulletin* 36 (2011), nr. 4, m.nt. Titia Loenen, § 69 (*Lautsi and others v. Italy*); R. Pierik, 'Het EHRM en het Europese rechtsstatelijk deficit – Een analyse van de Lautsi-zaak', *NJB* 2012, 1170, p. 1382-1389, R. Pierik, 'State Neutrality and the Limits of Religious Symbolism', in: Jeroen Temperman (red.) *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, (Leiden: Brill/Martinus Nijhoff 2012; J.R. Groen, 'De kracht van symbolen', *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht* 7 (2013), p. 1-16.

¹⁰⁸ P. Mahoney, 'Universality versus Subsidiarity', *European Human Rights Law Review* 1997, p. 364-379.

¹⁰⁹ EHRM (GK) 10 april 2007, nr. 6339/05, § 77 (*Evans v. the United Kingdom*).

¹¹⁰ Dean Spielmann, *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine*, p. 14; EHRM (GK) 11 juli 2002, nr. 28957/95, § 40 (*Christine Goodwin v. the United Kingdom*); zie ook: EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96 (*Ernst and Others v. Belgium*).

individu wordt de marge die wordt toegestaan aan de staat, door het EHRM eveneens beperkt geïnterpreteerd.¹¹¹

Het EHRM neemt het standpunt in dat de proportionaliteit van de maatregel moet worden vastgesteld in elke specifieke zaak en dat de nationale autoriteiten daarbij moeten blijven binnen het raamwerk van de bescherming van de mensenrechten. Vindt het wegen van de belangen niet plaats, dan kan dit een overschrijding impliceren door de nationale rechter van de *margin of appreciation*. Volgens Spielman is het proportionaliteitsbeginsel waarschijnlijk de belangrijkste en misschien zelfs beslissende factor in de beoordeling door het EHRM. Het EHRM beoogt er een effectieve bescherming van de EVRM-artikelen mee. Om de evenredigheid van een inmenging in een recht te bepalen is het gepast de invloed ervan op dat recht, de gronden, de gevolgen voor de klager en de context te onderzoeken. De staat die een beperking oplegt, moet deze kunnen rechtvaardigen. De gronden ervoor moeten relevant en voldoende zijn, de behoefte aan een beperking moet overtuigend worden vastgesteld, elke uitzondering moet strikt worden geformuleerd en de beperking moet voldoen aan 'a pressing social need'.¹¹² De parameter van proportionaliteit beschouwt Arai-Takahashi als een interpretatieve gids en als de andere zijde van de munt met daarop de *margin of appreciation*-doctrine.¹¹³

Tot slot noemt Spielmann de analyse van de binnenlandse rechter als een aspect van de *margin of appreciation*. Het EHRM past een zelfbeperking toe, althans deze prevaleert, in het geval de hoogste nationale rechtbank de precieze aard van de bestreden beperking gedegen heeft geanalyseerd op basis van de relevante jurisprudentie van het EHRM en daaraan ontleende principes. Er moeten dan sterke redenen zijn voor het EHRM om af te wijken van het oordeel dat is gegeven door de nationale rechter door zijn eigen visie daarvoor in de plaats te stellen.¹¹⁴ In de recente arresten *Springer* en *Von Hannover* overwoog het EHRM: 'Where the balancing exercise between those two rights (artikelen 10 en 8, HP) has been undertaken by the national authorities in

¹¹¹ Dean Spielmann, *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine*, p. 16.

¹¹² Spielmann, *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine*, p. 22.

¹¹³ Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2002, p. 14.

¹¹⁴ Zie: EHRM (GK) 19 oktober 2005, nr. 32555/96, § 120 (*Roche v. the United Kingdom*); zie ook: EHRM 18 januari 2011, nr. 39401/04, § 150 (*MGN Limited v. the United Kingdom*); Seminar Background Paper on 'How to ensure greater involvement of national courts in the Convention system?' (prepared by Judges Tulkens, Bianku, Raimondi, Nußberger, Laffranque and Sicilianos, assisted by R. Liddell, 27 januari 2012).

conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts'.¹¹⁵

Een belangrijke casus in de ontwikkeling van de leer van de *margin of appreciation* is de *Şahin*-zaak. In deze kwestie aanvaardt het EHRM het oordeel van het Turkse Constitutionele Hof, dat het verbod op het dragen van de islamitische hoofddoek door studentes op een staatsuniversiteit een geoorloofde beperking is van de vrijheid van het individu om zijn godsdienst in het openbaar te belijden. Het kent daarbij grote waarde toe aan de specifieke historische en politieke achtergrond van het seculiere karakter van de Turkse staat. In deze casus heeft het EHRM de rol van de staat omschreven als een neutrale en onpartijdige organisator van de uitoefening van religie en geloofsuitingen en heeft het uiteengezet dat deze rol bevorderlijk is voor publieke orde, religieuze harmonie en tolerantie in een democratische samenleving: 'The Court has frequently emphasised the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society'.¹¹⁶ De staat dient tolerantie tussen groeperingen te bevorderen en de pluriformiteit van de samenleving niet aan te tasten, laat staan te elimineren.

Vervolgens overweegt het EHRM dat pluriformiteit, tolerantie en ruimdenkendheid waarmerken zijn van een democratische samenleving: '108. Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a democratic society'. Het EHRM merkt op dat hoewel individuele belangen ondergeschikt kunnen zijn aan die van een groep, democratie niet eenvoudig betekent dat de gezichtspunten van een meerderheid altijd voorrang moeten krijgen. Er moet een evenwicht worden bereikt dat zorgt voor een billijke en gepaste behandeling van minderheden, en waarbij misbruik van een dominante positie wordt vermeden:

Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position (...).

¹¹⁵ EHRM (GK) 7 februari 2012, nr. 39954/08, par. 88 (*Axel Springer AG v. Germany*); EHRM (GK) 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08, par. 107 (*Von Hannover v. Germany (no.2)*); zie ook: EHRM (GK) 12 september 2011, nrs. 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06 (*Palomo Sánchez and Others v. Spain*).

¹¹⁶ EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98; *EHRC* 2006, 15, m.nt. L.F.M. Verhey; *NJ* 2006/170, m.nt. E.A. Alkema; *RvdW* 2006, 68; 41 *EHRR* 8, par. 107 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

Een staat moet pluriformiteit en democratie baseren op dialoog en de bereidheid compromissen te sluiten, waarbij hij concessies doet teneinde de idealen en waarden van een democratische samenleving te handhaven en te bevorderen:

Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of compromise necessarily entailing various concessions on the part of individuals or groups of individuals which are justified in order to maintain and promote the ideals and values of a democratic society (...).

De behoefte deze rechten en vrijheden te beschermen kan de staat ertoe brengen andere rechten en vrijheden te beperken. Het is juist dit voortdurend zoeken naar een evenwicht tussen de fundamentele rechten van elk individu dat de fundering vormt van een democratische samenleving:

Where these 'rights and freedoms' are themselves among those guaranteed by the Convention or its Protocols, it must be accepted that the need to protect them may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention. It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a 'democratic society' (...).

In de erop volgende overweging stelt het EHRM dat de betekenis van religie in Europa verschilt en dat daarom de regels per land kunnen variëren om de rechten en vrijheden van anderen te beschermen:

109. It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society (see *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A, p. 19, § 50), and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context (see, among other authorities, *Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V). Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order (see, *mutatis mutandis*, *Wingrove*, cited above, p. 1957, § 57). Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the specific domestic context (...).

Het EHRM ziet in deze overweging de *margin of appreciation* en stelt vervolgens dat deze hand in hand gaat met Europees toezicht. Het EHRM bepaalt of de maatregelen genomen op nationaal niveau in principe worden gerechtvaardigd en proportioneel zijn. In deze casus is aan de orde de behoefte de rechten en vrijheden van anderen te beschermen, publieke orde te handhaven en maatschappelijke vrede en werkelijk

religieuze pluriformiteit te waarborgen. Dit is essentieel voor het overleven van een democratische maatschappij:

110. This margin of appreciation goes hand in hand with a European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate (...). In delimiting the extent of the margin of appreciation in the present case, the Court must have regard to what is at stake, namely the need to protect the rights and freedoms of others, to preserve public order and to secure civil peace and true religious pluralism, which is vital to the survival of a democratic society (...).

Het EHRM stelt vast dat het verbod de islamitische hoofddoek te dragen valt binnen de aan de staat toekomende *margin of appreciation*.¹¹⁷

Loenen concludeert over het oordeel van het EHRM in de *Şahin*-casus dat de Straatsburgse rechter een ruime beoordelingsvrijheid laat aan de Turkse staat om te bepalen of het verbieden van het dragen van religieuze symbolen op een openbare universiteit 'in een democratische samenleving noodzakelijk' is.¹¹⁸ Evans bevestigt wat eerder is vastgesteld door Yourow. Yourow concludeert dat er geen onveranderlijke margestandaard bestaat. De doctrine en het maken van nationaal onderscheid blijven intact bij het gaan van casus naar casus en van categorie naar categorie. De ruimte die de Europese rechter geeft, is de voornaamste variant.¹¹⁹ De *margin of appreciation* geldt ten aanzien van alle grondrechten in het EVRM, maar is bij de godsdienstvrijheid extra ruim, zo stelt Oldenhuis vast.¹²⁰

Het gebruik van de *margin of appreciation* door het EHRM heeft Den Houdijker geanalyseerd in het kader van haar onderzoek naar de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel door het EHRM (en het HvJ EU). Soms gebruikt het EHRM de *margin of appreciation* als argument om de uitkomst van een afweging te onderbouwen. De *margin of appreciation* fungeert onder meer in zaken waarin het EHRM een afweging moet maken onder de clausele 'noodzakelijk in een democratische samenleving' in principe als middel om te bepalen welke afweging het aan de nationale autoriteiten overlaat en over welke het zelf een oordeel geeft. De vraag is hoe deze doctrine bepaalt wie aan zet is. Het is dit punt van de doctrine waarop

¹¹⁷ EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, § 115 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

¹¹⁸ T. Loenen, *Geloof in het geding*, p. 32.

¹¹⁹ Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, p. 193.

¹²⁰ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties*, p. 23.

veruit de meeste kritiek is en wordt geuit.¹²¹ Het EHRM heeft gekozen voor een sterk contextuele benadering als het gaat om de bepaling van de reikwijdte van de *margin of appreciation*. Uit de jurisprudentie van het EHRM heeft men in de loop der jaren kunnen afleiden welke contextuele factoren de omvang van de marge bepalen. Men noemt meestal: a) de aan- of afwezigheid van een Europese consensus, b) de aard van het doel dat wordt nagestreefd en de context van het beleid waarin dat gebeurt, c) de aard van het recht waarin de inmenging plaatsvindt en de ernst van de inmenging, d) het eventuele exceptionele karakter van de situatie die ter beoordeling voorligt.¹²² Elk van de factoren kan in verscheidene richtingen wijzen. Dat maakt een eventueel samenspel van diverse factoren complex. Ze kunnen in dezelfde richting maar ook een verschillende kant op wijzen. Het is op voorhand niet te zeggen welk van de factoren de doorslag zal geven, ook omdat het EHRM in elk concreet geval meer of minder waarde kan hechten aan elk van de aan de orde zijnde factoren.¹²³

Den Houdijker concludeert dat de invulling door het EHRM van de idee van afweging eigenzinnig en divers is. Het is haar daarbij niet gemakkelijk gebleken het effect van de *margin of appreciation*-doctrine op de toepassing van de idee van afweging precies te duiden. De in vele andere geschriften reeds beschreven onduidelijkheden met betrekking tot de doctrine zelf zijn hier ongetwijfeld mede verantwoordelijk voor. Terminologisch gelijke invullingen van de doctrine in verschillende zaken leiden tot verschillende resultaten. Daarnaast zijn er zaken waarin de *margin of appreciation* wel wordt genoemd, maar een nadere toelichting ontbreekt. Hierdoor blijft onduidelijk wat de rol van de marge is, laat staan dat duidelijk is of en zo ja op welke wijze zij de toepassing van de idee van afweging beïnvloedt.¹²⁴

In elk geval is duidelijk dat de leer van de *margin of appreciation* geenszins impliceert dat de nationale autoriteiten beschikken over een afgeschermd domein. Het EHRM wil er juist aan bijdragen dat de staten die lid zijn van het EVRM dit verdrag in praktijk brengen. In de *Ireland*-casus heeft het EHRM dit zo verwoord:

The Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules

¹²¹ P. Mahoney, 'Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism', *Human Rights Law Journal* 1998, p. 1-6.

¹²² Onder meer: E. Brems, 'The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights', *ZaöRV* 1996, p. 240-314, zie p. 256-293.

¹²³ F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 273-275.

¹²⁴ F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem*, p. 617.

instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19) (art. 19).¹²⁵

De president van de toenmalige ECRM, Stefan Trechsel, wijst in zijn woord vooraf van de studie van Yourow erop dat de Europese organen enerzijds een subsidiaire taak hebben, maar dat zij anderzijds verantwoordelijk zijn voor het implementeren van Europese standaarden en daarom toezicht moeten uitoefenen:

Established by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Commission and Court of Human Rights have the task of ensuring the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties. On the one hand, theirs is a subsidiary task – it falls, in the first place, to the national authorities to secure an effective protection of fundamental rights to everyone under the States’ jurisdiction. On the other hand, in order to implement European standards, the Strasbourg organs cannot in any way be bound by decisions of domestic authorities, be they administrative, executive, judicial or legislative. Even national constitutions are not immune from Strasbourg supervision.

Bij de uitoefening van zijn toezicht is het niet de bedoeling van het EHRM eenvormigheid onder de lidstaten te bevorderen. Onder meer betreft dit het terrein van de godsdienst. Evans stelt vast dat dit zelfs in vergelijkbare casus niet het geval toeschijnt. Het EHRM lijkt de toepassing te beogen van een uniforme benadering voor de oplossing van een variëteit aan casus die betrekking hebben op de vrijheid van religie. Deze benadering wordt niet alleen gemaskeerd door de aard van de verhouding tussen het EVRM en het specifieke nationale rechtsgebied, maar wordt ook verduisterd door de verschillende patronen van staat/kerkverhouding en verschillende percepties van de rol van religie in het leven van de gemeenschap.¹²⁶

2.3 Subsidiariteitsbeginsel

De leer van de *margin of appreciation* weerspiegelt de subsidiaire rol van het EVRM in het beschermen van de mensenrechten. Het algemene schema van het EVRM is dat de initiële en primaire verantwoordelijkheid voor de bescherming van de mensenrechten ligt bij de partijen die het verdrag hebben gesloten. Artikel 1 van het

¹²⁵ EHRM 18 januari 1978, nr. 5310/71, par. 154 (*Ireland v. the United Kingdom*).

¹²⁶ Malcolm D. Evans, ‘Synthesis Report: The European Convention on Human Rights and Domestic Courts. The Case of Freedom of Religion’, in: Achilles Emilianides (red.), *Religious Freedom in the European Union: The Application of the European Convention on Human Rights in the European Union*, Leuven: Peeters 2011, p. 411-412.

EVRM zegt dat de verdragsluitende partijen eenieder die ressorteert onder hun rechtsmacht, verzekeren van de rechten en vrijheden van dit verdrag.¹²⁷ Het subsidiariteitsbeginsel is fundamenteel voor de doorwerking van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde en voor de verhouding tussen Nederland en de EU. In het EU-Verdrag wordt het subsidiariteitsbeginsel omschreven in artikel 5.¹²⁸

Subsidiariteit is een basisprincipe voor het proces van het implementeren van het EVRM. Het is impliciet in dit verdrag aanwezig, het is inherent aan het systeem van bescherming van rechten en vrijheden van het EVRM en het is als zodanig bevestigd door de Europese jurisprudentie. Dit beginsel erkent de primaire bevoegdheid en plicht van de lidstaten om de fundamentele rechten en vrijheden opgenomen in dit verdrag effectief te beschermen binnen de nationale rechtsorde. Het subsidiariteitsbeginsel moet garanderen dat besluiten op een zo laag mogelijk niveau – zo dicht mogelijk bij de burger – worden genomen. Een besluit mag alleen op Europees niveau genomen worden, als dat niet net zo goed – en vanzelfsprekend ook beter – op landelijk of lager niveau kan. Het subsidiariteitsbeginsel is mede van toepassing op de rechtspraak.

De Europese instellingen dragen bij aan het verzekeren van het genieten van de gewaarborgde rechten en vrijheden door burgers, maar hun verantwoordelijkheden zijn secundair – in tijd en omvang – ten opzichte van die van nationale autoriteiten. Hun missie is in wezen te begeleiden en te ondersteunen om te waarborgen dat de lidstaten aan hun burgers door hun eigen instellingen en procedures de noodzakelijke bescherming verlenen.¹²⁹ Op het niveau van het EHRM behoren geen rechtszaken te worden behandeld, waarover de nationale rechter even goed, of wellicht zelfs beter

¹²⁷ D.J. Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 13.

¹²⁸ Artikel 5 EU-Verdrag luidt: 1. De afbakening van de bevoegdheden van de Unie wordt beheerst door het beginsel van bevoegdheidstoedeling. De uitoefening van die bevoegdheden wordt beheerst door de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. 2. Krachtens het beginsel van bevoegdheidstoedeling handelt de Unie enkel binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar door de lidstaten in de Verdragen zijn toegedeeld om de daarin bepaalde doelstellingen te verwezenlijken. (...) 3. Krachtens het subsidiariteitsbeginsel treedt de Unie op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt. De instellingen van de Unie passen het subsidiariteitsbeginsel toe overeenkomstig het protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. (...) 4. Krachtens het evenredigheidsbeginsel gaan de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken. De instellingen van de Unie passen het evenredigheidsbeginsel toe overeenkomstig het protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.

¹²⁹ Herbert Petzold, 'The Convention and the Principle of Subsidiarity', in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993, p. 60-61.

gezien de nationaal-culturele aspecten, een besluit kan nemen. Het EHRM heeft dit in de *Handyside*-casus uitdrukkelijk verwoord:

48. The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (judgment of 23 July 1968 on the merits of the ‘Belgian Linguistic’ case, Series A no. 6, p. 35, para. 10 in fine). The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26) (art. 26).¹³⁰

Het EHRM heeft het subsidiariteitsbeginsel herbevestigd in diverse uitspraken zoals in de zaak van Vilho Eskelinen : ‘The Court exerts its supervisory role subject to the principle of subsidiarity (see *Z and others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, § 103, ECHR 2001-V)’.¹³¹

De lidstaten zijn eerst en vooral zelf verantwoordelijk voor de inachtneming van de rechten en de rechtsbescherming tegen schendingen. Het subsidiariteitsbeginsel houdt dan ook in dat een klacht door het EHRM niet-ontvankelijk zal worden verklaard als de binnenlandse rechtsmiddelen niet zijn uitgeput (conform artikel 35 EVRM). Bij een ontvankelijke klacht zal het EHRM onvermijdelijk een terugblikkende positie innemen om te beoordelen of het EVRM al dan niet is geschonden. De toenmalige president van het EHRM, Jean-Paul Costa, bevestigde op de Izmir Conferentie dat het systeem van het EVRM naar zijn aard is ontworpen om subsidiair te zijn.¹³² Deze conferentie volgde op de Interlaken Conferentie over de toekomst van het EHRM in 2010.¹³³ Spielmann merkt in zijn *paper* van begin 2012 op dat het beginsel is toegepast bij ongeveer dertig oordelen en besluiten om een klacht niet-ontvankelijk te verklaren.¹³⁴ Voor het EHRM is dan ook de uitgangssituatie als het een zaak in behandeling neemt, dat de binnenlandse rechtsgang is voltooid en op grond van het subsidiariteitsbeginsel

¹³⁰ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, 1 EHRR 737, NJ 1978/236, par. 48 (*Handyside v. the United Kingdom*).

¹³¹ EHRM (GK) 19 april 2007, nr. 63235/00, § 61 (*Vilho Eskelinen and others v. Finland*).

¹³² J.-P. Costa, ‘Opening Address by the President of the European Court of Human Rights’, in: *Proceedings of the High-Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, Interlaken, 18-19 Feb. 2010, Straatsburg: Raad van Europa 2010, p. 21.

¹³³ Zie punt 2 van de *Interlaken Declaration* (19 februari 2010): de conferentie ‘[r]eiterates the obligation of the States Parties to ensure that the rights and freedoms set forth in the Convention are fully secured at the national level and calls for a strengthening of the principle of subsidiarity’.

¹³⁴ Dean Spielmann, *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, CELS Working Papers Series, University of Cambridge, 2012, p. 27; zie bijvoorbeeld: EHRM 1 juli 2010, nr. 25551/05 (*Korolev v. Russia*).

doet het in principe het werk van de nationale rechtbanken niet over, zo vermijdt het ‘a fourth-instance court’ te zijn.¹³⁵

Het subsidiariteitsbeginsel impliceert dat de taak van het EHRM (en de voormalige ECRM) kan worden beschouwd als het vinden van de smalle weg tussen ongepaste interventie in de soevereiniteit van de lidstaten en de autonomie van nationale autoriteiten aan de ene kant en de effectieve bescherming van de rechten gewaarborgd onder het EVRM anderzijds.¹³⁶

2.4 Proportionaliteitsbeginsel en afweging van belangen

De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel maakt deel uit van een uitgebreider toetsingskader. Den Houdijker zet uiteen dat een toetsing van een handeling, maatregel of beslissing aan het proportionaliteitsbeginsel uit drie onderdelen bestaat: 1) de geschiktheidstoets, 2) de noodzakelijkheidstoets, meestal inclusief de subsidiariteitstoets, 3) de proportionaliteitstoets in strikte zin. Het overkoepelende beginsel wordt wel genoemd het proportionaliteitsbeginsel in ruime zin. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in ruime zin vergt de beantwoording van de volgende vragen: a) is het middel (de handeling, maatregel of beslissing) geschikt om het daarmee beoogde doel te bereiken (geschiktheid), b) is het middel noodzakelijk om het daarmee beoogde doel te bereiken (noodzakelijkheid) en kan het doel niet met een minder ingrijpend middel bereikt worden (subsidiariteit) en c) staan de nadelige gevolgen van gebruik van het middel in een proportionele verhouding tot het met het gebruik van dat middel beoogde doel (proportionaliteit in enge zin).¹³⁷ Geschiktheid houdt in dat een bepaalde beperking in principe moet kunnen leiden tot het legitieme doel dat wordt nagestreefd. Noodzakelijkheid gaat over de vraag of het legitieme doel bereikt had kunnen worden zonder de inperking op het fundamentele recht, terwijl subsidiariteit onderzoekt of er geen andere, minder beperkende manieren zijn om het doel te bereiken. Beide begrippen zijn twee kanten van eenzelfde medaille. Als er andere manieren zijn om het doel te bereiken die minder inbreuk maken op het fundamentele recht, dan is ook niet voldaan aan de noodzakelijkheidstest, en omgekeerd, als een bepaalde inbreuk niet nodig wordt geacht om het legitieme doel te

¹³⁵ Zie de *Izmir Declaration*, preamble, punt 5, ‘subsidiary character of the Convention mechanism’; *Izmir Declaration*, punt 4, ‘giving practical effect to the principle of subsidiarity’; en met betrekking tot het Hof, in punt F 2. (c) nodigt de Conferentie het Hof uit ‘[to c]onfirm in its case law that it is not a fourth-instance court, thus avoiding the re-examination of issues of fact and law decided by national courts’.

¹³⁶ R.St.J. Macdonald, ‘The Margin of Appreciation’, in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993.

¹³⁷ J.H. Gerards, *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Leiden: Nijhoff 2005, p. 49-55.

bereiken dan impliceert dit dat er andere middelen zijn die dit doel kunnen bereiken zonder het recht te beperken. Proportionaliteit in enge zin houdt in dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen beperking en legitiem doel.¹³⁸ Het EHRM gebruikt in dit verband wel de term *fair balance*.¹³⁹ De parameter van proportionaliteit beschouwt Arai-Takashi als een interpretatieve gids en als de andere zijde van de munt met de *margin of appreciation*.¹⁴⁰ In het derde en laatste onderdeel van de proportionaliteitstoets in ruime zin plaats men in de rechtspraak de idee van afweging. Dit houdt in dat de rechter wordt gevraagd om de nadelige effecten van een bepaalde handeling of regeling af te zetten of af te wegen tegen de positieve effecten daarvan. Het EHRM stelt zich naar de mening van Beatty overwegend vrij pragmatisch op bij het toetsen aan criteria als noodzakelijkheid en proportionaliteit.¹⁴¹ Naar het oordeel van Malcolm Evans hanteert het EHRM een zeer marginale beoordeling bij toetsing aan het vereiste van noodzakelijkheid of het beginsel van evenredigheid.¹⁴²

In het recht draait om het bereiken van evenwicht. De beeltenis van Vrouwe Justitia is in dit verband veelzeggend. De weegschaal staat symbool voor een afgewogen juridisch oordeel. De kracht van de metafoor van de weegschaal is naar de mening van Den Houdijker misschien eerder gelegen in de symboliek dan in het daadwerkelijk duiden van het proces van rechterlijke oordeelsvorming. Wat onder de idee van afweging moet worden verstaan, is niet zo eenvoudig te beantwoorden. Zij lijkt meer een notie of een vertrekpunt dan dat ze een duidelijke inhoud heeft en een duidelijk plan van aanpak voorschrijft. De metafoor van de weegschaal blijkt aldus Den Houdijker de lading van het proces van rechtspreken niet te dekken en de daaraan verbonden en vaak ingeroepen idee van afweging blijkt nogal vaag te zijn. De idee van afweging is vooral problematisch in conflicten tussen fundamentele rechten en belangen.¹⁴³

Den Houdijker betoogt dat de vraag hoe de rechter bij de afweging van belangen te werk gaat, weinig wordt gesteld. Zij stelt die vraag in haar onderzoek wel en neemt de

¹³⁸ Kristin Henrard, 'Botsende grondrechten en het EHRM: een pleidooi voor meer zorgvuldige argumentatie en minder "margin of appreciation" voor staten', in: Eva Brems, Kristin Henrard & Roel de Lange, *Botsing van grondrechten*. Erasmus law lectures 13 (p. 29-61), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 40-41; zie ook: M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 140; Th.L. Bellekom, 'Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM', in: A.W. Heringa e.a., *40 jaar EVRM* (p. 59-74), Leiden: NJCM 1990, p. 64.

¹³⁹ EHRM (GK) 29 april 1999, nrs. 25088/94, 28331/95, 28443/95 (*Chassagnou and Others v. France*).

¹⁴⁰ Yutaka Arai-Takashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2002, p. 14.

¹⁴¹ D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 44-75.

¹⁴² Malcolm D. Evans, 'Synthesis report', p. 143-153.

¹⁴³ F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem*, p. 3-4.

omschrijving die Aleinikoff geeft van wat een *balancing opinion* vormt als vertrekpunt:

By a 'balancing opinion', I mean a judicial opinion that analyzes a constitutional question by identifying interests implicated by the case and reaches a decision or constructs a rule of constitutional law by explicitly or implicitly assigning values to the identified interests.¹⁴⁴

Wat de Amerikanen *balancing* noemen, staat in Europa bekend als proportionaliteit in strikte zin. Uit de omschrijving van een rechterlijke uitspraak die tot stand komt door middel van *balancing*, spreekt de gedachte dat de in beide begrippen vervatte idee van afweging vraagt om de met elkaar conflicterende belangen op hun eigen waarde te schatten en het pleit te beslechten door aan het gewichtigste belang de voorkeur te geven. Aleinikoff maakt duidelijk hoe complex het is om met toepassing van de idee van afweging recht te spreken. Hij gaat daarbij onder meer in op de vraag die veel mensen zich stellen als ze wat langer nadenken over het afwegen van rechten en belangen, de vraag namelijk hoe men eigenlijk het gewicht van een recht of een belang bepaalt. Den Houdijker problematiseert nader de rol van de idee van afweging in zaken die fundamentele rechten en belangen betreffen. Daarbij wijst zij erop dat fundamentele rechten en belangen meestal zeer algemeen geformuleerd zijn. De bepalingen zelf en de verdragen waarin zij zijn neergelegd bevatten zelden nadere aanwijzingen over de precieze inhoud en betekenis van de bepalingen. Als een verdrag de mogelijkheid biedt om een in algemene bewoordingen geformuleerd recht te beperken, wordt ook de mogelijkheid tot beperking in algemene bewoordingen gesteld. Maar dit impliceert dat de rechter die moet rechtspreken in zaken waarin fundamentele rechten en belangen aan de orde zijn, zich hiermee in een lastige positie bevindt. Hij moet de partijen van de juistheid van zijn oordeel zien te overtuigen, terwijl hem maar weinig handreikingen worden gedaan voor het vaststellen van de precieze betekenis en reikwijdte van de rechten en belangen, alsmede voor de eventuele beperkingsmogelijkheden.¹⁴⁵ Aldus betoogt Den Houdijker. Zij wijst er daarbij niet op dat er vaak jurisprudentie is die de rechter aanwijzingen biedt om zijn uitspraak mede op te baseren. Soms beroept de rechter zich zelfs op vaste jurisprudentie. Dit neemt echter niet weg dat Den Houdijker op een serieus probleem de aandacht vestigt en waarop zij zich dan ook met haar onderzoek richt.

Een fundamentele functie van de democratische staat is de waarborging van de rechten van de mens. Deze staat kan echter niet bestaan als hij alleen is gebaseerd op mensenrechten. Hij moet de mogelijkheid onderkennen en hebben van het beperken

¹⁴⁴ T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 Yale L.J. 943 (1987), p. 945.

¹⁴⁵ F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem*, p. 4-7.

van die rechten. Er zijn twee soorten van beperkingen te onderscheiden. De eerste soort is een beperking op iemands rechten om plaats te maken voor de rechten van iemand anders. Als een lid van de samenleving kan handelen zoals hij wenst zonder enige beperking, is de consequentie dat de rechten van een ander lid om hetzelfde te doen worden beperkt. Een principiële erkenning van de vrijheid van beide personen om te handelen vereist ook het stellen van beperkingen aan de bevoegdheid van beide personen om deze vrijheid uit te oefenen. De tweede soort van beperking op mensenrechten in een democratische samenleving bestaat uit beperkingen ten gunste van overwegingen van openbaar belang. De democratische staat kan mensenrechten beperkingen opleggen om het bestaan van de staat zelf te verzekeren, dat wil zeggen om de democratie, de openbare gezondheid, het openbaar onderwijs en verscheidene andere nationale zaken te waarborgen. De erkenning van zowel de rechten van de mens als de democratische samenleving en de verhouding tussen de rechten van de mens en de democratische samenleving impliceren het bestaan van de rechtsstaat. Mensenrechten, democratie en rechtsstaat zijn niet van elkaar te scheiden. Zonder democratie en rechtsstaat zijn er geen mensenrechten, en zonder mensenrechten is er geen democratie en geen rechtsstaat. Deze relatie tussen democratie, rechtsstaat en mensenrechten is gebaseerd op het inzicht dat als de constitutionele orde voldoet aan een aantal voorwaarden in de wet, de beperking van mensenrechten niet ondemocratisch is. Daaruit volgt de notie dat mensenrechten niet absoluut zijn. De beperking van mensenrechten is verenigbaar met de democratische samenleving en de rechtsstaat als er een goede rechtvaardiging bestaat voor het beperken van een grondrecht. Hiervan is sprake als de staat een juist evenwicht aanbrengt tussen de rechten aan de ene kant en de redenen voor een beperking ervan aan de andere kant. De staat weegt de in geding zijnde belangen dan op een rechtvaardige wijze af. De beperking van rechten voldoet op deze wijze aan het proportionaliteitsvereiste. De democratische samenleving en de rechtsstaat rechtvaardigen de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel voor de beperking van mensenrechten.¹⁴⁶ Den Houdijker heeft er echter op gewezen dat dan wel de vraag blijft staan, wat men nu precies tegen elkaar afweegt. Het resultaat van het afwegingsproces moet dan ook op zijn eigen merites worden beoordeeld. In elk geval dient men de kern van een grondrecht te eerbiedigen. De notie van het kernrecht bespreek ik paragraaf 3.2.

2.5 Beoordelingspatroon

Van betekenis voor het constitutionele recht, de interpretatie van grondrechten en de afweging van belangen is dat het ethos van een samenleving aan verandering onderhevig is. Van der Hoeven heeft erop gewezen dat de materiële inhoud van de

¹⁴⁶ Barak licht deze materie in zijn studie nader toe: Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 162, 163, 472.

grondrechten in hoge mate wordt bepaald door de historisch gegroeide situatie en de heersende verhoudingen. Dit is in overeenstemming met de bedoeling van de grondwetgever. In het kader van de grondwetsherziening van 1983 heeft de regering het standpunt ingenomen dat grondrechten niet absoluut zijn, wat wil zeggen dat hun inhoud niet onafhankelijk van tijd en plaats vaststaat. De grondrechten gelden niet *in abstracto*, maar moeten in een bepaalde, namelijk de in Nederland bestaande, situatie functioneren. De daarin aanwezige behoeften en heersende overtuigingen zijn medebepalend voor de inhoud en gestalte van de grondrechten.¹⁴⁷ Veranderingen in constitutionele verhoudingen, zo voegt Van der Hoeven toe, voltrekken zich meestal zonder dat het geschreven recht veel anders kan doen dan zich achteraf aan te passen, hetzij in een gewijzigde interpretatie, hetzij in een nieuwe formulering. Het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon reageert op de feitelijke situatie en bepaalt in hoofdzaak de betekenis en het geldingsbereik van de grondrechten.¹⁴⁸

In het patroon van beoordeling van het zedelijk goede en juiste zijn in de loop van de laatste 25 jaar, zo constateerde Van der Hoeven in 1988, opvallende veranderingen opgetreden. Deze veranderingen betreffen zowel de inhoud als de dragers. In het gangbare zedelijke oordeel zijn duidelijke verschuivingen opgetreden en de invloed van godsdienst op de dragers van grondrechten is verminderd. De toeneming van de tolerantie op seksueel gebied is daarvan een voorbeeld. Tegelijkertijd zijn de tolerantiegrenzen enger geworden onder invloed van afgenomen verdraagzaamheid of van gegroeide onverdraagzaamheid op het punt van ongelijke behandeling. De teruggang van de betekenis van de godsdienst als normstellende factor en de ontzuiling van de samenleving hebben veranderingen gebracht in de groepen die als dragers van het godsdienstig-zedelijk beoordelingspatroon kunnen gelden. Medebepalend voor de betekenis van de positieve rechtsregel is daarmee 'het formeel sociologisch element, de macht, welke de regel doorzet en handhaaft, of misschien juist beperkt'.¹⁴⁹

Uit het zedelijke en godsdienstige beoordelingspatroon zoals dit in de actualiteit werkzaam is, vloeien interpretatie en beperking van grondrechten voort. Van der Hoeven merkt op dat dit *beoordelingspatroon* zeker niet zonder meer samenvalt met de algemeen erkende zedelijke *waarden*. Daarom zal de uitoefening van een grondrecht niet reeds met de goede zeden in strijd komen, wanneer zij conflicteert met de algemeen erkende zedelijke waarden in de gemeenschap. Dit is pas het geval wanneer

¹⁴⁷ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nrs. 1-5, p. 10.

¹⁴⁸ Vergelijk Van Bijsterveld die stelt dat in het recente verleden maatschappelijke ontwikkelingen de interpretatie van rechtsbeginselen hebben bepaald, zie: Sophie van Bijsterveld, 'Koninkrijk in verandering. De EU als inspiratie voor een moderne verhouding tussen staat en religie', p. 389.

¹⁴⁹ J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, p. 43, 189, 306, aanhaling: p. 206.

de aantasting van deze waarden zover gaat dat daardoor ernstige aanstoot wordt gegeven, meer dan naar het heersende beoordelingspatroon van de verdraagzaamheid jegens andersdenkenden en -voelenden mag worden gevegd. Dit is van belang omdat de essentie van vrijheid zoals beschermd door grondrechten daarin gelegen is dat aan burgers de ruimte wordt gelaten over fundamentele zaken andere gedachten, gevoelens en overtuigingen te hebben en te uiten dan de overgrote meerderheid. Men behoort daarom algemeen erkende zedelijke waarden niet bij voorbaat te verheffen tot criterium voor beperking van een vrijheidsrecht wegens het in strijd zijn met de goede zeden en daarmee met de openbare orde.¹⁵⁰

De ontwikkeling in het maatschappelijke beoordelingspatroon speelt zich niet alleen af op het nationale maar ook op het internationale niveau. Daarbij raakt de ontwikkeling in Europa de interpretatie van het EVRM door het EHRM. Alkema spreekt van ‘een dynamische uitleg die rekening houdt met wijzigingen in de rechtsopvattingen’. Veranderde omstandigheden en rechtsopvattingen worden door het EHRM in de rechten ingelezen.¹⁵¹ De rechten en vrijheden worden aangepast aan huidige omstandigheden.¹⁵² Thomassen merkt op dat het EVRM door het EHRM wordt uitgelegd als een *living instrument* en naar *present-day conditions*. Een consequentie is dat de reikwijdte van bepaalde rechten mede afhangt van de veranderende politieke en sociale context.

Een beknopte formulering geeft het EHRM in het *Tyrer*-oordeel. Het stelt: ‘The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, (...), must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field’.¹⁵³ Het EHRM beroept zich voor zijn oordeel in deze zaak mede op consensus onder de lidstaten over normen voor het overheidsbeleid. Het EHRM wijst in de *Goodwin*-casus af van zijn eerdere jurisprudentie. Het overweegt dat, als het zijn dynamische benadering zou laten varen, zijn rechtspraak een rem zou kunnen worden op hervorming en verbetering: ‘(...) since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved (...). A failure by the Court to

¹⁵⁰ J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, p. 194-195.

¹⁵¹ E.A. Alkema, ‘De reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en internationale dimensies (preadvies)’, p. 78.

¹⁵² E.A. Alkema, ‘De Europese conventie: begin van een Europese constitutie?’, in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde, *40 jaar Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Opstellen over de ontwikkeling van het EVRM in Straatsburg en in Nederland 1950-1990*, Leiden: NJCM 1990, p. 339-340.

¹⁵³ EHRM 25 April 1978, Series A nr. 26, § 31 (*Tyrer v. the United Kingdom*).

maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement (...). The Court proposes therefore to look at the situation within and outside the Contracting State to assess “in the light of present-day conditions” what is now the appropriate interpretation and application of the Convention (...).¹⁵⁴

Spielmann attendeert erop dat de preambule van het EVRM stelt dat het verdrag is aanvaard met het oog op, in het bijzonder, de verdere verwerkelijking van mensenrechten en fundamentele vrijheden. Een zich ontplooiende interpretatie van het verdrag maakt het mogelijk dat zijn normen worden aangepast aan nieuwe uitdagingen die een gevolg zijn van de complexe ontwikkeling van de Europese samenleving.¹⁵⁵ Yourow maakt duidelijk dat deze leer van de zich ontwikkelende interpretatie grote nadruk legt op eigentijdse culturele en sociologische noties als gelijkheid van de geslachten en de bescherming van seksuele oriëntatie.¹⁵⁶

3 De grondrechten

3.1 Wezen en reikwijdte

Grondrechten zijn primair gericht op het waarborgen van vrijheid en vrijheden.¹⁵⁷ Als zodanig beschermen ze de diversiteit onder (groepen van) burgers en de pluriformiteit van de samenleving. Grondrechten grenzen een terrein af dat principieel niet aan overheidsmacht is onderworpen en strekken primair ter bescherming van het individu en van vrij gevormde groepen van individuen tegenover de overheden en tegenover andersdenkende meerderheden.¹⁵⁸

Tot de essentie van de grondrechten behoort dat ze een dam opwerpen tegen optreden van de overheid dat willekeurig of onderdrukkend zou kunnen zijn. Concrete grondrechten vormen dan ook bijna altijd uit de historie te verklaren reacties op als onrecht ervaren overheidsoptreden. Zo is het in artikel XIII van de Unie van Utrecht (1579) neergelegde recht op private godsdienstvrijheid een concreet antwoord op en

¹⁵⁴ EHRM (GK) 11 juli 2002, nr. 28957/95 (*Christine Goodwin v. the United Kingdom*); Wilhelmina Thomassen, *Fundamentele waarden in het recht*, p. 7-8.

¹⁵⁵ Dean Spielmann, *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine*, p. 18.

¹⁵⁶ Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, p. 186.

¹⁵⁷ J. van der Hoeven, *Botsing van grondrechten*, p. 23.

¹⁵⁸ M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling & B.P. Vermeulen, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 121; M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 123-124.

een garantie tegen de ondervonden geloofsvervolging door de inquisitie. Het positieve recht als uiting van de wil van de wetgever heeft een rechtsstatelijk beveiligingsmechanisme nodig. Daarin voorzien de grondrechten. De wetgever heeft de grondrechten te respecteren. Optreden van de overheid dat ingrijpt in eigendom en leven van burgers moet in de rechtsstaat altijd herleidbaar zijn tot formele wetgeving op grond van het legaliteitsbeginsel.¹⁵⁹ Dit is de negatieve verplichting. De machtiging tot zodanig overheidsoptreden dient specifiek te zijn: zij staat een *bepaald* optreden van de overheid toe. Voor de grondrechten is deze machtiging geformuleerd in de beperkingsclausules of clausuleringen. Hiertegenover staat de vrijheid van de burger. De burger is in zijn verhouding tot de overheid vrij om te doen en te laten wat hij wil, voor zover de overheid niet bevoegd is om aan zijn grondrechten beperkingen op te leggen.¹⁶⁰ Het legaliteitsbeginsel garandeert de vrijheid van de burgers, wat aan dit beginsel de waarde geeft van een algemeen werkend *grondrecht op vrijheid* behoudens bij of krachtens de wet gestelde beperkingen.¹⁶¹ Naar het oordeel van Van der Hoeven is het wezenlijke van de beperking van een grondrecht dat deze beperking uit het eigen karakter van het grondrecht voortvloeit. De beperking richt zich op het verrichten van niet in de vrijheid van het grondrecht begrepen handelingen.¹⁶²

De staat heeft behalve een negatieve verplichting met betrekking tot de grondrechten ook een positieve verplichting. Uit de klassieke grondrechten vloeit de verplichting voor de staat voort te voorkomen dat ze in de harde werkelijkheid dode letters blijven. De overheid moet dan hulp bieden. Schiet zij hierin tekort, dan kan men dit beschouwen als een schending of een beperking van het grondrecht door de overheid.¹⁶³ Op het terrein van de godsdienstvrijheid is deze verplichting aanvaard op basis van de argumentatie in het rapport *Overheid, godsdienst en levensovertuiging*.¹⁶⁴ In de toepassing van het EVRM zijn de positieve verplichtingen allengs een grotere plaats gaan innemen.¹⁶⁵

¹⁵⁹ Vergelijk: C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, p. 48.

¹⁶⁰ M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling & B.P. Vermeulen, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 124-126; M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 17, 51.

¹⁶¹ E.M.H. Hirsch Ballin, 'Hoofdstuk 1', www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?hoofdstuk=1, 2013.

¹⁶² J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, p. 195.

¹⁶³ C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, p. 379.

¹⁶⁴ *Overheid, godsdienst en levensovertuiging*. Eindrapport van de Commissie van advies inzake de criteria voor steunverlening aan kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag (ingesteld bij ministerieel besluit van 17 februari 1986, Stcrt. 1986, nr. 51), Den Haag, 28 maart 1988.

¹⁶⁵ Zie: EHRM 28 oktober 1998, nr. 87/1997/871/1083, § 115: 'the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (...). It is common ground that the State's obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of

In hoofdstuk 1 van de Grondwet zijn de grondrechten als onderdeel van onze constitutionele ordening omschreven. In de positivistische opvatting die Kortmann aanhangt, gelden als grondrechten slechts de rechten genoemd of erkend door de constitutie, in ruime zin opgevat. Voor Nederland betekent dit dat als grondrechten gelden: als zodanig aangeduide rechten, vervat in de Nederlandse Grondwet;¹⁶⁶ bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties op grond van het monisme in samenhang met artikel 93 Gw; bepalingen van het EU-verdrag; bepalingen van secundair EU-recht; en de jurisprudentie van nationale, internationale en supranationale rechterlijke ambten. De grondrechten functioneren binnen het nationale rechtssysteem. Zij hebben als zodanig dezelfde rechtswaarde als de overige constitutionele bepalingen. Zij moeten als deel van de constitutionele orde worden gezien en uitgelegd en kunnen niet als een soort pre- of bovenconstitutionele voorschriften worden onttrokken aan de regel, dat ieder onderdeel van een regeling met inachtneming van de overige onderdelen dient te worden gelezen.¹⁶⁷ Dit heeft tot gevolg dat andere grondwettelijke bepalingen kunnen afwijken van grondwettelijk gewaarborgde grondrechten, of afwijking daarvan mogelijk kunnen maken.¹⁶⁸ In het kader van de grondwetsherziening van 1983 heeft de regering erkend dat de uitoefening van de grondrechten niet per definitie prevaleert boven andere belangen. Er kunnen maatschappelijke en andere waarden en belangen zijn die bij een redelijke afweging niet steeds lichter van gewicht zijn.¹⁶⁹

Grondrechten zijn rechten die toekomen aan door grondwet, wet of verdrag omschreven dragers die subject zijn van het betreffende grondrecht. Grondrechten zijn daarom te beschouwen als subjectieve rechten.¹⁷⁰ Door de desbetreffende grondwettelijke normen op hun levenssituaties toe te passen ontlenen burgers er subjectieve rechten aan.¹⁷¹ De uitoefening van grondrechten heeft betrekking op situaties die kunnen worden ondergebracht bij begrippen als *openbaren van gedachten*,

offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions'. Vergelijk: F.M.C. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, Den Haag, p. 138.

¹⁶⁶ Het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden kan gezien zijn geringe betekenis voor de grondrechtenbescherming buiten beschouwing gelaten worden.

¹⁶⁷ A.M. Donner, 'Grondrechten als constitutionele rechten', in: *Speculum Langemeijer. 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 15 e.v.

¹⁶⁸ C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, p. 366-367.

¹⁶⁹ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nrs. 1-5, p. 11.

¹⁷⁰ R. de Lange, *Botsing van grondrechten voor de rechter*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p. 23.

¹⁷¹ E.M.H. Hirsch Ballin, 'Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm', in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht* (p. 127-156), Deventer: Van Loghum Slaterus 1988, p. 128; tevens verschenen als zelfstandige publicatie: E.M.H. Hirsch Ballin, *Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 4.

gevoelens of overtuiging, vergaderen en betogen. Voor de bescherming die grondrechten bieden, zijn twee elementen van belang: de interpretatie van grondrechten en de beperkingsmogelijkheden van grondrechten. Zoals elk juridisch begrip moet ook een grondrecht worden geïnterpreteerd. Deze interpretatie voert tot een omgrenzing van het grondrecht. Aangezien grondrechten een subjectief karakter dragen, kan de vaststelling van de reikwijdte ervan een precaire aangelegenheid zijn. Nadat de reikwijdte van een grondrecht is bepaald, rijst de vraag naar de beperkingsmogelijkheden. De meeste grondwettelijke en verdragsrechtelijke grondrechten zijn voorzien van beperkingsclausules. Maakt de overheid gebruik van een haar toegekende bevoegdheid tot beperking van een grondrecht, dan is er geen sprake van inbreuk op of schending van een grondrecht. Indien en voor zover de Grondwet de overheid deze bevoegdheid verleent, vervalt voor haar de verplichting zich te onthouden van optreden. Zoals uit de rechtspraak blijkt, en in paragraaf 2.1 is besproken, zijn de in verdragen als het EVRM en IVBPR vervatte grondrechten bijna alle eenieder verbindende bepalingen in de zin van artikel 93 Gw. De burger kan er daarom in rechte een beroep op doen; zij zijn waarborgnormen. Het EVRM en het IVBPR bevatten een groot aantal grondrechten die op een enkele na op ongeveer dezelfde wijze zijn gestructureerd. Het eerste lid bevat de, vaak ruime, omschrijving van het grondrecht. De beperkingsmogelijkheid van het grondrecht staat in het tweede lid. Eventueel zijn er verscheidene subartikelen met beperkingsclausules. Om rechtskracht te hebben moet een beperking bij de wet zijn voorzien. Tot de wet rekent het EHRM alles dat als nationaal recht kan worden aangeduid, mits de rechtsregel voldoende duidelijk is geformuleerd, zodat de burgers daarop hun gedrag kunnen afstemmen. Dit sluit echter niet uit dat er in regelingen termen voorkomen, die een interpretatieruimte bieden of anderszins voor meerderlei uitleg vatbaar zijn.¹⁷²

Om te kunnen functioneren in een specifieke context bieden de meeste grondrechten een zekere ruimte aan interpretatie. In navolging van Höfling¹⁷³ onderscheidt Vermeulen drie typen grondrechtenbepalingen. Er zijn gesloten bepalingen. In het bijzonder behoren hiertoe processuele, door de rechter te bewaken normen. Daarnaast zijn er bepalingen met een grotere openheid, zoals het recht om te huwen en een gezin te stichten (art. 12 EVRM). Bij het derde type bepalingen is openheid de norm en kan de subjectieve interpretatie een belangrijke rol spelen. Hierbij gaat het om bepalingen die verwijzen naar 'een niet door het rechtssysteem gecreëerde, maar daaraan voorgegeven persoonlijke en/of maatschappelijke realiteit'. Voorbeelden hiervan zijn de vrijheid van geweten, godsdienst en levensovertuiging (art. 9 EVRM, art. 6 Gw), de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM, art. 7 Gw), het ouderlijk opvoedingsrecht

¹⁷² C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, p. 377-389.

¹⁷³ W. Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation: Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Berlijn: Duncker & Humblot 1987, p. 92 e.v.

en de daaruit voortvloeiende vrijheid van onderwijs (art. 2 Eerste protocol EVRM, art. 23 Gw), de onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid (die wordt ingelezen in het negatief geformuleerde art. 3 EVRM) en het recht op de beleving van een specifieke minderheidscultuur (art. 27 IVBPR).¹⁷⁴ Deze differentiatie in openheid weerspiegelt het onderscheid tussen de private en de publieke sfeer. Naarmate een bepaald handelen meer in de privésfeer dan in de publieke sfeer valt, dient de betekenis die door de betrokkene(n) aan dat handelen gehecht wordt (worden) zwaarder te wegen. De subjectieve interpretatiegevoeligheid neemt dan toe. De grenzen tussen privé- en publieke sfeer zijn echter niet scherp te trekken en in de begrenzing, die normatief bepaald is, kunnen verschuivingen optreden.¹⁷⁵ Over de normatieve bepaling van de begrenzing van de privésfeer kunnen zich meningsverschillen voordoen bij de interpretatie van het recht op godsdienstvrijheid en andere rechten van burgers, zoals het opvoedingsrecht van ouders.

De rechter kan belangen of activiteiten plaatsen buiten het terrein dat een grondrecht bestrijkt. Door de reikwijdte van een grondrecht in beperkende zin te interpreteren, kan de rechter de bescherming van andere belangen behartigen en een evenwicht realiseren. Het primaat voor de vaststelling van beperkingen ligt volgens de Grondwet bij de wetgever. Deze behoort in beginsel de belangen van de grondrechtdrager en de andere belangen met elkaar in evenwicht te brengen.¹⁷⁶ Bij wet vastgestelde beperkingen vloeien voort uit de uitoefening van rechten door andere burgers, en uit eisen die het samenleven in een georganiseerde gemeenschap met zich brengt. Tot deze eisen behoort de instandhouding van een geordende en op rechtsstatelijke en democratische beginselen gegronde samenleving. De regering heeft zich bij de grondwetsherziening op het standpunt gesteld dat beperkingen van grondwettelijke grondrechten in beginsel herleidbaar moeten zijn tot de clausulering van de toepasselijke grondwettelijke bepaling.¹⁷⁷ Dit systeem richt zich tegen de mogelijkheid dat elk overheidsorgaan naar eigen inzicht tot het beperken van grondrechten zou kunnen besluiten. Elke beperking moet tot de Grondwet herleidbaar zijn. Bij de grondwetsherziening van 1983 heeft de grondwetgever echter ontsnappingswegen aangegeven, langs welke men aan de uiterste consequenties van dit systeem kan ontkomen, zo stelt Verhey. In uitzonderlijke gevallen is afwijking mogelijk, onder

¹⁷⁴ P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten. Grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten*, Utrecht: Universiteit Utrecht (Instituut voor staats- en bestuursrecht) 2002, p. 7-8.

¹⁷⁵ B.P. Vermeulen, 'Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?' (preadvies), *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie & rechtstheorie*, 21, 1992, afl. 1, p. 16-46, in het bijzonder p. 34-35.

¹⁷⁶ M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, p. 91-92.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 20 e.v. Dit standpunt is in belangrijke mate gebaseerd op M.C. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 1971.

meer indien: a) heersende rechtsovertuigingen zodanig evolueren dat bepaalde belemmeringen in de uitoefening van een grondrecht algemeen aanvaard worden, zonder dat deze tot een beperkingsclausule herleidbaar zijn; b) een overheidsmaatregel een grondrecht naar de letter genomen beperkt, maar de intrekking of vernietiging van die maatregel in flagrante strijd zou zijn met wat algemeen als redelijk wordt aangemerkt.¹⁷⁸

De klassieke grondrechten hebben naar hun verschijningsvorm veelal een individueel karakter: rechten worden toegekend aan eenieder of aan iedere Nederlander, c.q. een verbod wordt vastgelegd voor de overheid om bepaalde handelingen te verrichten jegens eenieder. Sommige grondrechten kunnen slechts worden uitgeoefend door meer personen gezamenlijk. In het bijzonder betreft dit het vergaderrecht en het betogingsrecht. In algemene zin gelden de klassieke grondrechten ook voor collectiviteiten, zowel rechtspersonen als groepen of organisaties zonder rechtspersoonlijkheid, 'voor zover dat naar de aard van het betreffende grondrecht zin kan hebben', aldus de memorie van toelichting op wetsvoorstel 13 872.¹⁷⁹ Collectiviteiten kunnen daarmee als drager van grondrechten optreden, hun recht wordt beschouwd als een afgeleide van dat van individuele personen. De individuele oriëntatie van de klassieke grondrechten gaat gepaard met een uitoefening die plaatsvindt binnen het sociale en politieke verband van de staat. Burkens ziet de wisselwerking tussen het individu en de samenleving bij de uitoefening van grondrechten als het kernvraagstuk. 'De individuele oriëntatie van de klassieke grondrechten neemt uiteraard niet weg, dat de uitoefening van grondrechten, voor zoveel rechtens relevant, plaats vindt binnen de gemeenschap. De uitoefening heeft effecten op de gemeenschap en wordt zelf ook door de maatschappelijke en politieke omstandigheden beïnvloed. Juist deze wisselwerking tussen individu en gemeenschap bij de uitoefening van grondrechten is de kern van alle vraagstukken van bevordering van de verwezenlijking c.q. beperking van grondrechten.'¹⁸⁰

3.2 De notie van het kernrecht

Van een grondrecht hebben bepaalde elementen meer betrekking op het wezen van het grondrecht dan andere. Ieder grondrecht heeft deelaspecten die als *kernrechten* kunnen worden beschouwd. De kernrechten zijn voor de grondrechtdrager van groter belang

¹⁷⁸ L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 26-27.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nrs. 1-5, p. 11.

¹⁸⁰ Zie voor deze alinea: M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, p. 43-61, citaat: p. 61.

dan andere, meer perifere aspecten van het grondrecht.¹⁸¹ Men gebruikt ook wel het beeld van een kern met schillen, waarbij de diverse elementen elk een verschillend gewicht hebben en verschillende bescherming verdienen, en aan het onderscheid tussen inhoud en vorm, waarbij de inhoud meer bescherming verdient dan de vorm.¹⁸² De gedachte achter de kernrechtnotie is dat de harde kern van het grondrecht niet mag worden aangetast, terwijl dit niet geldt voor afgeleide, perifere rechten, voor de zogenoemde schillen. Een consequentie van de kernrechtbenadering is daarmee dat voor het perifere gedeelte van een grondrecht meer beperkingen aanvaardbaar zijn dan voor de kern van een grondrecht.

Bij de grondwetsherziening was de regering van mening dat de kernrechtnotie aantrekkelijke kanten heeft, vooral omdat zij aandacht geeft aan het gewicht van datgene dat in geval van een beperking van het grondrecht wordt weggenomen. Maar zij zag ook belangrijke bezwaren. Het vaststellen van de kern van een grondrecht is dikwijls nogal willekeurig. De benadering zou kunnen leiden tot een beleidsvrijheid van wetgever en bestuur door een normale afweging te maken tussen de voor- en tegenargumenten van een bepaalde inbreuk op een grondrecht, waardoor de beoogde grondwettelijke bescherming van de grondrechten in belangrijke mate zou worden verminderd. De regering meende daarom dat de notie van het kernrecht 'in bepaalde opzichten wellicht een rol kan spelen, doch als een zelfstandige beperkingsgrond niet aanvaardbaar is, aangezien dan tezeer afbreuk zou worden gedaan aan de grondwettelijke waarborgen welke in het voorgestelde wetsontwerp voor de grondrechten besloten liggen'.¹⁸³ De grondwetgever heeft ten principale gekozen voor het uitgangspunt dat een grondrecht niet absoluut is en het systeem van beperkingen de balans moet bewaren tussen een zo ruim mogelijke garantie van fundamentele vrijheden en een gerechtvaardigde bescherming van andere fundamentele belangen, waaronder openbare orde, veiligheid en rechten van derden.¹⁸⁴

Naar de mening van Akkermans, Bax en Verhey kan de notie van het kernrecht goede diensten bewijzen in het kader van een beperking van een grondwettelijk grondrecht bij een op een concrete situatie gerichte belangenafweging door aan te geven welk onderdeel van het grondrecht het belangrijkste is en welk onderdeel eerder voor

¹⁸¹ J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel: een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (dissertatie Universiteit Maastricht), Maastricht 2002, p. 190.

¹⁸² J.W. Schneider, 'De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (artikel 1.6)', in: A.K. Koekkoek, Willem Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns, *Grondrechten : commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene grondwet* (p. 151-166), aangeboden aan H. J. M. Jeukens in verband met zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool Tilburg, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 160-161; S.O. Voogt, *Godsdienstvrijheid bedreigd? Van vermeend gelijke monniken en verkapte discriminatie*, Nunspeet: Stichting Wetenschappelijk Studiecentrum RPF 1988.

¹⁸³ *Handelingen II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 19-20.

¹⁸⁴ S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 26-27.

beperking in aanmerking komt. Omdat het in privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen vaak aankomt op een belangenafweging, is het niet verwonderlijk dat de kernrechtnotie door vele auteurs juist in de discussie over horizontale werking van grondrechten (zie par. 3.3) als relevant wordt aangemerkt.¹⁸⁵ De notie van het kernrecht illustreren Akkermans, Bax en Verhey aan de hand van artikel 7, eerste lid, Gw. In aansluiting op dit openbaringsrecht is in de jurisprudentie een hieraan connex of annex verspreidingsrecht ontwikkeld. De HR heeft daarbij het karakter van het verspreidingsrecht aangeduid als ‘tot het met dat recht beoogde doel onmisbaar, doch aan dat recht ondergeschikt’.¹⁸⁶ Op deze wijze beschouwt de HR het verspreidingsrecht als een recht dat aan het recht tot openbaren verbonden is, maar ook als een recht dat niet behoort tot het wezen of de kern van de drukpersvrijheid.¹⁸⁷ In zijn arrest over het vrouwenstandpunt van de SGP merkt de Hoge Raad evenwel op dat het begrip *kernrecht* niet een eenduidige betekenis heeft. De HR stelt vast dat de relevante verdragen (IVBPR en EVRM) de grondrechten in hun totale omvang beschermen, met inbegrip van de buitenste schil. Hij voegt eraan toe dat wanneer niet is voldaan aan de vereisten waaraan een beperking van het desbetreffende grondrecht moet voldoen, de stelling dat het grondrecht slechts in de buitenste schil is of zal worden aangetast, op zichzelf geen geldige grond kan opleveren tot beperking van dat grondrecht.¹⁸⁸

In de rechtspraak van het EHRM valt de kernrechtmethode volgens Verhey slechts sporadisch aan te treffen. Veel vaker hanteert het EHRM ter onderbouwing van een terughoudende toetsing de *margin of appreciation*.¹⁸⁹ Daarentegen stelt de Hoge Raad in het SGP-arrest vast dat het EHRM het begrip kernrecht in zijn rechtspraak juist gebruikt bij het vaststellen van de *margin of appreciation* waarover de verdragsstaten beschikken, wanneer zij – binnen het kader van een in het EVRM erkende beperkingsgrond – een beperking aanbrengen op een in het EVRM beschermd recht. De gedachte is dan dat de *margin of appreciation* kleiner is wanneer het gaat om een kernrecht, maar groter kan zijn wanneer slechts een perifeer aspect van het grondrecht wordt geraakt.¹⁹⁰ Is de *margin of appreciation* vastgesteld, dan kan de invloed van de

¹⁸⁵ P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993, p. 154-158.

¹⁸⁶ HR 28 november 1950, *NJ* 1951/137 (*APV Tilburg*).

¹⁸⁷ P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten*, p. 44-45.

¹⁸⁸ HR 9 april 2010, *ECLI:NL:HR:2010:BK4547*; *AB* 2010, 190, m.nt. F.J. van Ommeren; *JB* 2010, 115, m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen; *JBPr* 2010, 32, m.nt. M.O.J. de Folter; *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema; *NJB* 2010, 862; *RvdW* 2010, 506, r.o. 5.33.

¹⁸⁹ Luc Verhey, ‘Horizontale werking van grondrechten: de stille Straatsburgse revolutie’, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70^{ste} verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 529.

¹⁹⁰ Zie ook: M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, p. 95-98; J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele vrijheden*, in het bijzonder p. 32.

inmenging op het desbetreffende grondrecht opnieuw aan de orde komen bij de toetsing van de proportionaliteit ervan.

In de rechtspraak van het EHRM wordt, zo stelt de HR, regelmatig het argument gebruikt dat ‘the very essence of the right’ in gevaar komt.¹⁹¹ Nieuwenhuis constateert dat in een aanzienlijk aantal uitspraken van het EHRM de vraag aan de orde is of een beperking ‘the very essence’ of ‘the core’ van een recht raakt. Deze termen, die inwisselbaar lijken te zijn,¹⁹² worden gebruikt bij rechten die geen absoluut karakter hebben, maar zich in het bijzonder verzetten tegen bepaalde, vergaande inmengingen, zoals de vrijheid van godsdienst. Als het EHRM concludeert dat de ‘very essence’ of ‘the core’ van een recht in het geding is, betekent dit lang niet altijd dat er sprake is van een schending van het betreffende recht. Indien de ermee gediende belangen maar groot genoeg zijn is ingrijpen in de kern toegestaan.¹⁹³ Nieuwenhuis concludeert dat de idee van een kernrecht wel regelmatig opduikt in de jurisprudentie van het EVRM, maar dat de positie van de kern echter veelal onduidelijk is.¹⁹⁴ Dat geldt in het bijzonder de verhouding met het vereiste van proportionaliteit. Soms lijken beide eisen geheel in elkaars verlengde te liggen. Als de kern in het geding is, is er sprake van een verhoogde eis van proportionaliteit¹⁹⁵ en zal een inmenging relatief snel disproportioneel zijn. In andere gevallen is het veeleer een apart vereiste, dat juist los staat van de eis van proportionaliteit.¹⁹⁶ De formulering van een kern is dan bedoeld als

¹⁹¹ HR 9 april 2010, r.o. 5.34, zie onder meer: EHRM 22 oktober 1996, nrs. 22083/93, 22095/93, *NJ* 1997/449, m.nt. JdB, par. 56 (*Stubbings and others v. the United Kingdom*): ‘(...) However, since the very essence of the applicants’ right of access was not impaired and the restrictions in question pursued a legitimate aim and were proportionate, it is not for the Court to substitute its own view for that of the State authorities as to what would be the most appropriate policy in this regard.’; EHRM 23 oktober 1996, nr. 21920/93, *NJ* 1998/343, par. 40 (*Levages Prestations Services v. France*). Zie i.v.m. de vrijheid van vereniging: EHRM (GK) 12 november 2008, nr. 34503/97, *EHRC* 2009, 4, m.nt. Dorssemont & Gerards, par. 97 (*Demir and Baykara v. Turkey*): ‘These restrictions must not impair the very essence of the right to organise’.

¹⁹² EHRM 17 februari 2004, nr. 44158/98, *NJ* 2005/420 (*Gorzelik v. Poland*). Vergelijk: J. Rivers, ‘Proportionality and Variable Intensity of Review’, *CLJ* 2006, p. 174-207, p. 174 e.v.

¹⁹³ A.J. Nieuwenhuis, ‘De kernrechtbenadering bij de grondrechten’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, vol. 3, 2012, p. 138-159; vergelijk: M.A. Eissen, ‘The Principle of Proportionality’, in: R. Macdonald e.a.(red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993, p. 127.

¹⁹⁴ Aernout Nieuwenhuis, ‘Over schillen en sferen: het wisselende gewicht van de vrijheid van godsdienst’, in: Henk Post & Gerhard van der Schyff (red.), *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven* (p. 105-124), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014.

¹⁹⁵ Janneke Gerards, *EVRM. Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 158 e.v., p. 169.

¹⁹⁶ Vergelijk: J. Rivers, ‘Proportionality and Variable Intensity of Review’, p. 174-207, p. 185; N.A.J. Croquet, ‘The Right of Silence and not to Self-Incriminate under the ECHR’, *Cambridge SLR* 2008, p. 214 e.v.

het trekken van een absolute grens.¹⁹⁷ De rechtspraak van het EHRM is volgens Nieuwenhuis op dit onderdeel moeilijk te doorgronden.

In de casus die ik in dit boek bespreek, komt steeds de vraag terug of een beperking op de uitoefening van het recht op vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd is. Aanhangers van een godsdienst wensen in woord en daad hun religie tot uitdrukking te brengen. De constitutionele orde erkent en waarborgt het recht op vrijheid van godsdienst van burgers. De uitoefening van dit vrijheidsrecht omvat het hebben van overtuigingen en het onderhouden van praktijken. In hoofdstuk 2 bespreek ik dit nader. Als een beperking de uitoefening onmogelijk maakt, is de kern van dit recht in het geding, zou men kunnen stellen. De term *kern* suggereert echter dat er een absolute waarborg is, waarbij er geen ruimte bestaat voor een afweging van belangen en voor een toepassing van het beginsel van proportionaliteit. Feitelijk bestaat er in het recht niet een onaantastbare kern van een recht. Wat de kern van een grondrecht is, wordt uiteindelijk bepaald tegen de achtergrond van het conflict waarvan sprake is. Het is daarom zinvoller zich te richten op een proportionaliteitsanalyse met een nauwgezette interpretatie van de beperkingsclausule. Een dergelijke analyse waarborgt de staatsrechtelijk noodzakelijke bescherming. Het EHRM komt ook pas tot een conclusie met betrekking tot de kern, het wezen of de essentie van een recht na de factoren die met elkaar strijden te hebben gewogen. De kern van een recht is die inhoud waarvoor een inmenging niet kan worden gerechtvaardigd op grond van de uitgevoerde afweging van belangen.¹⁹⁸

3.3 Verticale en horizontale werking

In de constitutionele orde hebben de grondrechten primair verticale werking, dat wil zeggen, ze zijn vooral gericht op bescherming tegen optreden van de overheid. Uit de formulering van de grondrechten blijkt deze oriëntatie op de rechtsbetrekking tussen overheid en burgers. In het bijzonder in de clausuleringen van grondrechten komt tot uitdrukking dat algemene, door de overheid behartigde belangen moeten worden afgewogen tegen de belangen van de burger – individueel en collectief – door het in acht nemen van de grondrechten. Een in kracht en betekenis toenemende tendens is de laatste decennia om de gelding van grondrechten mede uit te doen strekken tot horizontale rechtsbetrekkingen, tot rechtsbetrekkingen tussen burgers. In het kader van de grondwetsherziening van 1983 is de horizontale werking van grondrechten

¹⁹⁷ Vergelijk: Janneke Gerards, *EVRM*, p. 167.

¹⁹⁸ Vergelijk: Gerhard van der Schyff, 'Cutting to the Core of Conflicting Rights: the Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective', in: Eva Brems (red.), *Conflicts between Fundamental Rights* (p. 131-147), Antwerpen: Intersentia 2008.

uitdrukkelijk erkend.¹⁹⁹ De beperkingssystematiek die geldt voor de verticale werking van grondrechten, speelt in de horizontale verhoudingen geen rol. Kortmann toont zich voorstander van een beperkte reikwijdte van het constitutionele recht in het algemeen en van de grondrechten in het bijzonder ter wille van de vrijheid van de burgers onderling en van de maatschappij tegenover de overheid.²⁰⁰

De rechten uit het EVRM kunnen in de meeste gevallen alleen beperkt worden ten behoeve van een publiek belang. Dit doelcriterium lijkt niet te gelden voor horizontale verhoudingen. Voor dit type rechtsbetrekkingen biedt het doelcriterium ‘de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’ (artikel 9 lid 2 EVRM) meer perspectief. Dit ruim geformuleerde criterium biedt ingang voor afweging van grondrechten tegen privaatrechtelijke belangen. Onder deze paraplu heeft het EHRM een aantal arresten gewezen die betrekking hebben op horizontale rechtsbetrekkingen. De doelcriteria van het EVRM vinden ook hun toepassing in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter in Nederland. In een van de Goeree-arresten oordeelde de HR dat rectificatie nodig is om op adequate wijze ‘de goede naam en de rechten van Van Zijl te beschermen’ en daarmee te voldoen aan de vereisten van artikel 10 tweede lid EVRM.²⁰¹ Verhey concludeert dat door opname van het doelcriterium ‘de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’ het EVRM zich op dit punt niet verzet tegen horizontale werking.²⁰²

Als in een conflict tussen burgers zowel eiser als gedaagde zich op een grondrecht kan beroepen, neemt de rechter in de praktijk slechts zelden onmiddellijke horizontale werking van een grondrecht aan. Een dergelijk conflict kan niet met behulp van staatsrechtelijke overwegingen worden opgelost, aangezien er tussen grondrechten geen rangorde bestaat. In een dergelijke situatie botsen grondrechtelijke belangen van burgers. Rechtsregels functioneren volgens het stramien van gelding behoudens uitzondering. Geldende regels laten zich onderling niet voor toepassing afwegen. Als een regel buiten toepassing blijft wegens het bestaan van een andere regel, dan moet dit een grondslag vinden in een uitzonderingsbepaling of in een hogere regeling die de onderlinge hiërarchie vaststelt. Bij een botsing van grondrechten worden daarom niet zozeer de grondrechten zelf tegen elkaar afgewogen als wel de belangen die in concreto door de grondrechten worden beschermd. De grondrechtennormen geven

¹⁹⁹ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 15-16; M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 146-147; E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm’, p. 148-149.

²⁰⁰ C.A.J.M. Kortmann, ‘Grondrechten in de nieuwe Grondwet: vijf jaren toepassing in wetgeving en rechtspraak’, in: L. Heyde e.a., *Begrensde vrijheid* (Opstellen over mensenrechten aangeboden aan Prof. dr. D.F. Scheltens bij zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 236.

²⁰¹ HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/289, m.nt. EAA, r.o. 3.4.

²⁰² L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten*, p. 166-168.

structuur aan deze belangenafweging door de randvoorwaarden aan te geven. Aan deze randvoorwaarden is de belangenafweging gebonden. Veelal zal men hierbij steun kunnen vinden in rechtsbeginselen. Juist omdat grondrechtennormen veelal positiveringen vormen van grondrechtelijke beginselen, spelen deze beginselen een belangrijke rol.²⁰³

Hartkamp stelt dan ook dat de rechters de voorkeur geven aan een milde vorm van werking van grondrechten in particuliere verhoudingen en zich daarbij te baseren op het burgerlijk recht, het strafrecht of het bestuursrecht. Grondrechten komen daardoor bijna altijd slechts aan de orde bij de inkleuring van open juridische begrippen. Bij de toepassing van algemene privaatrechtelijke begrippen, zoals goede trouw, maatschappelijke zorgvuldigheid, redelijkheid, billijkheid, rechtmatigheid en goede zeden tracht de rechter dan die rechten – of de erin belichaamde waarden – in zijn overwegingen te betrekken. Hij weegt zo een in een grondrecht uitgedrukt belang af tegen andere belangen. Daarmee vervullen de constitutionele waarden en normen een rol door middel van de gewone privaatrechtelijke begrippen. Het Burgerlijk Wetboek vergemakkelijkt deze benadering doordat het bepaalt in artikel 3:12 dat ‘bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening [moet] worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken’.²⁰⁴

Burkens c.s. bevestigen dat de rechter slechts in uitzonderingsgevallen een grondrecht inclusief de beperkingsclausule rechtstreeks toepast in de verhouding tussen burgers onderling. Dit is de zogenoemde directe horizontale werking. Een voorbeeld vormt de al genoemde casus van het echtpaar Goeree. In de praktijk blijkt de rechter geneigd te zijn pragmatisch te werk te gaan bij de horizontale werking van grondrechten en conflicten. Soms neemt hij geen horizontale werking aan, in het bijzonder als horizontale werking de vrijheid van de andere burger te zeer zou beperken.²⁰⁵ Veelal gaat de rechter uit van een indirecte horizontale werking, waarbij hij in het kader van de interpretatie van open privaatrechtelijke begrippen, zoals de begrippen ‘onrechtmatig’ (art. 1401 (oud) BW, art. 6:162 BW), ‘openbare orde en goede zeden’ (art. 1373 (oud) BW, art. 3:40 BW) en goed werkgeverschap (art. 1638z BW) een belangenafweging maakt, waarbij de uitoefening van het grondrecht een zwaarwegend belang vormt dat de open begrippen als het ware inkleurt.²⁰⁶ Bij de

²⁰³ A.S. Hartkamp, ‘Europese mensenrechten en nationaal dwingend recht – De Nederlandse rechter en het EVRM’, p. 28; M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, p. 148-149.

²⁰⁴ A.S. Hartkamp, ‘Europese mensenrechten en nationaal dwingend recht – De Nederlandse rechter en het EVRM’, p. 28.

²⁰⁵ Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 13 januari 1984, *AB* 1984, 417; *AA* 1985, p. 273 e.v.

²⁰⁶ M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 148-149.

grondwetsherziening gaf de regering als voorbeeld ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ in artikel 7 eerste en derde lid Gw. Een toepassing van dit wettelijk voorbehoud is artikel 6:162 BW (artikel 1401 oud BW). Het kan worden ingeroepen in het geval een onrechtmatige daad ‘(...) wordt verricht in de uitoefening van een grondrecht, zoals sommige meningsuitingen welke iemands persoonlijke levenssfeer aantasten’. De regering meende dat de beperkingsclausules voldoende soelaas zouden bieden voor een oplossing bij een conflict tussen grondrechten.²⁰⁷

Horizontale werking is niet alleen van betekenis voor een beperking van de vrijheid van godsdienst maar ook voor een beroep op de uitoefening ervan. De HR heeft in een ontslagzaak geoordeeld dat behoudens grote schade voor het bedrijf de werknemer de snipperdag diende te krijgen die hij vroeg om een voor hem belangrijk religieus feest te kunnen vieren.²⁰⁸ Weliswaar noemde de HR de vrijheid van godsdienst niet expliciet, maar ongetwijfeld heeft dit recht, zo merkt Vermeulen op, een belangrijke rol gespeeld bij de invulling van de algemene norm (art. 1639p BW) op basis waarvan het al dan niet geoorloofd zijn van het wegens werkweigeren gegeven ontslag op staande voet beoordeeld werd. De HR week daarbij af van de wettelijke regel van art 1638gg lid 1 BW, die inhoudt dat de werkgever – na overleg met de arbeider – de tijdstippen van de vrije dagen bepaalt. Vermeulen concludeert dat de vrijheid van godsdienst horizontale werking heeft.²⁰⁹ Oldenhuis merkt naar aanleiding van diverse zaken op dat de rechter in iedere situatie zoekt naar het omslagpunt van welk afwijkend gedrag nog wel is toegestaan met een beroep op de religie naar welk gedrag de verantwoordelijkheid volgens de wet schendt.²¹⁰

4 De Nederlandse constitutionele orde

In deze paragraaf bespreek ik enige voor het onderzoek relevante kenmerken van de Nederlandse constitutionele orde, te weten: 1) primaat individuele vrijheid; 2) neutraliteit van de staat; 3) gelijkheidsbeginsel; 4) gelijke vrijheid.

²⁰⁷ *Algehele grondwetsherziening*, deel Ia, noot 3, p. 8, 172.

²⁰⁸ HR 30 maart 1984, *RvdW* 1984, 74, *AB* 1984, 366, m.nt. FHvdB, *NJCM-Bulletin*, p. 253 e.v., m.nt. Biesheuvel, *NJ* 1985/350, m.nt. EAA, *Ars Aequi* 1985, p. 273 e.v., m.nt. Akkermans.

²⁰⁹ B.P. Vermeulen, ‘De Goerees en de kardinaal, ofwel: vrijheid van godsdienst versus discriminatieverbod’, in: L. Heyde e.a., *Begrensde vrijheid. Opstellen over mensenrechten aangeboden aan prof. dr. D.F. Scheltens bij zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen* (p. 258-278), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 264

²¹⁰ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, p. 35.

4.1 Primaat individuele vrijheid

Onze constitutionele orde impliceert dat Nederland in de klassieke zin van het woord een *liberale* rechtsstaat is. Een eerste kenmerk daarvan is volgens Burkens c.s. het primaat van de individuele vrijheid. Dit is een ingrijpende breuk met de periode van de Middeleeuwen. Het middeleeuwse feodale standenstelsel bood geen vrijheid op zich, maar slechts nauw omliggende bijzondere vrijheden: privileges, voorrechten, die aan bepaalde groepen werden toebedeeld. Met de uitwerking van de idee van de liberale rechtsstaat zijn de traditionele voorrechten van de heersende kerk, de nog uit het leenstelsel voortkomende voorrangsposities van de feodale adel en de historisch gegroeide monopolieposities van de gilden afgeschaft, en zijn kerk en staat institutioneel van elkaar gescheiden. In de liberale rechtsstaat is de vrijheid van het individu de hoofdregel, de beperking ervan de uitzondering. Omdat de beperking de uitzondering vormt, vereist juist zij een rechtvaardiging, die in laatste instantie moet berusten op de ratio van de staat, de reden waarom de individuen hem opgericht hebben, namelijk het beschermen van de vrijheid en de andere fundamentele rechten van de medeburger. De vrijheid van het individu is in principe onbegrensd, de beperking ervan begrensd, en zij dient nauwkeurig te worden omschreven, door middel van de wet. Vereist is positivering, vastlegging in wetgeving van de beperkingen die aan de burger worden opgelegd. De beperking van vrijheden berust daarmee op het legaliteitsbeginsel.²¹¹ Dit beginsel wordt ondersteund door andere fundamentele rechtsstatelijke beginselen, namelijk machtenverdeling, grondrechten en rechterlijke controle.²¹²

Hegel, een van de grote denkers over recht en staat, ziet het recht als de verwerkelijking van de vrijheid.²¹³ Omdat de vrijheid de hoofdregel vormt in de rechtsstaat in liberale zin, behoeft zij geen rechtvaardiging, geen legitimering. Allen zijn van nature gelijk, zoals Locke heeft betoogd. Daarom dient eenieder eenzelfde recht op vrijheid te hebben. De meeste vrijheidsrechten zijn dan ook geformuleerd als rechten van eenieder. Het is daarbij de taak van de wetgever aan allen gelijke vrijheidssferen toe te delen. De liberale grondwetten bevatten per definitie een algemeen grondrecht op gelijkheid voor de wet. In het tot 1983 geldende artikel 4 van de Grondwet werd dit aldus verwoord: ‘Allen die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, hebben gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen’.²¹⁴ Het zal duidelijk zijn dat datgene dat een hoofdregel is, vrijheid, nooit een privilege kan

²¹¹ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 44.

²¹² M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 16-23.

²¹³ Ludwig Heyde, *De verwerkelijking van de vrijheid. Een inleiding in Hegels rechtsfilosofie*, Leuven: Universitaire Pers 1987.

²¹⁴ M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling & B.P. Vermeulen, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 21

zijn. Redeneert men echter vanuit beperkingen, dan krijgt vrijheid gemakkelijk het karakter van een gunst, van een privilege, in plaats van het karakter van een recht. Dit kan de verwarring verklaren die er heerst over vrijheidsrechten in confrontatie met het gelijkheidsbeginsel. Als nondiscriminatie de dominante norm dient te zijn, kunnen vrijheidsrechten slechts zoveel ruimte krijgen als deze norm toestaat.

Het concept van de liberale rechtsstaat impliceert dat godsdienst, en in algemene zin levensovertuiging, niet wordt beschouwd als een zaak van de gemeenschap maar als een in wezen persoonlijke beslissing of keuze, waarin de mens een eigen verantwoordelijkheid heeft. Deze gedachte die een aan de staat voorafgaande onaantastbare individuele vrijheidssfeer impliceert, ligt ten grondslag aan het fundamentele recht dat aan de mens als zodanig toekomt, de vrijheid zijn religie te belijden. De staat is daarbij een instrument, een constructie, ten behoeve van de handhaving en bescherming van de vrijheid van ieder individu zonder onderscheid. Voldoet de staat niet aan deze opdracht, en schendt hij de vrijheidsrechten van het individu, dan heeft dit individu een recht op verzet. Het primaat van de individuele vrijheid impliceert dat de staat grote afstand behoort te houden van de pretentie te kunnen bepalen wat *de* waarheid, het *echte* geluk, of de *ware* vrijheid is. Een vroeg voorbeeld van deze liberale vrijheidsopvatting bevat de Amerikaanse *Declaration of Independence* van 1776, die als onvervreemdbaar recht noemt de *pursuit of happiness*. Deze opvatting van vrijheid vooronderstelt dat eenieder zijn eigen definitie van geluk heeft en het recht heeft dat geluk na te streven.²¹⁵

Over de verhouding tussen de burger en de staat merken Burkens c.s. daarbij op dat de rol van de staat derhalve een dienende is. Hij behoort geen eigen belang te hebben, ook niet verhuld, in termen als ‘de ware religie’, ‘het heil van het volk’, ‘de eer van de natie’, etc., en geen doelstellingen na te streven die niet te rechtvaardigen zijn vanuit de opdracht de individuele vrijheid te waarborgen. De voorrang van het individu brengt mee dat de overheid in principe niet te treden heeft in de wijze waarop het individu van die vrijheid gebruik maakt. ‘De paternalistische staat, die meent te weten wat zijn onderdanen gelukkig maakt, is de grootste bedreiging van de vrijheid. Een dergelijke staat is in wezen een terugval naar de theocratische vorst, die meent te weten wat het ware geluk van zijn onderdanen (het eeuwig heil) inhoudt, en dienovereenkomstig zich het recht aanmatigt hen tot dit geluk te dwingen.’ De liberale opvatting van de rol van de staat impliceert dat de overheid zich zoveel mogelijk dient te onthouden van identificatie met een bepaald mensbeeld en zich verre dient te houden van vereenzelviging met een bepaalde godsdienst of politieke ideologie. Burkens c.s. stellen dat de wereldbeschouwelijk neutrale staat, die zich verre houdt van de pretentie te kunnen bepalen wat *de* waarheid, het *echte* geluk of de *ware* vrijheid is, een

²¹⁵ M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 19-20.

noodzakelijke voorwaarde is om het individu de mogelijkheid te geven optimaal zijn eigen waarheid, zijn eigen geluksdefinitie, en zijn eigen idealen na te streven, kortom, vrij te kunnen zijn.²¹⁶ De neutraliteit van de staat is dan ook een wezenlijk kenmerk van de liberale rechtsstaat om het primaat van de individuele vrijheid inhoud te geven.

4.2 Neutraliteit van de staat

Er zijn allerlei redenen te noemen waarom de staat het beginsel van neutraliteit behoort aan te hangen, maar uiteindelijk gaat het om het recht van de mens: het recht van *iedere* mens om als mens te leven.²¹⁷ Het recht van de mens impliceert de neutraliteit van de staat. Het fundament van alle recht is gelegen in de inherente waardigheid van de mens. De vele rechten die we kunnen opsommen, zijn alle consequenties van de ene grondslag van het recht: het recht van de mens. Dát de mens als *mens* de enige grond van recht *behoort* te zijn, dat de mens ‘omdat hij mens is, niet omdat hij jood, katholiek, protestant, Duitser, Italiaan, enz. is’,²¹⁸ rechtssubject is, deze overtuiging is een van de centrale elementen in het denken over recht en staat in de moderne tijd. Zij kwam voor het eerst tot uitdrukking in de *Virginia Bill of Rights* van 1776 en werd een bepalend gegeven in de politieke ordening van het moderne Europa en de Nieuwe Wereld.²¹⁹ Het woord *recht* wordt niet in juridische zin bedoeld. De betekenis is dat de mens tot zijn recht moet kunnen komen. Alleen dan en in die mate bestaat er recht in de maatschappij, de staat, de wereld. Scheltens merkt hierover op dat het niet direct duidelijk is, wat dit betekent. Maar daarom is de godsdienstige neutraliteit van de staat op zich een goede zaak. Scheltens doet een beroep op dit beginsel: het staatsgezag mag en moet aan de burgers slechts die vrijheidsbeperkingen opleggen, die nodig zijn om in onderlinge erkenning samen te leven. Alle beperkingen die daartoe overbodig zijn, zijn ongeoorloofd. Een wereldbeschouwelijke of godsdienstige eensgezindheid is dus bijvoorbeeld volstrekt niet noodzakelijk. Integendeel, de eenheid van de mensen onder elkaar is naar de mening van Scheltens daar het sterkst, waar ze elkaar de grootste vrijheid gunnen.²²⁰

²¹⁶ M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 20; zie ook: B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten. Een fundamenteel rechtsprobleem*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 42 e.v.

²¹⁷ D.F. Scheltens, *Mens en mensenrechten*, p. 8.

²¹⁸ G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821), Berlijn: Suhrkamp Verlag 1969, par. 209, A.

²¹⁹ L. Heyde, ‘Mens en recht’, *Wijsgerig perspectief op maatschappij en wetenschap* 2, 1982/1983, p. 21-26, zie p. 22.

²²⁰ D.F. Scheltens, *Mens en mensenrechten*, p. 42; Ludwig Heyde, *De verwerkelijking van de vrijheid*, p. 205-217; A.W.W. Rieter, *Het beginsel van de moderne staten. Een hoofd stuk over Hegel en de mensenrechten*, Berkel-Enschot 1983, p. 92.

De neutraliteit van de staat betekent dat de staat het de burger in beginsel mogelijk maakt zijn bestemming te bereiken als denkend en willend wezen. Zijn neutraliteit is een conditie om vrijheid reëel te doen zijn voor alle burgers. Zij impliceert dat wat de overheid, als vertegenwoordiger van de gehele samenleving, de een toestaat, zij ook de ander moet toestaan, en dat wat zij de een verbiedt, ook de ander moet verbieden. Het in levensbeschouwelijk opzicht neutraal zijn van de staat vindt zijn uitdrukking primair in diverse grondrechtenbepalingen die voor het individu en door hem opgerichte en in stand gehouden organisaties beschermde handelingsterreinen scheppen en waarborgen, die de overheid slechts onder stringente voorwaarden mag betreden. De relevante grondrechten drukken een plicht tot terughoudendheid uit voor de overheid om beperkingen op te leggen van inhoudelijke aard.²²¹ Zo heeft de overheid op basis van de grondwetsartikelen 1 (gelijkheid en nondiscriminatie) en 6 (vrijheid van godsdienst en levensovertuiging) in hun onderlinge samenhang de verplichting om binnen de wettelijke kaders: a) aanhangers van verschillende godsdiensten, ook de niet-christelijke, gelijk te behandelen; b) godsdiensten en niet-godsdienstige levensbeschouwingen gelijk te behandelen; c) geen voorkeur of afkeur uit te spreken voor de ene of de andere godsdienst of levensbeschouwing of een richting daarbinnen; d) individuen of groepen niet te discrimineren op basis van hun godsdienst of levensovertuiging.

Een overheid die geen voorkeur heeft voor een specifieke levensovertuiging, kan de ruimte creëren voor een hoofdkenmerk van de moderne westerse samenleving, namelijk voor haar grote diversiteit aan groeperingen, levensstijlen, levensovertuigingen en religies. De taak van de staat is het vestigen van een vreedzame orde. De in Nederland bestaande religieuze verdeeldheid vereist dat de staat zich naar de mening van Vermeulen relatief neutraal opstelt. Hij moet ook aan religieuze minderheden hun plaats gunnen.²²² De neutraliteit van de staat impliceert dat de overheid alle godsdiensten en levensovertuigingen op gelijke wijze behandelt.²²³ Van Bijsterveld onderschrijft dit. Neutraliteit houdt volgens haar in dat de overheid in beginsel open staat voor contact met uiteenlopende godsdienstige groepen en daarmee het systeem open houdt. Dit betekent dat de overheid niet categorisch groepen uitsluit op grond van hun overtuiging, mits zij een basisloyaliteit aan de democratische rechtsstaat opbrengen.²²⁴ Haar neutraliteit impliceert dat de overheid geen partij kiest

²²¹ B.P. Vermeulen, 'Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?' (preadvis), *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 21 (1), 1992, p. 23-24.

²²² Ben P. Vermeulen & Bahija Aarrass, 'De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving', in: A.J. Nieuwenhuis & C.M. Zoethout, *Rechtsstaat en religie* (p. 59-87), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 61.

²²³ J.D. Snel, 'Het misverstand over kerk en staat', in: G.R. Rutgers & G. Molijn (red.), *Het multiculturele debat. Integratie of assimilatie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 157-158.

²²⁴ Sophie van Bijsterveld, *Overheid en godsdienst*, p. 175-176.

en geen religie of levensovertuiging boven of onder een andere plaatst. Zij is neutraal ten opzichte van confessionele verschillen. Dit heeft tot gevolg dat de overheid zelf zich seculier opstelt. De burger verwacht van de staat dat hij de levensbeschouwelijke en godsdienstige pluriformiteit eerbiedigt, zo stelt Hirsch Ballin.²²⁵

De neutraliteit van de staat laat ruimte voor een gevarieerd stelsel van waarden en een verscheidenheid van uitingen van religie in de openbare sfeer. Ze impliceert de vrijheid om te leven naar de eigen godsdienstige waarden en normen. Dit vormt de regel, de beperkingen daarop moeten worden omschreven. Deze neutraliteit is vooral controversieel waar zij leidt tot botsingen tussen de normen en praktijken van bepaalde religieuze minderheden en die van de meerderheid.²²⁶ Het beginsel van de neutraliteit van de staat houdt echter geen gebod in tot waardenneutraliteit voor de overheid. Zij kan immers niet waardenneutraal zijn. Haar positieve of negatieve waardering van waarden en normen komt onder meer tot uitdrukking in de grenzen die de wet stelt aan de uitoefening van vrijheidsrechten. Neutraliteit betekent dus *niet* dat de staat geen ethische grondslag zou nodig hebben. Integendeel, dit beginsel geeft juist uitdrukking aan een sociaal-ethische conceptie van de staatstaak, die elke druk van de overheid op de burger om al dan niet tot een bepaalde godsdienstige of levensbeschouwelijke gemeenschap te behoren, wil uitsluiten.²²⁷

De neutraliteit van de staat zoals ik heb uiteengezet, houdt in dat de staat zoals Cliteur stelt, ‘doet aan rechtsbedeling’. De staat lost conflicten op en treedt op als hoedster van het algemeen belang. Cliteur wijst daarbij af wat hij ziet als een herformulering van de democratische rechtsstaat in het licht van eisen die het multiculturalisme stelt. Daarom wil hij religieuze manifestaties weren uit de publieke sfeer. De democratische rechtsstaat vereist in zijn visie het Franse model van de *laïcité*. Ik ben van mening dat hij hierin ongelijk heeft. De neutraliteit van de staat vereist geenszins dat de staat religieuze uitingen verbiedt in de publieke ruimte. Het is zelfs in strijd met de neutraliteit en de gelijke behandeling van alle burgers. De neutraliteit van de staat vraagt om het respecteren van het recht van alle burgers hun leven overeenkomstig hun persoonlijke overtuiging in te richten binnen de grenzen van de rechtsstaat.²²⁸

²²⁵ E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Staat en kerk, kerk en staat’, in: S.C. den Dekker-van Bijsterveld, *Kerk en staat. Hun onderlinge verhouding binnen de Nederlandse samenleving*, Baarn: Amboboeken 1987, p. 13.

²²⁶ T. Loenen, *Geloof in het geding*, p. 14.

²²⁷ E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Staat en kerk, kerk en staat’, p. 12-13.

²²⁸ P.B. Cliteur, *De neutrale staat, het bijzonder onderwijs en de multiculturele samenleving* (Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in de encyclopedie van de rechtswetenschap aan de Universiteit van Leiden op 28 mei 2004), Leiden: Universiteit Leiden 2004, p. 18.

4.3 Het gelijkheidsbeginsel

Gelijke behandeling is in onze constitutionele orde gepositieerd in de artikelen 1 en 3 Gw; artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR. In zijn verhouding tot de overheid is ieder mens gelijk. Een alternatieve formulering van de norm dat eenieder voor de wet gelijk is, is dat de overheid burgers in gelijke gevallen gelijk behandelt. Als grondregel voor de verhouding van de overheid tot de burgers is deze regel naar de mening van Van der Grinten acceptabel.²²⁹ Door in de Grondwet deze bepaling over gelijkheid voorop te stellen maakt de grondwetgever duidelijk dat de standenstaat, de gewestenstaat en de klassenstaat tot het verleden behoren.²³⁰ Artikel 1 gaat ervan uit dat allen die zich in Nederland bevinden gelijke aanspraak hebben op de bescherming van persoon en goed, dat men gelijk is voor de wet en dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Niet elke ongelijke behandeling is echter discriminerend. Discriminatie is meestal aan de orde als men een aangeboren of nauw met de mens verbonden persoonskenmerk op een krenkende wijze in de beoordeling betreft. Krenkend wil zeggen dat het gebruikte differentiatie criterium in de gegeven omstandigheden niet relevant is.²³¹ Men mag zich niet bedienen van een van de differentiatiecriteria uit de tweede zin van artikel 1 Gw om een bepaalde vorm van ongelijke behandeling te rechtvaardigen. Artikel 1 Gw luidt:

Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.

Artikel 1 Gw verwoordt in de eerste zin een algemeen gelijkheidsbeginsel. De tweede zin bevat een discriminatieverbod en biedt een concretisering van dit beginsel. Als zodanig voert dit artikel de ranglijst van grondrechten aan. Uit de volgorde van plaatsing kan echter niets worden afgeleid over een onderlinge hiërarchie van grondrechten. Expliciet is in het kader van de grondwetsherziening van 1983 uitgesproken dat de plaatsing in de Grondwet geen mate van waardering of belang inhoudt.²³² De grondrechten functioneren vooral in elkaars verlengde. Zo is de eis van gelijke behandeling en nondiscriminatie tenminste impliciet een aspect van alle grondrechtenaanspraken.²³³ Gerards beschouwt het gelijkheidsbeginsel vooral als een

²²⁹ W.C.L. van der Grinten, *Discriminatie en burgerlijk recht* (Afscheidscollege, 25 mei 1984, bij het neerleggen van het ambt van gewoon hoogleraar burgerlijk recht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 7.

²³⁰ P.B. Cliteur & A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap II. Positief recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 42-43.

²³¹ P.B. Cliteur & A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap II*, p. 42-43.

²³² *Handelingen II 1976/77*, p. 2116-2117 (behandeling wetsontwerpen 13 872 en 13 873, 15 december 1976).

²³³ S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, p. 17-18.

ondersteunend beginsel, dat kan helpen de onredelijkheid of willekeur van bepaalde grondrechtenbepalingen zichtbaar te maken.²³⁴ Koekkoek stelt dat het gelijkheidsbeginsel geen vrijheidsrecht is, maar het preciseert, en daardoor het grondrecht waarmee het samengaat, versterkt.²³⁵ Het is dan ook terecht dat artikel 1 als zodanig vooraan staat. Het gelijkheidsbeginsel is fundamenteel onder de grondrechten.

Artikel 1 verwoordt een fundamentele constitutionele norm, beoogt Hirsch Ballin.²³⁶ Het belang van artikel 1 Gw als norm van constitutioneel recht is echter omstreden. Sommigen betwijfelen of een plicht tot gelijke behandeling van gelijke gevallen reële betekenis kan hebben. Anderen verbinden juist vergaande consequenties aan dit artikel, waardoor het gelijkheidsbeginsel een ideologische functie krijgt. Zowel degenen die artikel 1 vaagheid of leegheid toeschrijven als degenen die er vergaande consequenties aan menen te kunnen verbinden, gaan, zo stelt Hirsch Ballin, misschien ten onrechte uit van een opvatting over de betekenis van artikel 1 die is afgeleid van de wijze van toepassing van (andere) klassieke grondrechten. Voor het merendeel van de klassieke grondrechten geldt namelijk dat zij onderscheid maken tussen situaties waarin overheidsingrijpen rechtmatig is, en situaties waarin dit niet het geval is. Zoals reeds eerder is opgemerkt, ontnemen burgers subjectieve rechten aan de desbetreffende grondwettelijke normen, die op hun levenssituaties worden toegepast. Artikel 1 geeft de burgers een subjectief recht jegens de overheid. Toch is dit recht niet zonder meer vergelijkbaar met de andere rechten die aan bepalingen van de Grondwet kunnen worden ontleend. In artikel 1 komen geen onderscheidende begrippen voor die de gevallen omschrijven waarin het subjectieve recht geldt. Dit is anders in de overige bepalingen van hoofdstuk 1 van de Grondwet.

Artikel 1 is dus niet een norm die zich leent voor het in het recht gebruikelijke onderbrengen van gevallen bij onderscheidende begrippen. Men gaat daarom aan de eigenlijke betekenis van dit artikel voorbij als men dit wel tracht te doen. Hirsch Ballin is van mening dat artikel 1 Gw een norm beoogt te stellen voor de invoering van onderscheidende begrippen in het recht. Dit impliceert dat men deze constitutionele norm niet binnen een juridisch gebruikelijk model moet analyseren. Men moet daarentegen de aandacht richten op de eisen die artikel 1 stelt aan de belangenafweging

²³⁴ Janneke Gerards, 'Grondrechten en het recht op gelijke behandeling', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten* (p. 97-120), Deventer: Kluwer 2004, p. 99-100.

²³⁵ A.K. Koekkoek, 'De onderlinge verhouding van grondrechten' (Preadvies Calvinistische Juristen Vereniging, mei 1985), *Tijdschrift voor openbaar bestuur* 12, 1986, nr. 14, p. 283-291, zie p. 286.

²³⁶ E.M.H. Hirsch Ballin, 'Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm', in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Deventer: Van Loghum Slaterus 1988, p. 127-156; tevens verschenen als zelfstandige publicatie: *Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988. Aan beide publicaties refereer ik in deze en de direct erop volgende alinea's.

die in *andere* rechtsnormen, dus vanaf artikel 2 Grondwet, uitdrukking vindt. Uitgaande van deze gedachte verduidelijkt Hirsch Ballin de betekenis van artikel 1. In de eerste plaats betreft dit de rol van belangenafweging in het recht. Het recht moet berusten op belangenafwegingen uit algemene gezichtspunten. Aan staatsorganen moet vanwege hun volledige gebondenheid aan het recht als grondslag van hun handelen altijd de eis worden gesteld dat zij belangen uit algemene gezichtspunten afwegen. Deze algemene maatstaven moeten kenbaar worden gemaakt om willekeur te voorkomen. Ze komen tot uiting in specifieke differentiatiecriteria die voor categorieën van gevallen worden gehanteerd. Voor het merendeel van de klassieke grondrechten geldt dat zij onderscheid maken tussen situaties waarin overheidsingrijpen rechtmatig is, en situaties waarin dit niet het geval is.²³⁷

In algemene zin geldt voor het gelijkheidsbeginsel, zoals dit in het ongeschreven recht als algemeen rechtsbeginsel of algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en in het geschreven recht van verdragen en Grondwet is te vinden, dat het is te beschouwen als toetsingsnorm voor de in een bepaald differentiatie criterium tot uitdrukking komende belangenafweging. Toetsing aan de norm van artikel 1 Gw houdt in toetsing van de belangenafweging op basis van het gehanteerde onderscheidingscriterium. De keuze van een criterium moet aan een verantwoorde belangenafweging uitdrukking geven. Het komt erop aan dat het aanleggen van een bepaald criterium een rechtens aanvaardbaar middel is om het doel dat men zich heeft gesteld na te streven. Beide volzinnen van artikel 1 houden een uitspraak in over het gebruik van differentiatiecriteria: de eerste dat ze slechts mogen worden toegepast ter onderscheiding van ongelijke gevallen, de tweede dat ze niet betrekking mogen hebben op godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of seksuele gerichtheid.²³⁸

In de tweede zin van artikel 1 gaat het om een bijzondere bescherming die mensen in hun religieuze, politieke en fysieke eigenheid toekomt. Bij elk van de daar genoemde criteria gaat het om kenmerken die mensen niet *kunnen* afleggen, althans naar hun eigen inzicht. Ten opzichte van deze persoonlijke eigenschappen dient een bijzondere distantie te worden bewaard wegens het respect dat ieder mens als *mens* toekomt, en dat de grondslag vormt van grondrechten in het algemeen. Men kan de tweede volzin dan ook zo opvatten, dat daarin – behoudens tegenbewijs – het vermoeden van ongeoorloofdheid van de expliciet genoemde differentiatiecriteria tot uitdrukking komt.

²³⁷ E.M.H. Hirsch Ballin, 'Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm', p. 127-129, resp. *Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm*, p. 3-5.

²³⁸ E.M.H. Hirsch Ballin, 'Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm', p. 129-137, resp. *Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm*, p. 5-13.

Hirsch Ballin stelt dat het hier geen absoluut verbod van het hanteren van deze kenmerken als differentiatiecriteria betreft. Dit betekent dat er bijzondere redenen kunnen zijn waarom in een bepaalde verhouding een rechtmatige belangenafweging toch in zo'n criterium uitdrukking kan vinden, zoals ook in bepaalde verhoudingen een rechtmatige afweging van belangen tot beperking van grondrechten mag leiden. Een bevestiging dat dit de reden is voor de opsomming van in beginsel ongeoorloofde differentiatiecriteria in de tweede zin van artikel 1, vindt men als men de opgesomde criteria nader beschouwt. Elk van deze criteria betreft immers een door andere grondrechten reeds tegen aantasting door de overheid beschermd aspect van de persoonlijke integriteit. Uit jurisprudentie blijkt dat het gaat om een bijzondere bescherming van vrijheidsrechten.²³⁹

De veelbesproken vraag of artikel 1 Gw ook werkt in verhoudingen tussen niet tot de overheid behorende rechtssubjecten onderling, beantwoordt Hirsch Ballin ontkennend. Gezien de aard en opzet van de grondwettelijke beperkingsclausules van grondrechten mag men niet aannemen dat grondrechten zoals ze in de Grondwet zijn geformuleerd, rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling direct meebepalen. Dit geldt ook voor het gelijkheidsbeginsel. Voor burgers geldt in beginsel niet de eis dat zij hun belangen afwegen op grond van algemene gezichtspunten. Particuliere burgers staat het vrij om bij de hun toekomende beslissingen op basis van particuliere gezichtspunten belangen af te wegen en hun eigenbelang te laten prevaleren. Die vrijheid is in de grondrechten zoals deze in de Grondwet en in verschillende verdragen zijn omschreven, verankerd. De meeste particulieren zijn, binnen grenzen als die welke artikel 3.1.1.14 BW aangeeft, vrij om belangen geenszins uit algemene gezichtspunten af te wegen maar conform individuele, subjectieve voorkeuren van geval tot geval te beslissen.²⁴⁰

Aan de belangenafweging door particulieren met een bijzondere verantwoordelijkheid kunnen wel verder strekkende eisen worden gesteld. Er zijn tal van rechtssubjecten die door het recht of door hun feitelijke positie in de samenleving bepaalde belangenafwegingen slechts uit algemene gezichtspunten mogen maken, zoals instellingen van bijzonder onderwijs. In welke differentiatiecriteria de belangenafweging wel en in welke zij niet tot uitdrukking mag komen, kan niet zonder meer worden afgeleid uit de eisen die op dit punt aan de overheid worden gesteld. Het hangt van de positie van het betrokken onderscheid makende subject af, en van de verhouding waarin het onderscheid wordt gemaakt. Daarbij gelden de grondrechten als

²³⁹ E.M.H. Hirsch Ballin, 'Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm', p. 140, resp. *Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm*, p. 16.

²⁴⁰ E.M.H. Hirsch Ballin, 'Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm', p. 132, resp. *Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm*, p. 8.

begrenzing van de bevoegdheid van de overheid om eisen te stellen aan de keuze van differentiatiecriteria door deze particuliere rechtssubjecten. De staat en de rechtsgenoten onderling past distantie ten opzichte van wat mensen onvervreemdbaar eigen is zowel bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel als bij overheidsingrijpen ter bevordering van de doorwerking daarvan in het maatschappelijk verkeer. Dit kan met zich meebrengen dat de staat de vrijheid van mensen moet respecteren om in hun onderlinge verhoudingen onderscheidingen te maken die voor de staat irrelevant dienen te zijn.²⁴¹

4.4 De Awgb en de enkelefeitconstructie

Ter concretisering van artikel 1 Gw is in 1994 de Awgb aangenomen door de Tweede en de Eerste Kamer. In de inleidende paragraaf van de wet wordt gesteld ‘dat het wenselijk is om, mede in verband met artikel 1 van de Grondwet, ter bevordering van de deelneming op gelijke voet aan het maatschappelijk leven bescherming te bieden tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, dat het daarom wenselijk is behoudens wettelijke uitzonderingen onderscheid op deze gronden te verbieden’. De Awgb beoogt de deelneming van leden van achtergestelde en kwetsbare groepen aan het maatschappelijk leven te bevorderen, althans belemmeringen gelegen in discriminatoir handelen weg te nemen.²⁴² De wet is daarmee gericht op het tegengaan van maatschappelijke uitsluiting van bepaalde groepen.²⁴³ In de *Kamerstukken* worden drie doelstellingen genoemd:

1. het expliciet vastleggen dat artikel 1 van de Grondwet op de door het wetsvoorstel bestreken terreinen doorwerkt in horizontale verhoudingen;
2. het concretiseren van het discriminatieverbod voor de overheid in verticale verhoudingen;
3. het regelen van de verhouding tussen de grondrechten onderling, in het bijzonder de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en de overige grondrechten, zonder daarbij aan het ene grondrecht meer gewicht toe te kennen dan aan het andere.²⁴⁴

²⁴¹ E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm’, p. 151-153, resp. *Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm*, p. 27-29.

²⁴² *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, 3, p. 1.

²⁴³ J. Goldschmidt & A. Hendriks, ‘Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving’, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten* (p. 19-38), Deventer: Kluwer 2004, p. 20-21.

²⁴⁴ *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, B, p. 2.

De wetgever heeft de opvatting verworpen dat artikel 1 Gw, en daarmee de Awgb, voorrang heeft op de vrijheid van godsdienst of een van de andere grondrechten. Akkermans, Bax en Verhey stellen echter dat het gelijkheidsbeginsel door de uitwerking in de Awgb feitelijk voorrang heeft gekregen op de andere grondrechten.²⁴⁵ Het is volgens Jonkers lastig de Awgb als uitsluitend een uitwerking van artikel 1 op te vatten. Het feit dat deze wet voornamelijk horizontale werking verleent aan artikel 1, waardoor het recht van gelijke behandeling onvermijdelijk botst met andere grondrechten, heeft de wetgever zelf al gedwongen om in de wet een afweging tussen grondrechten te maken. Dat laat de lange en roerige voorgeschiedenis van de wet zien. Want de in de wet opgenomen uitzonderingen waarop kerkgenootschappen, instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, instellingen op politieke grondslag en instellingen van bijzonder onderwijs zich kunnen beroepen, hoeven niet slechts als uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling gezien te worden. Ze kunnen ook als een bewuste afweging van grondrechten worden opgevat. Een beroep op een van de vrijheidsrechten wordt door de Awgb daardoor onder bepaalde voorwaarden gehonoreerd.²⁴⁶

De Awgb verbiedt direct onderscheid. Daaronder verstaat de wet onderscheid dat rechtstreeks verwijst naar een van de in de wet genoemde discriminatiegronden. Het verbod geldt niet indien de wet zelf in een specifieke uitzonderingsbepaling voorziet. Indirect onderscheid is onderscheid op een op zichzelf neutrale grond, maar waarvan het resultaat onderscheid is op een van de in de Awgb genoemde discriminatiegronden. Het gaat om een onderscheid dat een onevenredig nadelig effect heeft voor een van de door deze wet beschermde categorieën burgers. Indien degene die het onderscheid maakt, kan aantonen dat er een objectieve rechtvaardiging voor bestaat, is het onderscheid ondanks het discriminerende effect toegestaan. Aan deze objectieve rechtvaardiging worden strenge eisen gesteld. Het onderscheid moet een legitiem doel dienen en een passend en noodzakelijk middel zijn om dat doel te bereiken (artikel 2 lid 1 Awgb).²⁴⁷

De overheid wil met de Awgb bevorderen dat iedereen – voor zover het binnen haar mogelijkheden ligt – zoveel mogelijk gelijke kansen krijgt. Dat is op zich positief te waarderen. De wet stelt echter dat onderscheid maken in principe verboden is, tenzij het in de wet wordt toegestaan. Hierdoor wekt de wet de indruk dat onderscheid maken in beginsel verwerpelijk is. Dat gaat te ver, zo meent Van der Ploeg. Holtmaat betoogt dat we in Nederland en in Europa bij het toekennen van horizontale werking aan het gelijkheidsbeginsel de verkeerde weg zijn ingeslagen door het verbod op ongelijke

²⁴⁵ P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, p. 186.

²⁴⁶ A.P. Jonkers, 'Hoe zal de rechter dat oplossen?', p. 478.

²⁴⁷ T. Loenen, *Geloof in het geding*, p. 44-45.

behandeling voorop te stellen, in plaats van het verbod op discriminatie. Discriminatie betekent veel meer dan alleen maar het ongelijk behandelen van medemensen. Ze drukt uit dat er kernwaarden van onze samenleving in het geding zijn. Respect voor de menselijke waardigheid en individuele autonomie zijn zulke waarden.²⁴⁸ Van der Ploeg stelt met een verwijzing naar Hirsch Ballin dat er sprake is van verboden discriminatie als mensen door de behandeling door anderen niet in hun zelfbeschikkingsrecht worden erkend, of wanneer ze systematisch worden uitgesloten.²⁴⁹ Gelijke behandeling wil de vrijheid van mensen bevorderen en maatschappelijke uitsluiting voorkomen of doorbreken. Iedere burger moet zijn eigen leven kunnen leiden in de maatschappij.²⁵⁰

Bij de toepassing van het recht op gelijke behandeling op verhoudingen met private organisaties doet zich een botsing van grondrechten voor, enerzijds gelijke behandeling, anderzijds de vrijheid van vereniging, dan wel van godsdienst. Van der Ploeg merkt op dat de rechter – binnen het systeem van het privaatrecht – naar de omstandigheden van het geval moet kijken en de redelijkheid en billijkheid moet beoordelen. Bij een botsing van het recht op gelijke behandeling met andere grondrechten weegt het eerste recht niet zonder meer zwaarder. Er moet steeds een afweging van grondrechten plaatsvinden.²⁵¹ Volgens Asser-Hartkamp is het, als in horizontale relaties sprake is van conflicterende belangen die beide aanspraak kunnen maken op grondwettelijke bescherming, ‘de taak van de rechter een beslissing te vinden op grond van een afweging in concreto van alle omstandigheden van het geval, zoals hij dit ook elders doet, waar hij bij de toepassing van open normen tegenover elkaar staande persoonlijke, of persoonlijke en algemene belangen, in aanmerking moet nemen’.²⁵² Dit impliceert dus dat het gelijkheidsbeginsel niet een supergrondrecht is in de Nederlandse constitutionele orde.

Het differentiatie criterium godsdienst en levensovertuiging leggen de rechterlijke instanties en het CRM (voorheen de Cgb) ruim uit.²⁵³ Volgens het CRM is bij godsdienst sprake van een overtuiging omtrent het leven waarbij een opperwezen

²⁴⁸ H.M.T. Holtmaat, *De grenzen van gelijkheid* (Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar International non-discrimination law op 1 oktober 2004 te Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 12.

²⁴⁹ Vergelijk: E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Gelijkheid in waardigheid’, *RM Themis* 2003, p. 196 e.v., in het bijz. p. 203-204.

²⁵⁰ T.J. van der Ploeg, *Vrijheid gelijkheid en redelijkheid (Libertas et aequitas)* (Rede ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar privaatrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit op 7 september 2012), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 17.

²⁵¹ T.J. van der Ploeg, *Vrijheid gelijkheid en redelijkheid*, p. 18.

²⁵² A.S. Hartkamp, *C. Asser’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht II*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 44.

²⁵³ A. Terlouw, *Gelijkheid en diversiteit in de multiculturele samenleving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 70.

centraal staat. Het baseert zich daarbij op de wetgeschiedenis van de Awgb.²⁵⁴ Bij een levensovertuiging ontbreekt een opperwezen, maar is wel eveneens sprake van een existentiële gemeenschappelijke overtuiging. Van een levensovertuiging kan men spreken als deze overtuiging een min of meer coherent stelsel van ideeën vormt, waarbij het gaat om fundamentele opvattingen over het menselijk bestaan.²⁵⁵

In navolging van een advies van de Raad van State heeft de regering in 2009 gekozen voor het gebruik van de term *discriminatie* in plaats van *onderscheid*.²⁵⁶ De Raad van State betoogt in dit advies dat de termen discriminatie en onderscheid een verschillende betekenis hebben. ‘Het maken van onderscheid op welke grond dan ook is, als dat onderscheid niet objectief en redelijk gerechtvaardigd kan worden, een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel, het beginsel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Van discriminatie is sprake als onderscheid wordt gemaakt op bepaalde gronden. Onder deze gronden plegen menselijke eigenschappen of kenmerken van een specifiek elementair karakter te worden genoemd, dat wil zeggen eigenschappen of kenmerken waarvan in het geheel geen afstand kan worden gedaan, of eigenschappen of kenmerken waarvan geen afstand kan worden gedaan zonder de eigen persoonlijkheid te beschadigen.’²⁵⁷ Naar het oordeel van de Raad voor het openbaar bestuur impliceert deze zienswijze dat niet elke vorm van ongelijke behandeling verboden is.²⁵⁸ De wet verbiedt discriminatie.

De Awgb bepaalt dat discriminatie verboden is, maar het tweede lid van de artikelen 5, 6 en 7 bevat uitzonderingsmogelijkheden. Zo luidt de formulering van artikel 5, lid 2, onder c:

[Het verbod van discriminatie laat onverlet] de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om eisen te stellen over de vervulling van een functie, die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

²⁵⁴ *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, 5.

²⁵⁵ Cgb 4 februari 1997, oordeel 1997-15; Cgb 5 februari 2002, oordeel 2002-04; Cgb 23 februari 2005, oordeel 2005-28.

²⁵⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 28481 en 27017, 6 (Brief 29 september 2009 aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal).

²⁵⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28187 A (Advies Raad van State bij wetsvoorstel ‘Implementatie Artikel 13-richtlijnen), p. 4.

²⁵⁸ Raad voor het openbaar bestuur, *Vershil moet er zijn. Bestuur tussen discriminatie en differentiatie*, Den Haag: Raad voor het openbaar bestuur 2006, p. 31.

De Awgb staat onder bepaalde voorwaarden toe dat men onderscheid maakt op diverse terreinen van het maatschappelijk leven, maar niet op grond van *het enkele feit* van een van de genoemde differentiatiecriteria. Iemand afwijzen om zo'n enkel feit is discriminatie. In de discussie over de formulering van lid 2 van de artikelen 5, 6 en 7 ging de aandacht vooral uit naar de verhouding met artikel 23 van de Grondwet dat de vrijheid van onderwijs waarborgt. Voor het CDA was de formulering van lid 2 van artikel 5 voldoende om in te stemmen met het wetsvoorstel. Voor RPF, GPV en SGP waren de bezwaren onoverkomelijk. Zij beriepen zich op de vrijheid van godsdienst.²⁵⁹ Naar aanleiding van de behandeling in de Eerste Kamer schreef *NRC Handelsblad* destijds dat artikel 5 het meest omstreden artikel in de Awgb bleek te zijn. Alle aandacht concentreerde zich op de vraag of christelijke schoolbesturen de mogelijkheid behouden homoseksuele leerkrachten af te wijzen bij sollicitaties of te ontslaan. Onderscheid maken op grond van *het enkele feit* van seksuele gerichtheid mag volgens de wet niet, maar er blijven *bijkomende omstandigheden* denkbaar waardoor dat wel mag.²⁶⁰ In verband met *het enkele feit* spreekt de wetgever in de memorie van toelichting van *bijkomende omstandigheden*, die betrekking hebben op persoonlijke kenmerken die relevant zijn voor het functioneren en daarom in de beoordeling mogen worden betrokken.²⁶¹

Aan het eind van 2008 vroeg de regering de Raad van State advies over een eventuele aanpassing van de enkelefeitconstructie in de Awgb. Aanleiding was dat de Europese Commissie had geoordeeld dat Nederland bij de implementatie van de Richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep – de zogenoemde Kaderrichtlijn, Richtlijn 2000/78/EG – in de Awgb onvoldoende heeft aangesloten bij de richtlijnterminologie. De commissie was een inbreukprocedure begonnen. Op 31 januari 2008 had zij daartoe een ‘met redenen omkleed advies’ uitgebracht.²⁶² De regering legde de volgende vraag aan de Raad van State voor: ‘Zijn er mogelijkheden, en zo ja welke, om de artikelen van de Awgb waarin de zogenoemde enkele-feitconstructie voorkomt, zodanig aan te passen aan de terminologie en/of de strekking van de Europese richtlijn 2000/78/EG dat de enkele-feitconstructie geschrapt wordt, terwijl de destijds in de Awgb neergelegde balans tussen grondrechten – in het bijzonder de balans tussen het nondiscriminatieartikel en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs – behouden blijft’.²⁶³

²⁵⁹ *Handelingen II* 1981/82, p. 281.

²⁶⁰ Rob Schoof, ‘Commissie moet gelijkheid afdwingen’, *NRC Handelsblad* 23 februari 1994.

²⁶¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, 3, p. 7.

²⁶² ‘Met redenen omkleed advies’ van 31 januari 2008, betreft: ingebrekestelling, inbreuk nr. 2006/2444. Deze procedure is in 2014 weer ingetrokken.

²⁶³ Raad van State, ‘s-Gravenhage, Advies no. W04.08.0593/1.

De Raad van State bracht in juni 2009 zijn advies uit. Hij was van oordeel dat de door de regering gestelde vraag positief kan worden beantwoord. Uitgangspunt daarbij is dat de nieuwe tekst van lid 2 van de artikelen 5, 6 en 7 van de Awgb moet overeenstemmen met artikel 4 van de Kaderrichtlijn. De Raad stelde twee tekstvarianten voor, de ene sluit in opzet en systematiek nauw aansluit bij dit artikel 4, de andere sluit in opzet en systematiek aan bij de opzet van de geldende artikelen van de Awgb. In de beide tekstvarianten is het vereiste van legitimiteit van het beroepsvereiste in artikel 5 zo opgevat, dat instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag vrijheid toekomt bij het formuleren van het doel dat zij met het vereiste beogen. Deze vrijheid gaat echter niet zover dat daarmee, onder de noemer van die grondslag en het op basis daarvan geformuleerde doel, discriminatie toelaatbaar is die is gerelateerd aan een of meer van de persoonskenmerken waarop het discriminatieverbod van de Kaderrichtlijn ziet. Anders gezegd: het stellen van eisen die zien op een of meer van de antidiscriminatiegronden is uitsluitend gerechtvaardigd voor zover deze eisen voldoende kunnen worden herleid tot de godsdienst of levensbeschouwing die de grondslag van de instelling vormt. De voorgestelde tekst van artikel 5, lid 2, Awgb die overeenstemt met artikel 4 van de Kaderrichtlijn luidt:

Een verschil in behandeling op grond van eisen die verband houden met godsdienst of levensovertuiging door:

- a. instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag;
- b. scholen voor bijzonder onderwijs op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag

vormt geen discriminatie indien deze eisen vanwege de aard van de onderscheiden specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling en de houding van goede trouw en loyaliteit die nodig zijn voor de verwezenlijking daarvan.

In september 2009 stuurde minister Ter Horst de reactie van het kabinet op het advies van de Raad van State over de enkelefeitconstructie naar de Tweede Kamer. De regering was op basis van het advies van plan de bepalingen in de Awgb waarin de enkelefeitconstructie voorkomt, te wijzigen. Het ging daarbij uit van de tekstvariant uit het advies van de Raad van State die in opzet en systematiek zo dicht mogelijk aansluit bij artikel 4, tweede lid van de Kaderrichtlijn. Het achtte het wenselijk om in deze tekstvariant, overeenkomstig de Kaderrichtlijn, tevens tot uitdrukking te brengen dat het verschil in behandeling, dat wordt gemaakt in verband met de godsdienst of levensovertuiging, waarbij de grondwettelijke bepalingen worden toegepast, geen discriminatie op een andere in de Awgb genoemde grond mag rechtvaardigen. De nieuwe tekst zou naar de mening van het kabinet waarborgen dat de balans van grondrechten niet wordt gewijzigd. Het had het voornemen in het voorjaar van 2010

met een voorstel tot wetswijziging te komen.²⁶⁴ Door de val van het kabinet-Balkenende IV is de uitvoering van dit voornemen voor onbepaalde tijd vertraagd.

D66 maakte op 29 mei 2010 bekend dat een Kamermeerderheid een wetsvoorstel steunt dat D66 gaat indienen om discriminatie van homoseksuele leraren en leerlingen door schoolbesturen te verbieden. Zij wilde de enkelefeitconstructie uit de Awgb halen. In elk geval de PvdA, SP, VVD en GroenLinks spraken op die zaterdag tijdens een lijsttrekkersdebat van homobelangenorganisatie COC Nederland hun steun uit voor het initiatief van D66-Tweede Kamerlid Van der Ham.²⁶⁵

In 2013 heeft dit voornemen geleid tot het initiatiefwetsvoorstel van de Kamerleden Bergkamp, Venrooy-Van Ark, Yücel, Jasper van Dijk en Klaver tot wijziging van de Awgb in verband met het *annuleren* van de enkelefeitconstructie in deze wet.²⁶⁶ Dit betreft de artikelen 5, 6 en 7, maar de aandacht gaat vooral uit naar artikel 5 in verband met de positie van de homodocent in het bijzonder onderwijs. Zo komt het tweede lid van dit artikel te luiden:

Het eerste lid laat onverlet dat a. een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, b. een instelling van bijzonder onderwijs of c. een instelling op politieke grondslag ten aanzien van personen die voor haar werkzaam zijn onderscheid mag maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling. Een zodanig onderscheid mag niet verder gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van de voor haar werkzame personen mag worden verlangd, en mag niet leiden tot onderscheid op een andere in artikel 1 genoemde grond, onverminderd artikel 2, eerste lid.²⁶⁷

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State met betrekking tot dit voorstel van wet dateert van 23 december 2010. De Afdeling constateert dat het initiatiefvoorstel strekt tot het verwijderen van de enkelefeitconstructie. De initiatiefnemers beogen daarmee een verschuiving van de in de Awgb neergelegde grondrechtenbalans tussen enerzijds het discriminatieverbod en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds de vrijheid van godsdienst, van vereniging en van onderwijs, ten gunste van de eerstgenoemde categorie. Door het

²⁶⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 28481 en 27017, 6, p. 3-4.

²⁶⁵ Gepubliceerd op de website van het toenmalige Kamerlid Van der Ham van D66.

²⁶⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 32476, 6.

²⁶⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 32476, 9.

schrappen van de enkelefeitconstructie zullen de met het oog op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, van onderwijs en van vereniging opgenomen uitzonderingen op het verbod op het maken van onderscheid voor de genoemde instellingen nader worden beperkt, in die zin dat het stellen van eisen die verband houden met respectievelijk godsdienst en levensbeschouwing of met politieke gezindheid nog uitsluitend zal zijn toegestaan voor zover deze eisen niet leiden tot enig onderscheid op een van de andere beschermde gronden. Daarmee verdwijnt de ruimte die de enkelefeitconstructie biedt om een beroep te doen op bijkomende omstandigheden voor het maken van onderscheid op de voor de instelling relevante grond.²⁶⁸

Op 9 april 2014 debatteerde de Tweede Kamer in eerste termijn over dit wetsvoorstel. De ChristenUnie en de SGP steunden het initiatiefwetsvoorstel niet. Zij hadden ernstige bezwaren. Het CDA liet blijken dat het de knoop nog moest doorhakken. Het wilde dat de balans tussen de grondrechten behouden blijft. De overige partijen toonden zich voorstander van de voorgestelde wijziging van de Awgb.²⁶⁹

De enkelefeitconstructie kan men afdoen als een politiek compromis dat zijn tijd heeft gehad. Toch heeft het voor zover er in een conflict een beroep op werd gedaan, naar behoren gefunctioneerd. De geldende formulering biedt bescherming tegen discriminatie en waarborgt de vrijheid van onderwijs. Het lijkt dan ook logisch de tekstvariant van de Raad van State te implementeren die aansluit bij de Europese Kaderrichtlijn. Dat een meerderheid in de Tweede Kamer hier niet voor voelt, heeft niet zozeer een rechtsstatelijk maar een politiek motief. Op zich mag dit wel, als de uiteindelijke formulering van de wet er beter op wordt. De vergelijking van de tekstvariant van de Raad van State met die van het initiatiefvoorstel geeft mij niet die indruk. Het wetsvoorstel bepaalt dat een school niet langer openlijk homoseksuelen mag afwijzen, maar zij mag wel een passend onderscheid maken gelet op goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling. Feitelijk wordt het bijzonder onderwijs meegegeven dat ze homoseksuelen mogen weren, mits ze het h-woord niet gebruiken, zo was het commentaar van een homoseksueel in *Trouw*. Zijn conclusie is: ‘Het nieuwe wetsvoorstel beperkt de godsdienstvrijheid van gelovigen en maakt homodiscriminatie onzichtbaar. Dat levert alleen verliezers op.’²⁷⁰ Ik vrees dat hij gelijk heeft.

²⁶⁸ *Kamerstukken II 2012/13, 32476, 5, p. 2.*

²⁶⁹ Aldus het verslag zoals dit is gepubliceerd op de website van de Tweede Kamer op het moment van schrijven van deze paragraaf d.d. 22 april 2014.

²⁷⁰ Bram Mellink, ‘Christelijke scholen en homo’s verliezen allebei’, *Trouw* 9 april 2014.

4.5 VN-Vrouwenverdrag

Een van de belangrijke terreinen waar het verbod op discriminatie geldt, is de man/vrouw-verhouding. Op 18 december 1979 kwam tijdens de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties het *Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie jegens vrouwen* tot stand. Dit verdrag – in Nederland meestal aangeduid als het (VN-)Vrouwenverdrag – verplicht de lidstaten niet alleen alle vormen van discriminatie van vrouwen uit te bannen, maar op alle gebieden, in het bijzonder op politiek, sociaal, economisch en cultureel gebied, beleid en wetgeving tot stand te brengen om de volledige ontplooiing en ontwikkeling van vrouwen te verzekeren, opdat hun mensenrechten en fundamentele vrijheden worden gewaarborgd.²⁷¹ Tot deze vrijheden behoort de vrijheid van godsdienst. Dit verdrag formuleert in zijn aanhef:

De Staten die partij zijn bij dit Verdrag,
Erop wijzend dat het Handvest van de Verenigde Naties opnieuw het vertrouwen in de fundamentele rechten van de mens, in de waardigheid en de waarde van de mens en in de gelijke rechten van mannen en vrouwen bevestigt,
Erop wijzend dat de Universele Verklaring van de rechten van de mens het beginsel van de ontoelaatbaarheid van discriminatie bevestigt en verkondigt dat alle mensen vrij en gelijk in waardigheid en in rechten zijn geboren en dat een ieder aanspraak heeft op alle daarin genoemde rechten en vrijheden, zonder enig onderscheid van welke aard ook, waaronder begrepen ieder onderscheid naar geslacht,
Erop wijzend dat de Staten die partij zijn bij de Internationale Verdragen inzake de rechten van de mens verplicht zijn het gelijke recht van mannen en vrouwen op het genot van alle economische, sociale, culturele, burgerlijke en politieke rechten te verzekeren,
(...)
Zich ervan bewust dat een verandering in de traditionele rol zowel van mannen als van vrouwen in de maatschappij en in het gezin noodzakelijk is om tot volledige gelijkheid van mannen en vrouwen te komen.
Vastbesloten de beginselen, genoemd in de Verklaring inzake de uitbanning van discriminatie van vrouwen, te verwezenlijken en te dien einde de maatregelen die ten behoeve van de uitbanning van zodanige discriminatie in al haar vormen en uitingen zijn vereist, aan te nemen,
Zijn overeengekomen als volgt: (...).

²⁷¹ New York, 18 december 1979, *Tractatenblad* 1980, 146 en *Tractatenblad* 1981, 61.

Het verdrag zegt in zijn algemeenheid in artikel 2, lid f:

De staten die partij zijn bij dit verdrag, veroordelen discriminatie in alle vormen van vrouwen, komen overeen onverwijld met alle passende middelen een beleid te volgen, gericht op uitbanning van discriminatie van vrouwen, en verbinden zich tot dit doel (...) alle passende maatregelen, waaronder wetgevende, te nemen om bestaande wetten, voorschriften, gebruiken en praktijken, die discriminatie van vrouwen inhouden, te wijzigen of in te trekken, onderscheidenlijk af te schaffen.

Artikel 7 luidt vervolgens als volgt:

De Staten die partij zijn bij dit Verdrag, nemen alle passende maatregelen om discriminatie van vrouwen in het politieke en openbare leven van het land uit te bannen, en verzekeren vrouwen in het bijzonder het recht om op gelijke voet met mannen: a) hun stem uit te brengen bij alle verkiezingen en volksstemmingen, en verkiesbaar te zijn in alle openbaar gekozen lichamen; b) deel te nemen aan de vaststelling van het overheidsbeleid en aan de uitvoering hiervan, alsook openbare ambten te bekleden en alle openbare functies op alle overheidsniveaus te vervullen; c) deel te nemen aan niet-overheidsorganisaties en verenigingen op het gebied van het openbare en politieke leven van het land.

Het Comité voor de uitbanning van discriminatie van vrouwen²⁷² schrikt er in de praktijk niet voor terug om zich uit te spreken tegen de instandhouding van religieuze praktijken die indruisen tegen de gelijke rechten van vrouwen.²⁷³ Het maatschappelijke beoordelingspatroon heeft op het gebied van de man/vrouw-verhouding de laatste honderd jaar ingrijpende wijzigingen ondergaan. Daar is het VN-Vrouwenverdrag een concrete illustratie van. Dit heeft invloed op de interpretatie van de klassieke vrijheidsrechten binnen de constitutionele orde.

4.6 Gelijke vrijheid

Binnen de Nederlandse constitutionele orde gelden gelijke vrijheidsrechten voor alle burgers: alle burgers hebben in gelijke mate het recht hun persoonlijke autonomie te verwerkelijken en hun individuele vrijheid te beoefenen. De uitoefening van het recht op vrijheid vindt haar begrenzing waar de rechten van andere burgers worden aangetast. In het bijzonder van belang is in dit verband de Awgb om discriminatie te

²⁷² Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW).

²⁷³ Jeroen Temperman, 'Het recht op geloofsvrijheid. Historische mijlpalen en eigentijdse uitdagingen', in: Steven Dewulf & Didier Pacquéé (red.), *60 jaar Universele verklaring van de rechten van de mens 1948-2008*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 173-174.

voorkomen of te bestrijden. Daarbij bevat de constitutionele orde vrijstellingen of ontheffingen voor organisaties met een religieuze identiteit. De Awgb kent met het oog hierop in artikel 5 diverse bepalingen.

De constitutionele orde waarborgt dat iedereen – ongeacht of men een religie belijdt – vrijheidsrechten en persoonlijke autonomie geniet vanwege zijn waardigheid als mens. De Grondwet drukt in artikel 1 onder meer een bijzondere zorg uit voor godsdienst omdat en voor zover verschil in levensovertuiging aanzet tot ongelijkheid in maatschappelijk aanzien en in behandeling. De constitutionele orde wil discriminatie weerstaan. Religieus gemotiveerde of geïnspireerde gedragingen worden in beginsel beschermd. In het bijzonder is dit van belang voor minderheden die in opvattingen, onderhouden van voorschriften of levenswijze afwijken van de meerderheid van de bevolking. Religieuze minderheden hebben recht op bescherming tegen ongelijke behandeling of discriminatie bij de uitoefening van hun grondrechten. Ze hebben echter niet een privilege om geldige wetten ongehoorzaam te zijn. De constitutionele orde beoogt dat niemand wordt benadeeld bij het uitoefenen van zijn vrijheidsrechten en het belijden van zijn religie door het nastreven van doelen of het uitvoeren van activiteiten louter op grond van de religieuze grondslag van deze doelen of activiteiten. Niemand mag in beginsel nadeel ondervinden van zijn religieuze overtuiging bij het uitoefenen van zijn vrijheidsrechten. Omdat religie kwetsbaar is voor een vijandige bejegening door medeburgers en voor veronachtzaming door de staat biedt de constitutionele orde specifieke zorg en bescherming. Er is geen constitutionele reden religie speciale voordelen te verlenen of aan speciale belemmeringen te onderwerpen dan met het oog op gelijke behandeling en ter voorkoming van discriminatie. De vraag voor de overheid is daarbij hoe zij personen behandelt die uiteenlopende betrekkingen met religie onderhouden, waaronder ook afwijzende, en voor wie die betrokkenheid een belangrijke component is van hun identiteit en welzijn. De staat dient jegens al zijn burgers eenzelfde belang aan hun fundamentele levensbehoeften toe te kennen. Dit impliceert dat de overheid burgers niet ongelijk mag behandelen vanwege hun religieuze overtuiging. De overheid mag burgers dan ook geen onevenredig zware lasten opleggen ten opzichte van andere burgers. De lasten en beperkingen die burgers ondervinden als gevolg van het deel uitmaken van de samenleving behoren op een respectvolle wijze te worden verdeeld over religieuze en seculiere burgers. De overheid behoort daarbij ten behoeve van een vreedzaam samenleven een redelijke samenwerking te bevorderen tussen een religieuze en levensbeschouwelijke diversiteit van (groepen van) burgers. Het gaat, samenvattend, in de constitutionele orde om een algemeen vrijheidsbeginsel, nondiscriminatie door de samenleving en neutraliteit van de staat.²⁷⁴

²⁷⁴ Zie ook: Christopher L. Eisgruber & Lawrence G. Sager, *Religious Freedom and the Constitution*, Cambridge (MA): Harvard University Press 2007.

Gelijke vrijheidsrechten voor alle burgers impliceert de scheiding van kerk en staat. De scheiding van kerk en staat is een consequentie van de beginselen van gelijkheid en vrijheid van godsdienst. In het publieke en politieke debat wordt de scheiding van kerk en staat nogal eens voorop geplaatst, alsof dit beginsel aan de twee andere beginselen zou voorafgaan. Dit is echter verwarrend en zelfs misleidend. Het is precies andersom. Het beginsel van gelijkheid in combinatie met het beginsel van godsdienstvrijheid vereist de scheiding van kerk en staat. Houdt men dit niet goed voor ogen dan dreigt religie in de publieke en politieke sfeer te worden gemarginaliseerd of te worden teruggedrongen tot de periferie van het leven van mensen.²⁷⁵

De gelijke vrijheidsrechten voor alle burgers zijn geproblematiseerd geraakt vanaf het midden van de jaren 1960. Tot dan toe ging in Nederland religieuze en levensbeschouwelijke pluriformiteit gepaard met een relatief homogene bevolkingsamenstelling en had zij door de verzuiling in hoge mate een geïnstitutionaliseerd karakter. De homogeniteit is veranderd in heterogeniteit in etnische herkomst door de binnenkomst van migranten uit de vroegere koloniën, migrerende werknemers en vluchtelingen. De samenleving is vanaf de jaren 1980 daardoor een multiculturele samenleving geworden. De pluriformiteit is uitgebreid met nieuwe religies en door secularisatie, ontzuiling en individualisering gedeïnstitutionaliseerd. Verzuilde groepsopvattingen en levensstijlen hebben plaatsgemaakt voor een nieuw spectrum van zeer uiteenlopende, soms tegenstrijdige, geïndividualiseerde opvattingen en levensstijlen.²⁷⁶

De Nederlandse samenleving wordt thans gekenmerkt door een gecompliceerde pluriformiteit. De regering heeft dit onderkend in een nota die zij in 2004 uitgebracht. Zij stelt daarin dat pluriformiteit van waarden een wezenskenmerk is van de Nederlandse democratische rechtsstaat. De nota signaleert onzekerheid over de grenzen van de door grondrechten gegarandeerde vrijheden en de wijze waarop verschillende grondrechten zich tot elkaar verhouden. Hij geeft speciale aandacht aan het spanningsveld tussen het discriminatieverbod en de vrijheidsrechten en aan de onderlinge verhouding van grondrechten, in het bijzonder in het geval van (discriminatorische) uitingen die (mede) zijn gebaseerd op religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen. De regering bevestigt in de nota dat de Grondwet geen hiërarchie van grondrechten kent. Ze concludeert dat de Grondwet voldoende evenwicht biedt in de onderlinge verhouding van grondrechten en voldoende ruimte biedt voor de oplossing van problemen die voortvloeien uit een groeiende

²⁷⁵ Martha C. Nussbaum, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York: Basic Books 2008, p. 21.

²⁷⁶ C.J.M. Schuyt, 'Publiekrecht in een multiculturele samenleving', in: W. van der Burg, C.J.M. Schuyt & J.H. Nieuwenhuis, *Multiculturaliteit en recht* (preadviezen), Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 138^e jaargang/2008-1, p. 65-123, Deventer: Kluwer 2008, p. 81-82.

pluriformiteit. Het is aan de rechter om in voorkomende gevallen een afweging van belangen te maken.²⁷⁷ Bij de behandeling van de nota in de Tweede Kamer kreeg de bestaande lijn in de grondrechtenbescherming brede instemming.²⁷⁸ De grondrechten waarborgen de pluriformiteit van de Nederlandse maatschappij: zij zijn te beschouwen als ijkpunten van een samenleving die democratisch wil zijn. Zij dragen ertoe bij dat eenieder vanuit zijn of haar eigen waarden kan deelnemen aan de democratie door gebruik te maken van de rechten en vrijheden zoals die zijn neergelegd in de Grondwet, het EVRM en andere verdragen. Om dit te realiseren kan het noodzakelijk zijn om beperkingen te stellen aan rechten en vrijheden van burgers – individueel dan wel collectief – opdat geen inbreuk wordt gemaakt op de rechten en vrijheden van andere burgers en de pluriformiteit in de samenleving niet wordt bedreigd of aangetast.²⁷⁹

Nederland als liberale rechtsstaat erkent het primaat van het individu en zijn rechten en vrijheden. De staat kent een zwaarwegend belang toe aan de vrijheid van het individu om keuzes te maken en zijn identiteit te bepalen. Deze vrijheid is een grondrecht waarbij alle burgers gelijke vrijheidsrechten hebben. De waarden die zij koesteren, de normen die zij aanhangen en het gedrag dat zij vertonen, kunnen overeenstemmen en elkaar aanvullen. Zij kunnen echter ook conflicteren. Het vrijheidsbegrip dat in de westerse samenlevingen dominant is geworden, is een individualistisch vrijheidsbegrip. Een kenmerk van het filosofisch denken na de Renaissance, vooral sinds John Locke, met betrekking tot de verhouding tussen mens en samenleving is volgens Berlin, dat er geen waarde hoger is dan het individu.²⁸⁰ Taylor constateert dat in de filosofie na de Renaissance de mens wordt beschouwd als een zichzelf definiërend subject.²⁸¹ Dit mensbeeld ligt ten grondslag aan de liberale idee van vrijheid. In het liberale denken is het beginsel van individuele vrijheid leidraad voor de vormgeving van de publieke orde en de inrichting van de rechtsstaat. Het mensbeeld van het zelf kiezende individu dient te worden onderscheiden, zo merkt Woldring op, van de idee van individualisering. Individualisering betekent dat mensen ernaar streven hun authentieke vrijheid of autonomie te realiseren. Dit proces van individualisering is onomkeerbaar omdat mensen hoger opgeleid en mondiger zijn dan vorige generaties. Het wordt echter problematisch als dit proces door dominantie van het individualistische mensbeeld

²⁷⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29614, 2 (*Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving*), p. 2, 3, 19.

²⁷⁸ *Handelingen II* 2004/05, nr. 50, p. 3231-3261.

²⁷⁹ EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88, *NJCM-Bulletin* 1994, p. 699-709, m.nt. Labuschagne (*Kokkinakis v. Greece*); F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, p. 27.

²⁸⁰ Isaiah Berlin, 'Two Concepts of Freedom' (1958), in: Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Londen: Oxford University Press 1969, p. 137.

²⁸¹ Charles Taylor, *Hegel*, Cambridge: Cambridge University Press 1975, p. 6.

uitloopt op het verwerkelijken van individualistische levenswijzen waarbij eigen rechten en vrijheden verabsoluteerd raken.²⁸²

De Nederlandse rechtsstaat kent daarnaast een groot gewicht toe aan het gelijkheidsbeginsel. In het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon heeft vrouwen- en homo-emancipatie daardoor een groot gewicht gekregen. De overheid levert hieraan in haar beleid reeds langere tijd een bijdrage. Ik wil dit illustreren met drie momenten uit de parlementaire geschiedenis. Het eerste moment is het aannemen door de Tweede Kamer van een motie die resulteerde in de Awgb, die in 1994 werd ingevoerd. Het tweede moment duidt op de continuïteit van het overheidsbeleid in de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Het derde moment maakt het belang van het gelijkheidsbeginsel op een bijzondere wijze concreet door een bepaalde interpretatie van de Awgb voor een specifiek soort kwestie vast te leggen. Het eerste moment is dat op 25 september 1978 de Tweede Kamer bij de bespreking van de nota over het emancipatiebeleid de motie-Haas-Berger aannam met slechts drie kleine partijen tegen (SGP, GPV, Boerenpartij). Deze motie luidde: ‘De Kamer, gehoord de beraadslaging inzake de Nota Emancipatie, proces van verandering en groei; van oordeel, dat de totstandkoming van een algemene wet tegen discriminatie op grond van geslacht en huwelijkse staat van groot belang is; verzoekt de Regering, een ontwerp van wet in te dienen dat zich richt tegen alle vormen van discriminatie op grond van geslacht, daarbij inbegrepen discriminatie op grond van homofilie, en huwelijkse staat, en gaat over tot de orde van de dag’.²⁸³ Het tweede moment is de hoofdlijnenbrief emancipatie: vrouwenemancipatie en homo-emancipatie 2011-2015 van het kabinet-Rutte I. Het kabinet stelde daarin dat een positieve houding en beeldvorming ten aanzien van homoseksuele relaties en vrouwen met ambitie vanzelfsprekend dienen te worden. Het zegde toe deze cultuurverandering in woord en daad te zullen steunen. Het kabinet zou een aantal organisaties in de kennisinfrastructuur voor vrouwenemancipatie en homo-emancipatie ondersteunen.²⁸⁴ Het derde moment is dat een grote meerderheid van de Tweede Kamer op 11 juni 2013 het initiatiefwetsvoorstel aannam om te verbieden dat iemand die gewetensbezwaren heeft tegen het zogenoemde homohuwelijk wordt benoemd tot ambtenaar van de burgerlijke stand.²⁸⁵ Ik bespreek dit wetsvoorstel in het kader van de casus van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar.

²⁸² Henk E.S. Woldring, *Pluralisme, integratie en cohesie*, Budel: Damon 2006, p. 60-61, 63.

²⁸³ *Kamerstukken II* 1978/79, 14496, 22.

²⁸⁴ *Kamerstukken II* 2010/11, 27017, 74, p. 2-3.

²⁸⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33344, 1 (Voorstel van wet van de leden Dijkstra en Schouw tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet gelijke behandeling met betrekking tot ambtenaren van de burgerlijke stand die onderscheid maken als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling); *Handelingen II* 2012/13, 88-4-8-37; 91-6-41-61.

Indien het gelijkheidsbeginsel evenwichtig wordt toegepast, zal dit de pluriformiteit van de samenleving en de vrijheid van godsdienst beschermen. Bepaalde waarden kunnen echter een zodanig gewicht krijgen dat deze pluriformiteit wordt bedreigd, doordat de toepassing van het gelijkheidsbeginsel de uitoefening van het recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging ernstig beperkt, en eventueel zelfs onmogelijk maakt. Bij de behandeling van de casus in hoofdstuk 4 besteed ik aan dit aspect aandacht.

De memorie van toelichting op wetsontwerp 13 872 inzake de klassieke grondrechten vermeldt dat de volgorde van de grondrechten ‘slechts een kwestie van uiterlijke vormgeving’ is: ‘enige juridische consequentie is er niet aan verbonden’.²⁸⁶ Op grond hiervan is Koekkoek van mening dat bij nieuwe wetgeving in ieder geval de klassieke grondrechten in acht moeten worden genomen. Dit geldt ook de Awgb: deze wet moet als iedere andere wet de klassieke vrijheidsrechten ontzien.²⁸⁷ De Hoge Raad heeft vastgesteld dat burgers bij het belijden van hun godsdienstige overtuiging hun verantwoordelijkheid die zij volgens de wet hebben, niet mogen verzaken.²⁸⁸ Dit heeft tot gevolg dat gelovige burgers zich moeten houden aan de normen van de onrechtmatige daad. Het onrechtmatigedaadrecht voegt een horizontaal aspect toe aan de vrijheid van godsdienst. Wat al dan niet onrechtmatig is, is daarbij onderhevig aan dynamiek. Dit is de dynamiek van de ideevorming over de waardigheid van de mens, ofwel de heiligheid van de persoon. Daardoor zijn de rechten en vrijheden van de burger aan verandering onderhevig. De klassieke vrijheidsrechten delen hierin. Zij kunnen onder druk komen te staan maar ook worden verruimd.

Uit het voorgaande blijkt dat de overheid uit een oogpunt van bescherming van het grondrecht van artikel 1 Gw een taak heeft op dit terrein. Zoals elke taak die de overheid in een rechtsstaat op zich neemt, moet ook deze worden vervuld binnen de kaders van onder meer de grondrechten. In een rechtsstaat wordt een algemeen grondrecht op vrijheid verondersteld. Dit grondrecht komt in de Nederlandse Grondwet tot uitdrukking in de diverse grondrechten, in artikel 89 Gw,²⁸⁹ alsmede in het in de rechtsorde begrepen legaliteitsbeginsel, dat impliceert dat ingrepen in iemands rechten en vrijheden een wettelijke grondslag vereisen. Een ingreep moet uit oogpunt van het algemeen belang nuttig en nodig zijn en niet onevenredig zwaar het belang van de betrokkene raken. Met andere woorden, de ingreep moet voldoen aan het evenredigheidsbeginsel, waarvan de algemene betekenis voor de beperking van

²⁸⁶ *Algehele grondwetsherziening*, deel Ia (noot 3), p. 8.

²⁸⁷ A.K. Koekkoek, ‘De onderlinge verhouding van grondrechten’, in bijz. p. 285.

²⁸⁸ HR 5 juni 1987, *NJ* 1988/702, m.nt. EAA; *AB* 1988,276, m.nt. J.A. Hofman & B.M.J. van der Meulen; HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/289, m.nt. EAA.

²⁸⁹ Artikel 89 Gw bepaalt dat voorschriften of regels in algemene maatregelen van bestuur die door straffen worden gehandhaafd, alleen mogen worden gegeven krachtens de wet, en dat de op te leggen straffen in de wet moeten staan.

grondrechten valt af te leiden uit de structuur van (vrijwel) alle grondrechten in het EVRM en het IVBPR. Het EHRM is van oordeel dat de overheid ervoor moet instaan dat grondrechten niet worden uitgehold of gefrustreerd door machtsverhoudingen tussen particuliere subjecten onderling en dat zij in elk geval daaraan geen medewerking mag verlenen: ‘each Contracting State “shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in (...) [the] Convention’.²⁹⁰ Bij ingrepen in de vrijheid van particulieren moet de staat verder de beperkingsclausules van de grondrechten in acht nemen, zowel die welke in de Grondwet als die welke in verdragen zijn opgenomen.²⁹¹

²⁹⁰ EHRM 13 augustus 1981, nrs. 7601/76, 7806/77, § 49 (*Young, James and Webster v. the United Kingdom*).

²⁹¹ E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm’, p. 149-151, resp. *Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm*, p. 24-27.

Hoofdstuk 2

De vrijheid van godsdienst

1 Historisch kader

Nederland werd een onafhankelijke staat in een periode waarin West-Europa geteisterd werd door godsdienstoorlogen. Op 23 januari 1579 tekenden Holland, Zeeland, Gelre, Utrecht en Groningen de *Nadere Unie*, beter bekend als de *Unie van Utrecht*. Later dat jaar sloten verscheidene Vlaamse en Brabantse steden zich hierbij aan. Het doel was primair een defensiegemeenschap op te richten. De ondertekenaars verklaarden zich solidair tegen de Spaanse overheersing. De Unie van Utrecht bepaalde de verhouding tussen de aangesloten gewesten. Deze overeenkomst kan, samen met de *Pacificatie van Gent* (1576), het *Plakkaat van Verlatinghe* (1581) en de *Vrede van Münster* (1648), gezien worden als het grondwettelijk kader van de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden, die bestond tot 1795.²⁹²

Het was de aanvankelijke bedoeling van Willem van Oranje om in de Nederlanden voor allen van welk geloof ook ‘die waerachtige Christelijke religie en het exercitie derzelve’ te herstellen. In die geest besloten de Staten van Holland op 20 juli 1572 in Dordrecht zowel de gereformeerden als de katholieken de vrije uitoefening van hun erediensten toe te staan en ‘dat de geestelike personen in haren staat ende onbecommert blijven zullen’. In de bevrijde provincies heeft deze door de prins zo gewenste tolerantie niet lang bestaan. Al in 1573 besloten de Staten van Holland de katholieke erediensten te verbieden als staatsgevaarlijk.²⁹³

De Pacificatie van Gent beoogde vrede te bewerkstelligen voor de gewesten in de Nederlanden die tegen het Spaanse gezag in opstand waren. Daarbij werd bepaald dat Holland en Zeeland buiten hun gebied niets zouden mogen ondernemen tegen de ‘Roomschen Katholyken Godtsdienst, en de oeffeninge van dien’. In deze twee gewesten bleef de gereformeerde religie als enige toegelaten en in de andere gewesten de katholieke. De vervolgingen werden echter overal opgeschort. Dit waren voorlopige besluiten. Een definitieve regeling werd uitgesteld totdat de Spaanse troepen zouden zijn verdreven.

²⁹² www.nationaalarchief.nl/content/jaartal/1500-1600/1579UnievanUtrecht.asp (geraadpleegd op 7 februari 2012).

²⁹³ H.A. Enno van Gelder, *Vrijheid en onvrijheid in de Republiek: geschiedenis der vrijheid van drukpers en godsdienst van 1572 tot 1798*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1947, p. 49, 51, 54. Zie ook: Emo Bos, *Soevereiniteit en religie. Godsdienstvrijheid onder de eerste Oranjevorsten*, Hilversum: Verloren 2009, p. 14.

De Unie van Utrecht was een politiek verbond dat mede de godsdienstkwestie in de nieuwe staat beoogde te regelen. De Unie moest, evenals eerder de Pacificatie van Gent, ingaan op het grote, en in vroeger tijden volkomen onbekende, geschilpunt van de religie. Ieder omliggend land had daarmee te stellen gekregen en was tegen het laatste kwart van de eeuw al gekomen tot een eigen oplossing. Het dertiende artikel van de Unie wilde vastleggen dat deze Unie zou bestaan ondanks het godsdienstverschil tussen de gewesten. Wat die godsdienst was, werd niet genoemd. De keus in de godsdienstige geschillen kwam voor de verantwoordelijkheid van elk afzonderlijk gewest, voor het 'eigen goetduncken' van Holland en Zeeland, voor een oplossing die de vrede bevorderde en ieders persoonlijk recht en bezit beschermd. Maar voor al het opgesomde maakte het artikel een voorbehoud: 'mits ...'.²⁹⁴ Artikel 13 van dit verdrag luidt:

XIII. Ende soe veel tpoint van der Religie aengaet sullen hem die van Hollant ende Zelant draegen (= gedragen, HP) naer haerluyden goetduncken, ende dandre Provincien van dese Unie sullen hem moegen reguleren naer inhoudt van de Religionsvrede, by den Eerstshertoge Mathias, Gouverneur ende Cappiteyn Generael van dese Landen, met die van sinen Rayde by advis van de Generael Staten alrede geconcipieert, ofte daerinne generalick oft particulierlick alsulcke ordre stellen als si tot rust ende welvaart van de Provincien, Steden, ende particulier leden van dyen, ende conservatie van een ygelick, gheestelick ende weerlick, sijn goet ende gerechticheyt doennelick vynden sullen, sonder dat hem hierinne by enyge andere Provincien enich hynder ofte belet gedaen sal moegen worden, mits dat een yder particulier in sijn Religie vrij sal moegen blijven, ende dat men nyemant ter cause van de Religie sal moegen achterhaelen ofte ondersoucken, volgende die voorsz. Pacificatie tot Ghendt gemaect.²⁹⁵

Artikel 13 beoogde rust en welvaart voor de provincies, de steden en de burgers. In de eerste zin wordt gezegd dat de gewesten Holland en Zeeland zullen handelen, zich zullen gedragen, naar eigen inzicht. Dit betekent dat op religieus gebied deze provincies vrij zijn in hun keuzes. De andere gewesten wordt in dit artikel aanbevolen zich te houden aan de religievrede van aartshertog Matthias of te handelen in het belang van hun gewest en hun onderdanen, zonder dat andere gewesten hen daarin mogen hinderen, *mits iedere burger particulier in zijn godsdienstkeuze vrij zal blijven*. Holland en Zeeland die de religievrede niet accepteerden, mochten de zaak van de

²⁹⁴ O.J. de Jong, 'Unie en religie', in: S. Groenveld & H.L.Ph. Leeuwenberg (red.), *De Unie van Utrecht. Wording en werking van een verbond en een verbondsacte* (p. 155-181) Den Haag: Martinus Nijhoff 1979, p. 155-157.

²⁹⁵ Van Hasselt, *Verzameling van Nederlandse staatsregelingen en grondwetten*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1987, p. 10-11.

religie naar eigen goeddunken regelen. Zij bleven het recht opeisen bij de Pacificatie van Gent te blijven. Zij stonden alleen publieke uitoefening van de gereformeerde religie toe. Daarbij accepteerden zij dat de andere gewesten van het verbond zich aan de religievrede zouden houden, dat wil zeggen: vrijheid van openbare godsdienstoefening voor gereformeerden en katholieken. De andere gewesten kozen daarmee voor het ontwerp van de religievrede opgesteld door aartshertog Matthias en de Raad van State, dat in het voorafgaande jaar was ingediend bij de Staten-Generaal.²⁹⁶

De zinsnede ‘mits dat een yder particulier in sijn Religie vrij sal moegen blijven, ende dat men nyemant ter cause van de Religie sal moegen achterhaelen ofte ondersoucken’ was een beginselverklaring voor godsdienstvrijheid. Artikel 13 verklaarde dat niemand door de overheid vanwege zijn religieuze identiteit zou worden vervolgd, of zelfs maar zou worden ondervraagd. Dit artikel hield daarmee een verbod van inquisitie in. Het beoogde mede een beëindiging van het ter dood brengen van ketters. Niettemin zijn tot in de zeventiende eeuw ketters vervolgd in de Nederlanden.²⁹⁷ In 1580 en 1581 werd echter in alle gewesten die bij de Unie van Utrecht waren aangesloten, de katholieke eredienst verboden. Dat werd de (over)heersende invulling van de vrijheid die de provincies in artikel 13 gelaten was voor hun eigen godsdienstbeleid. Zij hield een negatieve keuze voor het gereformeerde protestantisme in. Een gevolg was dat katholieken, joden, doopsgezinden, lutheranen, remonstranten en niet-godsdienstigen feitelijk tweederangsburgers waren. De katholieken, bijvoorbeeld, moesten hun diensten in schuilkerken houden.

De nieuwe republiek nam met artikel 13 afstand van het principe *cuius regio, eius religio*. Letterlijk betekent dit principe: wiens gebied, diens godsdienst. Het werd voor het eerst toegepast bij de Augsburgse godsdienstvrede van 1555 en speelde bij de Vrede van Westfalen in 1648 een prominente rol om een eind te maken aan de godsdienstoorlogen. De huidige godsdienstkaart van Europa toont ontegenzeggelijk nog altijd de sporen van de toepassing van dit principe, eeuwen geleden. Het hield in dat de keuze voor een bepaalde godsdienst niet een zaak van de bevolking zelf was, maar in feite werd opgelegd door degene die het land militair-politiek beheerste. Dit principe kende aan de regerende vorst het recht toe te beslissen welk geloof zijn onderdanen mochten belijden. De Nederlandse republiek paste dit principe niet toe. Wel gaf zij een bevoorrechte positie aan de Gereformeerde Kerk. Te ‘s-Gravenhage nam de in 1651 gehouden Grote Vergadering (de Staten-Generaal in verdubbelde

²⁹⁶ R.H. Bremmer, *Gereformeerde kerk in de storm (1568-1579)*, Enschede: Boersma 1979; S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, p. 16.

²⁹⁷ P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, p. 21-22.

samenstelling) op 27 januari deze resolutie aan over het handhaven van de gereformeerde religie:

De Staten van de respectieve provincien hebben verklaert, gelijk sy verklaren mits dezen, dat sy elcks in den haren sullen vast houden ende mainteneren de ware christelijcke gereformeerde religie, gelijk als de selve alomme in de publicque kercken deser landen jegenwoordigh werdt gepredickt ende geleert, mitsgaders in den jare sestien hondert negentien by de Synode Nationael gehouden tot Dordrecht, is bevestight. Dat de selve religie, soo by elke provincie in den haren, als van wegen de Generaliteyt in de quartieren onder der selver gebiedt ressorterende, met de macht van het landt sal gehandhaeft worden, sonder te gedogen dat oyt by yemandt daer inne eenige veranderinge werde gedaen. Dat de secten ende de gesinthen, die gesecludeert zijn van de publicque protectie, ende alleen werden geconniveert (= oogluikend toegestaan, door de vingers gezien, HP), (...) voortaan sullen werden gepermitteert (= toegelaten).²⁹⁸

Een gevolg van het aannemen van de resolutie was dat niet-gereformeerden in hun positie van tweederangsburgers werden bevestigd.²⁹⁹

Voor de keuze vanaf 1581 voor het gereformeerde protestantisme gold een politiek of staatskundig argument. De bevordering van eenheid en trouw kwam tot uitdrukking in de band tussen de staat en de gereformeerde religie. Het toelaten van andere gezindheden zou afbreuk doen aan de gewenste saamhorigheid. Volgens Bos was dit niet de enige reden. De calvinistische leiders hadden nog een tweede motief. Naar de opvatting van de reformator Calvijn, maar ook van de leiding van de katholieke kerk, kon er slechts één kerk bestaan. Die ene ware kerk was na verloop van tijd voor de Staten van de gewesten de Gereformeerde Kerk. Officieel droeg zij de naam Nederduits Gereformeerde Kerk. In 1816 gaf koning Willem I haar de naam Nederlandse Hervormde Kerk (NHK).³⁰⁰ De laatste letter van *Nederlandse* duidt aan dat de koning één kerk wenste voor de gehele natie. De NHK had een bijzondere en bevoorrechte band met de Nederlandse staat die heeft voortgeduurd tot in de twintigste eeuw. De achterstelling van katholieken heeft eveneens tot in de twintigste eeuw geduurd.

Artikel 13 van de Unie van Utrecht waarborgde vrijheid van religie in de beperkte sfeer van de private godsdienstoefening. Het voorzag in een minimaal domein, waarin de

²⁹⁸ C. Augustijn e.a., *Reformatiorica. Teksten uit de geschiedenis van het Nederlandse protestantisme*, Zoetermeer: Meinema 1996, p. 131-132.

²⁹⁹ Hans Knippenberg, *Cuius regio, eius religio? Over godsdienst, staat en territorium*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2002, p. 6-7.

³⁰⁰ Emo Bos, *Soevereiniteit en religie*, p. 15, 243; KB van 7 januari 1816, Stb. 1816.

burger vrij was van bemoeienis door de staat. Daarmee was deze bepaling een van de eerste codificaties van mensenrechten in een staatskundige tekst. Niet-gereformeerden werden niet gedwongen hun geloof af te zweren, laat staan dat ze werden verbannen, vervolgd of gedood. Vermeulen duidt deze beperkte vrijheid van geloven als *vrijheid van geweten*.³⁰¹ Dit zou tot misverstanden kunnen leiden. Voor de niet-gereformeerde gelovigen was de heersende vrijheid een ernstige inperking van de mogelijkheid om naar hun geweten God te dienen, een dienen dat de openbare eredienst omvat. Artikel 13 erkent ook niet expliciet de vrijheid van geweten. Wel zegt het Plakkaat van Verlatinghe dat de overheid niet over het geweten van de burgers mag heersen omdat burgers ‘over heure consciëntien, (...) niemant, dan aen Godt alleene, ghehouden te wesen rekeninge te gheven oft te verantwoorden’. Over het geweten – conscientie – is men alleen aan God verantwoording schuldig. Dit impliceert inderdaad vrijheid van geweten, maar deze vrijheid was zeer beperkt onder de heersende omstandigheden.

In de Republiek was in de praktijk de vrijheid om zich te gedragen en te uiten overeenkomstig zijn geloof in verhouding met de omringende landen betrekkelijk groot. Dat gold voor alle gezindten. Een duidelijke indicatie voor het relatief tolerante klimaat van de Republiek vormt het feit dat in de periode 1580-1620, en overigens ook daarna, buitengewoon veel buitenlanders zich in ons land vestigden. De met de Unie van Utrecht beoogde godsdienstvrede stimuleerde deze migratiebeweging.³⁰² Dit verdrag bevorderde een maatschappij waarin een zekere pluriformiteit in het belijden van religie kon gedijen. Nederland kende in de zeventiende eeuw protestanten, katholieken, dissenters, joden en allerlei sektariërs. Er was sprake van omgangsoecumene. Dat was, zo stelt Harinck, in de toenmalige Europese verhoudingen van godsdienstoorlogen en religieuze verdrukking een uitzonderlijke situatie.³⁰³

De staat stelde zich op het terrein van de religie in beginsel terughoudend op. Koenis duidt, met een beroep op Locke, deze situatie aan als negatieve tolerantie die zich reeds manifesteerde in de zeventiende eeuw en die zich vanaf het einde van de negentiende eeuw institutionaliseerde in de verzuiling. Hij zet uiteen dat de veel geprezen Nederlandse tolerantie de sporen van twee modellen draagt. De principieel liberale, positieve tolerantie stelt dat mensen recht op vrijheid en op bescherming tegen discriminatie hebben. Deze vrijheid van het individu is echter ingebed in een maatschappelijke orde die wordt gekenmerkt door een pragmatische vorm van

³⁰¹ B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten*, p. 57.

³⁰² H. Battjes, ‘Unie van Utrecht (1579)’, in: H. Battjes & B.P. Vermeulen, *Constitutionele klassiekers*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 31-49; Emo Bos, *Soevereiniteit en religie*, p. 29.

³⁰³ G. Harinck, *De tucht van de democratie. Over pluriformiteit en burgerschap* (Mr. G. Groen van Prinsterer-lezing), Amersfoort: Mr. G. Groen van Prinsterer-stichting 2005, p. 10-11.

negatieve tolerantie die tot uitdrukking komt in de in de Nederlandse politieke cultuur ingesleten tactiek van isolatie en segregatie van religieuze groepen.³⁰⁴ Deze twee elementen van tolerantie heffen deels elkaars werking op. De regel van nondiscriminatie legt vast dat mensen vrij zijn hun eigen levenspad uit te stippelen en de ruimte krijgen om los te komen uit knellende sociale structuren en identificaties die een belemmering voor hen vormen. De tactische kant van tolerantie beperkt daarentegen de rechten van het individu.

Onder invloed van denkers als John Locke (1632-1704) brak geleidelijk de opvatting door dat aan het individu niet alleen in het persoonlijk godsdienstig leven maar ruimer, in het maatschappelijk leven, recht op vrijheid toekomt. In 1798 werd dit uitdrukkelijk bepaald in artikel 4 van de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk dat luidt: 'Ieder Burger is volkomen vrij, om te beschikken over zijne goederen, inkomsten, en de vruchten van zijn vernuft en arbeid, en voorts, om alles te doen, wat de regten van eenen ander niet schend'.³⁰⁵ De verruiming van de godsdienstvrijheid ten opzichte van artikel 13 van de Unie van Utrecht blijkt in de Grondwet van 1815 waar de vrijheid van godsdienst in artikel 190 als volgt werd beschreven: 'De volkomen vrijheid van godsdienstige begrippen wordt aan elk gewaarborgd'. De Grondwet van 1848 preciseerde in artikel 164: 'Ieder belijdt zijne godsdienstige meeningen met volkomen vrijheid, behoudens de bescherming der maatschappij en harer leden tegen de overtreding der strafwet'. In Nederland kwam het grondrechtenbestand in 1848 tot een voorlopige afronding met de rechten van vereniging en vergadering, onschendbaarheid van het briefgeheim, vrijheid van onderwijs en waarborging dat bij de inrichting van het openbaar onderwijs ieders godsdienstige overtuiging zou worden geëerbiedigd. In 1917 werd de Grondwet verrijkt met het algemeen kiesrecht voor mannen en vrouwen en met de financiële gelijkstelling van het bijzonder met het openbaar onderwijs.³⁰⁶ De vrijheid van godsdienst werd bij de grondwetsherziening van 1983 opnieuw geformuleerd in artikel 6.

2 Een universeel recht

De vrijheid van godsdienst is een universeel recht met een brede strekking. Ze wordt beschermd in de Grondwet en in een verscheidenheid van verdragen en verklaringen waar Nederland mede haar handtekening onder heeft gezet, en dus aan is gebonden. Daarbij kunnen we specifiek denken aan artikel 18 UVRM, artikel 9 EVRM, artikel 18

³⁰⁴ Sjaak Koenis, *Het verlangen naar gemeenschap. Over moraal en politiek in Nederland na de verzuiling*, Amsterdam: Van Gennep 1997, p. 57-59.

³⁰⁵ Artikel 4 van de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk (1798) is de Nederlandse versie van artikel 4 van de Franse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789.

³⁰⁶ M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 121.

IVBPR en artikel 10 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het betreffende artikel in de verdragen beschermt de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst. Deze artikelen vertonen onderling een grote overeenkomst. Artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK) beschermt deze vrijheid eveneens. De vrijheid van godsdienst biedt bescherming op diverse onderling verwante deelgebieden:

1. het hebben van een bepaalde godsdienstige overtuiging, waaronder mede begrepen wordt het veranderen en het niet-hebben van een godsdienstige overtuiging;
2. de uiting van de godsdienstige overtuiging in individuele en collectieve godsverering, dat wil zeggen in cultus en rite, in de huiselijke en openbare godsdienstoefening;
3. het oprichten en inrichten van organisaties, waarbinnen deze uiting van de godsdienstige overtuiging plaats kan vinden;
4. het uitdragen en overdragen van de godsdienstige overtuiging in onderwijs en opvoeding.³⁰⁷

3 Artikel 6 Grondwet

3.1 Vrijheid van godsdienst in de Grondwet

De formulering van artikel 6 Gw luidt aldus:

1. Ieder heeft het recht zijn godsdienst of levensovertuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet kan ter zake van de uitoefening van dit recht buiten gebouwen en besloten plaatsen regels stellen ter bescherming van de gezondheidszorg, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

De nadruk in de formulering van artikel 6 Gw ligt op de individuele belijdenis. Maar het godsdienstige en levensbeschouwelijke leven wordt binnen ons constitutionele bestel in grondrechten en wettelijke regelingen niet gezien als uitsluitend een individuele vrijheid, het wordt begrepen als een door gemeenschappen gedragen levensvorm. De collectieve zijde van godsdienstvrijheid wordt uitgedrukt in de woorden 'in gemeenschap met anderen'. Behalve individuen kunnen collectiviteiten zich op artikel 6 Gw beroepen.³⁰⁸ Dit is essentieel omdat godsdienstvrijheid historisch

³⁰⁷ P.B. Cliteur & A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap II*, p. 45-47.

³⁰⁸ C.A.J.M. Kortmann, 'De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging in de nieuwe Grondwet', in: *Godsdienstvrijheid* (Handelingen van het Thijmgenootschap), Deventer: Kluwer 1983, p. 56.

en sociologisch gezien niet enkel een individueel recht maar tevens een collectief recht is. Gelovigen hebben een overtuiging die zij zowel persoonlijk als collectief belijden. In de zestiende en zeventiende eeuw zijn het individuele gelovigen die om een van de heersende religie afwijkende overtuiging worden vervolgd en terechtgesteld of moeten vluchten. Maar deze gelovigen belijden hun geloof tegelijkertijd in gemeenschap met andere gelovigen. Zij komen samen, in het bijzonder in diensten, voor joden op de zaterdag, voor christenen op de zondag, voor moslims op de vrijdagmiddag. Gelovigen werken hun belijdenis gezamenlijk uit in waarden en normen, en in een gemeenschappelijke identiteit en levensstijl. Onder de godsdienstige en levensbeschouwelijke vrijheid van belijdenis, neergelegd in artikel 6 Gw, valt dan ook het recht tot oprichting en inrichting van organisaties, waaronder kerken, scholen en welzijnsinstellingen, waarbinnen de belijdenis gestalte kan krijgen. Door middel van deze organisaties wordt de vorming van de religieuze gemeenschap als zodanig bevorderd en verwerkt.

In de Grondwet komen naast artikel 6 andere bepalingen voor die expliciet naar godsdienst en levensovertuiging verwijzen. Artikel 1 Gw bevat het gelijkheidsbeginsel, en verbiedt discriminatie op grond van onder meer godsdienst of levensovertuiging. Artikel 23 Gw garandeert de vrijheid van onderwijs. Dit artikel legt vast dat openbaar onderwijs wordt gegeven 'met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging' en bepaalt dat de overheid de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van een bijzondere school respecteert. Het grondrecht vrijheid van godsdienst en levensovertuiging heeft bovendien raakvlakken met andere grondrechten, in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting, van vereniging en van vergadering en betoging.³⁰⁹

De vermelding in de Grondwet van levensovertuiging naast godsdienst beantwoordt aan de opvatting dat de staat godsdienstige en niet-godsdienstige levensovertuigingen gelijk dient te behandelen.³¹⁰ De combinatie van godsdienst en levensovertuiging kennen ook artikel 9 EVRM en artikel 18 IVBPR.³¹¹ De neutraliteit van de staat vereist van de overheid niet dat zij alle (niet)godsdienstige levensovertuigingen een gelijke waarde toekent in wet- en regelgeving. In de eerste plaats vertonen ze onderling allerlei inhoudelijke verschillen. Daardoor loopt de behoefte om ze binnen het kader van het recht tot uitdrukking te brengen uiteen. In de tweede plaats zijn er verschillen in historische en culturele verworteling en in omvang van het aantal aanhangers. Een eventueel verschil in behandeling dient de staat objectief te kunnen verantwoorden. Zo

³⁰⁹ S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, p. 17.

³¹⁰ De HR heeft zich uitgesproken over de gelijke behandeling van islam, christendom en jodendom: HR 30 mei 1986, *NJ* 702.

³¹¹ D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 365-367.

heeft de wetgever zich bijvoorbeeld verantwoord over het respecteren van de zondag als rustdag bij de herziening van de Zondagswet. Hij liet uitdrukkelijk enkele bepalingen in deze wet ongewijzigd.³¹²

Het *belijden* van een godsdienstige overtuiging heeft de Grondwetgever in artikel 6 Gw ruim bedoeld. In de memorie van toelichting bij het tijdens de algehele grondwetsherziening van 1983 voorgestelde grondwetsartikel over de godsdienstvrijheid staat: 'Het onderhavige artikel waarborgt het recht van een ieder zijn godsdienst of levensovertuiging vrij te belijden. Daarbij omvat het begrip belijden niet alleen het huldigen van de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging maar ook het zich daarnaar gedragen'.³¹³ Deze ruime uitleg heeft de wetgever bevestigd.³¹⁴ Zo biedt de Awgb bescherming voor besluiten en gedragingen die, mede gelet op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, rechtstreeks uitdrukking geven aan een godsdienstige overtuiging. De vrijheid van belijdenis van godsdienst beoogt gelovigen in staat te stellen om hun leven in overeenstemming met godsdienstige voorschriften en regels in te richten, en er gestalte aan te geven in de eigen leefsituatie en omgeving.³¹⁵

De staatscommissie Cals-Donner die de grondwetsherziening van 1983 voorbereidde en de grondwetgever hebben aan het woord *belijden* een uitleg gegeven, waarover Van der Hoeven opmerkt dat het gemak, waarmee deze uitleg alle fasen van grondwetgeving is gepasseerd, illustratief is voor de brede tolerantie die de Nederlandse samenleving bij zichzelf veronderstelt, wanneer het gaat om zaken van geloof en levensovertuiging. Het zich naar zijn godsdienst *gedragen* werd vooral geacht zich af te spelen binnen de godsdienstige gemeenschappen, in het bijzonder in de godsdienstoefeningen, bij het catechetisch onderwijs en in het gezin. Van der Hoeven voegt eraan toe dat voor zover *het zich gedragen naar godsdienstige of levensovertuiging* daarbuiten trad, die tolerantie minder vanzelfsprekend bleek. Dit uitte zich bijvoorbeeld in het processieverbod dat de Rooms-Katholieke Kerk trof. Of er werd een apart grondrecht voor geschapen. Van der Hoeven noemt de vrijheid van onderwijs, waaraan afzonderlijk garanties en beperkingen werden verbonden. Daaruit vloeide de schoolstrijd voort, die vele tientallen jaren een van de belangrijkste politieke

³¹² S.C. den Dekker-van Bijsterveld, 'De consequenties van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging voor het recht: ontwikkelingen en perspectieven', in: J.A.F. Peters (red.), *Kerk en staat. Actuele ontwikkelingen belicht* (Verslag van het gelijknamige symposium op 3 oktober 1989) (p. 39-46), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 40

³¹³ *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, 3, p. 29; *Algehele grondwetsherziening eerste lezing*, deel 1a Grondrechten (Tweede Kamer), 's-Gravenhage 1979, p. 29.

³¹⁴ *Kamerstukken II 1990/91*, 22014, 5, p. 39-40.

³¹⁵ *Kamerstukken II 1990/91*, 22014, 3, p. 3.

strijdpunten in ons land is geweest. Uiteindelijk vond men in 1917 een grondwettelijke oplossing.³¹⁶

Bij de grondwetsherziening van 1983 is de onderscheiden waarborg in de Grondwet godsdienst in vrijheid te belijden gehandhaafd.³¹⁷ Daarbij is artikel 6 Gw in al zijn beknoptheid in de plaats getreden van het gehele achtste hoofdstuk van de oude Grondwet, namelijk van de artikelen 181-187. Artikel 6 Gw vervangt in het bijzonder de artikelen 181 en 184. De artikelen 182 en 183 inzake de gelijke bescherming van de kerkgenootschappen en de waarborg van het gelijke genot van burgerlijke en burgerschapsrechten voor de belijders van de onderscheiden godsdiensten kan men onder de nieuwe Grondwet opgenomen achten in artikel 1 Gw.³¹⁸ De artikelen 185, 186 en 187 zijn geschrapt.³¹⁹ Bij de grondwetsherziening is een wijziging aangebracht in de vrijheid van belijdenis. De ‘volkomen vrijheid’ die in het oude artikel 181 werd verzekerd aan het belijden van ‘godsdienstige meningen’ is gewijzigd in het recht tot het ‘vrij belijden’ van godsdienst of levensovertuiging. Deze vrijheid vindt met artikel 6 Gw haar grenzen in ‘ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’, terwijl het oude artikel sprak van de strafwet. Het oude artikel 181 Gw luidt: ‘Ieder belijdt zijne godsdienstige meeningen met volkomen vrijheid, behoudens de bescherming der maatschappij en harer leden tegen overtreding der strafwet’. Van der Hoeven zegt over de wijziging in 1983: ‘Uit de samenhang van deze bepalingen en de daarop gegeven toelichting mag worden geconcludeerd, dat de mogelijkheid van verdergaande beperking van de vrijheid van belijden dan mogelijk was onder de oude artikelen zeker niet is beoogd. Nochtans biedt de nieuwe formulering “behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet” althans naar de letter meer mogelijkheid tot beperking dan voordien het geval was’.³²⁰ Vijf jaar later formuleert hij zijn mening duidelijk minder positief. ‘Een belangrijke wijziging van een sinds oudsher erkend grondrecht is aangebracht in artikel 6: de vrijheid van belijdenis. De “volkomen vrijheid” die in artikel 181 (oud) werd verzekerd aan het belijden van “godsdienstige meningen” is gewijzigd in het recht tot het “vrij belijden” van godsdienst of levensovertuiging. Wijst deze nieuwe formulering reeds op een zekere relativering van

³¹⁶ J. van der Hoeven, *Botsing van grondrechten*, p. 193.

³¹⁷ S.C. den Dekker-van Bijsterveld, *De verhouding tussen kerk en staat in het licht van de grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 89.

³¹⁸ C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherziening 1983*, Deventer: Kluwer 1983, p. 76. Artikel 185 bepaalde dat de predikanten en de geestelijkheid van een aantal kerkgenootschappen aanspraak konden maken op een geldelijke vergoeding uit de staatskas. De betreffende regeling werd beëindigd, waardoor dit artikel kwam te vervallen. Artikel 186 stelde vast dat alle kerkgenootschappen zich moesten houden aan de wet. Het nieuwe artikel 6 Gw voorziet hierin, in samenhang met artikel 1 Gw en de Awgb. Artikel 187 voorzag in de tussenkomst van de regering bij bepaalde kerkelijke aangelegenheden, en werd als verouderd gezien.

³¹⁹ C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, p. 411; C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 79-80.

³²⁰ J. van der Hoeven, *Botsing van grondrechten*, p. 193.

de betekenis van godsdienst tegenover andere levensbeschouwingen, van direct materiële betekenis is, dat deze vrijheid evenals de drukpersvrijheid thans haar grenzen vindt in 'ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. Dit vormt een zeer wezenlijke beperking in vergelijking met de oude grondwet, die de grens van de belijdenisvrijheid uitsluitend trok bij 'overtreding van de strafwet'. Naar de letter genomen staat artikel 6 derhalve niet in de weg aan een anti-discriminatie wet, ook niet als deze haar werking mede zou uitstrekken tot de organisatie en de benoemingspraktijk van kerkgenootschappen.³²¹ Vermoedelijk heeft de voorbereiding van de invoering van de Awgb Van der Hoeven ertoe gebracht zijn mening bij te stellen. Ik concludeer dat zowel de vervanging van een afzonderlijk hoofdstuk in de oude Grondwet door één artikel in de nieuwe Grondwet als de aangepaste formulering van de godsdienstvrijheid onmiskenbaar wijst op een gereduceerde ruimte voor religie in de samenleving. De gewijzigde formulering van de vrijheid van godsdienst impliceert een zekere vermindering van het gewicht van godsdienst ten opzichte van andere levensovertuigingen en een zekere beperking van het recht op godsdienstvrijheid ten opzichte van andere rechten.

3.2 Reikwijdte en begrenzingsgronden van artikel 6 Gw

Godsdienstvrijheid, zowel individueel als collectief opgevat, is meer dan alleen gevrijwaard te zijn van inbreuken die de uitoefening van godsdienstvrijheid belemmeren of bemoeilijken. De bedoeling is dat de overheid in de context van recht en politiek een sfeer schept waarbinnen de mogelijkheden om aan de godsdienstige overtuiging uitdrukking te geven daadwerkelijk tot hun recht komen, aldus Van Bijsterveld. Dit betekent uiteraard niet dat iedere claim op dit gebied dient te worden gehonoreerd, maar wél dat die beleving van godsdienst niet buiten het gezichtsveld van recht en beleid ligt.³²²

De vrijheid van godsdienst is een wezenlijk aspect van het neutrale karakter van de moderne staat, en hangt nauw samen met de scheiding van kerk en staat. Het vraagstuk van de reikwijdte van dit recht is een klassiek vraagstuk voor de neutrale staat.³²³ Wat concreet onder de vrijheid van godsdienst valt, is niet vastgelegd. Artikel 6 Gw heeft net als artikel 9 EVRM in principe slechts betrekking op gedrag dat onderdeel uitmaakt van een algemeen als zodanig erkende godsdienstige of levensbeschouwelijke praktijk. Globaal gaat het om gedrag voor zover dit rechtstreeks uitdrukking geeft aan een

³²¹ Vergelijk: J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, p. 309.

³²² S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, p. 126.

³²³ D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 365-366.

religie of levensovertuiging. Welk gedrag hiertoe behoort, is niet exact aan te geven.³²⁴ Vaste jurisprudentie is dat de godsdienstvrijheid alleen handelingen beschermt die ‘op zichzelf’ zijn aan te merken als ‘een praktische toepassing van de godsdienst of overtuiging’ van de betrokkene, dat wil zeggen als een gedraging waardoor hij ‘naar objectieve maatstaven een directe uitdrukking geeft aan zijn godsdienst of levensovertuiging’.³²⁵ Zo wees de Afdeling rechtspraak (thans: de Afdeling bestuursrechtspraak) van de Raad van State de weigering van een antroposofische huisarts af aan een verplicht pensioenstelsel deel te nemen op grond van zijn religieuze overtuiging.³²⁶ In de oordelen van het CRM (voorheen de Cgb) is een vaste lijn dat de vrijheid van godsdienst die gedragingen beschermt die, mede gelet op hun karakter en op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, een rechtstreekse uitdrukking vormen van een godsdienstige overtuiging.³²⁷

De grondrechtenbepalingen dienen op redelijke wijze te worden uitgelegd. Dit houdt onder meer in dat de heersende rechtsovertuiging zodanig kan evolueren dat bepaalde beperkingen in de uitoefening van een grondrecht algemeen aanvaard worden, zonder dat ze tot een beperkingsclausule herleidbaar te zijn.³²⁸ De redelijke uitleg brengt met zich dat vele maatschappelijk algemeen aanvaarde maatregelen en voorschriften ten behoeve van onder meer de veiligheid, de gezondheid en de bestrijding van geluidsoverlast die aan de uitoefening van de vrijheid van godsdienst raken, in beginsel niet opgevat worden als beperkingen van deze vrijheid. Vermeulen en Burkens c.s. bevestigen dat grondrechten functioneren in een maatschappelijk en juridisch kader dat aan de uitoefening van deze rechten redelijkheidsgrenzen stelt.³²⁹ Van der Hoeven onderkende al in de jaren 1980 dat de tolerantie tegenover godsdienstige overtuigingen merkbaar afgenomen was, vooral door het – terecht of ten onrechte – aanvoeren van de bescherming van andere waarden.³³⁰ Daardoor konden en kunnen verschuivingen

³²⁴ B.P. Vermeulen, ‘Artikel 6’, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet: een systematisch en artikelgewijs commentaar*.

³²⁵ HR 13 april 1960, *NJ* 1960/436, m.nt. Röling; *BNB* 1960, 222, m.nt. Hellema; *AA* 1960-1961, 70, m.nt. Prins (*Aow*); HR 26 april 2000, *NJB* 2000, p. 1300; *ARRvS* 20 januari 1983, *AB* 1983, 389; *ARRvS* 7 april 1983, *AB* 1983, 430, m.nt. P.J. Boon; *CRvB* 4 juni 1986, *RSV* 1987, 16.

³²⁶ *ARRS* 7 april 1983, *AB* 1983, 430, m.nt. P.J. Boon; zie ook: *ARRS* 20 januari 1983, *AB* 1983, 389.

³²⁷ J.H. Gerards & A.W. Heringa, *Wetgeving gelijke behandeling*, Deventer: Kluwer 2003, p. 23-24.

³²⁸ B.P. Vermeulen, ‘De betekenis van de grondrechten en mensenrechten voor de Algemene wet gelijke behandeling, met name met betrekking tot de positie van homoseksuele leerkrachten in het bijzonder onderwijs’, in: B.P. Vermeulen, T.E. Rosier & A.A.M. Mattijssen, *De Algemene wet gelijke behandeling* (Bundel preadviezen ter gelegenheid van gezamenlijke vergadering Rechtskundige afdeling Thijmgenootschap en Calvinistische Juristen Vereniging), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 15.

³²⁹ B.P. Vermeulen, ‘Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?’; M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 134-136; *Kamerstukken II* 1985/86, 19427, 3, p. 6.

³³⁰ J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, p. 308.

optreden in de reikwijdte van het grondrecht van de artikelen 6 Gw en 9 EVRM. Orthodoxe religieuze minderheden stuiten de laatste decennia in toenemende mate op weerstanden bij het uiting geven aan leerstellingen en naleven van voorschriften, die hun van oudsher eigen zijn en die voorheen onbetwist geacht werden te vallen onder de bescherming van de klassieke vrijheidsrechten.

Deze uitleg van de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst houdt een interpretatie naar maatschappelijke opvattingen in. Er zijn twee met elkaar samenhangende bezwaren aan te voeren voor een dergelijke interpretatie, stelt Mendelts. Het eerste is dat de norm – in casu de godsdienstvrijheid – door de maatschappelijke realiteit buiten spel zou kunnen worden gezet. De normatieve betekenis van de door de grondwetgever gestelde en door verdragen beschermde godsdienstvrijheid wordt zijns inziens ondermijnd als niet de norm maar maatschappelijke opvattingen richtinggevend zijn voor de vraag wat door het grondrecht wordt beschermd. Het tweede bezwaar is dat de meerderheid die een dominerende invloed heeft op de maatschappelijke opvattingen, zou kunnen beslissen wat godsdienst is en wat derhalve waard is te worden beschermd, met als gevolg dat minderheidsgodsdiensten en -levensovertuigingen met lege handen zouden kunnen komen te staan. Grondrechten beogen evenwel mede om minderheden te beschermen tegen de dictatuur van de meerderheid.³³¹ Mendelts wijst erop dat het Gerechtshof Amsterdam en de Hoge Raad in de Sint Walburga-casus een interpretatie naar maatschappelijke opvattingen van religie hanteerden.³³² In die casus ging het om een bordeel en niet om een godsdienstige organisatie en was de interpretatie naar maatschappelijke opvattingen dus niet problematisch.

De vrijheid van godsdienst komt volgens vaste jurisprudentie niet de betekenis toe van het recht om de eigen religieuze of levensbeschouwelijke normen onvoorwaardelijk in de praktijk van het leven op te volgen.³³³ Een individuele interpretatie die inhoudt dat onder de werkingssfeer van dit grondrecht per definitie een handeling valt die voortkomt uit een godsdienstig of levensbeschouwelijk gefundeerd motief, zou de vrijheid van godsdienst als recht onhanteerbaar maken. Elk type handeling zou er dan onder kunnen vallen. De opvattingen van de dragers van het grondrecht zelf zijn dan ook niet doorslaggevend. Minister Van Dijk zei eens in de Tweede Kamer: ‘De opsomming (van de elementen van het recht om het geloof of de levensovertuiging vrij te belijden, HP) die ik zojuist gaf, betekent overigens niet dat het een ieder met een

³³¹ P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten. Grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten*, Utrecht: Universiteit Utrecht (Instituut voor staats- en bestuursrecht) 2002, p. 64-65.

³³² HR 22 maart 1989, BNB 1990, 161, zie: P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten*, p. 93.

³³³ Zo oordeelde bijvoorbeeld de ECRM bij de afweging van de geloofsovertuiging van een individuele burger tegen de belangen van de staat in de publieke ruimte: ECRM 15 december 1983, nr. 10358/83, 37 D&R 142 (*C. v. the United Kingdom*); zie ook: ECRM 5 juli 1984, nr. 10678/83, 39 D&R 267 (*X. v. the Netherlands*).

beroep op de geloofsvrijheid vrij zou staan om de Nederlandse rechtsorde opzij te zetten'.³³⁴

De grenzen van de godsdienstvrijheid worden bepaald door het woord *wet*. In de memorie van toelichting bij de grondwetsherziening wordt in de eerste plaats gedacht aan de strafwet, omdat algemeen aanvaard is dat men geen strafbare feiten mag plegen met als rechtvaardiging de godsdienstvrijheid.³³⁵ In een bepaalde zaak overwoog de rechtbank echter dat de verdachte zich met betrekking tot de strafbaarheid van de aan haar ten laste gelegde feiten kon beroepen op de vrijheid van godsdienst, zoals deze wordt beschermd door artikel 9 EVRM. Het betrof het rituele drinken van het verdovende middel ayahuasca, een theesoort. Binnen de Santo Daime Kerk staat het drinken van ayahuasca centraal als het belangrijkste sacrament in de eredienst. Een verbod van dit sacrament binnen de godsdienstige overtuiging vormde een zodanige inmenging in de vrijheid van godsdienst dat deze niet kon worden beschouwd als noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving. Voorts maakte de rechtbank een afweging tussen het belang van de verdachte dat geen beperking werd opgelegd aan het door het EVRM gewaarborgde recht op godsdienstvrijheid en het belang van de staat om zijn verdragsverplichting tot het verbieden van het verdovende middel na te komen. De rechtbank oordeelde dat gezien het grote gewicht dat moest worden toegekend aan de vrijheid van godsdienst en de omstandigheid dat aan het rituele gebruik van de ayahuasca geen noemenswaardige gezondheidsrisico's kleefden, aan de bescherming van de godsdienstvrijheid in het betreffende geval het grootste gewicht moest worden toegekend. De verdachte werd ontslagen van alle rechtsvervolging omdat de haar ten laste gelegde feiten onder deze omstandigheden geen strafbare feiten opleverden.³³⁶ Deze zaak kreeg een vervolg in 2008. Een lid van deze kerk importeerde de thee op verzoek van de voorgangster van de kerk naar Nederland met de bedoeling de thee te doen gebruiken bij de erediensten. Dit is strafbaar gesteld in artikel 10 van de Opiumwet. De Rechtbank Haarlem oordeelde in 2009 dat deze inbreuk op het recht op vrijheid van godsdienst in een democratische samenleving niet noodzakelijk moet worden geacht. Het Gerechtshof Amsterdam concludeerde in hoger beroep in overeenstemming met het vonnis van de rechtbank dat de toepassing van de desbetreffende Opiumwetbepalingen niet noodzakelijk is als bedoeld in artikel 9 tweede lid EVRM. Het invoeren van de thee leverde dientengevolge geen strafbaar feit op en de verdachte werd ontslagen van rechtsvervolging.³³⁷ In een specifieke casus

³³⁴ *Handelingen II* 1985/86, UCV nr. 67, p. 20.

³³⁵ C.J. van Zeben & T.A.W. Sterk, *Arresten burgerlijk procesrecht, met annotaties*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 85.

³³⁶ Rechtbank Amsterdam 21 mei 2001, *ECLI:NL:RBAMS:2001:AB1739*, AB 2001, m.nt. Vermeulen 342 (*Santo Daime*).

³³⁷ Gerechtshof Amsterdam 24 februari 2012, *ECLI:NL:GHAMS:2012:BV6888*; F.A. Dudok van Heel, 'Drugsgebruik binnen religieuze organisaties: wordt het recht op vrijheid van godsdienst

gaat de rechter eerst na of er sprake is van het belijden van een godsdienst of levensovertuiging. Is dit het geval, dan beoordeelt hij vervolgens of de beperking die daarop wordt gemaakt, gerechtvaardigd is.³³⁸

Het is mogelijk dat de godsdienstvrijheid wordt beperkt door andere formele wetgeving dan de strafwet met een beroep op de clausule ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ (artikel 6 lid 1 Gw). Een algemene bepaling zoals artikel 6:162 BW inzake de onrechtmatige daad kan beperkingen stellen aan de godsdienstvrijheid. Dit heeft de Hoge Raad bepaald in het arrest betreffende het echtpaar Goeree. Dit echtpaar beweerde in een huis-aan-huisblad op grond van de Bijbeltekst Mattheüs 25:25 dat de Joden hun vernietiging over zich hadden afgeroepen. De Hoge Raad oordeelde dat het echtpaar bij het belijden van zijn godsdienstige overtuiging zijn verantwoordelijkheid volgens de wet heeft verzaakt.³³⁹

De Grondwet van 1983 bevat ruimere beperkingsmogelijkheden dan voorheen. Een van de redenen voor de introductie ervan was dat de vrijheid de levensovertuiging te belijden een nieuw element in de Grondwet is, waarvan de gevolgen niet geheel waren en zijn te overzien.³⁴⁰ Levensovertuiging is een ruimer en onbepaelder begrip dan godsdienst. Door de formulering van artikel 6 Gw is tegelijkertijd de band tussen het grondrecht godsdienstvrijheid en het legaliteitsbeginsel versterkt. Op grond van dit beginsel wordt de bevoegdheid van de overheid tot het stellen van grondrechtenbeperkingen nauwkeurig omljnd. Grondrechten kunnen slechts worden beperkt voor zover en in de mate waarin het betreffende grondwetsartikel dat uitdrukkelijk toestaat in de vorm van een beperkingsclausule.³⁴¹ De clausule ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ impliceert dat elke onderdaan zich moet houden aan de strafwet, dat een bepaalde inhoud of wijze van belijden een onrechtmatige daad kan opleveren op grond van artikel 6:162 BW³⁴² en dat een beperking op dit grondrecht kan worden neergelegd in een wet in formele zin. De beperkingsclausule van artikel 6 lid 1 Gw geeft de wetgever daarbij vrij spel. Daardoor is de rol die dit grondwetsartikel in de jurisprudentie speelt, bescheiden, constateert Vermeulen. Als een beperking bij wet wordt geregeld, is zij in rechte onaantastbaar,

gebruikt als dekmantel voor crimineel gedrag?’, *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht* 7 (2013), p. 60-68.

³³⁸ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, p. 26.

³³⁹ HR 5 juni 1987, *NJ* 1988/702, m.nt. EAA; *AB* 1988,276, m.nt. J.A. Hofman & B.M.J. van der Meulen; HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/289, m.nt. EAA.

³⁴⁰ C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, p. 79-80.

³⁴¹ M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling & B.P. Vermeulen, *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat*, p. 23.

³⁴² Een toepassing van deze beperking van de belijdenisvrijheid is te vinden in arresten van de Hoge Raad betreffende het echtpaar Goeree: HR 5 juni 1987, *AB* 1988, 276, m.nt. J.A. Hofman & B.M.J. van der Meulen, *NJ* 1988/702, m.nt. EAA; HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/289, m.nt. EAA; zie ook: C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, p. 367.

zelfs als zij de kern van het grondrecht treft.³⁴³ Het individuele perspectief op de godsdienstvrijheid en de nadruk op *beperking* van godsdienst in de juridische discussie meer dan op *verwerkelijking*, leidt er volgens Vermeulen bovendien toe dat godsdienst sterk cultisch wordt opgevat. Dit cultische element komt in de rechtspraak terug als richtsnoer voor de rechterlijke interpretatie en leidt tot een strenge uitleg van de beperkingsclausules. Het vormt een argument om de vrijheid van godsdienst nauw te interpreteren.³⁴⁴

Indien men algemene, neutraal geformuleerde regels verwerpt omdat ze een beperking van de godsdienstvrijheid tot gevolg hebben, doet de rechter dit af met de redenering dat de godsdienstvrijheid niet wordt geraakt. Zo achtte een predikant de in de Algemene ouderdomswet (Aow) opgenomen verplichting om premie te betalen in strijd met de vrijheid van godsdienst zoals gewaarborgd in artikel 9 EVRM, omdat volgens de opvattingen van zijn godsdienst de gelovigen hun predikant moeten onderhouden. De Hoge Raad overwoog dat de vrijheid om de godsdienst of levensovertuiging tot uiting te brengen ‘niet samenvalt met eens ieders vrijheid om wettelijke voorschriften aan zijn godsdienstige opvattingen of aan zijn overtuiging te toetsen en de bepaling van het verdrag (artikel 9 EVRM, HP) mitsdien niet betekent, dat het een ieder zou vrijstaan zich te onttrekken aan een wettelijke regeling, ook indien deze op het tot uiting brengen van godsdienst of overtuiging in enigerlei vorm geen betrekking heeft, door op grond van aan zijn godsdienstige opvattingen of overtuiging ontleende bezwaren de nietigheid of ongeldigheid daarvan te zijn aanzien in te roepen’. Ten aanzien van de stelling van de predikant oordeelde de Hoge Raad: ‘dat (...) deze grief berust op de onjuiste stelling dat de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid om te geloven wat men verkiest, medebrengt de vrijheid om zijn godsdienstige overtuiging te beleven in de praktijk des levens in dezen zin, dat het een ieder in het algemeen zou vrijstaan aan een wettelijk voorschrift verbindende kracht te zijnen aanzien te ontzeggen op grond van een daartegen bij hem bestaand bezwaar ontleend aan zijn godsdienstige overtuiging. (...) dat vermits de in de Algemene Ouderdomswet vervatte regeling van een de gehele bevolking omvattende verplichte verzekering tegen geldelijke gevolgen van ouderdom ligt buiten het gebied dat door artikel 9 van het Verdrag wordt bestreken, de door belanghebbende in de eerste grief verlangde toetsing van deze regeling aan het tweede lid der verdragsbepaling niet aan de orde behoeft te komen’.³⁴⁵ De conclusie van dit rechtscollege is helder. De vrijheid van godsdienst is in het geheel niet in het geding. De klacht van miskenning van de reikwijdte van de godsdienstvrijheid wijst het af.³⁴⁶

³⁴³ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, p. 19.

³⁴⁴ B.P. Vermeulen, ‘Artikel 6’, p. 110, 113-115.

³⁴⁵ HR 13 april 1960; HR 20 mei 1967, *NJ* 1968/64, inzake de Wet op de noodwachten; zie ook: A.M. Donner, ‘Grondrechten als constitutionele rechten’, p. 25.

³⁴⁶ D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, p. 368.

Bescherming genieten volgens de HR gedragingen die ‘naar hun aard’ een uitdrukking vormen van een godsdienstige overtuiging. Lagere rechters hebben deze lijn gevolgd.³⁴⁷ De HR lijkt afgezien van aperte onjuistheid de objectieve maatstaven overigens wel ruim uit te leggen. Een bepaald standpunt kan al onder de reikwijdte van de godsdienstvrijheid vallen als dit ‘kenbaar in direct verband staat met de uiting van de geloofsopvatting’ en ‘een uiting is van de aan de bijbelse opvattingen ontleende mening’.³⁴⁸ Vermeulen onderkent in de jurisprudentie het ‘voordeel van de twijfel’.³⁴⁹ Mendelts constateert dat in de door hem onderzochte uitspraken in de Nederlandse jurisprudentie impliciet ruimte gelaten wordt voor toekomstige verschuivingen van de reikwijdte van het grondrecht godsdienstvrijheid. De Nederlandse rechter blijkt zich bewust te zijn van de dynamiek op het terrein van de godsdienst en levensbeschouwing.³⁵⁰

Uitgangspunt voor overheidsbesluiten behoort naar de mening van Vermeulen en Aarrass te zijn het hanteren van een ruime uitleg van godsdienst en levensovertuiging.³⁵¹ De interpretatie die de betrokkene geeft van het opvolgen van een religieus voorschrift dient in beginsel aanvaard te worden door de neutrale staat. Dit betekent dat de overheid soms de zelfdefinitie van het individu heeft te aanvaarden, in die zin dat hij zijn handelingen niet slechts kwalificeert als godsdienstig gemotiveerd, maar als een daadwerkelijke uiting van godsdienst. In elk geval dient de staat zich op theologisch terrein te onthouden van inhoudelijke oordelen.³⁵² Dit beginsel van interpretatieve terughoudendheid is gebaseerd op de overweging dat het niet aan buitenstaanders is om uit te maken wat een gelovige onder het belijden van zijn godsdienst heeft te verstaan.³⁵³ Door dit uitgangspunt te kiezen wordt voorkomen dat

³⁴⁷ P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten*, p. 89.

³⁴⁸ HR 9 januari 2001, *ECLI:NL:HR:2001:AA9368*, *NJ* 2001/203, m.nt. JdH, *NJ* 2001/204, m.nt. J. Hullu, *AB* 2001, 303, m.nt. BPV, *JOL* 2001, 31.

³⁴⁹ EHRM 29 juni 2004, nr. 44774/98, *AB* 2004, 338, m.nt. Vermeulen, § 71 (*Leyla Şahin v. Turkey*); EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, § 78 (*Leyla Şahin v. Turkey*); B.P. Vermeulen, ‘The freedom of religion in article 9 of the European Convention on human rights: historical roots and today’s dilemma’s’, in: A. van de Beek, E.A.J.G. Van der Borght & B.P. Vermeulen (red.), *Freedom of Religion* (p. 9-29), Leiden: Brill 2010, p. 17.

³⁵⁰ P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten*, p. 96-97.

³⁵¹ Ben P. Vermeulen & Bahija Aarrass, ‘De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving’, p. 64-65.

³⁵² De HR oordeelde al in 1957 dat de rechter juist vanwege de vrijheid van godsdienst ‘geen partij mag kiezen in (...) geschillen omtrent geloof en belijdenis en met name ook niet (...) zijn uitspraak omtrent enig rechtspunt afhankelijk mag stellen van zijn oordeel met betrekking tot theologische leerstellingen, omtrent welke juistheid, onjuistheid of gewicht aldaar verdeeldheid bestaat’, zie: HR 15 februari 1957, *NJ* 1957/201; in dezelfde zin: *Kamerstukken II* 1987/88, 19427, 8, p. 9; *Kamerstukken II* 2003/04, 29164, 2, p. 34-35.

³⁵³ De HR heeft geoordeeld dat behoudens grote schade voor het bedrijf een werknemer de snipperdag dient te krijgen die hij vraagt om een belangrijk religieus feest te vieren: HR 30 maart

het bestuur of de rechter zich moet uitlaten over de ware betekenis van religieuze voorschriften, een taak waarvoor hij onvoldoende toegerust is. In dit licht was het dan ook onaanvaardbaar dat een gemeentebestuur een verbod uitvaardigde tot het dragen van een hoofddoek op openbare scholen door islamitische meiden, met als argument dat de Koran het bedekken van het hoofd niet dwingend voorschrijft. De betrokken minister stelde terecht dat het bevoegd gezag in het algemeen niet het recht toekomt te beslissen over de betekenis van dergelijke bepalingen in een religieus geschrift, en aan die interpretatie gevolgen te verbinden voor de gang van zaken op school.³⁵⁴

3.3 De horizontale werking van artikel 6 Gw

Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 6 Gw is geen enkele aandacht besteed aan het vraagstuk van de horizontale werking van dit artikel.³⁵⁵ Daartoe bestond wel aanleiding, meent Kortmann. Een relevante vraag is bijvoorbeeld of werkgevers grondwettelijk gehouden zijn rekening te houden met religieuze gebruiken.³⁵⁶ Bij het beantwoorden van de vraag in hoeverre het recht de godsdienst of levensovertuiging in vrijheid te belijden horizontale werking heeft, kan men vier typen situaties onderscheiden. De situatie kan inhouden dat men dit grondrecht inroept 1) binnen de interne sfeer van een kerkgenootschap of andere instelling op levensbeschouwelijke grondslag, 2) binnen maatschappelijke instellingen op bijzondere grondslag, waaronder scholen, 3) binnen andere contractuele relaties, 4) in de publieke sfeer.³⁵⁷

Binnen de eerste sfeer komt het grondrecht aan de kerk of instelling toe en is een beroep op dit grondrecht door individuele leden of ondergeschikten tegenover de instelling in beginsel niet mogelijk. Binnen de tweede sfeer is de situatie genuanceerder. De instelling heeft recht op respect voor haar bijzondere godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, maar dit recht moet worden afgewogen tegen de vrijheid van godsdienst of levensbeschouwing van de binnen de instelling functionerende individuele persoon.

De Awgb laat aan instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag de vrijheid eisen te stellen die gelet op het doel van de instelling 'nodig zijn' voor de vervulling van een functie. Deze wet bevat een overeenkomstige bepaling voor instellingen van bijzonder onderwijs, en daarnaast een bepaling inzake toelating tot en

1984, *AB* 1984, 366, *NJ* 1985/350, in deze zin oordeelde ook een rechtbank: Rb. Arnhem, 24 december 1987, *PRG*. 1988, 2895.

³⁵⁴ *Kamerstukken II* 1984/85, 700, p. 1383; B.P. Vermeulen, 'Artikel 6', p. 127.

³⁵⁵ *Kamerstukken II* 1975/76, 13873, 5-6, p. 25.

³⁵⁶ C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherziening 1983*, Deventer: Kluwer 1983, p. 79; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, p. 415.

³⁵⁷ B.P. Vermeulen, 'Artikel 6', p. 134 e.v.

deelneming aan het bijzonder onderwijs. De woorden ‘nodig zijn’ bieden de rechter de mogelijkheid de redelijkheid van gestelde eisen te toetsen en een afweging te maken. Hij zal bijvoorbeeld overwegen dat een school aan degene die godsdienstles doceert strengere eisen mag stellen dan aan de conciërge.

Binnen de derde sfeer bestaat meer ruimte voor horizontale werking ten gunste van het individu. In deze sfeer is de Awgb volledig van toepassing op het beperkte aantal specifieke terreinen die door deze wet bestreken worden, zodat direct onderscheid tussen personen op grond van godsdienst of levensovertuiging verboden is, en indirect onderscheid eveneens, tenzij het objectief gerechtvaardigd is.³⁵⁸ Omdat organisaties in deze sfeer zich niet op de vrijheid van godsdienst kunnen beroepen, zal de rechter een beroep op de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging van een werknemer of cliënt ook veel eerder honoreren. Zo zag de rechter het in een pachtcontract opgenomen beding om niet van geloofsovertuiging te veranderen als een ontoelaatbare aantasting van de geloofs- en gewetensvrijheid.³⁵⁹ De Hoge Raad oordeelde dat een werknemer die een snipperdag vroeg voor de viering van een voor hem belangrijke godsdienstige feestdag, deze dient te krijgen, tenzij de gang van zaken in het bedrijf door de afwezigheid van de werknemer ernstig geschaad zal worden.³⁶⁰ In dezelfde lijn liggen uitspraken waarin maatregelen, genomen omdat een werknemer uit geloofsovertuiging een hoofddoek draagt, in het algemeen niet aanvaard worden. In dergelijke zaken is sprake van een (nogal sterke) indirecte werking van de vrijheid van godsdienst: het grondrecht wordt als een zwaarwegend belang meegewogen bij de interpretatie en concretisering van open privaatrechtelijke normen. Zo loste de Hoge Raad in de zaak van de Turkse werknemer die een snipperdag voor een islamitische feestdag wilde nemen, en nam, tegen de wil van de werkgever, de kwestie zoals gebruikelijk op via een privaatrechtelijke afweging van de belangen van de werkgever en de werknemer.³⁶¹

Buiten organisatorische en contractuele verbanden zal de rechter veelal aan de vrijheid van godsdienst directe horizontale werking toekennen. Dit houdt in dat beperkingen van deze vrijheid slechts geoorloofd zijn, voorzover zij binnen de betreffende clausuleringen vallen.³⁶²

³⁵⁸ D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, p. 325-326.

³⁵⁹ Ktr. Alphen aan den Rijn 22 maart 1994, *NJCM-Bulletin* 1994, p. 569 e.v.; Ktr. Apeldoorn 30 november 1994, *PRG* 1995, 4271; Cgb 7 augustus 1995, *RV* 1995, 100.

³⁶⁰ HR 5 juni 1987, *AB* 1988, 276; *NJ* 1988/702; HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/289.

³⁶¹ HR 30 maart 1984, *AB* 366, m.nt. FHvdB; *NJ* 1985/350, m.nt. EAA (Hayrye Inan/De Venhorst).

³⁶² Deze paragraaf is mede gebaseerd op: S.C. van Bijsterveld & B.P. Vermeulen, ‘Artikel 6 – Vrijheid van godsdienst en levensovertuiging’, www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=6##artikel6 2013.

4 Artikel 9 EVRM

4.1 De formulering van artikel 9 EVRM

In de Europese context heeft artikel 9 EVRM aanzienlijk meer betekenis dan het in strekking overeenkomstige artikel 18 IVBPR. De verklaring daarvoor is vooral de jurisprudentie van het EHRM, dat een supranationaal gerecht is en een bindende interpretatie van het EVRM geeft.³⁶³ Artikel 9 EVRM is voor de godsdienstvrijheid belangrijker dan artikel 6 Gw omdat Nederland partij is bij het EVRM en de jurisdictie van het EHRM heeft aanvaard. Het luidt als volgt:

1. Eenieder heeft recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; dit recht omvat tevens de vrijheid om van godsdienst of overtuiging te veranderen, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als privé zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften.
2. De vrijheid zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uiting te brengen kan aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn 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.

In de zaak *Kokkinakis tegen Griekenland* heeft het EHRM in 1993 duidelijk gemaakt waarom de vrijheid van religie en levensovertuiging een belangrijk grondrecht is. Het stelde bij die gelegenheid de algemene principes vast die aan artikel 9 ten grondslag liggen. Het EHRM oordeelde:

As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements which go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset to atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been clearly won over the centuries, depends on it.³⁶⁴

Artikel 9 EVRM is naar het oordeel van het EHRM van fundamentele betekenis voor een democratische samenleving, omdat religie een vitaal element van de identiteit van

³⁶³ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, p. 19.

³⁶⁴ EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88, *NJCM-bulletin* 1994, p. 699-709, m.nt. B.C. Labuschagne, par. 31 (*Kokkinakis v. Greece*).

gelovigen is, en ook kostbaar is voor niet-gelovigen. Het EHRM benadrukte in deze uitspraak de persoonlijke vrijheid van eenieder in een pluriforme, democratische samenleving. Pluriformiteit gewaarborgd door de vrijheid van godsdienst beschouwt het als een van haar wezenskenmerken.

Daarom beschouwt het EHRM het als een plicht van de staat om het hoofd te bieden aan spanningen die onvermijdelijk voortkomen uit het naast elkaar bestaan van verscheidene godsdiensten.³⁶⁵ Het optreden van de overheid dient zich te richten op het bewaren van religieuze pluriformiteit en ingrijpen is om die reden gebonden aan de voorwaarden van een dringende maatschappelijke behoefte en van proportionaliteit.³⁶⁶ Het EHRM zegt dit in een bepaalde zaak zo : ‘The Court’s task is to ascertain whether the measures taken at national level are justified in principle and proportionate. In order to determine the scope of the margin of appreciation in the present case the Court must take into account what is at stake, namely the need to maintain true religious pluralism, which is inherent in the concept of a democratic society (see *Kokkinakis*, cited above, p. 17, § 31). Similarly, a good deal of weight must be given to that need when determining, as paragraph 2 of Article 9 requires, whether the interference corresponds to a “pressing social need” and is “proportionate to the legitimate aim pursued” (...).’³⁶⁷

De *Kokkinakis*-casus is de eerste waarbij het EHRM oordeelde op basis van artikel 9 EVRM. Pas de laatste vijftien tot twintig jaar houdt het EHRM zich op een meer systematische wijze bezig met dit artikel. De ervaring daarvoor was beperkt tot een betrekkelijk klein aantal beslissingen van de ECRM die contextspecifiek waren en die niet voorzagen in een adequaat platform voor het ontwikkelen van meer algemene jurisprudentie. De uitleg in de *Kokkinakis*-casus is nadien in vaste jurisprudentie van het EHRM steeds bevestigd. Pel somt de uitspraken op.³⁶⁸ Artikel 9 EVRM en de interpretatie die het EHRM eraan geeft, heeft naar de mening van Evans een dominante

³⁶⁵ Paul M. Taylor, *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 336.

³⁶⁶ EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88, par. 31 (*Kokkinakis v. Greece*); EHRM 26 september 1996, nr. 18748/91, 23 EHRR 387, par. 44 (*Manoussakis and others v. Greece*); EHRM 14 december 1999, nr. 38178/97, 31 EHRR 561, AB 2000, 73, m.nt. Sewandono, § 53 (*Serif v. Greece*); EHRM (GK) 26 oktober 2000, nr. 30985/96, 24 EHRR 55, EHRC 2000/90, m.nt. Gerards; AB 2001, 183, m.nt. M.J. Kanne, par. 62 (*Hasan and Chaush v. Bulgaria*); EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99, 35 EHRR 306, § 116 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*).

³⁶⁷ EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99, par. 119 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*).

³⁶⁸ P.T. Pel, *Geestelijken in het recht. De rechtspositie van geestelijke functionarissen in het licht van het eigen recht van kerken en religieuze gemeenschappen in de Nederlandse rechtsorde*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 54.

betekenis gekregen voor de vrijheid van godsdienst zowel op internationaal niveau als op nationaal niveau binnen de aangesloten staten.³⁶⁹

Artikel 9 EVRM beschermt levensovertuiging op gelijke wijze als godsdienst. Het EHRM heeft in de *Kokkinakis*-casus een ruime uitleg gegeven aan het begrippenpaar *godsdienst en overtuiging*. Het EVRM heeft evenmin als de Grondwet inhoudelijke religieuze criteria op het oog. De nadruk ligt op de bescherming van de individuele elementen. Ten principale wordt de persoonlijke vrijheid beschermd, eventueel zelfs tegen een georganiseerde kerk. Het EHRM heeft bevestigd dat godsdienst ‘primarily a matter of individual conscience’ is.³⁷⁰ Het artikel drukt uit dat levensovertuiging zich heeft ontwikkeld van uniform naar pluriform en van groepsgewijs naar individueel.³⁷¹ Het geeft een niet-limitatieve aanduiding van de vrijheid van godsdienst. Het eerste gedeelte van het eerste lid waarborgt zonder nadere kwalificatie het *forum internum*, de innerlijke geestelijke vrijheid. Het tweede gedeelte van lid 1 beschermt de vrijheid om een godsdienst of geloofsovertuiging te manifesteren *in foro externo*, en openbaart evenzeer de historische wortels van deze bepaling. Het EHRM heeft de inhoud van artikel 9 aldus samengevat:

While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, *inter alia*, freedom to manifest one’s religion, alone and in private, or in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares. Article 9 lists the various forms which manifestation of one’s religion or belief may take, namely worship, teaching, practice and observance (see, *mutatis mutandis*, *Cha’are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, § 73, ECHR 2000-VII).³⁷²

Het EHRM bevestigt in zijn jurisprudentie dat een overeenkomst tussen veel godsdiensten is het ontwikkelen van voorschriften hoe hun aanhangers zich behoren te gedragen in hun persoonlijk leven. Religieuze voorschriften die het gedrag van gelovigen bepalen, omvatten onder meer het geregeld bezoeken van kerkdiensten, het onderhouden van bepaalde rituelen, het in acht nemen van religieuze feestdagen of niet werken op een bepaalde dag van de week,³⁷³ het dragen van specifieke kleding,³⁷⁴ en

³⁶⁹ Malcolm D. Evans, ‘Synthesis Report: The European Convention on Human Rights and Domestic Courts. The Case of Freedom of Religion’, p. 406, 409-410.

³⁷⁰ EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 105 (*Leyla Şahin v. Turkey*); Jit Peters & Geerten Boogaard, ‘De rechter en religieuze vragen’, in: A.J. Nieuwenhuis & C.M. Zoethout, *Rechtsstaat en religie* (p. 89-116), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 90.

³⁷¹ C.J.M. Schuyt, ‘Publiekrecht in een multiculturele samenleving’, in: *Multiculturaliteit en recht, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2008*, Deventer: Kluwer 2008, p. 77-78.

³⁷² EHRM (GK), 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 105 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

³⁷³ Onder meer: EHRM 3 december 1996, nr. 24949/94 (*Konttinen v. Finland*).

voedselbeperkingen.³⁷⁵ Door deze voorschriften te onderhouden tonen gelovigen dat zij de godsdienst die zij aanhangen, ook in de praktijk van het leven wensen te belijden, waardoor de overeenstemming tussen individuele en collectieve identiteit wordt bevorderd en in stand gehouden. Hun vrijheid om dit te doen wordt beschermd door artikel 9 EVRM.³⁷⁶

Het recht op godsdienstvrijheid dat artikel 9 EVRM waarborgt, omvat zowel het recht om wel als om niet te geloven en zowel wel als niet aan godsdienstige manifestaties deel te nemen. De bescherming van het grondrecht op godsdienstvrijheid is dus niet eendimensionaal van aard. Aan de ene kant gaat het om de vrijheid van een burger zich te identificeren als religieuze persoon in een gemeenschappelijke religieuze praxis. Aan de andere kant gaat het om de vrijheid van een burger een bepaald gebod niet te onderhouden of een bepaald voorschrift niet na te leven, zonder dat hij komt bloot te staan aan onoorbare druk.

Om bepaalde onderdelen van hun godsdienst te beoefenen kunnen gelovigen zich verenigen in een rechtspersoon. Deze rechtspersoon kan zich beroepen op artikel 9 EVRM. Dit artikel houdt in beginsel mede in dat gelovigen zich organiseren in een gemeenschap die haar eigen karakter beschermt. Binnen de gemeenschap zijn gelovigen gevrijwaard van overheidsingrijpen.³⁷⁷ Een religieuze organisatie komt het recht toe aanhangers of uitingen van andere godsdiensten te weren. De godsdienstvrijheid van de organisatie of instelling weegt in beginsel zwaarder dan de godsdienstvrijheid van de persoon die wordt buitengesloten of wiens uiting wordt beperkt.³⁷⁸ De jurisprudentie van het EHRM biedt de ruimte voor het beschermen van de godsdienstige identiteit van een instelling. Zo oordeelde het in een bepaalde zaak dat ontslag van een personeelslid dat actief werd in een andere geloofsgemeenschap gerechtvaardigd was.³⁷⁹

Het EHRM stelt zich op het standpunt dat de overheid zich dient te onthouden van het interpreteren van religie. Om een enkel voorbeeld te geven, in de *Sinan Işık*-casus heeft het erop gewezen dat volgens vaste jurisprudentie de rol van de autoriteiten niet is om maatregelen te nemen die een bepaalde interpretatie van religie bevoordelen boven een

³⁷⁴ Onder meer: EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 78 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

³⁷⁵ EHRM (GK) 27 juni 2000, nr. 27417/95, AB 2001, 116, m.nt. BPV, par. 73 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*).

³⁷⁶ Onder meer: EHRM 10 juni 2010, nr. 302/02, par. 118 (*Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia*).

³⁷⁷ EHRM 14 december 1999, (*Serif v. Greece*).

³⁷⁸ Zie het *Maimonides*-arrest: HR 22 januari 1988, LJV:AD0151, NJ 1988/891, m.nt. EAA, AB 1988, 96, m.nt. FHvdB; *NJCM-Bulletin* 13-3 (1988), p. 214, m.nt. R. de Winter; AA 1988, 391, m.nt. P.W.C. Akkermans.

³⁷⁹ EHRM 3 februari 2011, nr. 18136/02 (*Siebenhaar v. Germany*).

andere. Het komt de staat niet toe de legitimiteit van een bepaalde opvatting van religie vast te stellen, en daarmee een religie te interpreteren. ‘(...), the Court notes that it has always stressed that, in a democratic society where the State is the ultimate guarantor of pluralism, including religious pluralism, the role of the authorities is not to adopt measures favouring one interpretation of religion over another (...). The State’s duty of neutrality and impartiality, as defined in its case-law, is incompatible with any power on the State’s part to assess the legitimacy of religious beliefs, (...).’³⁸⁰

Neutraliteit en onpartijdigheid verbieden de staat naar het oordeel van het EHRM de legitimiteit vast te stellen van een godsdienst of van de wijzen waarop deze wordt uitgedrukt of zich manifesteert.³⁸¹ Hieruit vloeit voort dat de staat een nauwe beleidsruimte heeft en ernstige en dwingende redenen naar voren moet brengen voor een beperking van de keuzes die mensen maken binnen de sfeer van hun persoonlijke of collectieve autonomie om zich te gedragen conform een religieuze norm. Een inmenging kan een gerechtvaardigde beperking zijn in het licht van artikel 9 lid 2 EVRM, als de keuze van gelovigen strijdig is met de rechten van de mens in de zin van het EVRM, waaronder een breuk met de gelijkheid van de seksen,³⁸² of als deze keuze gelovigen tegen hun wil wordt opgelegd.³⁸³

4.2 Reikwijdte en beperkingsgronden van artikel 9 EVRM

Vaste lijn in de jurisprudentie van het EHRM is dat lang niet elke daad die voortkomt uit een godsdienstige overtuiging valt onder de vrijheid van godsdienst en onder artikel 9 EVRM.³⁸⁴ De reikwijdte van dit artikel wordt niet enkel bepaald door een individuele interpretatie. Het juridische systeem moet zelf de antwoorden geven, gebaseerd op objectieve criteria en primair gerelateerd aan de uiterlijke verschijning van de uiting, aldus Vermeulen.³⁸⁵ In algemene zin stelt het EHRM dat artikel 9 niet elke gedraging beschermt die wordt gemotiveerd of geïnspireerd door een godsdienst of overtuiging, en dat ieder bij het uitoefenen van zijn vrijheid met zijn specifieke situatie rekening moet houden.³⁸⁶

³⁸⁰ EHRM 2 februari 2010, nr. 21924/05, par.par. 45 (*Sinan Işık v. Turkey*).

³⁸¹ Onder meer: EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 107 (*Leyla Şahin v. Turkey*); EHRM (GK) 26 oktober 2000, nr. 30985/96, par. 78 (*Hasan and Chaush v. Bulgaria*).

³⁸² Onder meer: EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 115 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

³⁸³ EHRM 10 juni 2010, nr. 302/02, par. 119 (*Jehovah’s Witnesses of Moscow and others v. Russia*).

³⁸⁴ EHRM 1 juli 1997, nr. 20704/92, par. 27 (*Kalaç v. Turkey*); EHRM (GK) 26 oktober 2000, nr. 30985/96, par. 60 (*Hasan and Chaush v. Bulgaria*); EHRM 2 oktober 2001, nr. 49853/99 (*Pichon and Sajous v. France*); EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, par. 82 (*Pretty v. the United Kingdom*).

³⁸⁵ Ben Vermeulen, ‘Gewetensvrijheid en godsdienstvrijheid in een neutrale staat’, in: F.T. Oldenhuis (eindred.), *Een neutrale staat: kreet of credo?*, Heerenveen: Protestantse Pers 2009, p. 89.

³⁸⁶ EHRM 1 juli 1997, 20704/92, § 27 (*Kalaç v. Turkey*).

De overtuiging als zodanig, het *forum internum*, komt een absolute bescherming toe. Dit betekent dat het de staten in geen enkele omstandigheid is toegestaan om aan het *forum internum* beperkingen te stellen. De ECRM heeft dit in 1989 bevestigd in de zaak *Darby tegen Zweden*: ‘Under Article 9 par. 1 (Art. 9-1), a Contracting State is obliged to respect everyone’s general right to freedom of religion and that right may not be restricted.’³⁸⁷ Gelet op de bewoordingen van het tweede lid van artikel 9 EVRM zijn beperkingen slechts mogelijk ten aanzien van externe uitingen van gedachte, geweten en godsdienst, dus ten aanzien van geopenbaarde manifestaties van religieuze of andere levensovertuigingen. Het EHRM heeft dit aldus verwoord: ‘The fundamental nature of the rights guaranteed in Article 9 par. 1 is also reflected in the wording of the paragraphs providing for limitations on them. Unlike the second paragraphs of Article 8, 10 and 11, which cover all the rights mentioned in the first paragraphs of those Articles, that of Article 9 refers only to “freedom to manifest one’s religion or belief”.’³⁸⁸ Een beperking op deze vrijheid moet zijn voorgeschreven door de wet en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving voor een toegestaan doel, dat wil zeggen, zij moet gericht zijn op een wettig doel en moet proportioneel zijn in bereik en effect. In de oordelen van het EHRM is de democratische samenleving een waarde met een groot gewicht. Ik noemde al de *Kokkinakis*-casus. Daarin sprak het EHRM uit: ‘As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a “democratic society” within the meaning of the Convention. (...) The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it’.³⁸⁹

Het EHRM en de ECRM hebben in hun jurisprudentie een nogal restrictieve interpretatie van artikel 9 EVRM ontwikkeld. Als men bijvoorbeeld op religieuze gronden bezwaar maakt tegen een overheidsmaatregel, oordeelt de rechter meestal dat de aangevallen regeling naar objectieve uitleg niet op het specifieke religieuze of levensbeschouwelijke handelen betrekking heeft, zodat de betrokkene geen beroep op de in artikel 9 EVRM gegarandeerde vrijheid toekomt.³⁹⁰ De Nederlandse rechter en het EHRM vatten de in dit artikel geformuleerde vrijheid van godsdienst en levensovertuiging naar de mening van Vermeulen in het algemeen restrictief op.³⁹¹ Barkhuysen, Van Emmerik en Loof bevestigden de restrictieve uitleg en merken op dat als de Nederlandse rechter de in het geding zijnde handeling al begrepen acht onder de

³⁸⁷ ECRM 9 mei 1989, nr. 11581/85, § 44 (*Darby v. Sweden*).

³⁸⁸ EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88, par. 33 (*Kokkinakis v. Greece*).

³⁸⁹ EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88, par. 31 (*Kokkinakis v. Greece*).

³⁹⁰ B.P. Vermeulen, ‘Artikel 6’, p. 110-111. Vermeulen vermeldt een aantal uitspraken.

³⁹¹ Zie B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten*, p. 193 e.v.; B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, p. 20-21.

vrijheid van gedachte, geweten of godsdienst, de beperking dan meestal kan worden gerechtvaardigd op grond van het tweede lid van dit artikel.³⁹²

De restrictieve interpretatie van artikel 9 EVRM is voor het eerst expliciet geformuleerd in de *Arrowsmith*-casus. Arrowsmith claimde dat zij het recht had folders te verspreiden onder troepen in een Brits legerkamp waarin hun terugtrekking uit Noord-Ierland werd bepleit. Artikel 9 EVRM gaf haar het recht haar pacifistische levensovertuiging aldus tot uitdrukking te brengen. De ECRM meende echter dat een subjectief criterium niet voldeed: ‘the term *practice* as employed in Article 9.1 does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief’. Zij paste een meer objectief criterium toe: ‘when the actions of individuals do not actually express the belief concerned they cannot be considered to be as such protected by Article 9.1, even when they are motivated by it’.³⁹³ Deze lijn van argumentatie is sindsdien consequent gevolgd in latere uitspraken van de ECRM en het EHRM. De termen ‘tot uitdrukking brengen’ en ‘praktische toepassing’ in artikel 9 EVRM bestrijken niet elke daad die voortkomt uit een godsdienst of overtuiging.³⁹⁴ Zo oordeelde het EHRM in de zaak van de apothekers Pichon en Sajous dat hun weigering anticonceptiepillen te verkopen vanwege hun religieuze overtuiging niet kan worden beschouwd als uitoefening van hun godsdienst of levensovertuiging. De vrijheid van godsdienst beschermt alleen die handelingen die op zichzelf beschouwd kunnen worden als een praktische toepassing van iemands godsdienst of overtuiging.³⁹⁵ Anders gezegd, artikel 9 EVRM beschermt slechts handelingen ‘which are aspects of the practice of a religion or belief in a generally recognised form’.³⁹⁶

Het tweede lid van artikel 9 EVRM bevat een relatief korte lijst van beperkingsgronden. In de clause van dit lid is het begrip *wet* niet tot de formele wet beperkt, maar kan *wet* elke wet in materiële zin zijn, en zelfs een beleidsregel, mits deze kenbaar en voorzienbaar is.³⁹⁷ Naast de doelcriteria die deze clause bevat, vormt de zinsnede ‘in een democratische samenleving noodzakelijk’ een toetsingselement. Er ligt een redelijkheidseis en een proportionaliteitseis in besloten.

³⁹² T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, ‘50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht – ontwikkelingen en vooruitzichten’, p. 350.

³⁹³ ECRM 12 oktober 1978, *D & R* 19, 1980, p. 5 (*Arrowsmith v. the United Kingdom*).

³⁹⁴ EHRM 1 juli 1997, nr. 20704/92, par. 27 (*Kalaç v. Turkey*); EHRM (GK) 26 oktober 2000, nr. 30985/96, par. 60 (*Hasan and Chaush v. Bulgaria*); EHRM 2 oktober 2001, nr. 49853/99 (*Pichon and Sajous v. France*); EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, par. 82 (*Pretty v. the United Kingdom*).

³⁹⁵ B.P. Vermeulen & M.J. Kanne, ‘Kerk en staat en de mensenrechten’, in: L.C. van Drimmelen & T.C. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht* (p. 69-92), Utrecht: Lemma 2004, p. 77.

³⁹⁶ ECRM 15 december 1983 (*C. v. United Kingdom*); ECRM 5 juli 1984 (*V. v. the Netherlands*); ECRM 13 maart 1986 (*Vereniging Rechtswinkels Utrecht*).

³⁹⁷ S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, p. 40.

Bij een botsing tussen een wettelijke regeling en de uitoefening van de godsdienstvrijheid beoordeelt het EHRM allereerst of de regeling een beperking van de godsdienstvrijheid inhoudt, om vervolgens na te gaan of de beperking geoorloofd is. Neutraal geformuleerde wettelijke voorschriften en regels die een godsdienstige uiting belemmeren, beoordeelt het EHRM over het algemeen niet als een beperking van de godsdienstvrijheid.³⁹⁸ Vermeulen concludeert dit op grond van diverse oordelen van ECRM en EHRM. Zo stelt de ECRM in de zaak van een antroposofische arts die weigerde te participeren in een pensioenregeling dat ‘the obligation to participate in a pension fund applies to all general practitioners on a purely neutral basis, and cannot be said to have any close link with their religion or beliefs’.³⁹⁹ Het gelijkheidsbeginsel verbiedt bovendien rekening te houden met de subjectieve interpretatie van een minderheid of een individu in die mate dat deze groep of dit individu disproportioneel wordt begunstigd.⁴⁰⁰ Peters en Boogaard merken echter op dat het er soms op lijkt dat de Europese rechter de beweegredenen van de individuele gelovige niet serieus neemt in tegenstelling tot die van de staat.⁴⁰¹ Uitz stelt vast dat het EHRM een onderscheid maakt tussen neutrale bepalingen van de overheid die een negatief effect kunnen hebben op de uitoefening van het belijden van het geloof en bepalingen die zich direct richten op beperking van het belijden. In het laatste geval toetst het EHRM wat minder marginaal.⁴⁰²

Artikel 9 EVRM laat door zijn formulering veel meer ruimte voor afweging van belangen dan artikel 6 Gw, aldus Vermeulen.⁴⁰³ In de *Metropolitan Church of Bessarabia*-casus heeft het EHRM uitgesproken dat het toetst of de redenen voor de beperking proportioneel en relevant en voldoende zijn ten opzichte van het nagevolgde legitieme doel:

It must now be decided whether the ‘interference’ complained of corresponded to a ‘pressing social need’, whether it was ‘proportionate to the legitimate aim pursued’,

³⁹⁸ EHRM 18 december 1996, nr. 21787/93, par. 36-37 (*Valsamis v. Greece*); EHRM 18 december 1996, nr. 24095/94, par. 37-38 (*Efstathiou v. Greece*).

³⁹⁹ ECRM 5 juli 1984, 39 D&R 269 (*V. v. the Netherlands*); Paul M. Taylor, *Freedom of Religion*, p. 126.

⁴⁰⁰ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, p. 77-79; B.P. Vermeulen, ‘The freedom of religion in article 9 of the European Convention on human rights: historical roots and today’s dilemma’s’, p. 18; Ben P. Vermeulen & Bahija Aarrass, ‘De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving’, p. 71.

⁴⁰¹ Jit Peters & Geerten Boogaard, ‘De rechter en religieuze vragen’, p. 109.

⁴⁰² Renáta Uitz, *Freedom of Religion*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2007, p. 49.

⁴⁰³ Ben Vermeulen, ‘Gewetensvrijheid en godsdienstvrijheid in een neutrale staat’, in: F.T. Oldenhuis (eindred.), *Een neutrale staat: kreet of credo?* (p. 78-107), Heerenveen: Protestantse Pers 2009, p. 95; eveneens: B.P. Vermeulen, ‘The freedom of religion in article 9 of the European Convention on human rights: historical roots and today’s dilemma’s’, p. 23; S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, p. 41.

whether the reasons given by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient’ (...).⁴⁰⁴

De wijze waarop het EHRM het criterium van proportionaliteit hanteerde, maakte deel uit van een afwegingsproces waarin diverse criteria van belang zijn:

(...), the Court leaves to States party to the Convention a certain margin of appreciation in deciding whether and to what extent an interference is necessary, but that goes hand in hand with European supervision of both the relevant legislation and the decisions applying it. The Court’s task is to ascertain whether the measures taken at national level are justified in principle and proportionate. In order to determine the scope of the margin of appreciation in the present case the Court must take into account what is at stake, namely the need to maintain true religious pluralism, which is inherent in the concept of a democratic society (see *Kokkinakis*, p. 17, § 31). Similarly, a good deal of weight must be given to that need when determining, as paragraph 2 of Article 9 requires, whether the interference corresponds to a ‘pressing social need’ and is ‘proportionate to the legitimate aim pursued’ (see, *mutatis mutandis*, among many other authorities, *Wingrove v. the United Kingdom*, judgment of 25 November 1996, *Reports* 1996-V, p. 1956, § 53).⁴⁰⁵

Het EHRM verwierp de tegen het kerkgenootschap genomen maatregel:

In conclusion, the Court considers that the refusal to recognise the applicant Church has such consequences for the applicants’ freedom of religion that it cannot be regarded as proportionate to the legitimate aim pursued or, accordingly, as necessary in a democratic society, and that there has been a violation of Article 9 of the Convention.⁴⁰⁶

Het EHRM oordeelde dat de gevolgen van de maatregel van de overheid voor de vrijheid van godsdienst niet in een redelijke verhouding staan met het doel dat de overheid ermee heeft of, daarmee in overeenstemming, niet noodzakelijk is in een democratische samenleving.

⁴⁰⁴ Het EHRM verwees naar een eerdere uitspraak: EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, par. 62 (*The Sunday Times v. the United Kingdom*).

⁴⁰⁵ EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99, par.119 (*Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*).

⁴⁰⁶ EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99, par. 130 (*Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*).

De doctrine van de *margin of appreciation* impliceert dat het EHRM aan de staten in beginsel veel ruimte geeft bij de interpretatie van de beperkingsclausule van artikel 9 lid 2 EVRM. Een gevolg van de formulering van artikel 9 EVRM en de opstelling van het EHRM is dat staten over veel vrijheid beschikken om te bepalen of een beperking van de godsdienstvrijheid noodzakelijk is. De reden daarvoor is, zo maakt Carolyn Evans duidelijk, dat het voor het EHRM moeilijk, zo niet onmogelijk, is om zich te baseren op (bijna-)universele Europese concepties bij het bepalen van de wijidte van de *margin of appreciation* in conflicten op het terrein van de vrijheid van godsdienst.⁴⁰⁷ Het is dan ook volgens Vermeulen en Aarrass nog nauwelijks relevant of de wet of de maatregel die de vrijheid van godsdienst beperkt, gericht is op een van de doeleinden vermeld in artikel 9 lid 2 EVRM. De toets waar het echt op aankomt, is of de wet of maatregel noodzakelijk en proportioneel is.⁴⁰⁸ In hoofdstuk 1, paragraaf 2.2 is reeds besproken dat het EHRM erkent dat de autoriteiten van de staat op grond van hun directe en voortdurende contact met de vitale krachten in hun land in principe in een betere positie zijn dan de internationale rechter om een oordeel te geven over de noodzaak van een beperking.⁴⁰⁹

Daar komt bij dat het EHRM naar het oordeel van Vermeulen en Aarrass de beperkingsclausules van artikel 9 EVRM heeft opgerekt als gevolg van een verruiming van het concept van de vrijheid van godsdienst. Ze gebruiken het beeld van communicerende vaten. Als de vrijheid van godsdienst wordt verruimd, gaat een ruimere interpretatie van de beperkingsgronden hiermee gepaard. Wanneer religieuze uitingen niet meer beperkt zijn tot de begrensde sfeer van traditionele religieuze praktijken, maar zich op allerlei wijzen kunnen manifesteren in de publieke sfeer, is het begrijpelijk dat het EHRM de nationale staat een grote marge laat om in het democratische besluitvormingsproces te beslissen over de nationale normering.⁴¹⁰

Artikel 9 lid 2 EVRM erkent openbare gezondheid en openbare orde als doelen van overheidsbeleid. Het EHRM interpreteert deze ruim voor de beperking van godsdienstvrijheid. In een bepaalde zaak gaf het er een naar de mening van Taylor ongebruikelijke breedte aan door een verband te leggen met religieuze harmonie en tolerantie. Het stelde dat de overheid een legitiem doel nastreeft door het verbieden van de rituele slacht aan een bepaalde joodse groepering met als argument 'protection of

⁴⁰⁷ Carolyn Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 144.

⁴⁰⁸ Ben P. Vermeulen & Bahija Aarrass, 'De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving', p. 75-77.

⁴⁰⁹ ECRM 7 december 1976, nr. 5493/72, par. 48 (*Handyside v. the United Kingdom*).

⁴¹⁰ Ben P. Vermeulen & Bahija Aarrass, 'De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving', p. 76-77. Vergelijk: A.J. Nieuwenhuis, 'Over schillen en sferen: het wisselende gewicht van de vrijheid van godsdienst'.

public health and public order, in so far as organisation by the State of the exercise of worship is conducive to religious harmony and tolerance'.⁴¹¹

Het EHRM acht het gerechtvaardigd dat de staat beperkingen oplegt aan religieuze uitingen om de belangen van de diverse groepen met elkaar te verzoenen en te waarborgen dat het geloof van eenieder wordt gerespecteerd. In de zaak van de Zwitserse onderwijzeres Lucia Dahlab overwoog het EHRM dat het verbod tot het dragen van de islamitische hoofddoek door een vrouwelijke leerkracht in beginsel gerechtvaardigd was en proportioneel ten opzichte van het beschermen van de rechten en vrijheden van anderen, de openbare orde en de openbare veiligheid. Het EHRM woog het recht van de vrouw haar religie te uiten af tegen de behoefte om de leerlingen te beschermen tegen religieuze druk door het bewaren van religieuze harmonie. Naar de mening van het EHRM was het dragen van een islamitische hoofddoek onder meer moeilijk te verzoenen met de boodschap van tolerantie en respect voor anderen.⁴¹²

In de Leyla Şahin-casus wordt deze jurisprudentie bevestigd: 'In democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on freedom to manifest one's religion or belief in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected (see *Kokkinakis*, cited above, p. 18, § 33). This follows both from paragraph 2 of Article 9 and the State's positive obligation under Article 1 of the Convention to secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined therein. (...)'.⁴¹³ In de arresten in deze zaak aanvaardt het EHRM het verbod tot het dragen van de islamitische hoofddoek op Turkse universiteiten mede met het oog op de handhaving van de orde binnen de universiteit. Het accepteert in feite het argument van de Turkse staat dat de openbare orde in artikel 9 lid 2 EVRM niet alleen betrekking heeft op de orde in de straat en de orde binnen en tussen groepen, maar ook verwijst naar de constitutionele beginselen waarop een staat is gegrondvest, in het concrete geval het seculiere karakter van de staat.⁴¹⁴ Onder de *openbare orde* rekent het EHRM dus ook de orde binnen een bepaalde organisatie, zoals een universiteit,⁴¹⁵ en de handhaving van de vrede tussen rivaliserende religieuze partijen.⁴¹⁶

⁴¹¹ EHRM (GK) 27 juni 2000, nr. 27417/95, par. 84 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*); Paul M. Taylor, *Freedom of Religion*, p. 309.

⁴¹² EHRM 15 februari 2001, nr. 42393/98, 4 (a) (*Dahlab v. Switzerland*).

⁴¹³ EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 106 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

⁴¹⁴ Vermeulen en Aarrass merken over de *Leyla Şahin*-casus op dat er geen enkel bewijs was van wanorde veroorzaakt door studentes die een hoofddoek droegen of door anderen die daar agressief op reageerden. Dit is dus echter niet het punt waar het om gaat, zie: Ben P. Vermeulen & Bahija Aarrass, 'De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving', p. 76.

⁴¹⁵ EHRM 29 juni 2004, nr. 44774/98, par. 99 (*Leila Şahin v. Turkey*).

⁴¹⁶ EHRM 14 december 1999, nr. 38178/97, par. 45 (*Serif v. Greece*); EHRM 16 december 2004, nr. 39023/97, par. 92 (*Supreme Holy Council of the Muslim Community v. Bulgaria*).

Het EHRM benadrukt in de zaak van de Leyla Şahin dat de praktijk van het dragen van de hoofddoek in de verschillende Europese staten zeer uiteenloopt en dat er mede om die reden een ruime beoordelingsvrijheid aan de staten moet worden gelaten of deze praktijk door de vrijheid van godsdienst wordt beschermd. Het EHRM stelt zich op het standpunt dat het zich in zaken die de verhouding tussen religie en staat betreffen terughoudend dient op te stellen. In zijn motivering wijst het erop dat in een democratische samenleving de opvattingen over de juiste verhouding tussen die twee redelijkerwijs nogal uiteen kunnen lopen. Om die reden moet aan de rol van de nationale besluitvormingsorganen speciale betekenis worden toegekend: '(...) where questions concerning the relationship between State and religions are concerned, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision making body must be given special importance'.⁴¹⁷ De onmiddellijke betekenis van dit arrest voor Nederland is naar de mening van Loenen gering. Neutraliteit van de staat en pluriformiteit van de samenleving worden hier op geheel andere wijze bevorderd en gehandhaafd.⁴¹⁸ De neutraliteit van de staat wordt in Nederland inderdaad anders geïnterpreteerd dan in Turkije, maar het argument van de openbare orde is *een* argument binnen een zorgvuldig opgebouwd betoog dat een veel ruimere strekking heeft. Dit oordeel van het EHRM staat bovendien binnen het grote verband van zijn besluiten en oordelen over grondrechten. Het is daarbij uitgesproken door de Grote Kamer, wat impliceert dat het een belangrijk arrest is. In hoofdstuk 4 kom ik op de mogelijke betekenis van dit oordeel terug.

5 De kern van godsdienstvrijheid

Een manier om te bepalen of een handeling onder de bescherming van godsdienstvrijheid valt, is door gebruik te maken van een redenering die probeert de kern of het wezen van een godsdienst te benoemen. In hoofdstuk 1, § 3.2, heb ik dit onderwerp in algemene zin voor de grondrechten besproken. Een toepassing op het terrein van de godsdienstvrijheid is dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft geoordeeld dat door het aan banden leggen van het oprichten van religieuze bouwwerken 'de vrijheid van godsdienst of van belijden ervan niet in haar wezen wordt aangetast'.⁴¹⁹ In deze redenering klinkt de schillentheorie door die ook door het Gerechtshof Den Haag is gebruikt in zijn oordeel in de SGP-zaak. Het Gerechtshof oordeelde dat 'de kern (...) van het grondrecht op vrijheid van godsdienst'

⁴¹⁷ EHRM 29 juni 2004, nr. 44774/98, par. 99 (*Leila Şahin v. Turkey*); EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 114, 109 (*Leila Şahin v. Turkey*). In dezelfde zin: EHRM 24 januari 2006, nr. 65500/01 (*Kurtulmus v. Turkey*).

⁴¹⁸ T. Loenen, *Geloof in het geding*, p. 74.

⁴¹⁹ ABRS 6 april 2005, AB 2005, 225.

is ‘de bescherming van de persoonlijke geloofsovertuiging alsmede de handelingen die daarmee nauw verbonden zijn, zoals daden van verering die deel uitmaken van een religieuze praktijk in een algemeen aanvaarde vorm. De praktijk om vrouwen van het passief kiesrecht uit te sluiten staat daarmee in betrekkelijk ver verband’. De conclusie was dan ook ‘dat, voor zover er al een inbreuk op de vrijheid van godsdienst zou ontstaan (door een overheidsmaatregel gericht tegen de SGP, HP), deze niet de kern maar slechts de buitenste schil van dit grondrecht raakt’.⁴²⁰

Of een beperking van de godsdienstvrijheid toelaatbaar is, kan soms ondanks bezwaren tegen de kernrechtbenadering beantwoord worden door naar de noodzakelijkheid van de gedraging te vragen. De kwestie is dan of een gelovige zijn geloof nog kan belijden als de beperking geldt. Zo was het gebruik van een door de Opiumwet verboden thee voor een gelovige uiteindelijk niet noodzakelijk voor het belijden van haar godsdienst. Op grond daarvan oordeelde de rechter dat de door de staat opgelegde beperking in de vorm van een verbod niet in strijd is met de clausule van artikel 9 lid 2 EVRM.⁴²¹

Van Wissen hanteert het beeld van schillen voor het onderscheid tussen het statische element – het hebben – en het dynamische element – het aanvaarden om een gerechtvaardigde beperking vast te stellen.⁴²² De binnenste schil van de godsdienstvrijheid is de individuele, persoonlijke en inwendige zijde, het *forum internum*. De meer uitwendige zijde is de manifestatie van de levensovertuiging. Dit omvat de handelings- en collectieve aspecten, het *forum externum*. Het onderscheid tussen *forum internum* en *forum externum* is principieel van aard. De onaantastbaarheid van het *forum internum* als norm is een uitdrukking van de menselijke waardigheid als grondslag van staat en recht. De eigen innerlijke overtuiging is het waard beschermd te worden. Dit vloeit voort uit de menselijke autonomie, dat wil zeggen, het vermogen van zelfwetgeving. Deze zelfstandigheid op het innerlijk niveau kan men zien als het vermogen tot wilsvrijheid, waarvan het pendant op uiterlijk niveau te beschouwen is als het vermogen tot handelingsvrijheid. Wettige beperkingen van de godsdienstvrijheid zullen slechts betrekking kunnen hebben op het *forum externum*.⁴²³ Een lastig punt is dat het *forum internum* en het *forum externum* zijn te onderscheiden maar voor een gelovige niet zonder meer zijn te scheiden. Voor de gelovige is er een

⁴²⁰ Gerechtshof ‘s-Gravenhage 20 december 2007, *ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619*, *GST* 2008, 18, m.nt. J.L.W.; *JB* 2008, 37, m.nt. R. Nehmelman & M. Kanne, m.nt. R.J.N.S.; *NJ* 2008/133; *NJF* 2008, 213; *NJCM-Bulletin* 2008, p. 203 e.v., m.nt. Ten Napel & Castermans, r.o. 6.6, 6.7.

⁴²¹ HR 9 januari 2007, *ECLI:NL:HR:2007:AZ2497*, *AB* 2007, 181, m.nt. L.C. Groen (*Santo Daime II*).

⁴²² G.J.M. van Wissen, *Grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 101-102; zie ook: Henk Post, *Gelijkheid als nieuwe religie*, p. 68.

⁴²³ B.C. Labuschagne, *Godsdienstvrijheid en niet-gevestigde religies. Een grondrechtelijk-rechtsfilosofische studie naar de betekenis en grenzen van religieuze tolerantie*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1994, p. 88.

relatie tussen zijn *forum internum* en zijn *forum externum*. Beperking van het *forum externum* kan tot een spanning leiden met het *forum internum* en als een inbreuk op de godsdienstvrijheid worden ervaren. Rechtsconflicten op het terrein van het *forum externum* hebben betrekking op de verhouding tussen *forum internum* en *forum externum*. Ze zullen tenminste de kern van de vrijheid van godsdienst raken.

6 Vrijheid van geweten

De Nederlandse staat kent vanaf zijn oprichting een zekere mate van godsdienstvrijheid. Godsdienstvrijheid houdt echter niet per definitie gewetensvrijheid in. Het geweten was in de zestiende eeuw geen fundamenteel element, dat was veeleer de tolerantie, namelijk om godsdienstconflicten en -oorlogen te voorkomen en de onderlinge vrede tot stand te brengen en te bewaren. De vanzelfsprekendheid van het vrije geweten dat boven alles gaat, kwam pas naar voren in de achttiende eeuw. Ketteren waren dolende geesten, die er verkeerde ideeën op nahielden en hun geweten was dus niet met God in het reine. Het geweten was niet de zedelijk hoogste autoriteit; dat was immers God zelf. Daarom mocht dwang worden uitgeoefend om mensen tot aanvaarding van de heersende overtuiging te brengen. Het geweten was een religieus en geen moreel begrip, zoals thans. Schuyt schrijft dit bij zijn bespreking van het proefschrift van Bonger, *De motivering van de godsdienstvrijheid bij Dirck Volckertszoon Coornhert*, Dit proefschrift is gewijd aan de onaantastbaarheid van het geweten. Coornhert (1522-1590) was een tijdgenoot van Willem van Oranje.

Willem van Oranje (1533-1584) had de overtuiging dat zijn geweten alleen aan God verantwoording verschuldigd was. Hij schreef in een brief gedateerd 18 maart 1584:

Want wie is de man uit de wereld die zo vermetel is, dat hij het geweten van anderen wil treffen? En wat mijn eer aangaat – ik moet haar immers verdedigen – het zou me geoorloofd zijn om meer ronduit te spreken tegen mijn broeder dan dat ik tegen een vreemdeling van ons huis zou doen – is er iemand die zich er meer op kan beroemen – de roem gaat echter naar God – meer gewerkt, meer geleden en meer te hebben verloren dan ik om kerken te stichten, vooruit te helpen en te handhaven? (...) Nu ik door de genade van God tot hiertoe gekomen ben, weet ik niet wie ter wereld die macht heeft om aan mijn geweten te raken, dat, zo de Heere het wil, zichzelf goed zal verdedigen.⁴²⁴

⁴²⁴ G. Groen van Prinsterer (red.), *Archives ou correspondance inédite de la nation D'Orange-Nassau*, Leiden: S. en J. Luchtmans 1841, vindplaats: www.historici.nl/retroboeken/archives/#source=8&page=442&size=800&accessor=toc1d, serie 1, deel 8, 1581-1584.

Oranje verantwoordt zich in het voorafgaande voor zijn handelen, namelijk dat hij samenwerking nastreeft met een katholieke vorst, terwijl hij strijdt voor de zaak van de protestanten. In laatste instantie, als zijn eer en integriteit in geding komen door de aantijgingen van tegenstanders van deze samenwerking, beroept hij zich op zijn geweten. Hij doet dat niet in de moderne subjectieve zin, waarin wij over het geweten spreken. Oranje was voorstander van de vrijheid van geweten en van godsdienst. De kerk moet in vrijheid de waarheid kunnen verkondigen. De waarheid heeft invloed op het geweten. Men kan het geweten van anderen niet dwingen. Het geloof is een innerlijke overtuiging die moet worden geboren. De overheid moet het recht daarop waarborgen. Eerbied voor de mens is voor Oranje bepalend voor de vrijheid van geweten. Zijn karakter (Oranje spreekt van 'mon naturel') zei hem dat je niemands geweten kwaad mag doen. De grondonderzoek van Oranje was dat er een goddelijke waarheid is waar het geweten van mensen op is aangelegd. De kerk moet deze waarheid verkondigen en het geweten van mensen daarbij leiden. Maar desalniettemin moet men uitermate veel geduld hebben met mensen die een andere overtuiging hebben. De overheid mag mensen in elk geval niet strafrechtelijk vervolgen.⁴²⁵

Het opkomen voor de protestantse godsdienst ging bij de prins gepaard met billijkheid en tolerantie ten opzichte van hen die de rechtsorde en de prediking van deze religie respecteren. Deze vorm van vrijheid van geweten en van uitoefening van religie leidt echter niet tot overloze tolerantie, ze komt niet in mindering op het leven naar wetten en regels.⁴²⁶

Met de vraag of een mens zich op zijn geweten mocht beroepen heeft Coornhert zich diepgaand beziggehouden. Het oordelende geweten is volgens Coornhert afhankelijk van de kennis van goed en kwaad. Zo oordeelt een waarachtig geweten vanuit ware kennis, dat is de kennis door Christus geopenbaard, en een dolend geweten vanuit onware, zondige kennis. Niettemin is het de plicht van mensen om het eigen geweten te volgen, ook al berust die slechts op verkeerde of vermoedelijk niet-ware kennis. Ieder mens heeft recht op zijn diepste overtuiging. Alleen God zal daarover oordelen. Dwang, in de zin van geloofsdwang of gewetensdwang, produceert volgens Coornhert slechts hypocrieten, die zeggen te geloven maar het niet doen. Gewetensvrijheid omvat

⁴²⁵ Aldus Huib Klink in een persoonlijk gesprek op 30 januari 2014. Klink is gepromoveerd op de dissertatie *Opstand, politiek en religie bij Willem van Oranje 1559-1568: een thematische biografie*, Heerenveen: Groen 1997.

⁴²⁶ H. Klink, *Opstand, politiek en religie bij Willem van Oranje 1559-1568. Een thematische biografie*, Heerenveen: Groen 1997, p. 312. Zie de 'Verantwoordinge', in: M.G. Schenk (ed.), *Prins Willem van Oranje: geschriften van 1568*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 1933, p. 57: '(...), dwelck opentlyck bewijst, dattet verre een ander dingen is te leven sonder Inquisitie in vrijheynt der conscientien dan te leven in alle ongeschickheyt ende sonder wet oft regel, (...).'

zowel de vrijheid van denken als de vrijheid van doen: ‘vryheyt in der conscientien, ende dit so int gelooven als int exerceren van zijne religie’.⁴²⁷

Deze oude opvatting van gewetensvrijheid spoort met moderne opvattingen van het interne forum, dat wil zeggen: geloven, en het externe forum, dat wil zeggen: exerceren, uitoefenen, handelen. Schuyt betoogt dat zij dicht in de buurt komt van de omschrijving van het moderne geweten door Swaine, afgezien van het feit dat het bij Coornhert uitsluitend om de godsdienst gaat en in de moderne tijd ook om opvattingen over goed en kwaad die los staan van een religieuze overtuiging. Swaine geeft een nauw omschreven definitie van het geweten: ‘a distinct capacity to identify and bond to notions of what is right and wrong’. Hij probeert de onduidelijke relatie tussen hedendaagse religies weer scherp te stellen door uit te gaan van gewetensvrijheid als grondslag van religievrijheid. Met het beroep op gewetensvrijheid kan men religieuze fundamentalisten – die andermans religie betwisten, maar zelf een beroep doen op het eigen geweten – overtuigen van de noodzaak tot godsdienstvrijheid. Het geweten heeft bij Swaine een cognitieve en een affectieve dimensie. Het kent een *strong attachment*, een sterke betrokkenheid op iets en het geweten heeft *a capacity to cultivate and learn*. Het geweten is grillig noch wispelturig, oppervlakkig noch inconsistent; het bestaat uit een sterke persoonlijke overtuiging en betrokkenheid, van waaruit men handelt in zaken van goed en kwaad. Het bevat, zoals bij Coornhert, in elk geval een intern forum, een innerlijke overtuiging, en een extern forum, een handelen naar het geweten, iets doen of iets nalaten.⁴²⁸ Schuyt geeft naar aanleiding van zijn bespreking van Swaine de volgende omschrijving: ‘Het geweten is 1) een persoonlijke, innerlijke overtuiging betreffende vragen van goed en kwaad, die kan worden onderhouden en verbeterd, en 2) de bereidheid om te handelen naar deze persoonlijke innerlijke overtuiging’.⁴²⁹

Het beginsel van de vrijheid van geweten ziet Vermeulen historisch als de ‘moeder der grondrechten’.⁴³⁰ In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk heb ik echter uiteengezet dat de Unie van Utrecht het recht op vrijheid van geweten niet expliciet kende. Het Nederlandse staatsrecht heeft tot op heden nooit een recht op vrijheid van geweten gekend. Artikel 9 EVRM kent wel de vrijheid van geweten. Naar de mening van Vermeulen heeft de ontwikkeling waarbij de vrijheid van geweten als inspirerend beginsel heeft gefungeerd om te komen tot allerlei specifieke grondrechten, de functie

⁴²⁷ H. Bongers, *De motivering van de godsdienstvrijheid bij Dirck Volckertszoon Coornhert*, Arnhem: Van Loghum Slaterus 1954, p. 41-47, 156-160.

⁴²⁸ L. Swaine, *The Liberal Conscience, Politics and Principle in a World of Religious Pluralism*, New York (NY): Cambridge University Press 2006, p. 47.

⁴²⁹ Kees Schuyt, *Over het recht om ‘wij’ te zeggen. Groepstegenstellingen en de democratische gemeenschap*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 158-159; zie ook: B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten*, p. 184-192.

⁴³⁰ B.P. Vermeulen, ‘Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?’, p. 32.

van de vrijheid van geweten als juridisch effectief en afdwingbaar recht onmogelijk gemaakt.⁴³¹ Als een minimumvoorwaarde om de vrijheid van geweten als juridisch gegarandeerd individueel recht te kunnen erkennen zou het naar zijn mening mogelijk moeten zijn de waarachtigheid van een beroep op het geweten te testen zonder de vrijheid van geweten als zodanig aan te tasten. Omdat deze mogelijkheid niet bestaat, concludeert Vermeulen dat dit vrijheidsrecht niet is te waarborgen.⁴³² Vermeulen en Aarrass betogen dat vanuit het positieve recht bezien het geweten een zuiver subjectief fenomeen geworden is, dat bijna al zijn juridische relevantie verloren heeft. Alle typen handelingen kunnen er uitdrukking van zijn. Met deze explosie van het bereik van het geweten is de vrijheid van geweten geïmplodeerd tot de loutere bescherming van het *forum internum*. Erkenning van het recht van vrijheid van geweten in *foro externo* zou neerkomen op een door elk individu in te roepen onvoorspelbaar en oncontroleerbaar voorbehoud ten aanzien van de gelding van de rechtsorde.⁴³³

In het kader van de grondwetsherziening van 1983 motiveerde de regering waarom zij de vrijheid van geweten niet in de Grondwet wilde opnemen: 'Een zodanig recht (gewetensvrijheid, HP) zou om niet bij voorbaat zonder praktische betekenis te zijn niet alleen de vrijheid moeten verschaffen om bepaalde eigen normen te hebben maar ook de vrijheid zich naar die normen te gedragen. Geen enkele rechtsstaat evenwel kan toestaan, dat de burger zich met een beroep op het eigen individueel geweten aan legaal tot stand gekomen verplichtingen onttrekt'.⁴³⁴

In artikel 9 EVRM wordt de vrijheid van geweten wel genoemd en zij maakt als zodanig daarmee toch deel uit van onze rechtsorde. De vrijheid van geweten valt voor een deel samen met de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, maar is ruimer. Een diep gevoelde, als dwingend ervaren politieke of zedelijke overtuiging kan ook als geweten aangemerkt worden. Geeft iemand aan zo'n overtuiging uiting, dan zal soms niet de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging maar de vrijheid van meningsuiting in het geding zijn. Een beroep op het recht van betoging, of van vereniging en vergadering, is daarbij tevens denkbaar. De vrijheid van geweten is dus enerzijds ruimer, doordat niet per se godsdienst of levensovertuiging in het geding behoeft te zijn, maar anderzijds enger, doordat het moet gaan om een ernstige, diep verankerde, onontkoombare overtuiging. Het individuele karakter van het geweten maakt het niet mogelijk inhoudelijke criteria aan te leggen. De vrijheid van geweten omvat het recht een geweten te hebben, daarin niet van overheidswege belemmerd of gemanipuleerd te worden, en daaraan uiting te geven. De in de Grondwet genoemde

⁴³¹ B.P. Vermeulen, 'Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?', p. 32.

⁴³² B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten*, p. 130 e.v.

⁴³³ Ben P. Vermeulen & Bahija Aarrass, 'De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving', p. 66.

⁴³⁴ *Kamerstukken II 1976/77*, 13872, 7, p. 5.

grondrechten erkennen dit recht in algemene zin voldoende, zo menen Elzinga en De Lange.⁴³⁵

Onder de gewetensvrijheid wordt naar tegenwoordig spraakgebruik vooral verstaan het recht zich op grond van gewetensbezwaar te onttrekken aan verplichtingen die uit algemeen geldende regelingen voortvloeien.⁴³⁶ De bestaande toestand is dat de wetgever, in één geval de grondwetgever, op het standpunt staat dat hij van bepaalde verplichtingen kan vrijstellen wegens gewetensbezwaar, onder de door hem te bepalen voorwaarden en lasten. Een algemene erkenning van welk gewetensbezwaar dan ook, onverschillig aard en gevolgen, aanvaardt hij niet. Hij behoudt zich voor af te wegen of van de wettelijke verplichting ontheffing kan worden verleend, op welke gronden, volgens welke procedure dit dient te geschieden en welke voorwaarden er, met het oog op de gelijkheid van de burgers, aan zo'n ontheffing moeten worden verbonden.⁴³⁷ De grondwetgever heeft zich op het standpunt gesteld dat de grondrechten voor eenieder gelden ongeacht zijn verhouding tot de overheid, zodat ook de ambtenaar en de militair zich er onverkort op kunnen beroepen.⁴³⁸ Vanaf 1922 bevat de Grondwet een bepaling over vrijstelling van de militaire dienstplicht, namelijk artikel 99. De Nederlandse wet kent een reeks van bepalingen waarin op grond van gewetensbezwaren vrijstelling wordt verleend van de plicht om zich te laten inenten, om premie te betalen aan de socialeverzekeringssystemen, om vee te laten inenten tegen bepaalde veeziekten en om premie te betalen aan de verplichte wettelijke aansprakelijkheidsverzekering van autobezitters. Leerlingen zijn vrijgesteld van verplichte schoolgang als hun ouders om redenen van godsdienstige gewetensnood bezwaren hebben tegen alle in de omgeving aanwezige scholen.⁴³⁹

Ruimte voor gewetensbezwaren binnen een arbeidsverhouding biedt artikel 7:681 BW. In het kader van de wetshistorie wijst Van Bijsterveld erop dat in 1994 de Wet gewetensbezwaren dienstbetrekking in werking trad. Deze wet vloeide voort uit een advies van de SER uit 1990, getiteld *Gewetensbezwaren in dienstbetrekking*. In 1988 was de SER door de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verzocht hem van advies te dienen over een mogelijke wettelijke regeling. De SER concludeerde dat in het geldende recht de positie van de gewetensbezwaarde werknemer niet concreet was geregeld. Concrete normen waren wenselijk volgens de SER. Het meest essentiële punt voor de SER was dat een werknemer niet mag worden

⁴³⁵ D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, p. 327-328.

⁴³⁶ D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, p. 381-382.

⁴³⁷ C.W van der Pot & A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 328-330.

⁴³⁸ *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, 3, p. 11.

⁴³⁹ Leerplichtwet 1969, artikel 5b.

ontslagen vanwege het enkele feit dat hij de bedongen arbeid niet verricht wegens gewetensbezwaren. De SER stelde daarom voor om een bepaling op te nemen in het toenmalige artikel 1639s BW over de kennelijke onredelijkheid.⁴⁴⁰ Dit is ook gebeurd en inmiddels is de regeling van gewetensbezwaren vastgelegd in artikel 7:681 lid 2 BW. Een ontslag is 'kennelijk onredelijk': 'wanneer deze geschiedt wegens het enkele feit dat de werknemer met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar weigert de bedongen arbeid te verrichten'. Het gaat in dit artikel niet om aanspraken die voortvloeien uit een algemeen geformuleerd grondrecht, maar om door de gewone wetgever op specifieke situaties toegespitste regelingen, waarin meegewogen zijn de belangen van de maatschappij en van andere burgers, de mogelijkheden om alternatieve plichten op te leggen en de risico's van uitholling van de norm.⁴⁴¹

De totstandkoming van deze wetgeving plaatst Van Bijsterveld tegen de achtergrond van protesten tegen de defensie-industrie en medisch-ethische ontwikkelingen. De werknemer zal een redelijke grond moeten aanvoeren voor het ernstige gewetensbezwaar dat maatschappelijk erkend moet zijn. Hierbij valt te denken aan een verpleegster die medewerking weigert aan een abortus provocatus. De wet kan ook een rol vervullen bij gewetensbezwaren tegen het verrichten van werk op bepaalde feest- of rustdagen.⁴⁴² Ambtenaren zijn niet verplicht te werken op dagen die voor hen religieuze rustdagen zijn, tenzij dit gezien het belang van de organisatie niet te vermijden is.⁴⁴³ De Ambtenarenwet formuleert in de artikelen 125a e.v. verder geen wettelijke beperkingen voor de overheid als werkgever inzake de godsdienstvrijheid. Kennelijk is de vooronderstelling van de wetgever dat binnen de eigen organisatie van het intern-ambtelijk verband allerlei regels kunnen worden gesteld, zoals inzake werktijden, kleding en gedrag. Hoewel deze regels ambtenaren *de facto* kunnen belemmeren in hun religieuze uitingen, dienen deze niet aangemerkt te worden als beperking van de vrijheid van godsdienst. Daarbij dienen zij uiteraard te voldoen aan de Awgb.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake gewetensbezwaren in dienstbetrekking* (uitgebracht aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), publikatie nr. 10-29 juni 1990, Den Haag: SER 1990, p. 18-19.

⁴⁴¹ Ben Vermeulen, 'Gewetensvrijheid en godsdienstvrijheid in een neutrale staat', p. 86.

⁴⁴² S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, p. 133.

⁴⁴³ Ambtenarenwet, artikel 125b.

⁴⁴⁴ Ben P. Vermeulen & Bahija Aarrass, 'De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving', p. 74; Ben Vermeulen, 'Gewetensvrijheid en godsdienstvrijheid in een neutrale staat', p. 94.

7 Relevante aan godsdienstvrijheid verwante rechten

In deze paragraaf bespreek ik aan godsdienstvrijheid verwante rechten. Eerder in dit hoofdstuk stipte ik al aan dat andere grondrechten raken aan godsdienstvrijheid. In deze paragraaf beperk ik mij tot (grond)rechten die direct relevant zijn voor de casus die ik onderzoek.

7.1 Vrijheid van onderwijs: artikel 23 Gw en artikel 2 Eerste protocol EVRM

Er bestaat een nauwe verwantschap tussen de vrijheid van belijden van godsdienst en de vrijheid van onderwijs. Deze beide grondrechten kan men wel afzonderlijk formuleren en aldus onderscheiden. Maar men kan ze volgens Van der Hoeven niet scheiden, voor zover de vrijheid van onderwijs mede inhoudt dat ouders het recht hebben hun kinderen onderwijs te doen geven overeenkomstig hun eigen godsdienstige of levensbeschouwelijke begrippen.

De verdragen die Nederland heeft ondertekend, bevatten evenals de Grondwet bepalingen met betrekking tot de vrijheid van godsdienst en onderwijs. Het EVRM noemt de vrijheid van godsdienst in een adem met de vrijheid van gedachte en geweten en vermeldt uitdrukkelijk, dat die vrijheid mede omvat het onderwijzen van godsdienst en overtuiging. Het van het EVRM deel uitmakende protocol bepaalt, dat bij de uitoefening van alle functies welke de staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt, de staat het recht zal eerbiedigen van de ouders om voor hun kinderen zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, welke overeenstemmen met hun eigen godsdienstige overtuiging of levensovertuiging. Deze aan de overheid opgelegde verplichting correspondeert met de in de Nederlandse Grondwet op dit punt aan de burger toegekende rechtsaanspraken.⁴⁴⁵

Tot het vaste kader van de belijdenisvrijheid, zo bevestigt Vermeulen, behoort de vrijheid om de godsdienst of levensovertuiging uit te dragen en over te dragen in opvoeding, onderwijs en verkondiging. Ouders hebben de vrijheid hun kinderen op te voeden in overeenstemming met hun godsdienst of levensovertuiging. Zij zijn gerechtigd om hun kinderen in de sfeer van het gezin naar hun godsdienst of levensovertuiging te onderrichten, en buiten die sfeer zijn zij vrij om onderwijs aan hun kinderen te doen geven dat overeenstemt met hun godsdienst of levensovertuiging.⁴⁴⁶ De vrijheid van onderwijs wordt in onze constitutionele orde gewaarborgd door artikel

⁴⁴⁵ J. van der Hoeven, *Botsing van grondrechten*, p. 193-195.

⁴⁴⁶ B.P. Vermeulen, 'Artikel 6', p. 122.

23 Gw en artikel 2 van het Eerste protocol bij het EVRM (EP). Artikel 23 Gw geeft ouders de grondwettelijke mogelijkheid de schoolkeuze van hun kinderen te bepalen in overeenstemming met hun religieuze of seculiere overtuiging. Artikel 2 EP garandeert eveneens dit grondrecht. Het grondrecht op vrijheid van onderwijs beschermt enerzijds de persoonlijke vrijheid bij het maken van een keuze voor een schoolinstelling en biedt de mogelijkheid een school te stichten. Het beschermt anderzijds de collectieve vrijheid van de gelovigen, namelijk de vrijheid van richting en inrichting als een school eenmaal is gesticht en in het onderwijs moet worden voorzien.

Artikel 23 Gw luidt aldus:

1. Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der regering.
2. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen.
3. Het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging, bij de wet geregeld.
4. In elke gemeente wordt van overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven, al dan niet in een openbare school.
5. De eisen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten dele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld, met inachtneming, voor zover het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting.
6. Deze eisen worden voor het algemeen vormend lager onderwijs zodanig geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs even afdoende wordt gewaarborgd. Bij die regeling wordt met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geëerbiedigd.
7. Het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs, dat aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet, wordt naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs uit de openbare kas bekostigd. De wet stelt de voorwaarden vast, waarop voor het bijzonder algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hoger onderwijs bijdragen uit de openbare kas worden verleend.
8. De regering doet jaarlijks van de staat van het onderwijs verslag aan de Staten-Generaal.

De vrijheid van onderwijs is een institutioneel grondrecht. Dat betekent dat een individu niet, zoals bij de vrijheid van godsdienst of van meningsuiting, een directe aanspraak kan maken op de bescherming die dit grondrecht biedt. De individuele vrijheid van onderwijs kan slechts worden verwezenlijkt binnen het door de overheid gevestigde kader van een stelsel van onderwijsvoorzieningen dat primair de collectieve vrijheid waarborgt om een bijzondere school te stichten en in stand te houden.⁴⁴⁷ Dit vrijheidsrecht wordt uitgeoefend door het bevoegd gezag van de schoolinstelling.

De waarden van artikel 23 Gw hebben zowel een klassiekrechtelijk als een sociaalrechtelijk karakter. Het grondwetsartikel bevat niet alleen waarborgen in termen dat de overheid in bepaalde gevallen haar handen thuis moet houden, maar evenzeer dat de overheid haar handen uit de mouwen moet steken om te verzekeren dat bepaalde fundamenteel geachte elementen van het onderwijsbestel gerealiseerd kunnen worden.⁴⁴⁸ Artikel 23 gaat daarbij uit van het primaat van openbaar onderwijs, waarborgt zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs en verzekert de financiële gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs.

Artikel 23 Gw en artikel 2 EP garanderen de pluriformiteit van richtingen in het bijzonder onderwijs. Tot de relatief kleine richtingen in het Nederlandse onderwijsbestel behoren het reformatorisch, het evangelisch en het islamitisch onderwijs. Er zijn nog steeds nieuwe richtingen die, indien zij voldoen aan de planningcriteria, scholen oprichten, zoals de boeddhistische stroming. De Onderwijsraad is van mening dat het feit dat op dit moment slechts een beperkt aantal scholen een stringent beleid op grond van richting voert, niet de waarde aan dit grondrecht ontnemt. Aan religieuze en culturele minderheden biedt het juist ruimte om in een seculiere meerderheidscultuur hun specifieke visie en identiteit in eigen instellingen tot uiting te brengen.⁴⁴⁹

Artikel 2 EP waarborgt aan individuen, groepen en rechtspersonen het recht op vrijheid van onderwijs. Dit omvat onder meer de vrijheid om bijzondere scholen te stichten, alsmede het recht om het onderwijs binnen deze scholen te baseren op een onderscheidende religie, filosofie of pedagogische visie.⁴⁵⁰ Het artikel luidt:

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,

⁴⁴⁷ D. Mentink, *Het bijzondere van het onderwijsrecht*, Utrecht: Algemeen Pedagogisch Studiecentrum PSC 1998.

⁴⁴⁸ A.M. Donner, 'Object en methode van het staatsrecht', in: *Object en methode van de staatsrechtswetenschap: staatsrechtconferentie 1982*, Nijmegen: Ars Aequi 1982, p. 45.

⁴⁴⁹ Onderwijsraad, *Het recht op toelating nogmaals bezien. Advies bij het initiatiefwetsvoorstel regeling toelatingsrecht (scholen)*, Den Haag 2010, nr. 20100151/988.

⁴⁵⁰ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, p. 25-28.

eerbiedigt de staat het recht van ouders om zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienst en levensovertuiging (letterlijk: ‘religious and philosophical convictions’).

Het EHRM heeft in de *Kjeldsen*-casus geoordeeld dat de tweede zin van artikel 2 EP moet worden gelezen in nauwe samenhang met de eerste zin die het recht van eenieder op onderwijs insluit: ‘The right set out in the second sentence of Article 2 is an adjunct of this fundamental right to education’. Het is op basis van dit fundamentele recht op onderwijs dat ouders recht hebben op respect voor hun religie of levensovertuiging. De tweede zin beoogt het waarborgen van de mogelijkheid van pluriformiteit in het onderwijs wat essentieel is voor het bewaren van een democratische samenleving: ‘The second sentence of Article 2 aims in short at safeguarding the possibility of pluralism in education which possibility is essential for the preservation of the “democratic society” as conceived by the Convention’. Daarbij is de staat ervoor verantwoordelijk dat overdracht van informatie of kennis in het onderwijs op een objectieve, kritische en pluriforme manier gebeurt. Indoctrinatie is uit den boze: ‘The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents’ religious and philosophical convictions. That is the limit that must not be exceeded’. Het EHRM voegt hier nog aan toe dat de eerste en de tweede zin van artikel 2 EP moeten worden geïnterpreteerd in onderlinge samenhang met de artikelen 8 tot 10 van het EVRM en de algemene geest van het EVRM, die strekt tot handhaving en bevordering van de waarden van een democratische, pluriforme samenleving.⁴⁵¹

Het EHRM heeft overwogen dat de term ‘philosophical convictions’ in artikel 2 EP betrekking heeft op zienswijzen die een zeker niveau van overtuigingskracht, gedegenheid, samenhang en aanzien hebben gekregen en dat de term duidt op overtuigingen die respect waard zijn in een democratische samenleving en die niet onverenigbaar zijn met de menselijke waardigheid. Naar het oordeel van het EHRM moet een ruime uitleg van godsdienst en levensovertuiging worden gehanteerd, in die zin dat deze termen behalve de traditionele ook niet-traditionele minderheidsovertuigingen omvatten. Het EHRM denkt dan aan min of meer coherente stelsels van ideeën waarin sprake is van een fundamentele visie op het menselijk bestaan.⁴⁵²

⁴⁵¹ EHRM 7 december 1976, nrs. 5095/71, 5920/72, 5926/72, 1 *EHRR* 711, par. 50, 53 (*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*); vergelijk: Renáta Uitz, *Freedom of Religion*, p. 119-120.

⁴⁵² EHRM 25 februari 1982, nrs. 7511/76, 7743/76, 4 *EHRR* 293, par. 36 (*Campbell and Cosans v. the United Kingdom*); zie ook: P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten*, p. 100-101.

Artikel 23 Gw garandeert de vrijheid om op basis van een specifieke religieuze visie of levensovertuiging onderwijs te verzorgen. Het waarborgt naast de vrijheid van richting de vrijheden van oprichting en inrichting. De laatste twee vrijheden zijn van de eerste te onderscheiden maar er niet van te scheiden.⁴⁵³ Het grondwetsartikel omvat: 1) het recht om een school te stichten of op te richten om te voorzien in het onderwijs dat men wil geven: dit is de vrijheid van stichting; 2) het recht om binnen een school onderwijs aan te bieden vanuit een godsdienstige of levensbeschouwelijke visie: dit is de vrijheid van richting; 3) het recht op pedagogische en organisatorische autonomie: dit is de vrijheid van inrichting. Het recht om een onderscheidende religieuze of levensbeschouwelijke grondslag te kiezen beschouwen Mentink en Vermeulen als het kernrecht van de vrijheid van onderwijs voor het bijzonder onderwijs, zoals die momenteel in het Nederlandse constitutionele bestel vorm heeft gekregen. Dit onderdeel van de drie deelvrijheden – stichting, richting, inrichting – is het sterkst gewaarborgd. Het tweede lid van artikel 23 Gw waarborgt de vrijheid om onderwijs te (doen) geven bij de aanbieder van het onderwijs. In het algemeen is dat de rechtspersoon die de instelling voor bijzonder onderwijs in stand houdt, zij vormt het bevoegd gezag.

Artikel 23 Gw omvat voor het bijzonder onderwijs mede het vrije benoemingsrecht van leerkrachten. Een school op confessionele grondslag mag van zijn personeelsleden instemming met deze grondslag vragen, waarbij zijn uitleg van de grondslag uitgangspunt is.⁴⁵⁴ In het kader van de grondwetsherziening van 1983 is dit uitdrukkelijk erkend in de memorie van antwoord: ‘Bij de beoordeling van de vraag in hoeverre de besturen van particuliere instellingen in de toekomst niet meer vrij zijn om mensen, die met woord en daad niet instemmen met de grondslag van die instellingen, niet aan te stellen kan, indien hier horizontale werking zou worden aangenomen, de geschiktheid voor de functie mede een rol spelen. Voor bijzondere scholen is in het vierde lid van artikel 1.23 in navolging van het tweede lid van het huidige artikel 208 Grondwet de aanstelling van hen die onderwijs geven met zoveel woorden gerekend tot de te eerbiedigen vrijheid van richting’.⁴⁵⁵ Het bijzonder onderwijs heeft de grondwettige bevoegdheid degenen die onderwijs (wensen te) geven aan een onderzoek naar bekwaamheid en zedelijkheid te onderwerpen. Volgens Van der Hoeven houdt dit wetshistorisch voor het bijzonder onderwijs de mogelijkheid in dat bepaalde personen van het geven van bepaalde soorten onderwijs kunnen worden uitgesloten. Hij betoogt dat dit niet alleen wetshistorisch de strekking is. Gedurende meer dan een eeuw is het artikel op deze wijze opgevat. De aanstelling van leerkrachten en de keuze van

⁴⁵³ D. Mentink, *Het bijzondere van het onderwijsrecht*, p. 27.

⁴⁵⁴ Ktr. Amersfoort 29 juli 1987, *LJN:AI8001*, *PRG* 1988, 2942; Pres. Rb. Arnhem 16 september 1987, *LJN:AH1900*, *KG* 1987, 431; Ktr. Zwolle 7 maart 1991, rolnr. 430/91, *NJCM-Bulletin* 1991, 302.

⁴⁵⁵ *Kamerstukken II* 1976/77, 13872, 7, p. 19.

leermiddelen behoren tot de belangrijkste grondwettelijke waarborgen sinds zij in de Grondwet zijn opgenomen.⁴⁵⁶

In weerwil van het voorgaande merkt Van der Hoeven op dat zeer velen – ook in regering en parlement – het benoemingsrecht onderworpen achten aan het discriminatieverbod van artikel 1 Gw. Daarbij ziet men in de expliciet in de Grondwet gegarandeerde vrijheid van richting kennelijk geen reden de mogelijkheid van ongelijke gevallen te onderkennen, zodat een schoolbestuur niet met een beroep op de grondslag van de school bijvoorbeeld een homoseksuele sollicitant zou mogen afwijzen. Blijkbaar ziet men niet als een hindernis de door de grondwetmakers aanvaarde leer dat alleen expliciet in de Grondwet genoemde beperkingen van grondrechten voor erkenning in aanmerking komen. Deze leer brengt mee dat het expliciet en onvoorwaardelijk toegekende benoemingsrecht van artikel 23 niet mag worden beperkt of geclausuleerd. Van der Hoeven tekent aan dat bij de grondwetsherziening van 1983 dit geschilpunt en de mogelijke consequentie van de formulering van artikel 1 met geen woord aan de orde is geweest en blijkbaar totaal niet is voorzien. Hij stelt dat wetshistorisch gezien artikel 23 dan ook ten volle zijn betekenis bewaard heeft, maar hij zegt erbij: ‘De betrekkelijke betekenis van een grondwetsformule tegenover een in de samenleving op de voorgrond dringende norm, blijkt hieruit’.⁴⁵⁷

De vrijheid van het bijzonder onderwijs wordt nader gespecificeerd in het vijfde en zesde lid van dit grondwetsartikel. De woorden ‘met name’ in de tweede volzin van artikel 23 lid 6 Gw duiden erop dat de vrijheid van richting en inrichting in principe meer dan alleen de keuze van leermiddelen en de aanstelling van onderwijzend personeel omvat. De praktijk wijst uit dat onderwijsinstellingen van bijzonder onderwijs ook het selecteren van leerlingen opvatten als een onderdeel van hun vrijheid van inrichting.⁴⁵⁸ Deze praktijk vindt haar wettelijke basis in artikel 7 lid 2 Awgb.

Bij de toelating van leerlingen gaat de vrijheid van richting van het schoolbestuur ver. Een confessionele school is in principe niet verplicht een leerling toe te laten die volgens de interpretatie van de school niet voldoet aan het godsdienstig profiel.⁴⁵⁹ De toelatingenvrijheid wordt niet beperkt door bepalingen in mensenrechtenverdragen en andere internationale regelingen waarin aan leerlingen/ouders een recht op (gelijke) toegang tot de onderwijsvoorzieningen worden gewaarborgd. Dergelijke bepalingen

⁴⁵⁶ J. van der Hoeven, *Botsing van grondrechten*, p. 194-195.

⁴⁵⁷ J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, p. 309-310.

⁴⁵⁸ D. Mentink & B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. Toelichting op het grondwetsartikel over onderwijs, mede aan de hand van ontwikkelingen in wetgeving, jurisprudentie en verdragsrecht*, Den Haag: Elsevier 2004, p. 69, 71, 80.

⁴⁵⁹ Pres. Rb. Alkmaar 22 januari 1982, *NJCM-Bulletin* 1982, 134.

hebben veelal geen horizontale werking. Voor zover ze al doorwerking in horizontale verhoudingen zouden vergen, wordt een oprecht beroep op de religieuze of levensbeschouwelijke grondslag van de school als voldoende grond voor onderscheid aanvaard.⁴⁶⁰ In het *Maimonides*-arrest overwoog de Hoge Raad: ‘Artikel 2 Eerste Protocol EVRM geeft de ouders wel tegenover de Staat een fundamentele aanspraak op eerbiediging van hun keuze voor onderwijs van een bepaalde, met hun godsdienstige en filosofische overtuigingen overeenstemmende richting, doch schept niet een, jegens een particuliere instelling die onderwijs van zulk een richting verzorgt, geldend te maken recht op het verschaffen aan hun kinderen van zodanig onderwijs’. De grondslag van het recht van de school om toelating van leerlingen te weigeren op basis van toelatingsnormen van religieuze aard is gelegen in de in artikel 23 Gw gewaarborgde vrijheid van richting, die naar de opvatting van de Hoge Raad zwaar dient te wegen, ‘mede gelet op artikel 6 Grw en artikel 9 EVRM’. Het beginsel van vrijheid weegt zo zwaar dat het aan een instelling van bijzonder onderwijs ten opzichte van ouders van een kind in beginsel vrijstaat de door die ouders verlangde toelating te weigeren, als dit kind volgens de door de instelling gehanteerde toelatingsnormen van religieuze aard niet voor toelating in aanmerking komt, ook al hebben die ouders een sterke en op redelijke gronden berustende voorkeur voor het onderwijs dat aan de betrokken instelling wordt gegeven, en ook al is de betrokken instelling de enige die onderwijs van deze richting verzorgt.⁴⁶¹ Eerder al had de Hoge Raad uitgesproken dat aan deze verdragsbepaling geen verplichting kan worden ontleend voor particuliere onderwijsinstellingen om kinderen nog langer op school toe te laten, die conform de wens van de ouders weigeren om de op school gegeven lessen in godsdienstonderwijs bij te wonen.⁴⁶²

Algemeen, zo stelt Verhey, heeft men uit deze twee arresten van de Hoge Raad⁴⁶³ afgeleid dat artikel 2 Eerste protocol EVRM geen horizontale werking heeft. Grondrechten richten zich in essentie tegen de overheid. Constitutioneel recht, waartoe de grondrechten, en ook de vrijheid van onderwijs, behoren, betreft de relatie tussen overheidsinstellingen en tussen overheid en onderdaan, niet die tussen burgers onderling. Kortmann bevestigt de verticale werking van artikel 23 Gw en artikel 2 Eerste protocol EVRM. Deze artikelen geven de ouders slechts tegenover de staat een fundamentele aanspraak op eerbiediging van hun keuze voor onderwijs van een bepaalde richting. Naar aanleiding van de jurisprudentie sinds 1983 neemt hij aan dat

⁴⁶⁰ B.P. Vermeulen, *Witte en zwarte scholen. Over spreidingsbeleid, onderwijsvrijheid en sociale cohesie*, Den Haag: Elsevier 2001, p. 42-43.

⁴⁶¹ Pres. Rb. Amsterdam 18 september 1986, *LJN:AH1352*; *AB* 1987, 84, m.nt. F.H. Burg; *KG* 1986, 431; Pres. Rb. Amsterdam 28 augustus 1987, *LJN:AM9488* *AB* 1987, 412; *KG* 1987, 409; HR 22 januari 1988, *LJN:AD0151*, r.o. 3.3, 3.6; C.W. van der Pot & A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, p. 398-399, voetnoot 17.

⁴⁶² HR 9 april 1976, *NJ* 1976/409, m.nt. W.F. Prins.

⁴⁶³ HR 9 april 1976, *NJ* 1976/409; HR 22 januari 1988, *LJN:AD0151*.

de rechter niet bereid is grondrechten jegens particulieren op dezelfde wijze toe te passen als jegens de overheid. Steeds weer zoekt de rechter een oplossing door middel van belangenafweging en inkleuring van open (privaatrechtelijke) begrippen.⁴⁶⁴ Voor zowel het benoemingsrecht als het toelatingsrecht van de bijzondere school geldt dat van het bevoegd gezag een consistent beleid gevraagd mag worden. Zoals de HR het in het *Maimonides*-arrest stelt, moet het gaan om een ‘op een vast, op religieuze gronden berustend beleid’.⁴⁶⁵ Een wisselvallig beleid, waarbij toelating van leerlingen nu eens wel en dan weer niet aan de hand van richtingnormen wordt beoordeeld, kan niet door de beugel. Dat sluit uiteraard niet uit dat de school het grondslagbeleid in de loop van de tijd aanscherpt of bijstelt. Maar dit dient weloverwogen en openlijk te gebeuren, willekeur is niet geoorloofd, aldus Huisman en Mentink.⁴⁶⁶

7.2 Kinderrechten

Kinderen hebben binnen de Nederlandse constitutionele orde op grond van het IVRK een onderscheiden recht op godsdienstvrijheid. Dit verdrag is van grote betekenis voor het denken over kinderrechten en de ontwikkeling van deze rechten. Het verdrag sloot de periode van loutere bescherming van kinderen onomkeerbaar af en leidde de periode in van rechtsbescherming van de rechten van kinderen. Dit wil zeggen dat het IVRK de evolutie van het kind van rechtsobject naar rechtssubject onderstreept.⁴⁶⁷ De kinderrechten staan in een bijzondere verhouding tot de mensenrechten. Vanuit het perspectief van de mensenrechten impliceert de benadering van kinderrechten als mensenrechten dat de mensenrechten niet onbeperkt worden uitgebreid, maar eerder worden gepreciseerd en verbijzonderd voor een bepaalde groep. Vanuit het perspectief van de kinderrechten betekent een erkenning van kinderrechten als mensenrechten dat de autonomie van kinderen wordt erkend. Net zoals volwassen mensen zijn ook

⁴⁶⁴ C.A.J.M. Kortmann, ‘Grondrechten in de nieuwe Grondwet: vijf jaren toepassing in wetgeving en rechtspraak’, p. 235-236; zie ook: D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 405-406, 476. Vergelijk: HR 31 oktober 1969, *NJ* 1970/57, m.nt. G.J. Scholten.

⁴⁶⁵ HR 22 januari 1988, *LJN*:AD0151, r.o. 3.1.2.

⁴⁶⁶ Pres. Rb. Alkmaar 22 januari 1982, *NJCM-Bulletin* 1982, 134, in bijz. p. 138; Pieter Huisman & Dick Mentink, ‘Constitutionele principes rond toegankelijkheid en selectie voor openbaar en bijzonder onderwijs’, in: P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector*, Deventer: Kluwer 2009, p. 97

⁴⁶⁷ Eugene Verhellen, ‘Implementatie van kinderrechten: ook een academische verantwoordelijkheid’, in: Wouter Vandenhoele (red.), *Kinderrechten als mensenrechten: een multidisciplinaire verkenning* (p. 1-24), Antwerpen: Intersentia 2007. Verhellen is emeritus gewoon hoogleraar Universiteit Gent, ondervoorzitter UNICEF België, p. 12.

kinderen rechts- en handelingsbekwaam. Ze hebben rechten, en kunnen die ook zelf en zelfstandig uitoefenen.⁴⁶⁸

De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties nam het IVRK aan op 20 november 1989. In de preambule worden de basisprincipes van de Verenigde Naties uiteengezet en komen relevante bepalingen van mensenrechtenverdragen en -verklaringen aan de orde. Kinderen hebben vanwege hun kwetsbaarheid behoefte aan speciale zorg en bescherming.

Artikel 3 lid 1 IVRK komt erop neer dat bij alle beslissingen genomen door instellingen, overheid of volwassenen het belang van het kind de eerste overweging behoort te zijn. Lid 2 zegt dat de staten zich ertoe verbinden het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk zijn voor het kind. Bij de afweging van belangen dient het belang van het kind voorop te staan.

Artikel 5 luidt dat de staten de rechten, plichten en verantwoordelijkheden van ouders en voogden moeten respecteren. De ouders en voogden moeten het kind (bege)leiden in de uitoefening van zijn rechten – de in het IVRK erkende rechten – op een manier die past bij de leeftijd en ontwikkeling van het kind. In dit artikel kan men lezen dat de overheid zich niet met ouders behoort te bemoeien. Ouders behoren gevrijwaard te zijn van onnodige overheidsinmenging. Als de rechten van het kind worden geschonden, is bemoeienis van de overheid echter noodzakelijk

De erkenning van het kind als rechtssubject blijkt uit artikel 14. Dit artikel bevat tevens bepalingen over de verhouding met de staat, de ouders en anderen:

1. De staten die partij zijn, eerbiedigen het recht van het kind op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst.
2. De staten die partij zijn, eerbiedigen de rechten en plichten van de ouders en, indien van toepassing, van de wettige voogden, om het kind te leiden in de uitoefening van zijn of haar recht op een wijze die verenigbaar is met de zich ontwikkelende vermogens van het kind.
3. De vrijheid van eenieder zijn godsdienst of levensovertuiging tot uiting te brengen kan slechts in die mate worden beperkt als wordt voorgeschreven door de wet en noodzakelijk is ter bescherming van de openbare veiligheid, de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden, of van de fundamentele rechten en vrijheden van anderen.

⁴⁶⁸ Wouter Vandenhole, 'Het kind en het badwater: de kruisbestuiving van kinderrechten en mensenrechten', in: Wouter Vandenhole (red.), *Kinderrechten als mensenrechten: een multidisciplinaire verkenning* (p. 25-49), Antwerpen: Intersentia 2007, p. 30.

De staat dient het recht van het kind op zijn eigen gedachten, geweten, godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging te respecteren. Dit recht heeft ook betekenis voor de opvoeding. Ouders of andere opvoeders moeten het recht van het kind op zijn eigen denk- en geloofswereld respecteren, rekening houdend met de zich ontwikkelende vermogens van het kind. Jonge kinderen zullen hierin volledig worden gestuurd door de ouders, die zelf bepalen welke religie en/of levensbeschouwing zij aan het kind zullen overdragen. Naarmate het kind ouder wordt, zullen zij meer rekening moeten houden met diens eigen keuze en geloofsbeleving. Als een staat tot een beperking van het recht op gedachte, geweten of godsdienst wil overgaan, is dat alleen toegestaan als dat in overeenstemming is met de voorschriften die in lid 3 zijn opgenomen.⁴⁶⁹

Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat in Nederland rechtskracht heeft, formuleert in artikel 24 de rechten van het kind. Relevant voor de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs zijn de eerste twee leden van dit artikel:

1. Kinderen hebben recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. Zij mogen vrijelijk hun mening uiten. Aan hun mening in aangelegenheden die hen betreffen wordt passend belang gehecht in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid.
2. Bij alle handelingen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.⁴⁷⁰

Uit de belijdenisvrijheid van ouders vloeit hun recht voort hun kinderen in overeenstemming met hun godsdienstige en levensbeschouwelijke normen op te voeden. Maar dit recht vindt een beperking in de rechten van het kind. Als algemene maatstaf kan dienen het criterium dat de HR heeft aangelegd bij de uitleg van artikel 27 IVBPR. Het in dat artikel neergelegde recht van minderheden om onder meer de eigen godsdienst te belijden en in de praktijk toe te passen mag niet zodanig worden uitgeoefend dat men de rechten en vrijheden van anderen, in casu de eigen kinderen, dreigt aan te tasten.⁴⁷¹ Hierbij is aan de orde de horizontale werking van het grondrecht de godsdienst of levensovertuiging te belijden. Het recht van de ouders het kind op te voeden staat tegenover dat van het kind een eigen overtuiging te hebben en deze te belijden.

⁴⁶⁹ Paul Vlaardingerbroek, 'Het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst', in: Majorie Kaandorp, Beata Stappers & Dick Schoonenwolf (red.), *Liber amicorum 'Kinderrechten beginnen thuis'*, Amsterdam: Defence for Children International 2008, p. 39-40.

⁴⁷⁰ *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, 18.12.2000, C 364/13-14.

⁴⁷¹ HR 1 juli 1982, *NJ* 1983/201, m.nt. Alkema/Schultsz, *RvdW* 1982, nr 151; B.P. Vermeulen, 'Artikel 6', p. 123.

De Grondwet maakt bij de vrijheid van godsdienst geen onderscheid tussen meerderjarigen en minderjarigen. Volgens de grondwetgever komt een minderjarige tegenover zijn ouders, andere burgers en instanties, waaronder de overheid, onder omstandigheden een beroep op de vrijheid van godsdienst toe. Hij heeft dit als volgt verwoord: ‘De grondrechtenartikelen (...) gelden voor een ieder, ongeacht de leeftijd, mits een dergelijke gelding inhoud kan hebben’.⁴⁷² Bij monde van minister Korthals Altes van Justitie heeft de regering erkend dat bij een minderjarige ‘een zekere mate van eigen oordeel, eigen inzicht of eigen religieuze opvatting kan ontstaan en moet worden geëerbiedigd’. Hij voegde eraan toe dat ‘de zelfstandigheid niet intreedt op een vast door de wet aan te geven moment, maar dat het hier gaat om een groeiproces waarin een zekere geleidelijkheid valt te bespeuren. Hier kan dus worden gesproken van een min of meer glijdende schaal, waarbij het afhangt van de omstandigheden of al dan niet moet worden uitgegaan van een aanspraak op een zelfstandige keuze’.⁴⁷³ Dit impliceert dat de door een minderjarige gemaakte godsdienstige en levensbeschouwelijke keuzes dienen gerespecteerd te worden naar de mate waarin hij kan worden geacht dit grondrecht zelfstandig uit te oefenen, en daarbij in staat is om zijn eigen levensvisie te bepalen. Kortmann bevestigt dat het aannemelijk is dat naarmate het kind ouder wordt, het zich in sterkere mate op zijn rechten kan beroepen tegenover zijn ouders en anderen en zijn keuzes meer moeten worden gerespecteerd.⁴⁷⁴ Vanaf zijn meerderjarigheid is een individu volwaardig drager van de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging.⁴⁷⁵

De betekenis van de kinderrechten vloeit voort uit een wijziging van het kindbeeld. Het heersende dominante kindbeeld is nog erg jong, zo zet Verhellen uiteen. Vanaf de Verlichting ging men kinderen beschouwen als nog-niet-mensen, als nog-niet wetend, nog-niet bekwaam, nog-niet zijn. Een gevolg was dat men niet of eenzijdig naar kinderen luisterde, en dat men nauwelijks of eenzijdig met hen rekening hield. Kinderen werden dan ook zowel door het privaat recht als door het publiek recht binnen hun eigen wereld opgesloten en formeel uit de echte wereld uitgesloten. Kinderen waren niet juridisch bekwaam en werden bijgevolg niet beschouwd of behandeld als rechtssubjecten. Gedurende de laatste decennia staat dit kindbeeld ter discussie. Er wordt gepleit voor een andere constructie: een kindbeeld gebaseerd op menselijke waardigheid. Respect voor kinderen als mensen betekent dat kinderen niet langer worden beschouwd als louter een beschermingsobject, maar als een subject, een drager van rechten zoals elk mens dit is. Momenteel bevinden we ons in een nogal

⁴⁷² *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, 3, p. 11.

⁴⁷³ *UCV 1985-1986*, nr. 67, p. 22 (minister Korthals Altes), zie ook: J.E. Doek e.a., ‘Rechten van jeugdigen en gezag van ouders’, *NJB* 1975, p. 103; T.A.M. Witteveen, *Overheid en nieuwe religieuze bewegingen*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1984, p. 269.

⁴⁷⁴ C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, p. 415-416.

⁴⁷⁵ *UCV 1985-1986*, nr. 67, p. 3 (Tweede Kamerlid Van der Burg).

verwarrende overgangperiode door de deconstructie en reconstructie van het kindbeeld. Een centraal punt in de discussie omtrent de competentie van kinderen is de fundamentele vraag: zijn kinderen zelf bekwaam om hun rechten uit te oefenen?

In het gaande gecompliceerde proces van deconstructie en reconstructie van het kindbeeld is het thema van de menselijke waardigheid van kinderen herhaaldelijk geïntroduceerd. Kinderen zijn mensen en als zodanig zijn ze ook dragers van mensenrechten. Deze visie is in zekere zin nieuw naar de mening van Verhellen, aangezien men het niet gewoon was kinderen vanuit het perspectief van de mensenrechten te bekijken. Het IVRK promoot deze benadering sterk. Indien we ervan zouden uitgaan dat kinderen mensen zijn en als zodanig dragers van alle mensenrechten, zoals dit door het nieuwe geconstrueerde kindbeeld wordt aangevoerd, dan zou zich geen probleem hoeven voordoen. Verdragen als EVRM en IVBPR gelden immers in principe en bij implicatie ook voor kinderen. Hun rechtsbescherming zou dan worden gewaarborgd door de reeds bestaande reeks internationale mensenrechteninstrumenten. Dit is echter (nog) niet het geval. De verklaring hiervoor vindt Verhellen in de deconstructie- en reconstructieprocessen van het kindbeeld. Want, terwijl de evolutie van het kindbeeld ons toont dat men het er sinds kort over eens is dat, ontologisch, kinderen inderdaad mensen zijn en dus dragers van mensenrechten, er nog altijd geen consensus bestaat over de juridische bekwaamheid van kinderen. Pas wanneer de competentie van kinderen wordt erkend, zou men kunnen volstaan met in de mensenrechteninstrumenten leeftijd op te nemen als een non-discriminatiecriterium. Dan zouden nog slechts additionele protocollen nodig zijn voor de rechtsbescherming van specifieke rechten. Dit is echter niet het geval. Daarom werden en worden er nog steeds aparte mensenrechteninstrumenten voor kinderen ontworpen. Het IVRK is op dit ogenblik het krachtigste aparte instrument voor kinderen.

Om het belang van het IVRK duidelijk te maken leest Verhellen het volgens de indeling in drie P's:

1. De protectie van de kwetsbaarheid en de afhankelijkheid van kinderen wordt gewaarborgd door verschillende rechten op bescherming tegen de keuzes en de macht van anderen, bijvoorbeeld: het recht op (over)leven, en ontwikkeling (art. 6), het recht op bescherming tegen mishandeling, verwaarlozing en exploitatie (art. 19). De grondgedachte achter die rechten is dat kinderen het recht hebben beschermd te worden, afgeschermd te worden tegen individuele en structureel kwetsende handelingen en praktijken.
2. Het recht op toegang tot voorzieningen (*provisions*) en diensten, zoals informatie (art. 17), sociale zekerheid (art. 26), de grootst mogelijke graad van gezondheid (art. 24), onderwijs (art. 29).

3. Het meest revolutionaire aspect van het IVRK is volgens Verhellen te vinden in de artikelen inzake participatierechten, die het recht van kinderen erkennen om eigen keuzes te maken en vrij met anderen te communiceren: het recht op vrijheid van meningsuiting, vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, vrijheid van vereniging, bescherming van privacy (art. 12-16). Het zijn precies die participatierechten die kinderen opnieuw in de maatschappij brengen door hen als *meaning-makers*, als zingevers, te erkennen.⁴⁷⁶

Aan het eind van deze paragraaf maak ik de balans op. De kinderrechten zijn tot ontwikkeling gekomen doordat het kind wordt erkend als rechtssubject. Het kind is een zelfstandige drager van grondrechten. Het IVRK erkent de rechts- en handelingsbekwaamheid van het kind. Het kind heeft recht op het hebben en belijden van een eigen overtuiging. Van belang voor de vrijheid van godsdienst is dat het kind onderscheiden rechten toekomt en dat het recht van het kind om zelfstandig keuzes te maken bij de uitoefening van zijn vrijheidsrechten in algemene zin groeit met de jaren. Tegelijkertijd neemt bij het ouder worden de beslissingsbevoegdheid van de ouders af. Dit duidt op een spanningsveld tussen de rechten van het kind en de rechten van de ouders of opvoeders. Indien zich een conflict voordoet, zal bij de afweging van belangen het belang van het kind voorop dienen te staan. Een conflict kan betrekking op de wens van het kind een eigen religieuze identiteit te ontwikkelen. Het kind heeft in beginsel het recht eigen religieuze keuzes te maken, terwijl de ouders het recht hebben het kind op te voeden. Binnen onze rechtsorde ligt de oplossing van een conflict daarmee niet bij voorbaat vast.

7.3 Vrijheid van vereniging voor politieke partijen

Private organisaties genieten, naast individuele burgers, grondrechten. De Grondwet en verdragen erkennen de vrijheid van vereniging. Zij behoort met de vrijheid van godsdienst tot de klassieke grondrechten. De vrijheid van vereniging raakt aan en ligt in zekere zin in het verlengde van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. Mede op grond van hun religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging richten burgers organisaties op. Zij doen dat met het oog op een grote verscheidenheid aan doeleinden en onder meer met het oog op politieke doeleinden.

De Nederlandse rechtsorde kent geen wettelijke regeling van politieke partijen. Zij hebben de juridische status van een privaatrechtelijke vereniging en vallen onder de bescherming van artikel 8 Gw. Dit grondwetsartikel geeft private organisaties mogelijkheden om de eigen specifieke doelstelling vorm te geven. Het impliceert het

⁴⁷⁶ Eugeen Verhellen, *Implementatie van kinderrechten: ook een academische verantwoordelijkheid*, p. 2-9.

respecteren van de eigenheid van private organisaties door de overheid en door de samenleving. Juist deze eigenheid biedt groepen van welke aard dan ook een voorwaarde voor integratie in de samenleving en voor participatie in de publieke sfeer.⁴⁷⁷ Artikel 8 Gw luidt aldus:

Het recht tot vereniging wordt erkend. Bij de wet kan dit recht worden beperkt in het belang van de openbare orde.

In artikel 11 EVRM is de vrijheid van vereniging tezamen met de vrijheid van vergadering in één bepaling vastgelegd. Dit artikel luidt als volgt:

Een ieder heeft recht op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. (...)

Het verdragsartikel is geformuleerd als een individueel recht. Het bevat het recht zich zowel *wel* als *niet* met anderen in een verband aaneen te sluiten, waaronder in politieke partijen.

De Grondwet en het EVRM garanderen de bescherming van de collectieve vrijheid uitgeoefend door burgers door middel van organisaties. De mogelijkheden voor de staat om hieraan grenzen te stellen zijn beperkt. De collectieve vrijheid geeft de bevoegde organen de ruimte de eigen organisatie in te richten op basis van de eigen ideologische of theologische grondslag. Bij het opstellen van de statuten van een vereniging bestaat er voor de oprichters bijvoorbeeld een grote vrijheid om statutaire leden van verschillende categorieën te creëren, met verschillende rechten en verplichtingen. Dat valt in beginsel binnen de private sfeer van de vereniging. Zo is het denkbaar dat vrouwen minder rechten krijgen dan mannen. Binnen private organisaties heeft gelijkheid in zoverre betekenis, dat deelnemers die statutair in eenzelfde positie verkeren gelijk dienen te worden behandeld, tenzij de omstandigheden anders vereisen.

Individuele deelnemers aan of leden van private organisaties kunnen aan hun individuele vrijheid van godsdienst en/of vereniging niet de bevoegdheid ontlennen de

⁴⁷⁷ Vergelijk: T.J. van der Ploeg, *Vrijheid gelijkheid en redelijkheid*, p. 5.

bevoegdheden van de organen van de organisatie aan te tasten. Private organisaties, al dan niet met een religieuze grondslag, bieden burgers de gelegenheid om binnen de organisatie naar hun eigen groepsnormen te leven. Juridisch kunnen zij in die organisaties gebonden worden op basis van vrijwilligheid, namelijk van vrijwillige toetreding. Als zich een conflict voordoet over een beslissing van een orgaan van de organisatie, kan men een beroep doen op de burgerlijke rechter. De rechter zal de aangevallen beslissing slechts terzijde zetten als onder de gegeven omstandigheden het orgaan van de private organisatie niet in redelijkheid tot zijn beslissing had kunnen komen.⁴⁷⁸

Burgers kunnen uiting geven aan hun levensovertuiging door een politieke partij op te richten of in stand te houden. Zij kunnen door middel van dit type organisatie hun opvattingen tot gelding brengen binnen de staat. Het grondrecht vrijheid van vereniging biedt hun deze mogelijkheid. Dit grondrecht geeft burgers een waarborg op bescherming bij het innemen van hun plek in het openbare en politieke leven. Politieke partijen vervullen naar het oordeel van het EHRM een essentiële rol in het verzekeren van maatschappelijke pluriformiteit en het naar behoren functioneren van een democratie. De vrijheid van politieke vereniging van artikel 11 EVRM ziet het EHRM als een collectieve uitoefening van de vrijheid van meningsuiting die de staat slechts in uitzonderlijke gevallen aan banden mag leggen. De staten hebben slechts een smalle *margin of appreciation* bij het beperken van dit vrijheidsrecht. Beperkingen zijn mogelijk ter bescherming van de in het EVRM neergelegde fundamentele rechten. Het EHRM gaat ervan uit dat de vrijheid van politieke partijen alleen dan geen bescherming verdient als de nagestreefde doelen strijdig zijn met de grondbeginselen van de democratische samenleving.⁴⁷⁹

De in artikel 11 EVRM beschermde vrijheid van vereniging is vanzelfsprekend niet absoluut. Beperkingen op dit recht zijn toegestaan in verband met de rechten en vrijheden van anderen: '(...) freedom of association is not absolute, and it must be accepted that where an association, through its activities or the intentions it has expressly or implicitly declared in its programme, jeopardises (...) the rights and freedoms of others, Article 11 does not deprive the State of the power to protect those (...) persons. This follows both from paragraph 2 of Article 11 and from the State's positive obligation under Article 1 of the Convention to secure the rights and freedoms of persons within its jurisdiction'.⁴⁸⁰ Bij het beperken van de vrijheid van vereniging

⁴⁷⁸ T.J. van der Ploeg, *Vrijheid gelijkheid en redelijkheid*, p. 6, 15.

⁴⁷⁹ EHRM (GK) 30 januari 1998, nr. 19392/92, par. 42-46, 59-60 (*United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*); Vergelijk: Wilhelmina Thomassen, *Fundamentele waarden in het recht*, p. 18.

⁴⁸⁰ EHRM 7 december 2006, nr. 17582/05, EHRC 2007, 65 (*Artyomov v. Russia*).

dient de overheid terughoudendheid in acht te nemen. Volgens de rechtspraak van het EHRM moeten de in lid 2 van artikel 11 EVRM toegestane beperkingen extra strikt worden toegepast wanneer het gaat om de vrijheid van vereniging van politieke partijen: ‘only convincing en compelling reasons can justify restrictions on such parties’ freedom of association’.⁴⁸¹ Bij het nemen van maatregelen die de verenigingsvrijheid beperken dient bovendien de proportionaliteit in acht te worden genomen: ‘While the Convention leaves to those authorities a margin of appreciation in this connection, their assessment is subject to supervision by the Court. (...) It must look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was “proportionate to the legitimate aim pursued” and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient”’.⁴⁸²

Het is met het oog op de beginselen van de democratische samenleving zelfs mogelijk dat een staat een partij verbiedt. Beslissend voor de rechtvaardiging van het verbieden van een politieke partij is of deze partij een werkelijke bedreiging vormt voor de democratische rechtsstaat.⁴⁸³ Het EHRM nam dit aan met betrekking tot de Turkse politieke partij Refah Partisi, die invoering van de sharia nastreefde. Het ging ervan uit dat de sharia geen ruimte biedt aan een beginsel als religieuze pluriformiteit of aan de ontwikkeling van publieke vrijheden. De sharia is moeilijk te verzoenen met de fundamentele principes van de democratische samenleving zoals begrepen in het EVRM. Refah Partisi streefde naar een pluriformiteit van rechtssystemen binnen de staat met religie als onderscheidend criterium. Dit is in strijd met de neutraliteit van de staat. De staat zou niet meer elk individu het volle genot van zijn vrijheidsrechten kunnen garanderen. Het stelsel dat Refah Partisi beoogde is dan ook in strijd met het nondiscriminatiebeginsel: ‘(...) such a system would undeniably infringe the principle of non-discrimination between individuals as regards their enjoyment of public freedoms, which is one of the fundamental principles of democracy’.⁴⁸⁴ Thomassen merkte in 2007 op dat ook al neemt het EHRM bij zijn oordeel in deze zaak de politieke en sociale context van de betreffende lidstaat in aanmerking, de in het arrest uitgezette beginselen hun waarde hebben voor de Nederlandse discussie inzake de SGP.⁴⁸⁵ Dit is gebleken bij het besluit van het EHRM over het SGP-vrouwenstandpunt.⁴⁸⁶ Naar de mening van het EHRM is inmenging in de vrijheid van

⁴⁸¹ EHRM 13 februari 2002, nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, EHRC 2003, 28, m.nt. Janssen, par. 100 (*Refah Partisi and others v. Turkey*).

⁴⁸² EHRM 7 december 2006, nr. 17582/05, EHRC 2007, 65 (*Artyomov v. Russia*).

⁴⁸³ Janneke Gerards, ‘Grondrechten en het recht op gelijke behandeling’, p. 98.

⁴⁸⁴ EHRM (GK) 13 februari 2003, nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, EHRC 2003, 28, m.nt. Janssen, par. 119 (*Refah Partisi and others v. Turkey*).

⁴⁸⁵ Wilhelmina Thomassen, *Fundamentele waarden in het recht*, p. 17.

⁴⁸⁶ EHRM 10 juli 2012, nr. 58369/10, par. 70 (*Staatkundig Gereformeerde Partij against the Netherlands*).

vereniging van een politieke partij door de overheid gerechtvaardigd als de beginselen van de democratische samenleving niet worden gerespecteerd.

Van belang voor de vrijheid van godsdienst is, dat het EHRM zich heeft uitgesproken over de vraag of een rechtspersoon van gelovigen meer ruimte heeft binnen de rechtsorde dan een vereniging op basis van artikel 11 EVRM. Kanne geeft in haar annotatie bij het arrest *Hasan en Chaush tegen Bulgarije* aan dat het EHRM in dit arrest de grenzen voor overheidsingrijpen bij een vereniging op grond van artikel 11 EVRM ruimer trekt dan bij een rechtspersoon bestaande uit gelovigen. Het EHRM overweegt: 'It cannot be seriously maintained that any State action short of restricting the freedom of assembly could not amount to an interference with the rights protected by Article 9 of the Convention even though it adversely affected the internal life of the religious community'. Deze overweging vertaalt Kanne als volgt: 'het kan niet worden volgehouden dat een overheidsactie die de vrijheid van vereniging niet beperkt, zelfs als deze het interne leven van een religieuze organisatie nadelig beïnvloedt, niet neer zou kunnen komen op een inbreuk op de rechten die beschermd worden door de vrijheid van godsdienst'.⁴⁸⁷ De beperkingsmogelijkheden voor overheden op grond van artikel 11 lid 2 EVRM zijn dus ruimer dan de beperkingsmogelijkheden op grond van artikel 9 lid 2 EVRM. Vooral belangrijk voor de interpretatie van de beperkingsclausule van zowel artikel 9 EVRM als artikel 11 EVRM is het criterium wat noodzakelijk is in een democratische samenleving.

⁴⁸⁷ EHRM (GK) 26 oktober 2000, nr. 30985/96, par. 81 (*Hasan and Chaush v. Bulgaria*).

Hoofdstuk 3

Analyse- en evaluatiekader casus

1 Inleiding

De Nederlandse constitutionele orde omvat het geheel van rechten en vrijheden van burgers en hun organisaties, de regulering van onderlinge verhoudingen en de ordening van levenssferen. Zij waarborgt fundamentele rechten en vrijheden. De constitutionele orde aanvaardt mensen als vrije subjecten die hun persoonlijke levensvervulling nastreven en daarbij de maatschappij vormgeven. Zij biedt garanties voor een democratische samenleving, waarin is begrepen godsdienstige en levensbeschouwelijke pluriformiteit op grond van de vrijheidsrechten en het gelijkheidsbeginsel. Eenieder heeft in beginsel het recht aan de democratie deel te nemen vanuit zijn eigen waarden, ook als deze afwijken van waarden die de meerderheid aanhangt. Waarden zijn fundamenteel voor een overtuiging die betekenis en richting geeft aan het leven. In onze democratische rechtsstaat biedt de constitutionele orde eenieder in beginsel het recht zijn leven overeenkomstig zijn levensovertuiging te leiden. Binnen het verband van de staat zijn spanningsvelden waarneembaar van door het recht beschermde belangen van burgers, private organisaties en overheid. Bij de uitoefening van grondrechten door burgers en private organisaties wordt een grote verscheidenheid aan verhoudingen verwerkt waarbij zich spanningen voordoen die kunnen leiden tot conflicten die om een oplossing vragen. In dit onderzoek concentreer ik mij op het beroep op vrijheid van godsdienst binnen de verhouding tussen individuele en collectieve rechten, binnen de verhouding tussen deze rechten en andere rechten van (groepen) burgers als leden van de democratische samenleving en binnen de verhouding tussen deze rechten en de beginselen van de democratische samenleving.

In dit hoofdstuk ontwikkel ik het kader voor het analyseren en evalueren van de casus, die ik in de Inleiding kort heb beschreven. In hoofdstuk 4 bespreek ik de casus en analyseer en evalueer ik deze met dit kader.

2 Spanningsveld met drie polen

De constitutionele orde is van fundamentele betekenis voor de godsdienstvrijheid. Iemands vrijheid om primair individueel en daarvan afgeleid collectief op grond van zijn religieuze overtuiging een bepaalde praxis te onderhouden wordt zowel gewaarborgd als beperkt door de constitutionele orde. Het individu oefent zijn

grondrecht op vrijheid van godsdienst uit om zijn identiteit te verwerkelijken in een spanningsveld van rechten van burgers en hun organisaties met als context de democratische samenleving. De onderzoeksvraag geformuleerd in de Inleiding, luidt:

Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de vrijheid van godsdienst als recht van de individuele persoon om zijn identiteit te bepalen door een specifieke praktijk te onderhouden in het spanningsveld van rechten en vrijheden van de democratische samenleving?

In hoofdstuk 1 heb ik Burkens geciteerd, die als het kernvraagstuk van de uitoefening van grondrechten de wisselwerking tussen individu en gemeenschap ziet.⁴⁸⁸ Dit betreft mede de vrijheid van godsdienst.

De Nederlandse rechtsstaat vormt het kader van een democratische samenleving van gelijkgerechtigde burgers die allen gerechtigd zijn daarin te participeren. Deze burgers vertonen echter allerlei verschillen in hun manier van leven en in hun opvattingen over wat het goede leven is voor henzelf en voor de gemeenschap. Regelmatig ervaren zij deze verschillen als een probleem en stellen zij zich de vraag hoeveel verschil samenleven eigenlijk kan verdragen. Borgman maakt duidelijk dat mensen juist in en met hun verschillen een democratische samenleving opbouwen. Zoals in het economisch leven de slager en de bakker voor elkaar van betekenis zijn omdat zij niet hetzelfde zijn, zo zijn ook burgers van een democratie dankzij hun verschillen voor elkaar van belang. Burgers sluiten zich in een vrije en democratische samenleving met geestverwanten aaneen tot verbanden en organisaties om het leven vorm te geven zoals het naar hun overtuiging goed is. Hun visie op goed samenleven brengen zij ook naar voren. In een democratische samenleving strijden burgers met elkaar over de beste inrichting van het maatschappelijke leven. Zij baseren hun opvattingen daarover niet alleen feitelijk vaak mede op religieuze overtuigingen, dergelijke opvattingen hangen intrinsiek samen met existentieel verwortelde ideeën over de aard van het mens-zijn en het menselijk samenleven en over de plaats van de mens in de kosmos. Tot de inrichting van het maatschappelijke leven behoren de rechten en vrijheden die de staat burgers toekent. Borgman betoogt dat religie en levensbeschouwing per definitie deel uitmaken van de publieke sfeer, van de discussies die er gevoerd worden en de problemen die zich voordoen. Religie en levensbeschouwing oefenen invloed uit op de inrichting en het functioneren van de staat als rechtsstaat. Wie debatteert over actuele maatschappelijke kwesties, en dus ook over juridische kwesties, zo voeg ik aan Borgman toe, denkt vanuit overtuigingen, en deze leggen vast wat voor mensen heilig is of naar hun eigen overtuiging zou moeten zijn. De samenleving ontstaat op basis van

⁴⁸⁸ M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, p. 61.

wat burgers naar eigen overtuiging onvoorwaardelijk aangaat en leeft van wat voor hen van ultim belang is.⁴⁸⁹ Dit betreft mede de juridische kwesties die ik onderzoek.

Wat burgers naar hun overtuiging raakt en wat voor hen gewicht heeft, valt onder de bescherming van het grondrecht op vrijheid van godsdienst. Het recht op vrijheid van godsdienst wordt uitgeoefend in een spanningsveld van drie polen. In het spanningsveld rond het belijden van godsdienst onderscheid ik drie polen.

De eerste pool is het individu met zijn persoonlijke identiteit. Deze identiteit is meervoudig van aard en gelaagd. Tot de facetten of dimensies van iemands identiteit behoren zijn geslacht, zijn levensovertuiging en zijn maatschappelijke rollen. Bepaalde dimensies zijn iemand onvervreemdbaar eigen, andere zijn keuzes die deels inwisselbaar zijn afhankelijk van de situatie. Een persoonlijke identiteit heeft een uitwendige en een inwendige zijde. De uitingen van de identiteit komen voort uit iemands gedachten en overtuiging, en worden ten dele door de specifieke context bepaald. De democratische rechtsstaat beschermt het recht van de individuele persoon zijn individualiteit te ontwikkelen.

De tweede pool bestaat uit de sociale verbanden waarvan een individu deel uitmaakt. Elk sociaal verband, zoals een gezin, een politieke partij, of een geloofsgemeenschap, heeft een eigen identiteit. Deze collectieve identiteit is multidimensionaal van aard net zoals een individuele identiteit maar zij is nog complexer omdat een collectiviteit uit een verzameling van individuen bestaat met elk een eigen identiteit, waarbij de binding en invloed van de individuen uiteenloopt. Deze identiteit heeft een eigen historie en wordt mede door de functie van het sociale verband bepaald. Dit verband of deze gemeenschap heeft een identificerende functie voor de leden ervan. Een individu ontwikkelt zijn specifieke persoonlijkheid door zich te verbinden met gemeenschappen, dat wil zeggen met sociale verbanden en met de nationale gemeenschap. Deze gemeenschappen vragen solidariteit van het individu. Aan het lid zijn van een gemeenschap zit een pakket van rechten en verplichtingen vast. Elk sociaal verband heeft onderscheiden rechten en vrijheden, die individuele leden in staat stellen hun rechten en vrijheden te verwerklijken, maar die voor hen ook beperkingen kunnen impliceren.

De derde pool is de democratische samenleving die gefundeerd is op onze constitutionele orde en die door deze orde wordt gewaarborgd. Deze pool is het politieke en rechtsstatelijke verband waarbinnen de burgers leven en de sociale verbanden bestaan en functioneren. De identiteit van deze pool is meervoudig, multidimensionaal en gelaagd. De rechtsstaat heeft een ordenende functie ten opzichte

⁴⁸⁹ Erik Borgman, *Overlopen naar de barbaren*, p. 56-66.

van de sociale verbanden en heeft een identificerende functie ten opzichte van de individuele burger. De rechtsstaat kent rechten toe aan individuen en sociale verbanden, waakt over de uitoefening van rechten, en legt plichten vast.

Een democratie gebaseerd op de rechtsstaat beschermt de beoefening van religie door haar burgers. De vraag welke rol religie in de publieke ruimte mag of moet innemen is belast. In het publieke en politieke debat lijkt een negatieve bejegening van het recht op vrijheid van godsdienst te overheersen. Men gaat er daarbij vanuit dat neutraliteit van de staat een seculiere publieke ruimte impliceert, en dat Nederland een seculier land is of behoort te zijn. Neutraliteit betekent echter juist geen verbanning van religie uit de publieke sfeer maar een onpartijdige houding van de staat jegens diverse religieuze en niet-religieuze overtuigingen. Daarbij past dat men aan uitingen van godsdienst ruimte geeft, en de staat deze beschermt, tenzij de rechten en vrijheden van andere burgers onevenredig worden geschaad. In de democratische rechtsstaat impliceert neutraliteit het respecteren van minderheden, de kleinste minderheid is het individu. Fundamenteel voor de neutraliteit van de staat en de democratie is de erkenning van de waardigheid en gelijkwaardigheid van ieder menselijk wezen.

Een individu identificeert zich bij het uitoefenen van zijn vrijheidsrechten zowel met een verscheidenheid aan collectiviteiten als met de Nederlandse staat. Beide identificatierichtingen impliceren een spanningsveld voor het individu. Zowel een sociaal verband als de Nederlandse staat bieden een individu mogelijkheden en beperkingen bij het verwerklijken van zijn identiteit. De beperkingen vloeien voort uit verplichtingen zich te conformeren aan normen die op de praktijk van het leven betrekking hebben. Dit kan het uitoefenen van zijn vrijheidsrechten voor een individuele persoon gecompliceerd maken.

In de casus die ik in dit onderzoek bespreek, manifesteren zich spanningen op de assen tussen de drie polen. Het individu dat strikt individueel denkt, acht zijn rechten tenminste zwaarder dan de rechten van een sociaal verband waarvan hij lid is en de eisen van de democratische samenleving waarvan hij een burger is. Als men denkt vanuit het sociale verband, zal men de collectieve rechten van dit verband zwaarder laten wegen dan individuele rechten. Als men denkt vanuit het rechtsstatelijke verband zal men specifieke individuele en collectieve rechten ondergeschikt beschouwen aan de neutraliteit van de staat, in die zin dat men meent, dat de staat geen individuen of groepen behoort te bevoordelen, en universele normen behoort te hanteren onder het motto 'gelijke monniken, gelijke kappen'.

In een specifieke casus bepaalt de positie die de betrokkene inneemt op de drie polen primair of in hoge mate de probleemdefinitie en de gekozen oplossing. Bij de uitoefening van een vrijheidsrecht kan een persoon menen ten onrechte belemmerd te

worden door een sociaal verband dat zich op zijn rechten beroept, door de staat of door een van zijn instituties of organisaties. De staat kan een burger of een sociaal verband een beperking opleggen door hem of het verband te houden aan in de wet vastgelegde rechtsnormen of door de de rechten van andere burgers te beschermen.

De staat is een politieke organisatie die is gebaseerd op een zekere mate van sociale cohesie, solidariteit en loyaliteit. Cohesie wordt bereikt door oriëntatie op en identificatie met de staat als een nationaal verband. De staat hecht aan de notie van burgerschap. Burgerschap houdt in dat de burgers deelnemen aan en een bijdrage leveren aan het maatschappelijke en politieke leven. Burgers hebben rechten en plichten. Tjeenk Willink kent aan burgerschap twee kenmerken toe: de inzet voor het algemeen belang vanuit de verantwoordelijkheid voor elkaar en de gemeenschappelijke oriëntatie op de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat. Een van deze grondbeginselen is het respecteren van de rechten van medeburgers. Burgerschap vooronderstelt de bereidheid eigen opvattingen, eigen belangen en eigen vrijheid af te wegen tegen andermans opvattingen, belangen en vrijheid en de bereidheid tot samenwerking met anderen. Deze houding stelt grenzen aan de wijze waarop burgers hun individuele burgerschapsrechten ten opzichte van elkaar zullen uitoefenen. In een democratie gaat het niet alleen om de meerderheid, maar juist ook om de rechten van minderheden.⁴⁹⁰ Burgerschap veronderstelt een democratische gezindheid, die inhoudt dat burgers over-en-weer elkaars waardigheid als persoon erkennen en elkaars grondrechten respecteren. Dit sluit in dat zij aanvaarden dat de staat de rechten van hun medeburgers erkent en beschermt, en niet alleen hun eigen rechten. Burgerschap betekent dat burgers de wederkerigheid in het uitoefenen van vrijheidsrechten erkennen in het besef dat in de democratische samenleving de eigen overtuiging of opvatting niet meer geldingsrecht heeft dan die van de ander(en). De gelijkwaardigheid van de burgers voor de staat vindt slechts daar haar beperking waar andere belangen onevenredig worden geschaad.

De term *burgerschap* staat voor twee verschillende begrippen, zo zet Vermeulen uiteen. Enerzijds duidt de term op een politiek-juridisch concept, op de specifieke band tussen een persoon en de staat, gecreëerd door middel van de nationaliteit van die persoon, zijn staatsburgerschap. De burger in juridische zin heeft een geprivilegieerde relatie met zijn staat, in de zin van politieke rechten en de rechten van vrij verkeer, verblijf en terugkeer naar het territorium van de staat, alsook (soms) enkele specifieke verplichtingen tegenover zijn staat. Anderzijds verwijst de term los van dit formeel-juridische burgerschap naar een sociaalpsychologische categorie – in zeker opzicht zelfs een morele categorie – die duidt op vaardigheid, binding en verbondenheid. Dit begrip van burgerschap ziet op de houding en motivatie van de persoon, de wens en het

⁴⁹⁰ H.D. Tjeenk Willink, 'Algemene beschouwingen van de Vice-President van de Raad van State', *Jaarverslag 2008*, Den Haag: Raad van State 2009, p. 20.

vermogen om een volledig lid te zijn van een politieke en sociale gemeenschap. Er is een verband tussen het juridische en sociaalpsychologische concept. Iedere natiestaat vooronderstelt dat de burgers in juridische zin in het algemeen ook burgers zijn in morele zin: personen die de wil hebben en in staat zijn te participeren in een gezamenlijke onderneming, om gemeenschappelijke doelen te bereiken, gedefinieerd in het democratische proces waaraan zij allen deel hebben.⁴⁹¹

Een specifieke interpretatie van burgerschap heeft sinds het begin van deze eeuw aan gewicht gewonnen. Vermeulen signaleert in het overheidsbeleid een bepaalde accentuering van burgerschap, die blijkt uit eisen aan migranten om te integreren in de Nederlandse samenleving. Nederland is daarin niet uniek. Soortgelijke tendensen zijn in andere Europese landen waar te nemen. Burgerschap vormt een grond om de rechten van minderheden te beperken. Uit het toekennen van een groot gewicht aan burgerschap vloeien uiteenlopende wets- en beleidswijzigingen voort die op het eerste gezicht weinig met elkaar te maken hebben. Een gemeenschappelijk motief is de wens om burgerschapsbesef te versterken en integratie van minderheden en migranten te bevorderen, en – als complement daarvan – segregatie op grond van religie, cultuur en etniciteit tegen te gaan. Borgman signaleert de voortdurende poging vast te stellen wat het betekent Nederlands burger te zijn, en aan wat burgerschap inhoudt, wordt onderwerping geëist. De cultuur die wij feitelijk hebben geschapen, dreigt de maatstaf voor alles te worden.⁴⁹² Inherent aan de nadruk op burgerschap in het overheidsbeleid is dat fundamentele vrijheden nader worden beperkt en de scheiding van kerk en staat scherper wordt aangezet.⁴⁹³

Problematisch is dat men minderheden en migranten ziet als het object van integratieactiviteiten. Een voorbeeld hiervan is de nota over het integratiebeleid van het kabinet-Rutte I. Daarin schrijft het kabinet:

Het kabinet neemt nadrukkelijk afstand van het relativisme dat besloten ligt in het concept van de multiculturele samenleving en gaat uit van een samenleving die weliswaar, mede onder invloed van de migranten die zich hier vestigden, verandert, maar die niet uitwisselbaar is voor welke andere samenleving dan ook. De grondtonen die het maatschappelijk leven bepalen in Nederland zijn historisch gevormd en vormen herkenningspunten die veel Nederlanders delen en die niet opgegeven kunnen worden. Dat gaat niet alleen om de verworvenheden en kernwaarden die aan basis staan van de Nederlandse rechtsstaat, maar ook om meer historisch of cultureel bepaalde herkenningspunten, zoals de Nederlandse taal,

⁴⁹¹ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, p. 53-54.

⁴⁹² Erik Borgman, *Overlopen naar de barbaren*, p. 28-29. Vergelijk: J.C. Alexander, *The Civil Sphere*, Oxford: Oxford University Press 2006.

⁴⁹³ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, p. 1-2.

monumenten of bouwkundige kenmerken of de ongeschreven manieren en gedragscodes die zich in de loop van de geschiedenis hebben ontwikkeld en die naar gelang van de situatie op de voorgrond treden.

Cruciaal in deze passage is ‘herkenningspunten die veel Nederlanders delen en die niet opgegeven kunnen worden’. Hirsch Ballin merkt op dat onduidelijk is of ‘niet opgegeven kunnen worden’ beschrijvend of normerend wordt bedoeld.⁴⁹⁴

Wat het kabinet bedoelt, maakt het vervolgens duidelijk. Het schrijft dat het zou blijven strijden voor de bescherming van het gelijkheidsbeginsel dat is neergelegd in artikel 1 van de Grondwet. Het zou komen met een aangevuld actieprogramma bestrijding discriminatie. In dat kader zou normerend optreden van de wetgever noodzakelijk kunnen zijn. Dit deed zich naar het oordeel van het kabinet in het bijzonder voor met betrekking tot het dragen van gelaatbedekkende kleding. ‘Een samenleving als de Nederlandse berust op de openheid van het onderling maatschappelijk verkeer; wie zich daaraan onttrekt door zijn identiteit in het openbaar verkeer te verhullen, (...), roept gevoelens van onveiligheid en agressie op omdat het betrokkenheid en de communicatie tussen burgers in de weg staat. Het gaat daarbij om beginselen van publieke orde die zo nodig wettelijke bescherming behoeven als ze niet langer vanzelfsprekend zijn.’ Het kabinet zou daarom met een wetsvoorstel komen om gelaatbedekkende kleding in de openbare ruimte te verbieden.⁴⁹⁵

Overheidsbeleid gericht op integratie komt bij een benadering als in deze nota in overwegende mate neer op assimilatie die wordt opgelegd. Integratie dient men echter te verstaan als een proces dat zich richt op wederkerigheid, sociale cohesie en gedeeld burgerschap. Het zal duidelijk zijn dat een dergelijk proces bereidheid en inspanning van beide zijden vereist. Gelijkwaardig burgerschap impliceert vrijheid en verantwoordelijkheid voor elke burger.⁴⁹⁶ Alleen onder deze voorwaarde eerbiedigt men het democratische beginsel van gelijkheid van alle burgers en het beginsel van gelijk respect en gelijke waardering voor elk menselijk wezen en zijn identiteit, of het accent nu valt op het religieuze, culturele, etnische of seksuele kenmerk van de persoon.⁴⁹⁷ Alleen dan doet men recht aan de menselijke waardigheid die impliceert dat alle mensen het recht hebben invloed uit te oefenen op de inrichting van de samenleving waarin ze leven.

⁴⁹⁴ Ernst Hirsch Ballin, *Citizens' Rights and the Right to Be a Citizen*, Leiden: Brill/Nijhoff 2014, p. 37.

⁴⁹⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 32824, 1 (*Integratiebeleid*), geciteerde passages p. 7-8, 18.

⁴⁹⁶ Ernst Hirsch Ballin, *Citizens' Rights and the Right to Be a Citizen*, p. 25-26.

⁴⁹⁷ Ernst Hirsch Ballin, *Christianity and the Future of Christian Democracy. Salting Politics with Compassion* (3rd Annual ‘Christianity and Society’ Lecture by Ernst Hirsch Ballin on February 21, 2013 at Tilburg University), Tilburg: Tilburg University 2013, p. 11-13.

Een hedendaagse ontwikkeling die hier haaks op staat, is de preoccupatie met erkenning en met identiteit. Vormen van gelijke erkenning zijn wezenlijk voor een democratische samenleving. Deze erkenning heeft onder meer betrekking op godsdiensten, culturen en seksen.⁴⁹⁸ Het belang van erkenning is geïmpliciteerd door het moderne verstaan van individuele identiteit. Taylor spreekt van een geïndividualiseerde identiteit, een identiteit die in het bijzonder de mijne is, en die ik ontdek in mijzelf. Deze notie is ontstaan tegelijk met het ideaal waarachtig mijzelf te zijn in mijn eigen bijzondere wijze van zijn. Taylor noemt dit het ideaal van authenticiteit. Dit moderne ideaal gaat terug op de idee dat ieder mens een oorspronkelijke manier heeft van mens te zijn. Iedere persoon heeft zijn eigen maat. Dit idee heeft zich diep ingegraven in het moderne bewustzijn. Er is een bepaalde manier van mens zijn die mijn manier is. Ik word opgeroepen het leven te leven op deze wijze, en niet als een imitatie van het leven van iemands anders. Als ik daaraan niet gehoor geef, mis ik het doel van mijn leven. Dit is een krachtig moreel ideaal van de moderne samenleving.⁴⁹⁹

In de publieke sfeer wordt de gelijke waardigheid van alle burgers benadrukt. De democratische samenleving is gericht op het gelijk maken van rechten en van waar mensen recht op hebben. Wat moet worden vermeden is het bestaan van eersteklas- en tweedeklasburgers. In contrast hiermee vraagt de ontwikkeling van de moderne notie van identiteit om een beleid van verschil. Dit beleid heeft evenzeer een universalistische basis. Iedereen moet worden erkend om zijn unieke identiteit. Maar erkenning betekent hier iets anders dan in de eerste beleidsoptie. Een beleid van gelijke waardigheid richt zich op universeel hetzelfde te bieden aan alle burgers, zij krijgen een identieke mand van rechten en vrijstellingen. Een beleid van verschil houdt in de unieke identiteit van het individu of de groep te erkennen, in onderscheid van iedere andere burger of groep van burgers. Degenen die aandacht vragen voor het verschil, wijzen erop dat het negeren of bagatelliseren van verschillen in identiteit impliceert dat minderheden zich moeten aanpassen aan een dominante of meerderheidsidentiteit. Een beleid van universele waardigheid streeft naar vormen van nondiscriminatie, die blind zijn voor de verschillen tussen burgers. Een beleid van verschil herdefinieert daarentegen vaak nondiscriminatie zodat zij de eis stelt van het maken van onderscheid als basis van de verschillende behandeling van burgers.⁵⁰⁰

De uitoefening van godsdienstvrijheid richt zich op het verwerkelijken en onderhouden van identiteiten. Gelovigen benadrukken vaak dat de steun die zij ontleen aan religieuze praktijken, religieuze overtuigingen en vormen van religieuze verbeelding

⁴⁹⁸ Charles Taylor, *Multiculturalism and 'the Politics of Recognition'. An Essay*, Princeton (NJ): Princeton University Press 1992, p. 26-28

⁴⁹⁹ Charles Taylor, *Multiculturalism and 'the Politics of Recognition'*, p. 31.

⁵⁰⁰ Charles Taylor, *Multiculturalism and 'the Politics of Recognition'*, p. 37-39.

als iets persoonlijks beschouwen. Zij ontlene aan hun geloof vaak een dwingend antwoord op de vraag hoe zij zich moeten gedragen en wat hun verantwoordelijkheden zijn. Zij vatten dit op als iets van hen persoonlijk, als een aspect van hun identiteit.⁵⁰¹ Identiteiten zijn voor Borgman als kleine accenten in een pluriforme maatschappij. Uit het definiëren van identiteit ontstaan de relevante vragen voor individuen en collectiviteiten. Een identiteit bepaalt wat betekenisvol en waardevol is. Resultaat van het definiëren van identiteit zijn binding en scheiding en het vestigen van grenzen. Individuen en collectiviteiten tonen hun identiteiten door het onderhouden van specifieke regels en door het bewaren van bepaalde gezichtspunten. Op deze wijze creëren mensen en groepen van mensen autonome sferen om te leven en te handelen. Spanningen ontstaan als de democratische samenleving de gewenste autonomie niet toestaat.⁵⁰²

Deze spanningen kunnen gecompliceerd zijn. Een eerste complicerende factor is dat er een gerichtheid op het hogere achter schuilt. Borgman heeft hier samen met anderen onderzoek naar gedaan en zij concluderen dat het hogere, het religieuze, verspreid en in vele variaties aanwezig is in de samenleving. Het is nauw verweven geraakt met het leven in de verschillende sferen waarin hedendaagse mensen zich bewegen. Een tweede factor is dat religie haar publieke geloofwaardigheid heeft verloren. Religie was ooit bij uitstek de schatkamer van samenhangende en geloofwaardige voorstellingen van het hogere. In het huidige publieke discours wordt religie echter nogal eens gepresenteerd als de belichaming van het lagere.⁵⁰³ Een derde complicerende factor is dat religie niet een privézaak is die niet met het publieke leven te maken heeft. Religie impliceert een visie op de publieke sfeer en wat daarin van belang is.⁵⁰⁴

Een vierde complicerende factor die Borgman noemt, is dat wij leven in een sterk geïndividualiseerde samenleving. Waar mensen vroeger via groepen – het gezin, de buurt of het dorp, de stand of klasse, de kerk en de zuil – in de samenleving waren geïntegreerd, zijn hedendaagse mensen als mondige, zelfkiezende individuen direct onderdeel van de mondiale maatschappij. In dit klimaat is ook religie geïndividualiseerd. Het religieuze individualisme manifesteert zich in onze tijd op ongekende wijze. Wij lijken bezig de religie opnieuw uit te vinden, maar dit keer onder geheel nieuwe voorwaarden. In deze situatie verschijnt religie allereerst als strikt privé. Immers, het vormgeven van een zinvol leven is een persoonlijke aangelegenheid. De persoonlijke religieuze overtuigingen die moderne mensen erop nahouden, zijn niet

⁵⁰¹ E. Borgman e.a., 'Naar een heruitvinding van de *civil society*', in: G. van den Brink (red.), *De lage landen en het hogere: De betekenis van geestelijke beginselen in het moderne bestaan* (p. 519-538), Amsterdam: Amsterdam University Press 2012, p. 521-522.

⁵⁰² Erik Borgman, lezing te Apeldoorn, 8 februari 2013.

⁵⁰³ E. Borgman e.a., 'Naar een heruitvinding van de *civil society*', p. 521.

⁵⁰⁴ Erik Borgman, *Metamorfosen. Over religie en moderne cultuur*, Kampen: Klement/Pelckmans 2010, p. 17.

langer gebonden aan religieuze instituties die zich in het publieke domein manifesteren. Kenmerkend voor onze moderne samenleving is dat religie op een nieuwe manier *vrij* is geworden: vrij van groepsbinding, vrij van institutionele binding, vrij van publieke verantwoording, vrij van toetsing aan een overgeleverde traditie.⁵⁰⁵

Deze nieuwe vrijheden impliceren een vermeerdering van de keuzemogelijkheden voor de individuele persoon. Joas gebruikt de term *fragilisierung* en verwijst naar Charles Taylor.⁵⁰⁶ Hij waardeert de keuzevermeerdering op het gebied van religie en de heersende pluriformiteit positief. Joas constateert dat door het beschikbaar komen van een groeiend aantal opties mensen gemakkelijker overstappen van de ene naar de andere religieuze gemeenschap, of ook, van geloof naar ongeloof, of misschien van ongeloof naar geloof. Mensen maken gebruik van de ruimte die er is gekomen om datgene te kiezen waarvan men innerlijk overtuigd is dat het waardevol is voor zijn leven. Het zou een vergissing zijn deze ontwikkeling te duiden als relativisme. Joas waardeert het geloof als een persoonlijke keuze, dat eerder een versterkt geloof is door de wijze waarop mensen met de vermeerdering van geloofsmogelijkheden omgaan.⁵⁰⁷

3 Regelgeleid gedrag

Elementair aan religie is dat ze een samenhangend systeem van overtuigingen en praktijken is met betrekking tot het geheiligde, tot dat wat apart is gezet en dat is omringd door geboden en verboden. Religie bestaat uit overtuigingen en praktijken die haar aanhangers verenigen in een enkelvoudige morele gemeenschap.⁵⁰⁸ Het voldoen aan specifieke verwachtingspatronen is wezenlijk om bij een religieuze gemeenschap te behoren. Gelovigen worden als leden van die gemeenschap gemotiveerd zich op een bepaalde wijze te gedragen. Het gedrag van gelovigen heeft bij uitstek een symbolische bedoeling. Godsdienst of religie is een bron van regelgeleid gedrag, waarbij godsdienst een collectieve dimensie heeft.

⁵⁰⁵ Erik Borgman, Gabriël van den Brink & Thijs Jansen, 'De waarheid zal u vrijmaken. Elf stellingen over geloof en democratie', in: *Zonder geloof geen democratie* (Christen Democratische Verkenningen, zomer 2006), Amsterdam: Boom Tijdschriften 2006, p 18-34, p. 21-22.

⁵⁰⁶ Taylor betoogt dat we leven in 'a pluralist world, in which many forms of belief and unbelief jostle, and hence fragilize each other', zie: Charles Taylor, *A Secular Age*, Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press 2007, p. 531. Ter verklaring wijst Taylor op een groei van autonomie en vrijgezochte identiteiten van de mensen (p. 530).

⁵⁰⁷ Hans Joas, *Glaube als Option. Zukunftsmöglichkeiten des Christentums*, Freiburg: Herder 2013, p. 147-148.

⁵⁰⁸ Hans Joas, *The Sacredness of the Person*, p. 54, zie: W.S.F. Pickering (red.), *Durkheim on Religion*, Londen: Routledge 1975, p. 46.

Tot het onderhouden van geboden en voorschriften voelt een gelovige zich gedrongen. In zijn geweten is hij niet vrij dit niet te doen. Hij ervaart een verplichting, die zeer dringend kan zijn.⁵⁰⁹ Het gedrag van gelovigen is een vorm van regelgeleid gedrag. Regelgeleid gedrag is niet iets bijzonders. Duintjer betoogt dat alle menselijk gedrag in feite grotendeels wordt geleid door regels. Dit gedrag omvat handelen (doen en laten), taalgebruik (spreken en verstaan) en cognitieve activiteiten (denken en waarnemen). De term *regels* heeft betrekking op maatstaven, criteria, normen, waarden en standaarden.⁵¹⁰ Regelgeleid gedrag is slechts interpreteerbaar voor wie zich eerst vertrouwd heeft gemaakt met de regels die in een bepaalde gemeenschap van kracht zijn.⁵¹¹ In plaats van dat gedrag wordt geleid door regels kan men misschien beter zeggen: geleid door de praxis waarin regels zijn geïncorporeerd zijn, of nog beter: geleid door een praxis die functioneert als een norm. Men leert al doende welke soorten gedragingen worden toegestaan en welke niet. Dit betekent dat een sociale praxis wordt tot een corrigerende norm.⁵¹² Het deelnemen aan een praxis is dus meer dan een aantal bezigheden in praktijk brengen, namelijk het deelnemen aan een gemeenschappelijke levensvorm, het vertrouwd zijn met een geheel van gemeenschappelijk erkende gedragingen, en het behoren tot een gemeenschap waar deze gedragingen volgens publieke regels te bekritisieren zijn.⁵¹³ Regelgeleid gedrag is niet slechts gedrag waarbij men uitdrukkelijk over regels nadenkt of waarbij men kritiek geeft. Het is elk gedrag waarbij het zin heeft – waarbij het logisch of conceptueel mogelijk is – om onderscheid te maken tussen correcte en incorrecte uitvoering. In bepaalde omstandigheden functioneren regels zelfs op een alledaags terrein als eten als constituerend voor de culturele praxis die eten en drinken heet. Men eet bijvoorbeeld niet met zijn handen en slurpt een bord soep niet leeg.⁵¹⁴

Niet alleen functioneert een praxis als norm, en is er sprake van een sociale praxis, regelgeleid gedrag is gedrag met een symbolische bedoeling. Het gaat om vormen van menselijke interactie die een symbolische hoedanigheid hebben en die daardoor betekenis hebben. Weber zegt dat dit gedrag is waaraan de handelende persoon (personen) een subjectieve zin geeft (geven). Regelgeleid gedrag is betekenisvol gedrag. Weber merkt op dat de notie van betekenisvol gedrag nauw is verbonden met noties zoals motief en reden. Een motief betekent een betekenisvolle inrichting van omstandigheden die een betekenisvolle reden blijkt te zijn voor het gedrag in kwestie.

⁵⁰⁹ Martha C. Nussbaum, *Liberty of Conscience*, p. 19.

⁵¹⁰ O.D. Duintjer, *Random regels. Wijsgerige gedachten omtrent regel-geleid gedrag*, Meppel: Boom 1977, p. 13-14.

⁵¹¹ O.D. Duintjer, *Random regels*, p. 21-22.

⁵¹² O.D. Duintjer, *Random regels*, p. 28.

⁵¹³ O.D. Duintjer, *Random regels*, p. 31.

⁵¹⁴ O.D. Duintjer, *Random regels*, p. 54-55.

Weber spreekt van *sinnhaft orientiert*. Betekenisvol gerichte gedragingen hoeven in het geheel geen zin te hebben voor een buitenstaander.⁵¹⁵

Regelgeleid gedrag is altijd symbolisch, betekenishebbend, iets zeggend van aard. Als een zintuiglijk waarneembare gedraging regelgeleid is, gebeurt zij niet alleen feitelijk, maar dan is er tevens iets mee gezegd wat uitgaat boven het onmiddellijk waarneembare: dat de actor een algemene regel in acht neemt, dat hij de omstandigheden zo ziet dat de regel hem van toepassing lijkt, en dat hij zich verplicht andere correcte toepassingen van die regel in het verleden niet af te wijzen, en eventueel zelf in de toekomst te voltrekken. Het is gedrag dat interne relaties heeft met andere gedragingen en gedrag dat de actor verplicht, om zich in de toekomst eerder zucht dan zo te gedragen.⁵¹⁶

Regelgeleid gedrag is gedrag dat voldoet aan gewettigde verwachtingen. Gedrag wordt incorrect als het in strijd is met die verwachtingen. Wat die verwachtingen van de anderen wettigt, is hun weten dat ik lid ben van de gemeenschap waar daarbij behorende regels van kracht zijn. Lid zijn van een gemeenschap betekent praktisch weten hoe ik mij behoor te gedragen, weten dat alle andere leden van de gemeenschap weten hoe zij zich hebben te gedragen, en weten dat alle andere leden van de gemeenschap, evenals ik zelf, geloven dat alle anderen, van wie zij aannemen dat het leden van de gemeenschap zijn, dit eveneens weten. Waar anderen mij erkennen als lid van de gemeenschap in deze zin, zijn zij gerechtigd van mij te verwachten dat ik me dienovereenkomstig gedraag, en waar ik mij door deze gerechtigde verwachtingen van anderen laat leiden, voltrek ik regelgeleid gedrag. Regels als sociale verwachtingspatronen zijn dus verwachtingen met een normerende functie. Zij worden niet zozeer gefalsificeerd, wanneer ze in feite niet blijken uit te komen, maar eerder beschaamd door incorrect gedrag.⁵¹⁷

Regelgeleid gedrag is gebaseerd op beginselen, voorschriften, definities en formules die alle hun zin ontlene aan de context van menselijke sociale activiteit waarin ze worden toegepast. Het gaat om wat Winch noemt 'doing the same thing on the same kind of occasion'. Dit is precies wat een menselijk wezen heeft te begrijpen voordat men kan zeggen dat men zich een regel heeft eigengemaakt. Tegelijkertijd gaat het niet om betekenisvol gedrag als de mogelijkheid van aanpasbaarheid van gedrag ontbreekt. Reflectie is dan ook wezenlijk en noodzakelijk voor interpretatie van regels en consistentie in gedrag in nieuwe situaties. Dit is van belang in een aan verandering

⁵¹⁵ Peter Winch, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Londen: Routledge 1990, p. 45, 47.

⁵¹⁶ O.D. Duintjer, *Random regels*, p. 36-37.

⁵¹⁷ O.D. Duintjer, *Random regels*, p. 39-40.

onderhevige sociale omgeving.⁵¹⁸ Onvermijdelijk ontstaan er echter variaties in interpretatie binnen religieuze gemeenschappen.

Regelgeleid gedrag kent binnen elk van de wereldgodsdiensten – christendom, islam en jodendom – variatie in de tijd en naar plaats. In de tijd is zelfs niet sprake van een continue ontwikkeling. De geschiedenis van elke religie kent breuken. Küng spreekt van *paradigmawisselingen*.⁵¹⁹ Binnen elke religie zijn periodes van vernieuwing en verstarring aan te wijzen in dialoog met of als reactie op de samenleving. Er doen zich verschillen van mening voor tussen individuele personen en groepen in alle zaken die godsdienst en geloof betreffen. Elke godsdienst heeft te maken met een verscheidenheid in antwoorden die aanhangers zichzelf toestaan voor een gegeven probleem, en die door anderen al dan niet worden aanvaard. De godsdiensten kennen een veelheid aan tegengestelde of inconsistente antwoorden op grond van de uitleg van dezelfde religieuze geschriften. Dit leidt niet alleen tot verwarring onder de aanhangers van godsdiensten maar ook onder buitenstaanders. De staat ziet zich daarbij geconfronteerd met uitingen van religie die al dan niet toelaatbaar zijn en om een reactie van de staat vragen. Het bereiken van een oplossing kan een moeizaam proces blijken te zijn als de aanhangers van een religie vasthouden aan een bepaalde strikte interpretatie van een religieus voorschrift.⁵²⁰

4 Het wezen van godsdienst

Godsdienst als een sociale praxis is een gecompliceerd verschijnsel. Eshleman geeft een werkdefinitie. Zijn definitie is ruim genoeg om er datgene onder te vangen dat gewoonlijk wordt herkend als religie en voldoende nauw om deze uitingen te onderscheiden van wat duidelijk geen religie is. Hij definieert religie als volgt.

Een religie streeft ernaar door middel van een onderling verweven samenstel van symbolen, verhalen, leerstukken, rituelen, ethische voorschriften en maatschappelijke instellingen te voorzien in een geschikte wijze van verbonden te zijn met dat wat wordt beschouwd als de Hoogste Heilige Werkelijkheid (*Ultimate Sacred Reality*), zowel met het verstand en het gevoel als in gedrag, en zowel individueel als collectief. Het verbonden zijn met de Hoogste Heilige Werkelijkheid komt tot uiting in de onderling verbonden componenten van een religieuze traditie – verhalen, geloofsuitspraken, symbolen – en de wijze waarop deze worden geordend rond de voorstelling van de

⁵¹⁸ Peter Winch, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, p. 57, 61, 63, 64, citaat: p. 61.

⁵¹⁹ Hans Küng, *De islam. De toekomst van een wereldreligie*, Kampen: Uitgeverij Ten Have 2006.

⁵²⁰ Vergelijk Bassiouni met betrekking tot zijn analyse van de islam: M. Cherif Bassiouni, *The Shari'a and Islamic Criminal Justice in Time of War and Peace*, p. 84-87.

Hoogste Heilige Werkelijkheid. De wijze waarop religie dient te voorzien in troost en/of kracht bij de uitdagingen van het leven is het functionele aspect van religie. Dit aspect benadrukt dat religie ernaar streeft om het menselijke wezen te brengen in de juiste verhouding met dat wat wordt beschouwd als de Hoogste Heilige Werkelijkheid. Wat deze juiste verhouding inhoudt, varieert door de religieuze tradities heen.

De uitdrukking Hoogste Heilige Werkelijkheid bedoelt Eshleman breed genoeg te zijn om de verscheidene wijzen te vangen waarop tradities deze werkelijkheid hebben gekarakteriseerd – bijvoorbeeld als God, Allah, Brahman, Dao – alsmede om iets aan te geven van dat wat als het onderscheidende aan deze Werkelijkheid wordt toegeschreven. Dat wat heilig is, wordt apart gezet, in de zin dat het oproept tot een bijzondere houding van verering, of dat wordt gezegd dat het deze houding verdient. Er is een grote verscheidenheid in wat in een religie als heilig wordt beschouwd – bijvoorbeeld bepaalde individuen, locaties en rituele objecten. Het woord Hoogste zoekt de betekenis aan te duiden waarin religie, in de ruimste en fundamenteelste zin van het woord, het hoogste belang is. Dat is, volgens religie, dat er een heilige werkelijkheid of een heilig aspect van de werkelijkheid is dat, gegeven haar of zijn aard, onze hoogste interesse en betrokkenheid verdient.⁵²¹

Heilig is datgene, stelt Borgman, dat niet geschonden mag worden, of dat onschendbaar is. Afhankelijk van de menselijke omgang kan alles een religieuze betekenis krijgen en als heilig worden ervaren en kan in alles het heilige verschijnen. Het expliciet religieuze maakt duidelijk welke voorstelling van het heilige in een bepaalde religie of cultuur leeft. Daarbij wordt een onderscheid tussen het profane en het sacrale aangebracht. Borgman betoogt dat er echter geen onomstotelijke grens bestaat tussen religie en niet-religie, tussen heilig en profaan. Zoals het heilige tegelijkertijd werelds is, zo blijft elke wereldse interpretatie van religie tegelijkertijd ook religieus. Zoals de religie geen materie-vrije, zuiver geestelijke ruimte is, zo is er ook geen religievrije, zuiver seculiere ruimte. Religie impliceert een visie op de publieke sfeer en wat daarin van belang is. Borgman verzet zich tegen de idee dat religie slechts betekenis heeft voor de private sfeer en dat religie pas zou deugen als de staat als bewaker van de publieke sfeer haar met rust kan laten zonder zich er zorgen over te hoeven maken.⁵²²

Het *concept* religie beschouwt Barber als een christelijke uitvinding. Het christendom heeft, zo betoogt hij, het bestaan afgedwongen van zoiets als religie. De kwestie is daarbij niet wat christenen geloven. Waar het om gaat, is dat het christendom zichzelf definieert in termen van wat geloof is. Een christen te zijn is een specifieke

⁵²¹ Andrew Eshleman (red.), *Readings in Philosophy of Religion. East Meets West*, Malden (MA): Blackwell Publishing 2008, p. 4-5.

⁵²² Erik Borgman, *Metamorfosen*, p. 16-17, 64-65.

levensovertuiging te hebben, op een zodanige wijze dat iemand die deze niet heeft, niet een christen kan worden genoemd. De uitvinding van het christendom, het ontdekken en uitdenken ervan, impliceert het maken van onderscheid tussen kenmerken van het christendom en kenmerken die daar niet toe behoren. De uitvinding van het christendom is dan ook niet te scheiden van de uitvinding van wat niet-christendom is, van wat ketterij, dwaling, ongeloof en valse godsdienst is. Deze typering van het christendom houdt een nadruk in op het feit dat iemands religieuze identiteit wordt *bereikt* en niet wordt gegeven. Als iemand een christen is door te geloven, dan is het noodzakelijk voor diegene om een christen te *worden*. Een christen te zijn is niet een zaak van afkomst of erfenis, maar is een status die wordt bereikt door bekering tot en inlijving in een groep, die wordt gedefinieerd door het christelijk geloof. De kenmerken van de oude identiteit zijn ondergeschikt aan de nieuwe identiteit van de christen. Of men een Jood of een Griek is, een slaaf of een vrije, een man of een vrouw heeft voor het christen-zijn als zodanig geen betekenis. Dat schreef de apostel Paulus al.⁵²³

Met de opkomst van het christendom en het onderscheiden van zijn kenmerken ontstond de behoefte om een bepaald verschijnsel als religie te duiden. Dit betekent niet dat wat men als religies is gaan beschouwen, niet al werd gepraktiseerd voorafgaand aan het christendom. Het specifieke punt is dat zulke praktijken niet eerder werden begrepen als uitingen van het behoren tot zoiets als religie. Het nieuwe van het christendom maakte het noodzakelijk een categorie uit te denken waartoe het op een passende wijze kon behoren. Het christendom heeft met het uitvinden van zichzelf religie uitgevonden. Religie is het generieke concept waardoor het christendom zichzelf herkent. Een religie wordt vastgesteld naar haar geloofsinhoud en wie deze geloofsinhoud aanhangt, heeft een specifieke religieuze identiteit. Het is daarom niet toevallig, zo meent Barber, dat als men zich een religie voorstelt, men dit doet met als referentiekader het christendom. Voordat het christendom ontstond, waren er geen beoefenaren van zoiets als het jodendom, terwijl er duidelijk wel gelovigen waren, dat wil zeggen, mensen die de God van de Joden dienden. Als specifieke religie is het jodendom uitgevonden als reactie op de uitvinding van het christendom.⁵²⁴ De islam die zo'n zeshonderd jaar later opkwam dan het christendom en wortels heeft in het christendom en het jodendom, is van meet af aan als een religie beschouwd.⁵²⁵ Van belang voor dit hoofdstuk is dat een religie een specifieke geloofsinhoud heeft en dat

⁵²³ Galaten 3:28 (NBV): 'Er zijn geen Joden of Grieken meer, slaven of vrijen, mannen of vrouwen – u bent allen één in Christus Jezus.'

⁵²⁴ Daniel Boyarin, *A Radical Jew: Paul and the Politics of Identity*, Berkeley: University of California Press 1994.

⁵²⁵ Daniel Colucciello Barber, 'Secularism, Immanence, and the Philosophy of Religion', in: Anthony Paul Smith & Daniel Whistler, *After the Postsecular and the Postmodern: New Essays in Continental Philosophy of Religion* (p. 152-171), Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing 2011, p. 153-155.

de identiteit van de gelovige wordt bereikt door een leer te onderschrijven en een sociale praxis te beoefenen.

5 Bescherming godsdienstige uitingen

Waarom zouden godsdienstige uitingen het waard zijn beschermd te worden? In hun betoog zetten Maclure en Taylor uiteen waarom uitingen van een religieuze of seculiere overtuiging het waard zijn beschermd te worden en waarom godsdienstvrijheid niet neerkomt op het bevoordelen van religieuze burgers.

In de hedendaagse liberale democratie hebben individuen recht op gelijke kansen om hun levensvervulling na te streven. De staat moet zich richten op het ideaal van een maatschappij waarin alle individuen een gelijke gelegenheid hebben om hun levensplan te kiezen en uit te voeren. Factoren zoals sociale klasse, geslacht, seksuele gerichtheid, fysieke kenmerken, ras en religie behoren de mogelijkheid van een persoon om zich te ontplooiën niet te verminderen. De gelijke morele waarde die men toeschrijft aan alle individuen, betekent derhalve dat iedereen wat zijn uitgangspositie betreft, een gelijke gelegenheid behoort te hebben om te kiezen en zijn opvatting van wat een succesvol leven is te verwerkelijken.

De democratische rechtsstaat stelt de burgers in de gelegenheid in vrijheid hun definitie van het goede leven te verwerkelijken, maar zij moeten daarbij verantwoordelijkheid aanvaarden voor de gevolgen van hun beslissingen. De eigen verantwoordelijkheid die mensen hebben, impliceert dat de staat burgers die een kostbare voorkeur hebben, niet behoort te compenseren. Als bijvoorbeeld iemand zes maanden per jaar vakantie wil nemen, kan hij geen beroep doen op de gemeenschap om deze voorkeur te realiseren. Burgers dienen dan ook tot op zekere hoogte hun voorkeuren aan te passen. Het lijkt op deze wijze bezien niet onbillijk als ook gelovigen zich aanpassen. De staat mag van hen vragen hun overtuiging en levensplan af te stemmen op de omstandigheden waarmee zij tot een vergelijk moeten komen.

Het grondrecht op vrijheid van godsdienst beschermt niet iemands totale levensleer. Net zoals iemand die slechts zes maanden wil werken zich uiteindelijk tevreden stelt met een zomervakantie, kan een gelovige zijn geloof herinterpreteren, zodat hij beter overweg kan met zijn werkomstandigheden of met de eisen van het leven in de maatschappij. Religies zijn zich ontwikkelende systemen en praktijken met als eigenschap dat ze zich aanpassen aan de specifieke werkelijkheid van elke tijd. Aangezien religies geen onbeweeglijke systemen zijn, lijkt het niet a priori onredelijk religieuze personen te vragen hun geloof en de uitingen daarvan – in termen van Duintjer hun regelpatroon en hun regelgeleid gedrag – aan te passen aan de openbare

regels of om anders de gevolgen te aanvaarden van de wijze waarop zij hun geloof leven. Elke religie kent haar specifieke uitingen van belijden. Spanningen rond het belijden van religie vragen van gelovigen om inschikkelijkheid en aanpassing.⁵²⁶ De gedachte dat dit een zaak is van maatschappelijke rechtvaardigheid, stemt overeen met de breed verspreide opvatting van gelijkheid onder burgers en van individuele verantwoordelijkheid.

A priori is het enerzijds niet onredelijk van burgers te verwachten dat zij bereid zijn zich aan te passen. Anderzijds kan de vraag om een concrete aanpassing spanningen oproepen. Een religie is een systeem van waarheden en waarden dat zich als zodanig niet voegt naar de eisen die vanuit de samenleving of door de staat aan haar worden gesteld. Zij bevindt zich in de spanning tussen integratie en assimilatie. Aanpassing door religieuze personen van hun geloof is niet onredelijk als men ervan uitgaat dat een religieus geloof één soort van subjectieve voorkeur onder vele voorkeuren is. Een onderscheiden behandeling, noch in haar voordeel noch in haar nadeel, is dan niet te rechtvaardigen. Deze is echter wel te rechtvaardigen als men onderkent dat religie niet slechts een specifieke voorkeur is.

Met een voorbeeld kan ik dit verduidelijken. Onze christelijke kalender stelt praktiserende joden en moslims voor een uitdaging die niet geldt voor praktiserende christenen. Het valt niet te ontkennen dat het in het algemeen gemakkelijker is voor christenen om te werken en hun religieuze plichten te vervullen en hun tradities te volgen dan dat het is voor leden van niet-christelijke religies. De verplichting tot een redelijke aanpassing door de samenleving van een bepaalde regel of regeling steunt op twee premissen. Ten eerste is de regel die het voorwerp is van een verzoek tot aanpassing indirect discriminerend jegens leden van bepaalde religieuze groepen. In het gegeven voorbeeld hebben joden en moslims niet gelijke rechten hun religieuze verplichtingen te vervullen. Ten tweede vormen gewetensovertuigingen die een religieus geloof insluiten, een bijzonder soort van subjectieve voorkeur die vraagt om een speciale wettelijke bescherming. In combinatie rechtvaardigen deze premissen de verplichting tot een redelijke aanpassing van de regeling.

Om alle individuen toegang te verschaffen tot dezelfde reeks van opties, mogen de regels die hun keuzes afbakenen geen enkele categorie burgers bevoordelen of benadelen. Het feit dat bepaalde wetten of regels nu eenmaal niet neutraal zijn, rechtvaardigt soms aanpassingen. Het is precies om de reden van rechtvaardigheid dat uitzonderingen of aanpassingen soms noodzakelijk zijn, zoals aanpassing van de werktijden of de werkruimte, vrij geven voor een religieuze vakantie, of mensen toestaan opvallende religieuze symbolen te dragen. Op overeenkomstige wijze

⁵²⁶ Oldenhuis noemt dit *dempen*, zie: F.T. Oldenhuis, *Religie op de werkvloer*, Heerenveen: Protestantse Pers 2013, p. 9.

functioneren de gebruikelijke normen die het menu-aanbod bepalen in ziekenhuizen, scholen, gevangnissen of vliegtuigen. Deze worden vastgesteld in overeenstemming met de voorkeuren van de meerderheid. Als de samenstelling van de maaltijden zuiver wordt overgelaten aan de wet van aanbod en vraag, kan het problematisch worden voor vegetariërs, joden die zich aan koosjer eten houden en moslims die de halal-voorschriften in acht nemen. Zij worden dan niet in staat gesteld te respecteren wat hun geweten hun oplegt.

In bepaalde omstandigheden is het een morele verplichting om te zoeken naar een oplossing die een inbreuk op een religieuze overtuiging voorkomt. Als men deze mening heeft, moet men kunnen aantonen dat een religieuze overtuiging een apart soort overtuiging is, die vraagt om een speciale wettelijke bescherming. Het argument dat er sprake is van indirecte discriminatie, functioneert in samenhang met een afzonderlijk argument gebaseerd op de bijzondere status van wat Maclure en Taylor noemen *kern- of betekenisgevende* overtuigingen en verplichtingen. Kernelementen van een geloof en kernverplichtingen moeten worden onderscheiden van andere persoonlijke geloofselementen en voorkeuren vanwege de rol die zij spelen in de morele identiteit van individuen. Hoe meer een geloofsonderdeel is verbonden met de levensbeschouwelijke identiteit en morele integriteit van een persoon, hoe meer de uiting ervan een voorwaarde is voor zijn zelfrespect en hoe sterker de wettelijke bescherming moet zijn die het geniet. Kernonderdelen van een geloof en kernverplichtingen stellen mensen in staat hun religieuze identiteit te structureren en hun vermogen om te beoordelen en te kiezen uit te oefenen in een wereld met een veelvoud aan potentiële waarden en levensplannen die vaak met elkaar wedijveren. De mate van overeenstemming tussen zwaarwegende verplichtingen aan de ene kant en gedragingen aan de andere kant bepaalt iemands morele integriteit. Iemand die zijn handelingen niet bevredigend kan afstemmen met wat naar zijn oordeel zijn kernverplichtingen zijn, loopt het risico te moeten constateren dat zijn morele integriteit is geschonden.

Maclure en Taylor betogen dus dat niet elke geloofsovertuiging en niet elke voorkeur de basis kan zijn voor een verzoek om aanpassing van een wet of regel en voor een beroep op de vrijheid van godsdienst. Als een wens niet wordt vervuld of een voorkeur niet kan worden gevolgd, kan dit iemand storen, maar dit maakt in het algemeen nog geen inbreuk op de waarden en overtuigingen die iemand op fundamentele wijze definiëren. Het brengt geen morele schade toe. Als een overtuiging of voorkeur niet bijdraagt aan het geven van betekenis en richting aan het leven van de persoon, en als hij er zich niet duidelijk op kan beroepen dat het beschermen ervan een voorwaarde is voor zijn zelfrespect, dan brengt deze overtuiging of voorkeur niet een verplichting tot aanpassing voort. Een overtuiging waarmee een persoon zich identificeert, die verplichtingen oplegt aan zijn geweten, en die hem in staat stelt zijn weg te vinden in

een pluriforme morele ruimte, moet worden onderscheiden van iemands wensen, zijn smaak en andere persoonlijke voorkeuren. Een identiteitsbepalende overtuiging of voorkeur verschilt wezenlijk van alles dat bijdraagt aan iemands welzijn, maar waaraan hij kan voorbijgaan zonder het gevoel te hebben dat hij zich aan het verraden is of dat hij aan het afdwalen is van het pad dat hij heeft gekozen. Een voorbeeld is een moslima voor wie het dragen van een hoofddoek een religieuze verplichting is en bijdraagt aan haar definiëren van zichzelf. Als zij deze strenge opvatting heeft over het dragen van de hoofddoek, dan zou zij zichzelf verraden en haar integriteit schenden door de hoofddoek af te leggen op haar werk. Daarmee onvergelijkbaar is een collega die een baseball petje wil dragen.

Deze zienswijze maakt het mogelijk overeenkomsten te zien tussen een verzoek op medische grond en een verzoek wegens gewetensbezwaar. Zoals het opdienen van vlees aan een patiënt wiens gezondheidstoestand een vegetarisch dieet vereist, fysieke schade veroorzaakt, zo komt het dwingen van een vegetariër om vlees te eten neer op het toebrengen van morele schade. In het eerste geval is het individu onderworpen aan een fysieke beperking, terwijl de persoon in het tweede geval onderworpen is aan een morele beperking of een gewetensbeperking. Maclure en Taylor willen met dit voorbeeld duidelijk maken dat een verzoek om een vegetarisch dieet niet primair moet worden beoordeeld naar de aard van de motivering – fysieke of morele schade – maar naar het beoogde effect, namelijk het voorkomen van schade. De overeenkomst is dat men niet vrij is vlees te eten en dat een niet-vegetarisch dieet schade teweegbrengt. Deze benadering van het omgaan met bezwaren houdt in dat de bijzondere status van religie wordt afgeleid van de rol die zij vervult in het morele leven van mensen eerder dan van een waardering van haar intrinsieke geldigheid.⁵²⁷ Zij impliceert dat het gewetensbezwaar niet wezenlijk wordt gewaardeerd.

In beginsel heeft een levensbeschouwing – of deze nu seculier of religieus is – betekenis voor alle sferen van het leven. Zij berust op een fundamentele opvatting van wat het betekent om mens te zijn. Cobben gaat ervan uit dat elke serieuze levensbeschouwing recht doet aan de absolute waarde van de menselijke vrijheid. Zo'n levensbeschouwing is het humanisme. Cobben stelt dat als het in een levensbeschouwing werkelijk gaat om fundamentele waarden en normen die aan het mens-zijn ten grondslag liggen, dit betekent dat de levensbeschouwing vooral geleefd moet worden en zich overal in het praktische leven moet kunnen manifesteren.⁵²⁸ Een liberale en democratische staat biedt in beginsel deze mogelijkheid met zijn

⁵²⁷ Jocelyn Maclure & Charles Taylor, *Secularism and Freedom of Conscience*, Cambridge (MA): Harvard University Press 2011, p. 75-77.

⁵²⁸ Paul Cobben, 'Kan religie in de multiculturele samenleving slechts privé-zaak zijn?', in: Donald Loose (red.), *Religie in het publieke domein. Fundament en fundamentalisme* (p. 71-83), Vught: Damon 2007, p. 81-82.

constitutionele orde. Deze staat heeft als uitgangspunt dat individuen in staat en exclusief bevoegd zijn zich te voorzien van een conceptie van het goede leven en hun positie te bepalen in betrekking tot verschillende levensbeschouwingen en tot wat betekenis kan geven aan het menselijk leven.

Niet terecht is dan ook een herhaaldelijk geformuleerde kritiek op de vrijheid van godsdienst. De aanpassing van een wet of regel met een beroep op een religieuze opvatting van het goede leven bevoordeelt niet een religieuze boven een seculiere burger. Een seculiere gewetensovertuiging kan net zo zeker iemand helpen richting te geven aan zijn leven en hem leiden bij het uitoefenen van zijn oordeelsvermogen als hij wordt geconfronteerd met waardenconflicten. Iemand kan bijvoorbeeld het pacifisme aanhangen op grond van een religieuze of een seculiere levensovertuiging. Wat deze overtuigingen gemeenschappelijk hebben, is dat zij een beroep doen op het individuele geweten en de persoon die zo'n overtuiging heeft, kan deze niet veronachtzamen of ertegen zondigen zonder te ervaren dat zijn morele integriteit wordt geschaad. Ik noemde al het voorbeeld van een vegetariër. Die heeft het recht te vragen dat hij wordt voorzien van vleesloze maaltijden in een situatie waarin er voor hem geen alternatieve eetgelegenheid is, zoals in een gevangenis, een ziekenhuis of een vliegtuig. Er lijkt dan ook geen enkele goede reden te zijn een hiërarchie aan te brengen tussen de rechten van een persoon wiens vegetariër-zijn wordt gebaseerd op een religie – het hindoeïsme – en een persoon wiens vegetariër-zijn voortkomt uit een seculiere morele overtuiging. In beide gevallen geldt dat als de persoon zijn overtuiging terzijde moet schuiven, dit diepe schade teweegbrengt. Het zou erop neerkomen dat zijn verzoek wordt geïnterpreteerd als louter een voorkeur die gemakkelijk kan worden opgegeven, terwijl het gaat om iemands zelfverstaan als een morele persoon.⁵²⁹

Kernovertuigingen en kernverplichtingen hebben betrekking op de waardigheid van de mens als persoon. Die waardigheid is in de woorden van Joas de heiligheid van de persoon, de *sacredness of the person*. Joas ontleent deze term aan Durkheim, die het geloof in mensenrechten en menselijke waardigheid articuleert als een uitdrukking van de sacralisering van de persoon.⁵³⁰ Joas gebruikt daarbij de term *persoon* en niet de term *individu*, omdat de term persoon het voordeel heeft dat deze anders dan de term individu niet kan worden begrepen als een tegenstelling met de gemeenschap of de samenleving. De term persoon impliceert de onvermijdbare socialiteit van het individu en een specifiek soort van sociaal leven die door de persoonlijkheid van elk individu

⁵²⁹ Jocelyn Maclure & Charles Taylor, *Secularism and Freedom of Conscience*, p. 71-73, 82-83, 85, 91.

⁵³⁰ E. Durkheim, 'Individualism and the Intellectuals', in: *Durkheim on Religion*, edited by W.S.F. Pickering, p. 59-73, Londen: Routledge 1975, p. 61. Oorspronkelijk gepubliceerd als 'L'individualisme et les intellectuels' (1898).

wordt geconstitueerd.⁵³¹ De waardigheid of heiligheid van de persoon vraagt om de aanvaarding van de ander zoals hij of zij is en zichzelf definieert en beleeft. Dit sluit de acceptatie en bevestiging in dat mensen hun religie – hun transcendente en sociale verbondenheid – tot uiting laten komen in hun doen en laten. De eerbiediging van de menselijke waardigheid is dan ook terecht het *basisgrondrecht* zoals omschreven in artikel 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en artikel 1 van het Handvest van de grondrechten van de EU.

Godsdienst geeft uitdrukking aan het beproeven van de mens van de zin van het leven. Nussbaum veronderstelt dat in alle menselijke wezens het vermogen aanwezig is te zoeken naar de uiteindelijke betekenis van het leven, en op zo'n wijze dat mensen aan elkaar gelijk zijn. Iedereen die dit betekeniszoekende en -gevende vermogen heeft, en alle mensen hebben dus dit vermogen, is grenzeloos respect waardig. Dit respect behoort op gelijke wijze te worden gegeven aan leden van godsdienstige en levensbeschouwelijke groeperingen die men waardeert en die men verafschuwt. Het morele vermogen van de persoon is het geweten dat kostbaar en waard is te worden geëerbiedigd. Het geweten is ook kwetsbaar en het kan worden verwond en gegijzeld. Het heeft daarom een beschutte ruimte om zich heen nodig, waarbinnen mensen hun zoektocht naar de zin van het leven kunnen volgen, of niet volgen, als ze daarvoor kiezen. De overheid behoort deze beschermde ruimte te waarborgen. Dit impliceert een vrijwaring van minderheden van dominantie van meerderheden. Soms vereist het volledig gelijk maken van minderheden het verschillend behandelen van hen, door hun ontheffingen van wetten en gewoonten te geven die zijn ingevoerd door de meerderheid.⁵³²

Dit verschillend behandelen is van betekenis voor de neutraliteit van de staat. Neutraliteit in religieuze aangelegenheden is de idee dat de staat in een bepaald soort aangelegenheden geen positie inneemt, of een positie inneemt die strikt onpartijdig is, zonder enig specifiek standpunt te bevoordelen of te benadelen, en die zelfs niet religie boven niet-religie stelt. Deze idee is nauw verbonden met de idee dat alle burgers gelijk zijn en dat hun gelijk respect moet worden getoond, maar het is niet hetzelfde. Soms vereist het behandelen van iemand als volledig gelijk speciale aandacht voor de (minderheids-)behoeften van die persoon, om compensatie te bieden voor de omstandigheid dat wetten en werkplekregelingen altijd worden gemaakt door meerderheden en in hun eigen belang. Nussbaum wijst op het nut van aanpassing, van accommodatie, geboden door de staat. Accommodatie houdt in het geven van rust en ruimte aan gelovigen om redenen van het geweten. Op een bepaald gebied krijgen ze een vrijstelling van wetten die algemeen van toepassing zijn. Omwille van het geweten

⁵³¹ Joas spreekt van de *sacredness of the person*: Hans Joas, *The Sacredness of the Person*, p. 51

⁵³² Martha C. Nussbaum, *Liberty of Conscience*, p. 19-20.

wordt hun een uitzonderingspositie verleend. De leidende gedachte is dat bezwaren tegen een wet of regeling die uit het geweten voortkomen, zwaarwegend zijn. In gevallen waar de openbare orde en veiligheid niet in gevaar wordt gebracht, kunnen gewetensbezwaren voorrang hebben boven wetten die voor iedereen gelden, zodat mensen niet worden gedwongen hun geweten geweld aan te doen.⁵³³

In de voorgaande hoofdstukken is uiteengezet dat de democratische rechtsstaat niet alleen waarborgt dat burgers genoeg vrijheid hebben, maar ook dat hun vrijheid aan elkaar gelijk is. Alle burgers behoren de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging te genieten en zij dienen op gelijke wijze te worden gerespecteerd door de samenleving waarin zij leven. Bezwaren tegen een wet of regeling die uit het geweten voortkomen, dienen gerespecteerd te worden, ongeacht of deze een religieuze of seculiere oorsprong hebben. Een van de constitutionele beginselen van de Nederlandse staat is de neutraliteit van de staat. Overeenkomstig dit beginsel is de staat seculier en maakt hij geen onderscheid tussen een religieuze en een seculiere levensbeschouwing. Het argument daarvoor is dat zij dezelfde functie vervullen in het individueel en collectief betekenis en richting geven aan het leven van een persoon, het ontwikkelen en onderhouden van een moreel besef en het construeren van een identiteit.

Een aspect dat nog niet is genoemd, is dat religie of levensovertuiging een culturele dimensie heeft. De culturele dimensie van een religieus voorschrift kan in de tijd en naar plaats variëren. Dit is inherent aan het feit dat een religie een sociale praxis impliceert. Anders gezegd is dit het aspect van de traditie. Een religie is niet een statisch of volledig homogeen fenomeen. Er zijn altijd variaties en verschillen aan te wijzen. De neutraliteit van de staat impliceert dat hij terughoudend dient te zijn in het onderscheiden van religieuze en culturele elementen en het van elkaar scheiden van een religieus en een cultureel element van een godsdienstige praxis om vervolgens het culturele element niet onder de reikwijdte van het recht op vrijheid van godsdienst te laten vallen. Het criterium is of iemand zich verplicht weet aan zijn geweten om een bepaald standpunt in te nemen of zich op een bepaalde wijze te gedragen en dat zijn morele integriteit als gelovige wordt geschonden als hij wordt gedwongen daarvan af te wijken.

6 De seculiere staat

In het voorgaande heb ik betoogd dat vrijheid van godsdienst vraagt om een seculiere staat. Dat wil zeggen dat de overheid zich neutraal dient op te stellen en een zekere distantie dient te bewaren ten opzichte van uitingen van religie. Zowel de islamitische

⁵³³ Martha C. Nussbaum, *Liberty of Conscience*, p. 20-21.

rechtsgeleerde An-Na'im als de christelijke filosoof Taylor beargumenteert ook dat de staat seculier behoort te zijn.

An-Na'im beredeneert dat de enige manier waarop iemand een moslim kan zijn, is uit overtuiging en door vrije keuze. Daar is een seculiere staat voor nodig. Een seculiere staat is neutraal ten opzichte van religieuze overtuigingen. Hij staat niet vijandig tegenover religie en tegenover religieuze organisaties, maar hij is ook niet onverschillig. An-Na'im verwerpt dan ook het opleggen van de sharia, de religieuze wet van de islam. Bassiouni legt uit dat de term *sharī'a* verwijst naar dat wat Allah heeft ingesteld in de *Qur'ān* (Koran). De *sharī'a* bevat onder meer algemene beginselen, voorlichting, voorschriften en verboden. Ze onderscheidt wat wettig en rechtmatig is van wat het niet is. De *sharī'a* richt zich in essentie op de verhouding tussen menselijke wezens en God en de verhoudingen tussen menselijke wezens onderling. Ze omvat het geheel van verplichtingen en plichten die menselijke wezens God verschuldigd zijn, en van individuen en collectiviteiten ten opzichte van elkaar. Als wetstelsysteem is de *sharī'a* geëvolueerd in verschillende culturele omgevingen gedurende verscheidene eeuwen. Het islamitisch recht is gebaseerd op de *sharī'a*, maar het omvat veel meer dan de *sharī'a* en beslaat een veel breder gebied van menselijke en sociale activiteiten.⁵³⁴

An-Na'im kiest voor *secularisme*. Met de term secularisme duidt hij een seculiere staat aan die de ruimte biedt aan religieuze vroomheid vanuit een oprechte overtuiging. Hij pleit voor een seculiere staat, niet voor een seculiere samenleving, om echte religieuze praxis te versterken en te bevorderen. De principes van de sharia zijn door hun aard en functie ongeschikt voor handhaving door de staat. De staat behoort niet te proberen de sharia te handhaven, opdat moslims juist in de gelegenheid zijn te leven door hun eigen geloof in de islam als een zaak van religieuze verplichting, en niet als de uitkomst van dwang door de staat. An-Na'im pleit dan ook voor een institutionele scheiding van islam en staat die nodig is voor de sharia om haar eigen positieve en verlichtende rol te hebben in de levens van moslims en in islamitische gemeenschappen. Deze zienswijze noemt hij de religieuze neutraliteit van de staat, waarbij de overheidsinstellingen geen enkele religieuze leer en geen enkel religieus beginsel bevoordelen noch benadelen. Het oogmerk van een dergelijke neutraliteit is de vrijheid te waarborgen van individuen in hun gemeenschappen om welke kijk op een religieuze leer of welk religieus beginsel dan ook te aanvaarden, te verwerpen of te wijzigen.⁵³⁵

⁵³⁴ M. Cherif Bassiouni, *The Sharī'a and Islamic Criminal Justice in Time of War and Peace*, p. 38-41.

⁵³⁵ Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Islam and the Secular State. Negotiating the Future of Shari'a*, Cambridge (MA): Harvard University Press 2008, p. 1-4.

Taylor wijst erop dat seculariteit van de staat een gecompliceerd vereiste is. Zij houdt in het voldoen aan drie criteria, zoals samengevat in de leuze van de Franse Revolutie: vrijheid, gelijkheid en broederschap. Vrijheid impliceert de vrije uitoefening van religie. Enigerlei vorm van dwang is daarbij uitgesloten. Gelijkheid heeft betrekking op gelijkheid ongeacht de aard van de levensovertuiging. Niemand geniet een geprivilegieerde status. Broederschap houdt in dat alle geestelijke gemeenschappen dienen te worden gehoord en te worden ingesloten in het voortgaande proces van het bepalen wat de politieke identiteit van de samenleving is, wat het precieze regime van rechten en uitzonderingsbepalingen is, en welke mensenrechten worden beschermd. Het vierde criterium dat Taylor hieraan toevoegt, is het tot stand brengen en handhaven van harmonie tussen de aanhangers van verschillende geloofsovertuigingen en wereldbeschouwingen. Het seculier zijn van de staat heeft dan ook niet betrekking op de verhouding tussen staat en kerk of tussen staat en religie. De scheiding van staat en kerk is een van de aspecten van de seculariteit van de staat. Deze seculariteit omvat de vier genoemde criteria en impliceert daarmee het geven van het juiste antwoord van de democratische staat op de diversiteit of pluriformiteit van de samenleving. De seculiere staat beschermt burgers in hun aanhangen en in praktijk brengen van welke overtuiging dan ook, waarbij de staat mensen gelijk behandelt in het nastreven van hun keuzes, en hen allen gehoor geeft. De gelijke behandeling door de staat van zijn burgers dient erop gericht te zijn de vrijheid van godsdienst van minderheden te bewaken en niet onnodig te beperken.⁵³⁶

Uitingen van godsdienst kunnen spanningen oproepen als zij de rechten van andere burgers beperken of als gelovigen de ordening van de samenleving dwingend willen beïnvloeden. De islam kent de sharia. Daarvan bestaan vele interpretaties maar een staatsrechtelijke claim is hoe dan ook in strijd met het beginsel van de democratische samenleving. Hetzelfde geldt voor het jodendom en het christendom. Om duidelijk te maken wat een dergelijke claim inhoudt, geef ik een visie op de ordening van de staat in de traditie van de protestantse stroming binnen het christendom die bekend staat als het neocalvinisme. De ontwerper daarvan is Abraham Kuyper (1837-1920) die een van de voorlopers van het CDA oprichtte, alsmede de Vrije Universiteit in Amsterdam.

In zijn dissertatie legt Dengerink uit dat Kuyper uitgaat uit van de belijdenis van de absolute soevereiniteit van God. Hij is de schepper en onderhouder van de wereld, de kosmos, en Hij wijst aan ieder schepsel zijn eigen plaats. Elk schepsel heeft een eigen taak en bestemming en daarmee een eigen levenswet. Zowel de natuur als de samenleving is aan vaste *ordinantiën* – regelingen of regels – onderworpen. De ordening van de samenleving dringt zich op aan de mens tot in de kleinste

⁵³⁶ Charles Taylor, 'The meaning of secularism', *The Hedgehog Review* fall 2010, p. 23-34.

vraagstukken als de wil van God.⁵³⁷ Daarom is de religie niet tot een afgebakend terrein te beperken, maar doordringt zij het gehele leven. Het is juist de volledigheid van de ordinantiën voor het gehele leven, die het gehele leven opeist voor de dienst aan God. De verplichting waaronder we geboren zijn om Gods ordinantiën te gehoorzamen is in de schepping gefundeerd.⁵³⁸ In zijn rede ‘Sovereiniteit in eigen Kring’ (1880) verklaart Kuiper dat God Zijn soevereiniteit volledig heeft opgedragen aan Christus. Er is geen enkel terrein in deze wereld dat Christus niet het Zijne noemt (p. 10). Nergens wordt de macht van Christus tot het geestelijk terrein beperkt.⁵³⁹ In ‘Sovereiniteit in eigen Kring’ poneert Kuiper met nadruk dat in het gehele leven de strijd zich concentreert om het Kruis van Christus, en dat men zich nergens op neutraal terrein bevindt.⁵⁴⁰ Soevereiniteit in eigen kring wil voor Kuiper zeggen dat het hoogste gezag in elke levenskring niets dan God boven zich heeft, en dat de staat zich daar niet tussen mag schuiven. Kuiper onderscheidt een gebied van het persoonlijke, het huiselijke, het wetenschappelijke, het maatschappelijke en het kerkelijke leven, die aan een eigen levenswet gehoorzamen. Zo heeft de kring van het gezin een ingeschapen levenswet, die inhoudt dat de ouders hun kinderen lichamelijk en geestelijk moeten opvoeden.⁵⁴¹ Kuiper rekent dit tot de door God bepaalde ordening van de schepping. Zijn visie op de ordening van de maatschappij wringt daardoor enerzijds met de beginselen van de liberale democratische rechtsstaat die al in zijn tijd tot ontwikkeling kwam. Het democratische element in zijn visie is anderzijds dat de staat niet het monopolie heeft op het hoogste gezag. Hij erkent de soevereiniteit van afzonderlijke kringen en beperkt daarmee de overheidsmacht van de staat. Maar uiteindelijk is het Kuiper wel te doen om een christelijke staat en een christelijke overheid.

Een seculiere staat zoals An-Na'im en Taylor die zien, biedt bescherming aan uitingen van religie. Rowan Williams noemt dit *procedureel* secularisme. Procedureel secularisme houdt in dat een overheid in haar beleid geen voordeel toekent aan of voorkeur heeft voor welke geloofsgemeenschap dan ook. In overeenstemming met dit beginsel definieert de staat zijn rol als een die toezicht heeft over een verscheidenheid van gemeenschappen met een religieuze overtuiging en die, als dit noodzakelijk is, hen bijstaat om de onderlinge vrede te bewaren. Rowan stelt tegenover het procedureel secularisme het *programmatisch* secularisme. Hij geeft als voorbeeld Frankrijk. Programmatisch secularisme houdt in dat elke manifestatie van trouw aan welke religie dan ook afwezig is in de publieke sfeer, zodat iedereen ondubbelzinnig deelt in een publieke loyaliteit aan de staat. Deze loyaliteit aan de staat wordt niet verduisterd door

⁵³⁷ J.D. Dengerink, *Critisch-historisch onderzoek naar de sociologische ontwikkeling van het beginsel der 'sovereiniteit in eigen kring' in de 19^e en 20^e eeuw*, Kampen: Kok 1948, p. 96-97.

⁵³⁸ J.D. Dengerink, *Critisch-historisch onderzoek*, p. 97-98.

⁵³⁹ J.D. Dengerink, *Critisch-historisch onderzoek*, p. 98.

⁵⁴⁰ J.D. Dengerink, *Critisch-historisch onderzoek*, p. 105.

⁵⁴¹ J.D. Dengerink, *Critisch-historisch onderzoek*, p. 109-110.

tekenen van private overtuigingen, omdat elk teken van zulke overtuigingen rigoureuus is verbannen uit de publieke ruimte. Programmatisch secularisme ziet Rowan als een probleem. Het definieert een exclusieve publieke orthodoxie van een nieuw soort, en heeft invloed op de veronderstelling dat slechts één soort van loyaliteit werkelijk mogelijk is. Loyaliteit aan het geloof is dan een zaak van private voorkeur. Deze opvatting van secularisme reduceert wat voor veel mensen hun intiemste en beslissende morele inspiraties vormt tot het niveau van private keuzes, levensstijlkeuzes zou men kunnen zeggen. Dit heeft gevolgen voor de vraag hoe de staat zichzelf ziet en omgaat met religieuze vrijheid. Hij denkt over zichzelf niet als een gemeenschap van gemeenschappen maar eerder als een monopolistische soevereine macht.⁵⁴² Uit dien hoofde legt hij de burgers beperkingen op aan hun vrijheid van godsdienst.

7 Zedelijk en levensbeschouwelijk beoordelingspatroon

In de Inleiding heb ik opgemerkt dat het beoordelingspatroon van het recht op vrijheid van godsdienst aan verandering onderhevig is.⁵⁴³ Vanaf het einde van de negentiende eeuw tot aan het einde van de jaren zestig in de vorige eeuw had men een tamelijk elegante manier om met verschillen in levensovertuiging om te gaan: de verzuiling. Diverse van elkaar onderscheiden religieuze en maatschappelijke stromingen hadden hun eigen zuil. Binnen een zuil heerste een sterke homogeniteit, en de zuilen stonden tamelijk onverschillig tegenover elkaar. Nederland was een land van minderheden en geen van de stromingen kon met haar levensovertuiging domineren.⁵⁴⁴ De behoefte daaraan werd ook getemperd door de omstandigheid dat onze normen en waarden ook buiten de christelijke zuilen werden gekenmerkt door het christendom, waardoor Nederland een betrekkelijk uniform beoordelingspatroon kende. Tot de jaren 1960 kende Nederland een met christelijke waarden doortrokken en door christelijke opvattingen gestempeld beoordelingspatroon.

Deze situatie is inmiddels radicaal gewijzigd. De zuilen zijn vanaf de jaren 1960 in enkele decennia afgebrokkeld. De ontzuiling die zich in de breedte van de samenleving heeft voltrokken, heeft tot gevolg dat Nederland niet langer wordt gekenmerkt door het vreedig naast elkaar leven van verschillende minderheden. In enkele decennia is een meerderheidscultuur ontstaan met als kenmerken: progressief, niet-religieus en

⁵⁴² Rowan Williams, *Faith in the Public Square*, Londen: Bloomsbury 2012, p. 3.

⁵⁴³ J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, p. 306.

⁵⁴⁴ James C. Kennedy, *Bezielende verbanden. Gedachten over religie, politiek en maatschappij in het moderne Nederland*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2009, p. 20; Ben Vermeulen, 'Een schets en evaluatie van de kritiek op de overheidsfinanciering van het bijzonder onderwijs', in: W.B.H.J. van de Donk e.a. (red.), *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie* (p. 353-366), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 365.

blank.⁵⁴⁵ De nieuwe meerderheid is in toenemende mate haar waarden gaan opleggen aan de gehele samenleving. Daarmee is de gelijkheid van alle burgers onder spanning komen te staan, en zijn de vrijheidsrechten van minderheidsgroeperingen in de verdrukking gekomen. Migratie heeft aan dit spanningsveld bijgedragen. Vanaf de jaren 1970 vond een instroom plaats uit islamitische landen. De aanwezigheid van een groeiend aantal moslims in Nederland is sinds het begin van het nieuwe millennium een maatschappelijk vraagstuk. Gevoelens van bedreiging door het moslimfundamentalisme hebben zich ontwikkeld. Maar niet alleen tegen deze vorm van fundamentalisme ageert men. In het bijzonder wordt ook orthodoxe gereformeerden fundamentalisme verweten. De SGP is om haar inmiddels verlaten vrouwenstandpunt – ‘geen vrouwen in de politiek’ – aangeduid als de ‘Taliban op klompen’.⁵⁴⁶

Het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon tast het ethos van de mensenrechten aan als elk respect voor fundamentalistische groeperingen ontbreekt. Deze willen op specifieke punten de maatschappij conserveren of bepaalde vernieuwingen teruggedraaien. Het is begrijpelijk dat progressieve burgers het standpunt van conservatieve medeburgers niet delen. Maar dit wordt problematisch als de progressieve meerderheid geen tolerantie kan opbrengen voor de standpunten van religieus gemotiveerde minderheden. Een gebrek aan tolerantie zet onbedoeld de fundamentele waarden vrijheid en gelijkheid van de moderne democratie onder druk. Van grote betekenis voor het in stand houden van de democratische rechtsstaat is dat de diverse groeperingen zich binden aan de uitkomsten van het democratische besluitvormingsproces, ook als deze hun niet welgevallig zijn op een bepaald onderdeel. Tot deze uitkomsten behoort het *geheel* van de constitutionele orde met zijn rechten en vrijheden.

8 Analyse- en evaluatiekader

In de optiek van het EHRM is de vrijheid van godsdienst een noodzakelijke voorwaarde om iedere persoon in staat te stellen deel te nemen aan het leven van de democratie. Zij bevordert de zelfverwerkelijking van het individu. Voor het EHRM is dit relevant bij het beoordelen van beperkingen. Oldenhuis geeft het onderstaande toetsingskader van het EHRM voor artikel 9 EVRM:

⁵⁴⁵ James C. Kennedy, *Bezielende verbanden*, p. 227.

⁵⁴⁶ H.-M.Th.D. ten Napel, ‘Een Nederlandse Taliban?’, in: N.F. van Manen (red.), *De multiculturele samenleving en het recht* (p. 151-157), Nijmegen Ars Aequi Libri 2002; Robert Giebels & Ron Meerhof, ‘Kees van der Staaij: “Wij vinden níét dat alle godsdiensten gelijk zijn”’, *de Volkskrant* 22 augustus 2012.

1. Is er sprake van een uiting die op godsdienst is gebaseerd?
2. Is er een beperking op de uiting van godsdienst gemaakt?
3. Is de beperking voorzien bij een wet die voldoende toegankelijk en nauwkeurig is?
4. Is de beperking in het belang van een van de doelcriteria, zoals gelijke behandeling, bescherming van andermans rechten en de bescherming van de openbare orde?
5. Is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving, d.w.z. is deze proportioneel?
6. Blijven staten binnen de *margin of appreciation*?⁵⁴⁷

In hoofdstuk 1 heb ik het vijfde en zesde onderdeel besproken. Hier beperk ik mij tot een korte bespreking van het gehele toetsingskader. Het eerste punt heeft betrekking op de vraag of het gaat om een uiting van godsdienst (1). Dit is de vraag naar de reikwijdte. Vervolgens zijn de vragen aan de orde of er sprake is van een beperking (2), zo ja, of deze beperking legitiem is (3), en vervolgens welk belang met de beperking wordt gediend (4). Als het EHRM instemt met het beroep van een overheid op de volgens artikel 9 lid 2 EVRM toegestane beperking van de godsdienstvrijheid (4), onderzoekt het vervolgens of de beperkende maatregel op nationaal niveau beantwoordt aan 'een dwingende maatschappelijke behoefte' (5a) en of sprake is van evenredigheid aan het nagestreefde doel (5b). Van belang is daarbij dat het EHRM ruimte laat voor een zekere nationale invulling, maar tegelijkertijd zijn Europees toezicht daarop uitoefent (6).⁵⁴⁸

Bij de analyse van de casus zal blijken dat de rechter soms van mening is dat er geen sprake is van een inmenging in de vrijheid van godsdienst of dat deze nauwelijks van betekenis is. Als de rechter heeft vastgesteld dat de bestreden maatregel, of het bestreden besluit, wettig is, beoordeelt hij of de beperking proportioneel is ten opzichte van het nagestreefde doel. De beperking is gerechtvaardigd als er een evenwicht bestaat tussen het doel dat de staat beoogt met de beperking en de aantasting van het belang van degene(n) die zich op de verdragsbepaling beroept (beroepen). De gronden voor een beperking moeten relevant en voldoende zijn en de behoefte aan een beperking moet overtuigend worden vastgesteld. De proportionaliteit van de maatregel moet worden geconstateerd in elke specifieke zaak. Het EHRM past bij de beoordeling van een maatregel of besluit de *margin of appreciation* toe. Gewoonlijk zal het een

⁵⁴⁷ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, p. 39-40.

⁵⁴⁸ Zie onder meer: (EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99, par. 119 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*), EHRM 26 september 1996, nr. 18748/91, par. 44 (*Manoussakis and others v. Greece*); EHRM (GK), 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 110 (*Leyla Şahin v. Turkey*). Vergelijk: P.T. Pel, *Geestelijken in het recht*, p. 65-66.

ruime marge toepassen als van de staat wordt geëist een evenwicht te vinden tussen concurrerende private en publieke belangen of tussen verdragsrechten. In hoofdstuk 1 heb ik besproken dat het EHRM een ruime marge toestaat voor religieuze en morele kwesties. De nationale autoriteiten moeten wel te allen tijde blijven binnen het raamwerk van de mensenrechtenbescherming

In elke casus is in een of ander opzicht discriminatie aan de orde. De staat is geroepen burgers en hun verbanden te beschermen tegen discriminatie in directe dan wel indirecte vorm. Het toetsingskader voor de Awgb dat het CRM (voorheen: de Cgb) toepast, omvat:

1. Is er sprake van direct onderscheid?
2. Is het directe onderscheid gerechtvaardigd op grond van een wettelijke uitzonderingsbepaling?
3. Is er sprake van indirect onderscheid?
4. Is het indirecte onderscheid gerechtvaardigd? Dat wil zeggen: a) Is het doel legitiem, in de zin van voldoende zwaarwegend en beantwoordend aan een werkelijke behoefte? b) Is het middel passend om dat doel te bereiken? c) Is het middel noodzakelijk in die zin dat het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot indirect onderscheid?⁵⁴⁹

Het CRM hanteert als algemene lijn dat het begrip godsdienst in de Awgb niet alleen het huldigen van een godsdienstige opvatting omvat, maar ook het zich daarnaar gedragen.⁵⁵⁰ Gedragingen die, mede gelet op hun karakter en op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, een rechtstreekse uitdrukking geven aan de godsdienstige overtuiging, worden beschermd door het verbod van discriminatie op grond van godsdienst.

De casus analyseer en evalueer ik in hoofdstuk 4 met behulp van het onderstaande kader.

A. Context casus

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerklijken van een religieuze identiteit?

⁵⁴⁹ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, p. 47.

⁵⁵⁰ *Kamerstukken II 1990/91, 22014, 5, p. 39-40.*

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?
3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?
4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?
5. Indien in de casus het CRM of de rechter een oordeel heeft gegeven of een uitspraak heeft gedaan: hoe maakt deze instantie de afweging van de belangen die in het geding zijn?

C. Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?
2. Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?
3. Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?
4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?
5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

Hoofdstuk 4

De casus – beschrijving, analyse en evaluatie

1 Inleiding

De vrije uitoefening van godsdienst betekent dat iemand in staat wordt gesteld zijn eigen geweten te volgen inzake zijn overtuiging en gedrag. De constitutionele orde stelt grenzen aan het uiting geven aan een overtuiging, beperkingen kunnen noodzakelijk zijn in een democratische samenleving (art. 9 lid 2 EVRM). In dit hoofdstuk beschrijf, analyseer en evalueer ik de in de Inleiding genoemde casus. Daarbij onderzoek ik de verhouding tussen de maatregel of beslissing die in een specifieke casus aan de orde is, en de vrijheid van de gelovige(n) de eigen godsdienstige overtuiging tot uitdrukking te brengen ‘in het onderhouden van geboden en voorschriften’ (art. 9 lid 1 EVRM).⁵⁵¹

Voor het evalueren van de casus onderscheid ik drie terreinen, dat van de staat, het bijzonder onderwijs en het gezin. Alle casus hebben een ruimere betekenis dan de specifieke kwestie die aan de orde is. Daarom maak ik ze hier onderdeel van een bredere thematiek. Ik evalueer de casus als een specifiek geval binnen deze thematiek. De casus op het terrein van de staat verdeel ik over de volgende thema’s: 1) religieuze politieke partijen (als specifiek geval de SGP), 2) kleding en gedrag in de publieke ruimte (diverse specifieke gevallen), 3) voedsel (als specifiek geval de religieuze slacht), 4) gewetensbezwaren (als specifiek geval de gewetensbezwaarde trouwambtenaar) en 5) de ambtseed (als specifiek geval de motie-De Pater). De staat is partij in deze casus als wetgever, bestuurder, werkgever of rechterlijke macht. In de casus op dit terrein wordt de staat aangesproken op zijn seculariteit. Wat vraagt het seculier zijn van de staat van deze actor op het terrein van religieuze kwesties, waarbij de identiteit van gelovigen in het geding is? De casus op het terrein van het bijzonder onderwijs hebben betrekking op het karakter van dit onderwijs dat een religieuze grondslag heeft. Een instelling van bijzonder onderwijs heeft de wettelijke ruimte een specifiek identiteitsbeleid te voeren. Dit kan leiden tot conflictsituaties met leerkrachten en leerlingen/ouders. Conflicten kunnen ontstaan als de persoonlijke overtuiging of de levensstijl van de leerkracht strijdig is met de identiteit die de school nastreeft, waarbij de leerkracht als een identiteitsdrager van de school wordt gezien. Conflicten rond leerlingen hebben eveneens betrekking op de identiteit van de school en betreffen de weigering van toelating tot de school of uitingen van een persoonlijke overtuiging van leerlingen die de school niet toestaat. Deze conflicten liggen op het

⁵⁵¹ Het feit dat ik in deze alinea refereer aan artikel 9 EVRM betekent uiteraard niet dat alleen het EVRM relevant is of besproken wordt.

gebied van artikel 23 Grondwet en de Awgb. Een instelling voor bijzonder onderwijs is een private organisatie die evenwel functioneert in de publieke sfeer. Het onderwijs is als zodanig een functie van de staat (Eerste protocol bij het EVRM, artikel 2) en het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg van de regering (artikel 23, eerste lid, Gw). De derde categorie ligt op het terrein van de private sfeer, namelijk van het gezin, en heeft betrekking op het opvoedingsrecht van ouders en de rechten van kinderen ten opzichte van hun ouders en de staat. Op dit terrein evalueer ik één specifieke casus, die van de religieuze besnijdenis. In deze kwestie draait het om de identiteit van het gezin, van de ouders/opvoeders en van het kind.

2 De staat

2.1 Religieuze politieke partijen – de SGP

2.1.1 Vordering Clara Wichmann c.s.

De Staatkundig Gereformeerde Partij (SGP) verwerpt vanaf haar oprichting in 1918 het passieve kiesrecht voor de vrouw en zij laat zich dan ook niet door vrouwen vertegenwoordigen in de politiek.⁵⁵² De partij baseert zich op ‘het Woord van God’ bij het onderscheid dat wordt gemaakt tussen mannen en vrouwen, hetgeen tot uitdrukking is gebracht in de artikelen 7 en 10 van haar Program van Beginselen:

Artikel 7

Gods Woord leert dat man en vrouw krachtens de scheppingsorde een eigen, specifieke, van elkaar onderscheiden roeping en plaats hebben ontvangen. In deze orde is de man het hoofd van de vrouw. Maatregelen ter erkenning van de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen worden positief beoordeeld. Elk emancipatiestreven dat de van God gegeven roeping en plaats van mannen en vrouwen miskent, is revolutionair en moet krachtig worden bestreden.

Artikel 10

De opvatting van het vrouwenkiesrecht voortkomend uit een revolutionair emancipatiestreven, strijdt met de roeping van de vrouw. Dit laatste geldt ook voor het zitting nemen van de vrouw in politieke organen, zowel vertegenwoordigende als bestuurlijke. De vrouw zij in haar eigen consciëntie overtuigd of zij haar stem kan uitbrengen met inachtneming van de haar door God gegeven plaats.

⁵⁵² Henk Post, *In strijd met de roeping der vrouw. De Staatkundig Gereformeerde Partij en het vrouwenkiesrecht*, Heerenveen: Groen 2009.

Sinds 1997 bepaalden de statuten van de SGP dat het (gewoon) partijlidmaatschap alleen openstaat voor mannen. In artikel 4, eerste lid, van de statuten is dit als volgt bepaald:

Leden van de partij zijn mannen die de grondslag en de doelstelling van de partij onderschrijven, de leeftijd van 18 jaar hebben bereikt en zich bij een plaatselijke kiesvereniging in hun woonplaats of gemeente als zodanig hebben aangemeld en zijn toegelaten.

Diverse organisaties waaronder Clara Wichmann (hierna: Clara Wichmann c.s.) uitten zowel afzonderlijk als gezamenlijk kritiek op de staat, omdat hij heeft laten gebeuren dat de SGP vrouwen discrimineert. Deze organisaties verzochten in 2003 de ministers van Sociale Zaken, van Binnenlandse Zaken, voor Bestuurlijke vernieuwing en Koninkrijksrelaties, van Buitenlandse Zaken en van Justitie een einde te maken aan de huns inziens onrechtmatige situatie, die meebrengt dat een partij die aantoonbaar handelt in strijd met fundamentele rechtsbeginselen, zonder beperkingen kan functioneren. De minister van Binnenlandse Zaken en de minister voor Bestuurlijke vernieuwing en Koninkrijksrelaties lieten gezamenlijk, mede namens de andere betrokken bewindslieden, Clara Wichmann c.s. weten geen gevolg te geven aan hun verzoek. Deze organisaties startten daarop een gerechtelijke procedure en vorderden van de rechtbank te verklaren dat de staat in strijd met artikel 7 VN-Vrouwenverdrag en/of diverse andere artikelen uit verdragen en daarom onrechtmatig handelt, en de staat te verbieden de onrechtmatige situatie nog langer te laten voortbestaan en/of de staat te veroordelen om binnen een door de rechtbank te bepalen termijn maatregelen nemen die ertoe leiden dat de onrechtmatige situatie wordt beëindigd.

2.1.2 *Vonnissen rechtbank*

Op 7 september 2005 wees de Rechtbank 's-Gravenhage de vordering van Clara Wichmann c.s. toe. De rechter oordeelde dat de staat niet heeft voldaan aan de verplichtingen die hij heeft op grond van artikel 7 sub a en c VN-Vrouwenverdrag. Hij heeft daarmee onrechtmatig gehandeld in de zin van artikel 6.162 BW jegens eenieder wiens belangen worden behartigd door Clara Wichmann c.s. Een ingrijpen is in die mate vereist dat aan de onrechtmatige toestand een einde wordt gemaakt. Naar het oordeel van de rechtbank hield dit in dat de staat de SGP niet langer door middel van subsidies mag ondersteunen.⁵⁵³

In oktober 2005 diende de SGP op grond van de Wet subsidiëring politieke partijen (Wsp) een aanvraag in bij de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

⁵⁵³ Rechtbank 's-Gravenhage 7 september 2005, *ECLI:NL:RBSGR:2005:AU2088*, *AB* 2005, 398, m.nt. M.J. Kanne; *NJ* 2005/473, *NJF* 2005, 316, r.o. 3.44.

om verlening van subsidie voor het jaar 2006. Op 20 december 2005 wees de minister deze aanvraag af. Tegen dit besluit maakte de SGP bezwaar en ging zij in beroep bij de sector bestuursrecht van de Rechtbank 's-Gravenhage. Deze rechtbank oordeelde op 30 november 2006 dat de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties geen enkele ruimte heeft om een ander besluit te nemen dan de subsidieaanvraag af te wijzen, zonder in strijd te komen met het vonnis van de civiele kamer van 7 september 2005.⁵⁵⁴

2.1.3 Oordeel Raad van State

De SGP vocht op 24 september 2007 de uitspraak van de sector bestuursrecht van de Haagse rechtbank van 30 november 2006 aan bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS).

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State vernietigde op 5 december 2007 in hoger beroep de uitspraak van de bestuursrechter. 'Duidelijk is', volgens de Afdeling, 'dat de wetgever bij het tot stand brengen van de Wspp alle in het parlement vertegenwoordigde partijen aan de hand van dezelfde maatstaven financiële ondersteuning heeft willen bieden, ongeacht de inhoud van het door hen uitgedragen gedachtegoed of hun interne organisatie, (...)'. In haar uitspraak stelde de Afdeling vast dat uit artikel 2 van de Wspp volgt dat de minister bij het nemen van een besluit op een subsidieaanvraag geen inhoudelijke afweging mag maken. De subsidie kan slechts tijdelijk worden ingetrokken in geval van een strafrechtelijke veroordeling van een politieke partij wegens discriminatie (art. 16 Wspp). De uitspraak van de civiele rechter is bovendien niet bindend voor de bestuursrechter, die door de minister is aangewezen om te oordelen over de rechtmatigheid van de subsidieverlening. 'Uit die wettelijke competentiebepalingen vloeit voort dat de bindende kracht van het vonnis zich niet uitstrekt tot de door de bestuursrechter te verrichten toetsing.' De Afdeling oordeelde daarmee dat artikel 7, aanhef en onder a en c, van het Vrouwenverdrag niet dwingt tot het buiten toepassing laten van de Wspp.

De Afdeling oordeelde voorts over het bestreden standpunt van de SGP dat er geen grond is voor het oordeel dat sprake is 'van een evidente doorbreking van de vereiste evenwichtige verhouding tussen het verbod van discriminatie en het waarborgen dat vrouwen op gelijke voet met mannen kunnen deelnemen aan het maatschappelijke en politieke leven enerzijds en het waarborgen van het adequaat functioneren van politieke partijen in het democratisch staatsbestel en de hun mede daartoe toekomende rechten anderzijds'. Mede achtte de Afdeling 'van belang dat thans is verzekerd dat vrouwen, binnen het spectrum van politieke partijen als geheel genomen, lid kunnen

⁵⁵⁴ Rechtbank 's-Gravenhage 30 november 2006, *ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ5393*, r.o. 2.6.

worden van een politieke partij, als bedoeld in onderdeel c van artikel 7 van het Vrouwenverdrag, welke vrouwen op gelijke voet met mannen voordraagt voor vertegenwoordigende functies. Reeds daarom is het niet noodzakelijk om in het licht van artikel 7, aanhef en onder a en c, van het Vrouwenverdrag maatregelen te treffen die een ernstige beperking inhouden van de vrijheden en rechten van een politieke partij die het lidmaatschap voor vrouwen niet openstelt op gelijke voet met mannen en die, in het verlengde daarvan, vrouwen niet voordraagt voor vertegenwoordigende functies. Van een daadwerkelijke beperking van het passief kiesrecht van vrouwen, als bedoeld in onderdeel a van artikel 7 van het Vrouwenverdrag, is geen sprake' (r.o. 2.14.2)

Het ging volgens de Afdeling te ver in te grijpen in de vrijheid die de SGP heeft om zich te organiseren zoals zij wil. Mede is dit het geval omdat artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag niet beoogt uit te sluiten dat er een afweging plaatsvindt van de in dit artikel gewaarborgde rechten tegen de vrijheidsrechten en belangen van politieke partijen. Voor haar oordeel beriep de Afdeling zich mede op jurisprudentie van het EHRM. Het EHRM acht naar haar mening terughoudendheid geboden bij het beperken van politieke partijen in hun fundamentele vrijheden, omdat deze partijen essentieel zijn voor het goed functioneren van een pluriforme, democratische samenleving. Het EHRM zou ingrijpen alleen gerechtvaardigd achten in het geval door de nationale rechter is vastgesteld dat de desbetreffende politieke partij een concreet gevaar oplevert voor de democratische rechtsorde, zoals die ook aan het EVRM ten grondslag ligt. De Afdeling bestuursrechtspraak: 'Een dergelijke situatie doet zich hier niet voor'.⁵⁵⁵

2.1.4 Oordeel gerechtshof

Een maand voordat de Afdeling bestuursrechtspraak haar uitspraak deed, op 5 november 2007, behandelde het Gerechtshof 's-Gravenhage het vonnis uit 2005 in hoger beroep.

⁵⁵⁵ Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 5 december 2007, *ECLI:NL:RVS:2007:BB9493*, *AB* 2008, 35, m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen; *GST* 2008, 17, m.nt. J.L.W.; *JB* 2008/24, m.nt. R. Nehmelman & M. Kanne, m.nt. R.J.N. Schlössels; *Ars Aequi* AA20080291; *NJB* 2007, 2360, r.o. 2.14.1, 2.15, 2.1.1, 2.13.1, 2.10, 2.14.2. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State vermeldde twee arresten van het EHRM: EHRM (GK) 8 december 1999, nr. 23885/94, par. 44 (*Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*); EHRM (GK) 13 februari 2002, nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, par. 102 (*Refah Partisi v. Turkey*). In de eerste casus verwierp het EHRM het verbieden van de betreffende politieke partij omdat deze partij geen bedreiging vormde voor de democratische samenleving en de naleving van het EVRM en in de tweede casus aanvaardde het EHRM het verbod van de betreffende politieke partij om dezelfde redenen. De klachten hebben betrekking op artikel 11 EVRM (vrijheid van vergadering en vereniging), in samenhang met de artikelen 9, 10 en 14, respectievelijk 9, 10, 14, 17 en 18 en 1 en 3 Protocol Nr. 1.

De staat voerde aan dat artikel 7 VN-Vrouwenverdrag geen rechtstreekse werking heeft, dat de bestaande wetgeving reeds voldoende mogelijkheden biedt om discriminatie van vrouwen tegen te gaan, dat het verbod van discriminatie van vrouwen moet worden afgewogen tegen de vrijheid van godsdienst, de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vereniging en dat die afweging, waarbij de staat een zekere beleidsvrijheid heeft, ertoe heeft geleid dat de staat heeft besloten en ook mocht besluiten niet tegen de SGP op te treden. De burgerlijke rechter kan de staat niet gelasten wetgeving tot stand te brengen. Ingrijpen bij de SGP gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten en moet aan de wetgever worden overgelaten.

Clara Wichmann c.s. stelden dat maatregelen van de staat er in de eerste plaats toe zouden moeten leiden dat politieke partijen die vrouwen uitsluiten van het volwaardig lidmaatschap, niet langer van overheidswege onder meer door middel van subsidies worden ondersteund. Verder zou de staat moeten worden veroordeeld om op een door de rechter te bepalen wijze te bewerkstelligen dat vrouwen op gelijke voet als mannen lid kunnen worden van elke politieke partij, de SGP in het bijzonder. Zou dit laatste niet leiden tot het gewenste resultaat dan zou de staat moeten worden veroordeeld om politieke partijen die vrouwen uitsluiten van volwaardig lidmaatschap te weren van actieve deelname aan het politieke en openbare leven van ons land. Indien geoordeeld zou moeten worden dat de bestaande wet- en regelgeving in mogelijkheden voorziet om aan de onrechtmatige situatie een eind te maken, dan zou de staat moeten worden veroordeeld om van die mogelijkheden effectief gebruik te maken. Indien bestaande wettelijke regelingen daartoe geen mogelijkheden bieden, dan zou de staat daarvoor wetgeving tot stand moeten brengen.

De SGP sloot zich in grote lijnen aan bij het standpunt van de staat. Zij ontkende de stelling van Clara Wichmann c.s. dat het antidiscriminatieartikel zwaarder weegt dan andere artikelen in de Grondwet. Uit de wetsgeschiedenis en uit uitspraken van het EHRM op basis van het EVRM bleek dat er juist veel ruimte is voor opvattingen en gedragingen op grond van de vrijheid van godsdienst.

Het gerechtshof publiceerde zijn arrest op 20 december 2007. Het oordeelde dat met de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State vaststaat dat de minister van Binnenlandse Zaken de subsidie aan de SGP niet mag weigeren op grond van de door Clara Wichmann c.s. aangevoerde aan het Vrouwenverdrag ontleende argumenten. Het gerechtshof ging uit van de juistheid van de beslissing van de hoogste bestuursrechter over een onderwerp dat bij uitstek op zijn terrein ligt. Tegelijkertijd oordeelde het dat het onderscheid dat de SGP maakt tussen mannen en vrouwen verboden is op grond van onder meer het VN-Vrouwenverdrag. 'Het door de SGP gemaakte onderscheid is (in beginsel) verboden op grond van de artikelen 1 Grondwet,

7 aanhef onder (a) en (c) Vrouwenverdrag, 25 en 16 IVBPR en 1 Protocol nr. 12 bij het EVRM' (r.o. 5.2).

Het gerechtshof stelde vast dat het VN-Vrouwenverdrag de staat verplicht vrouwen op gelijke voet met mannen te verzekeren van het passief kiesrecht. Het achtte het, evenals de rechtbank, onrechtmatig dat de staat niet optreedt tegen de discriminatie van vrouwen door de SGP. De staat komt op dit punt geen beleidsvrijheid toe. Hij maakt inbreuk op artikel 7 aanhef en sub (a) en (c) Vrouwenverdrag. Het gerechtshof oordeelde het van groot gewicht dat het vrouwenstandpunt van de SGP tot gevolg heeft dat vrouwen die lid zijn van deze partij zich niet verkiesbaar kunnen stellen voor hun eigen partij en daarmee worden belemmerd bij de uitoefening van een van de meest fundamentele politieke rechten die Nederland als democratische samenleving aan zijn burgers toekent. De democratische rechtsstaat wordt in zijn wezen aangetast indien zijn vertegenwoordigende organen, al is het maar voor een deel, tot stand zijn gekomen op een wijze waarbij een essentieel grondrecht, het verbod op discriminatie van vrouwen, wordt geschonden. De staat is daarom gehouden maatregelen te nemen die er daadwerkelijk toe leiden dat de SGP het passief kiesrecht aan vrouwen toekent. Hij zal daarbij die maatregel moeten inzetten die effectief is en tegelijkertijd de minste inbreuk maakt op de grondrechten van de (leden van de) SGP.

Het gerechtshof besprak uitvoerig de vraag welk recht of welke rechten moeten prevaleren. Staat en SGP voeren naar het oordeel van het gerechtshof terecht aan dat er zonder meer geen hiërarchie bestaat tussen de diverse grondrechten. Naar het oordeel van het gerechtshof moet de vraag naar de onderlinge verhouding worden beantwoord aan de hand van een afweging van de bij deze grondrechten betrokken belangen. De Staat en de SGP beroepen zich op de vrijheid van godsdienst en het recht van vereniging. Het onthouden van het passief kiesrecht aan vrouwen door een politieke partij, hoezeer dat ook voortkomt uit een oprechte geloofsovertuiging, is echter niet een handelwijze die door het grondrecht op godsdienstvrijheid wordt beschermd. Deze gedraging kan immers niet worden beschouwd als de rechtstreekse uitdrukking van die overtuiging. Zou men aannemen dat de dwang om vrouwen niet uit te sluiten van het passief kiesrecht een inbreuk op de vrijheid van godsdienst zou maken, dan moet worden geconstateerd dat die inbreuk niet raakt aan wat de kern is van het grondrecht op vrijheid van godsdienst, te weten de bescherming van de persoonlijke geloofsovertuiging alsmede de handelingen die daarmee nauw verbonden zijn, zoals daden van verering die deel uitmaken van een religieuze praktijk in een algemeen aanvaarde vorm. De praktijk om vrouwen van het passief kiesrecht uit te sluiten staat daarmee in betrekkelijk ver verband. Het gerechtshof concludeerde dat, voor zover er al een inbreuk op de vrijheid van godsdienst zou ontstaan, deze niet de kern maar slechts de buitenste schil van dit grondrecht raakt. Het grondrecht op vrijheid van vereniging is wel in het geding maar slechts op één aspect, namelijk de mogelijkheid

voor een politieke partij om op voorhand alle vrouwen uit te sluiten van kandidaatstelling voor vertegenwoordigende lichamen. Voor het overige blijft de kern van dat recht onaangetaast, namelijk de oprichting van een vereniging, het lidmaatschap, de inrichting van de vereniging en de mogelijkheid om op andere gronden dan onderscheid tussen man en vrouw de kandidaatstelling te laten plaatsvinden.⁵⁵⁶

2.1.5 Oordeel Hoge Raad

In cassatie deed de Hoge Raad uitspraak op 9 april 2010. In lijn met het arrest van het Gerechtshof oordeelde dit rechtscollege dat de SGP vrouwen het passieve kiesrecht niet mag onthouden. De Hoge Raad eiste dat de regering maatregelen neemt zodat deze partij vrouwen wel als haar vertegenwoordigers accepteert. Hij komt tot dit oordeel omdat het kiesrecht het hart van het democratisch functioneren van een staat raakt. Het antidiscriminatiebeginsel weegt daarom zwaarder dan andere grondrechten.⁵⁵⁷

Met betrekking tot de vrijheid van godsdienst zei de Hoge Raad te veronderstellen dat voor veel leden van de SGP moeilijk is te aanvaarden, dat het gerechtshof het stelselmatig weigeren van vrouwen op de kandidatenlijst van een politieke partij niet rekent tot de kern (*the very essence*) van de vrijheid van godsdienst. Toch is dit oordeel niet onjuist. Het gerechtshof heeft dit argument niet gebruikt als een zelfstandige rechtsgrond tot beperking van het grondrecht op godsdienstvrijheid van de SGP en haar leden. Indien dit grondrecht wordt beperkt door het nemen van maatregelen als door Clara Wichmann c.s. gevorderd, geschiedt dit overheidsoptreden ter bescherming van rechten van anderen, te weten ter bescherming van het uit artikel 7 Vrouwenverdrag voortvloeiende recht van vrouwen.⁵⁵⁸ De Hoge Raad erkende dat de in artikel 11 EVRM beschermde vrijheid van vereniging niet absoluut is en dat beperkingen op dat recht zijn toegestaan in verband met de rechten en vrijheden van anderen en verwees naar een uitspraak van het EHRM: '(...) freedom of association is not absolute, and it must be accepted that where an association, through its activities or the intentions it has expressly or implicitly declared in its programme, jeopardises (...) the rights and freedoms of others, Article 11 does not deprive the State of the power to protect those (...) persons. This follows both from paragraph 2 of Article 11 and from the State's positive obligation under Article 1 of the Convention to secure the rights and freedoms of persons within its jurisdiction' (EHRM 7 december 2006, nr. 17582/05 (*Igor Artyomov v. Russia*), *EHRC* 2007, 65).⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2007, r.o. 1.8, 1.9, 4.4, 4.7, 5.2, 5.10, 6.2, 6.3, 6.5-6.9, 6.18, 6.19, 7.5, 7.13, 7.15.

⁵⁵⁷ HR 9 april 2010, *ECLI:NL:HR:2010:BK4547*, *AB* 2010, 190, m.nt. F.J. van Ommeren; *JB* 2010, 115, m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen; *JBPr* 2010, 32, m.nt. M.O.J. de Folter; *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema; *NJB* 2010, 862; *RvdW* 2010, 506.

⁵⁵⁸ HR 9 april 2010, r.o. 5.36.

⁵⁵⁹ HR 9 april 2010, r.o. 5.43.

2.1.6 Oordeel EHRM

De SGP verwierp de uitspraak van de Hoge Raad en diende een verzoekschrift in bij het EHRM. Het EHRM deed op 10 juli 2012 uitspraak en stelde vast dat de SGP een klacht had ingediend onder de artikelen 9 en 11 (en ook 10) EVRM. De klacht hield in dat de Hoge Raad de partij en haar individuele leden hun recht op vrijheid van godsdienst en hun recht van vergadering en vereniging ontnam. De SGP beriep zich op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State die in overeenstemming zou zijn met de jurisprudentie van het EHRM. De SGP sprak van een inbreuk op de artikelen 9 en 11 EVRM.

Het EHRM stelde om te beginnen vast dat de staat nog geen actie had ondernomen om de partij te dwingen vrouwen te kandideren. De vraag was dan ook legitiem of de SGP kon worden beschouwd als een slachtoffer van overheidsmaatregelen. Het EHRM liet deze vraag verder rusten, omdat de klacht van de SGP op andere gronden niet ontvankelijk was.

Het EHRM overwoog vervolgens dat het EVRM is ontworpen voor het bevorderen en handhaven van de idealen en waarden van een democratische samenleving. Het verwees naar eerdere uitspraken die het had gedaan. Het tweede lid van artikel 9 EVRM verwoordt dat de enige noodzaak die een inmenging in de vrijheid van godsdienst rechtvaardigt, voortkomt uit de democratische samenleving.⁵⁶⁰

Een politieke partij mag haar doelen nastreven onder twee voorwaarden: 1) de gebruikte middelen moeten wettig en democratisch zijn en 2) de voorgestelde veranderingen moeten op zich overeenstemmen met fundamentele democratische principes.⁵⁶¹ Het uitsluiten van vrouwen van het passieve kiesrecht voldeed naar het oordeel van het EHRM niet aan dit criterium. De gelijkheid van man en vrouw is een belangrijk doel van de lidstaten van de Raad van Europa. Alleen zwaarwegende

⁵⁶⁰ EHRM 10 juli 2012, nr. 58369/10, par. 70 (*Staatkundig Gereformeerde Partij against the Netherlands*).

⁵⁶¹ EHRM 10 juli 2012, nr. 58369/10, par. 71 (*Staatkundig Gereformeerde Partij against the Netherlands*). Het EHRM verwees naar: *Refah Partisi and others v. Turkey* (EHRM (GK) 13 februari 2003, nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, par. 98, waarin de passage voorkomt: '(...) a political party whose leaders (...) put forward a policy which fails to respect democracy or which is aimed at the destruction of democracy and the flouting of the rights and freedoms recognised in a democracy cannot lay claim to the Convention's protection against penalties imposed on those grounds (see *Yazar and Others v. Turkey*, nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, § 49, ECHR 2002-II, and, *mutatis mutandis*, the following judgments: *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, nos. 29221/95 and 29225/95, § 97, ECHR 2001-IX, and *Socialist Party and Others v. Turkey*, judgment of 25 May 1998, *Reports* 1998-III, pp. 1256-57, § 46-47).

redenen kunnen een verschil in behandeling rechtvaardigen.⁵⁶² Het EHRM verwierp de klacht van de SGP op grond van artikel 3 van Protocol nr. 1 dat de staten verplicht tot vrije verkiezingen, in samenhang met artikel 14 EVRM dat het discriminatieverbod inhoudt.⁵⁶³

2.1.7 Herziening vrouwenstandpunt SGP

Op 16 maart 2013 werd tijdens de ledenvergadering van de SGP gestemd over een voorstel van het SGP-hoofdbestuur tot wijziging van het Algemeen Reglement van de SGP door middel van invoeging van een nieuw artikel 13a in dat Reglement. De tekst daarvan luidde als volgt:

Procedure kandidaatstelling. Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 9 april 2010 (LJN BK4547 en BK4549) kan het geslacht van kandidaten bij de kandidaatstelling als bedoeld in de artikelen 13b tot en met 17 van dit Algemeen Reglement rechtens niet aan kandidaten worden toegeworpen.

Dit voorstel werd aangenomen met bijna tachtig procent van de stemmen voor. De datum van inwerkingtreding was 1 april 2013. Deze wijziging had tot gevolg dat bij de kandidaatstelling voor verkiezingen van de gemeenteraad, Provinciale Staten, Tweede Kamer, Eerste Kamer en Europees Parlement vrouwen om hun geslacht niet meer als kandidaten rechtens kunnen worden uitgesloten. Concreet betekent dit dat voortaan ook vrouwen van de SGP zich kunnen kandideren voor hun partij. Minister Plasterk stelde in een brief aan de Tweede Kamer vast dat met dit besluit van de SGP de kandidaatstellingsprocedure bij de SGP in overeenstemming is gebracht met het geldende recht zoals dat door de Hoge Raad is uitgelegd. Daarmee is de noodzaak voor de Staat om (verdere) maatregelen te treffen vervallen.⁵⁶⁴

⁵⁶² EHRM 10 juli 2012, nr. 58369/10, par. 72. Het EHRM verwees naar: EHRM (GK) 22 maart 2012, nr. 30078/06, par. 127 (*Konstantin Markin v. Russia*). Deze paragraaf luidt: ‘The Court further reiterates that the advancement of gender equality is today a major goal in the member States of the Council of Europe and very weighty reasons would have to be put forward before such a difference of treatment could be regarded as compatible with the Convention (see *Burghartz v. Switzerland*, 22 February 1994, § 27, Series A no. 280-B, and *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, 24 June 1993, § 67, Series A no. 263). In particular, references to traditions, general assumptions or prevailing social attitudes in a particular country are insufficient justification for a difference in treatment on grounds of sex. For example, States are prevented from imposing traditions that derive from the man’s primordial role and the woman’s secondary role in the family (see *Ünal Tekeli*, cited above, § 63)’.

⁵⁶³ EHRM 10 juli 2012, nr. 58369/10, par. 77 (*Staatkundig Gereformeerde Partij against the Netherlands*).

⁵⁶⁴ Brief van minister Plasterk van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties d.d. 26 maart 2013, kenmerk 2013-0000171386, betreffende: Tenuitvoerlegging arrest Hoge Raad in SGP-zaak.

In overeenstemming met dit besluit benoemde de SGP-kiesvereniging ‘Wees Getrouw’ te Vlissingen op 26 augustus 2013 een vrouw, Lilian Janse-van der Weele, tot lijsttrekker voor de gemeenteraadsverkiezingen van 2014. Van de aanwezige leden stemden 23 leden voor en veertien tegen het voorstel van het bestuur. Janse wist na haar verkiezing te melden dat in andere gemeenten ook wordt overwogen vrouwen op de lijst te zetten voor de gemeenteraadsverkiezingen in 2014.⁵⁶⁵ Partijvoorzitter Maarten van Leeuwen verklaarde dat de benoeming van Janse als lijsttrekker voor de gemeenteraadsverkiezingen in Vlissingen inhoudelijk niet spoort met de tekst van het beginselprogramma van de partij. Hij voegde daar wel aan toe dat de aanwijzing van Janse als lijsttrekker formeel in overeenstemming is met de interne regelgeving.⁵⁶⁶ Op 18 maart 2014 werd Janse verkozen. In de raadsperiode 2010-2014 was de SGP niet vertegenwoordigd in de gemeenteraad van Vlissingen.

2.1.8 Analyse en evaluatie

A. Context casus

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

De SGP is sinds de jaren 1990 bestreden door feministische organisaties vanwege haar vrouwenstandpunt. De trend in de maatschappij is dat vrouwen gelijke rechten aan mannen hebben, dat onderscheid op grond van geslacht niet geaccepteerd wordt en dat de emancipatie van de vrouw voltooid moet worden. De opkomst in Nederland van de orthodoxe islam heeft de relevantie en urgentie van bestrijding van het vrouwenstandpunt van de SGP bevorderd. In de publieke ruimte en in de politiek is vrees te signaleren voor wat men beschouwt als islamitisch *fundamentalisme*. Dit speelt een rol bij de oordeelsvorming over de SGP. Een illustratie daarvan biedt de negatieve uitspraak van de Rechtbank ‘s-Gravenhage van 7 september 2005 inzake de subsidiëring van de SGP, die mede als volgt is gemotiveerd:

Het gaat (...) in deze immers niet om het belang van de SGP-vrouw om lid te kunnen worden van de SGP, maar om het belang van een ieder, in het bijzonder van vrouwen, om in een democratische maatschappij te leven waarin discriminatie op grond van geslacht – met als gevolg uitsluiting van het passieve kiesrecht – niet getolereerd wordt en waarin door de Staat handhavend opgetreden wordt. Dit belang krijgt een zwaardere lading als men bedenkt dat het niet denkbeeldig is dat in de (nabije) toekomst ook andere partijen opstaan die vrouwen – op godsdienstige

⁵⁶⁵ ‘Janse: Ook in andere gemeenten vrouwen op SGP-lijst’, *Reformatorisch Dagblad* 27 augustus 2013.

⁵⁶⁶ ‘SGP-bestuur houdt vast aan beginselprogram’, *ANP* 26 augustus 2013.

motieven – een andere politieke en/of maatschappelijke rol toebedelen dan mannen, waardoor het gevaar van discriminatie wederom op de loer ligt. De Staat kan hierin een sturende rol spelen.⁵⁶⁷

Dit kan niet anders betekenen dan dat de staat als richtsnoer neemt: we moeten niet alleen discriminatie van vrouwen bestrijden, maar ook voorkomen dat het de verkeerde kant uitgaat en de discriminatie van vrouwen zou toenemen. De SGP moet worden aangepakt mede om een signaal af te geven richting orthodoxe islam.

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerkelijken van een religieuze identiteit?

Een van de motieven om de SGP in 1918 op te rechten is de afwijzing van het kiesrecht voor de vrouw. Het ontzeggen van politieke rechten aan de vrouw is tot 2013 een identiteitskenmerk van deze politieke partij. Voor haar standpunt beroept de SGP zich op de Bijbel. Leden van deze partij oefenen hun vrijheid van godsdienst uit door dit standpunt uit te dragen en toe te passen voor de eigen partij. Het verwerpen van het passieve kiesrecht voor de vrouw wordt verwoord in artikel 10 van het beginselprogramma.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

De leden van de SGP behoren vooral tot het orthodox-protestantse volksdeel. De SGP vindt haar bestaansrecht primair in het vertegenwoordigen van dit reformatorisch volksdeel in de politiek. Met haar vrouwenstandpunt identificeert zij zich ook met dit volksdeel. Daardoor staat zij al vanaf haar oprichting in een relatie met de Nederlandse samenleving die spanningen geeft. Tegelijkertijd hebben er binnen de partij vanaf het begin spanningen bestaan tussen voor- en tegenstanders van het officiële partijstandpunt. De verschuiving in de overtuiging van de leden heeft geleid tot een formele aanvaarding van het actieve kiesrecht van de vrouw in 1989 en van het passieve kiesrecht in 2013. Daardoor is de identificatiespanning met de moderne Nederlandse democratische samenleving in fasen gereduceerd. Maar daardoor heeft ook de religieuze identiteit van de partij een verandering ondergaan. De religieuze component heeft in de identiteit van de partij een minder zwaar gewicht gekregen.

⁵⁶⁷ Rechtbank 's-Gravenhage 7 september 2005, r.o. 3.6.

3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?

Toegespitst op de casus formuleer ik deze vraag als volgt: Op welke wijze vormt de dwang van de staat dat de SGP het passieve kiesrecht voor de vrouw aanvaardt, een beperking van de vrijheid van godsdienst van de SGP en van haar leden?

Onder godsdienst valt behalve het huldigen van een godsdienstige opvatting ook het zich daarnaar gedragen. Gedragingen die, mede gelet op hun karakter en op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, rechtstreeks uitdrukking geven aan de godsdienstige overtuiging van burgers, worden beschermd door het grondrecht op vrijheid van godsdienst. De afwijzing van het passieve kiesrecht van de vrouw door de SGP en haar leden heeft een religieuze oorsprong. De in de Nederlandse constitutionele orde geldende interpretatie van godsdienst impliceert echter dat de afwijzing van het passieve vrouwenkiesrecht niet een element van de godsdienstige belijdenis van de SGP-leden vormt. Dit betekent dat er niet sprake is van een 'rechtstreeks uitdrukking geven aan'. De SGP is niet een religieuze organisatie die als zodanig een beroep kan doen op de vrijheid van godsdienst maar een politieke organisatie. Aangezien het SGP-vrouwenstandpunt buiten de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst valt, is de uitspraak van de Hoge Raad geen inmenging in de vrijheid van godsdienst van de leden van de partij.

4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?

Bij de vorige vraag heb ik geantwoord dat de vrijheid van godsdienst niet in het geding is. Zowel de HR als het EHRM maakt dit impliciet duidelijk door zich niet uit te spreken over de vraag of er sprake is van een inmenging in de vrijheid van godsdienst. Het gerechtshof laat zich daar wel over uit. Het stelt dat de dwang om vrouwen niet uit te sluiten van het passief kiesrecht niet raakt aan wat de kern is van het grondrecht op vrijheid van godsdienst, te weten de bescherming van de persoonlijke geloofsovertuiging en de handelingen die daarmee nauw verbonden zijn. Het concludeert 'dat, voor zover er al een inbreuk op de vrijheid van godsdienst zou ontstaan, deze niet de kern maar slechts de buitenste schil van dit grondrecht raakt'.⁵⁶⁸ Als ik het oordeel van het gerechtshof goed interpreteer, onderkent het in feite geen beperking van de vrijheid van godsdienst. Dit impliceert dat het in de jurisprudentie in deze casus niet gaat om een rechtvaardiging van de beperking van de vrijheid van godsdienst.

⁵⁶⁸ Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2007, r.o. 6.6-6.7.

5. Indien in de casus het CRM of de rechter een oordeel heeft gegeven of een uitspraak heeft gedaan: hoe maakt deze instantie de afweging van de belangen die in het geding zijn?

De SGP heeft zich in deze casus beroepen op de vrijheidsrechten van de partij en van haar leden. Naar de mening van de SGP is het door haar gemaakte onderscheid tussen mannen en vrouwen een objectief gerechtvaardigd onderscheid, omdat zij de rechtvaardiging ontleent aan de met haar godsdienstige overtuiging en haar vrijheid van meningsuiting en van vereniging gemoeide belangen. De godsdienstvrijheid van haar leden en aanhang en de vrijheid van vereniging en van meningsuiting moeten in de geldende politieke context in samenhang worden gezien. De rechterlijke macht oordeelt dat van fundamenteel belang voor een democratie is dat alle burgers gelijke politieke rechten hebben. Het geslacht mag geen onderscheidend criterium zijn om een deel van de burgers uit te sluiten van het passieve kiesrecht. Het belang dat vrouwen niet worden gediscrimineerd weegt zwaarder dan het belang van de SGP om haar rechten uit te oefenen, in het bijzonder haar recht van vereniging.

Het gerechtshof onderkent dat de in artikel 11 EVRM beschermde vrijheid van vereniging niet absoluut is en dat beperkingen op dat recht zijn toegestaan in verband met de rechten en vrijheden van anderen. De rechter citeert het EHRM.⁵⁶⁹ Het zijn de rechten en vrijheden van anderen die de staat dwingen zich te mengen in de vrijheid van vereniging van de SGP.

De grondrechten van vrijheid van godsdienst en van vereniging waarborgen dat burgers zich in een politieke partij kunnen verenigen op de grondslag van een godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging en in het kader van die partij hun overtuiging en daarop gebaseerde politieke beginselen en programma's kunnen uitdragen. Maar, zo redeneert de HR, in een democratische rechtsstaat mag 'aan die beginselen en programma's slechts praktische uitvoering worden gegeven met inachtneming van de grenzen die hieraan worden gesteld door de wetten en verdragen'. Artikel 4 Gw en, wat betreft vrouwen, artikel 7 VN-Vrouwenverdrag garanderen iedereen zonder onderscheid wegens geslacht het recht de leden van de algemeen vertegenwoordigende organen te verkiezen en daarin verkozen te worden. Het kunnen uitoefenen van het passief kiesrecht raakt het democratisch functioneren van de staat in de kern. Daarom acht de HR het onaanvaardbaar dat een politieke groepering bij het samenstellen van de kandidatenlijst in strijd handelt met een grondrecht dat de kiesrechten van alle burgers waarborgt, ook al berust dit handelen op een voor die groepering in haar godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging wortelend beginsel. 'In zoverre weegt het discriminatieverbod in art. 4 Gw., art. 25 in verband met art. 2 IVBPR en, toegespitst

⁵⁶⁹ EHRM 7 december 2006, EHRC 2007, 65 (*Artyomov v. Russia*).

op de onderhavige kwestie, art. 7 Vrouwenverdrag, zwaarder dan de andere in het geding zijnde grondrechten.⁵⁷⁰

Om de belangen af te wegen stelt Advocaat-Generaal Langemeijer de vraag of de democratische rechtsstaat meer gebaat is met een gelijke toegang van mannen en vrouwen tot de kandidatenlijsten van alle politieke partijen, niet één partij uitgezonderd, óf met een pluriformiteit van politieke partijen waaruit de kiezers en kandidaat-volksvertegenwoordigers zelf een keuze kunnen maken en waar ruimte is voor een samenstelling van de lijsten van kandidaten voor verkiezingen die overeenstemt met het eigen politieke standpunt.⁵⁷¹ Het Gerechtshof 's Gravenhage en de Hoge Raad, zowel als het EHRM, kiezen voor de eerste optie. In zijn conclusie stelt Langemeijer dat het gerechtshof het aspect van de pluriformiteit van de democratie in zijn oordeel heeft betrokken. Het heeft dat niet gedaan als een afzonderlijk (openbaar) belang, maar als een afgeleide van de grondrechten van de SGP en haar leden (r.o. 6.18).⁵⁷²

De SGP beroept zich op het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Langemeijer betoogt dat de uitspraken van het gerechtshof en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State gedeeltelijk parallel lopen. Doordat de Afdeling het primaat legt bij de afweging die de wetgever heeft gemaakt, een afweging op een meer abstract niveau, komt in de redenering van de Afdeling groter gewicht toe aan een algemeen belang, te weten dat van de pluriformiteit in de volksvertegenwoordiging. Dit belang valt gedeeltelijk samen met het belang van de SGP en haar leden, maar is daarmee niet vereenzelvigd. In de redenering van het gerechtshof, waarbij de belangenafweging zich afspeelt op een meer concreet niveau, staan enerzijds het grondrecht van vrouwen en anderzijds de grondrechten van de SGP en haar leden tegenover elkaar.⁵⁷³ De HR redeneert dat 'het kunnen uitoefenen van het passief kiesrecht het democratisch functioneren van de staat in de kern raakt'. Het is daarom 'onaanvaardbaar dat een politieke groepering bij het samenstellen van de kandidatenlijst in strijd handelt met een grondrecht dat de kiesrechten van alle burgers waarborgt, ook al berust dit handelen op een voor die groepering in haar godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging wortelend beginsel'. De HR concludeert dat het discriminatieverbod zwaarder weegt dan de andere in het geding zijnde grondrechten van de SGP en haar aanhang.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ HR 9 april 2010, r.o. 4.5.2-4.5.5.

⁵⁷¹ HR 9 april 2010, F.F. Langemeijer, Conclusie, zitting 27 november 2009, r.o. 5.14.

⁵⁷² HR 9 april 2010, F.F. Langemeijer, Conclusie, zitting 27 november 2009, r.o. 5.43.

⁵⁷³ HR 9 april 2010, F.F. Langemeijer, Conclusie, zitting 27 november 2009, r.o. 5.47.

⁵⁷⁴ HR 9 april 2010, r.o. 4.5.4-4.5.5.

C. Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?

Het aspect van het heersende beoordelingspatroon komt treffend tot uiting in de uitspraak van het EHRM. Het stelt dat gelijkheid van seksen tegenwoordig – *today* – een hoofddoel van de staten is die bij de Raad van Europa zijn aangesloten.⁵⁷⁵ Het EHRM voegt eraan toe dat de bevordering van de gelijkheid van mannen en vrouwen op dit moment – *nowadays* – de staat verhindert om subsidie te verlenen aan organisaties waarin vrouwen worden achtergesteld.⁵⁷⁶

In deze casus resulteert een verandering in het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon in een expliciete dan wel impliciete interpretatie van het grondrecht op vrijheid van godsdienst die de dragers van dit grondrecht, in casu de leden van de SGP, ervaren als een beperking van de vrijheid van godsdienst en daarmee als een verschuiving in de reikwijdte ervan. Gelijke rechten voor mannen en vrouwen binnen de SGP weegt zwaarder dan de collectief uitgeoefende vrijheid van godsdienst door de leden van deze politieke partij. De uitkomst in de SGP-casus impliceert dat culturele en godsdienstige minderheden waarin vrouwen niet (geheel) gelijk worden behandeld, zich moeten realiseren dat hun vrijheidsrechten kunnen worden beperkt.⁵⁷⁷ Artikel 1 van de Grondwet blijkt een fundamenteel artikel te zijn voor de interpretatie van de vrijheidsrechten van burgers en hun organisaties.

Daarbij is een opmerkelijk gegeven dat zowel de Hoge Raad als het EHRM niet heeft overwogen dat burgers vrijwillig lid worden van een politieke partij en in vrijheid voor dit lidmaatschap kunnen bedanken. Het stond (en staat) de leden, vrouwen zowel als mannen, van de SGP die het vrouwenstandpunt van de partij niet delen, vrij zich aan te sluiten bij een andere politieke partij of een nieuwe partij op te richten. Bovendien kent de partij intern regels en procedures om onderwerpen te agenderen voor bespreking. Leden hebben de mogelijkheid de partij te bewegen een besluit te nemen dat vrouwelijke leden gelijke rechten geeft aan mannelijke leden. De Nederlandse rechter kreeg echter een klacht voorgelegd van vrouwendiscriminatie door de SGP. Daarover moest hij een uitspraak doen. De doorslag gaf dat een politieke partij opereert in de publieke sfeer waar kiesrechten gelijkelijk aan mannen en vrouwen toekomen.

⁵⁷⁵ Vergelijk J. H. Gerards, *EHRC* 2012/183, die erop wijst dat in het verleden door het EHRM meer naar evenwicht is gezocht tussen het discriminatieverbod en andere vrijheden.

⁵⁷⁶ EHRM 10 juli 2012, nr. 58369/10, par. 72, 73 (*Staatkundig Gereformeerde Partij against the Netherlands*).

⁵⁷⁷ Vergelijk T.J. van der Ploeg, *Vrijheid, gelijkheid en redelijkheid*, p. 25-26.

2. *Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?*

Een bijzonder aspect van deze casus is dat er een verschil van mening is of de vrijheid van godsdienst in het geding is, en of de dwang om de vrouw te accepteren op de kieslijsten dus een beperking van de vrijheid van godsdienst inhoudt. De SGP beroept zich mede op de vrijheid van godsdienst. Gelovigen hebben het recht zich als private organisatie te beroepen op de vrijheid van godsdienst als de godsdienst conform vaste jurisprudentie in het geding is. Uit artikel 3 Awgb vloeit voort dat de wettige eis van gelijke behandeling van vrouwen niet geldt voor kerkgenootschappen – inclusief de moskee – en het geestelijk ambt. Deze uitzondering geldt echter niet voor politieke partijen. De vrijheid van godsdienst is naar het oordeel van de rechter (in feite) niet in het geding.

3. *Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?*

De constitutionele orde erkent de autonomie van private organisaties om een eigen rechtssfeer te creëren, waarin eigen regels worden gemaakt en gehandhaafd. De Grondwet en het EVRM beperken de mogelijkheden die de staat heeft om dwingende wettelijke regels aan deze organisaties te stellen. De mogelijkheid om hun vrijheid in te perken is aan tamelijk strakke voorwaarden gebonden, aldus Van der Ploeg. De uitkomst van de SGP-casus brengt hierin geen verandering. Private organisaties dienen bij het verwerkelijken van hun identiteit echter wel de wet te respecteren. In deze casus beroept de SGP zich mede op het grondrecht op godsdienstvrijheid. Zij is echter geen religieuze gemeenschap die een zelfstandige, en niet een van haar leden afgeleide, aanspraak op de rechten en vrijheden heeft die door artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM worden gewaarborgd. Zij heeft niet hetzelfde recht op vrijheid van organisatie van de eigen gemeenschap als bijvoorbeeld een kerkgenootschap.⁵⁷⁸

Een kerkgenootschap heeft een zelfstandig recht en een zelfstandige aanspraak, los van zijn leden of aanhangers, op de vrijheid van godsdienst, dat wil zeggen, het heeft het

⁵⁷⁸ T.J. van der Ploeg, *Vrijheid, gelijkheid en redelijkheid*, p. 12-13; vgl. Sophie van Bijsterveld, *Burger tussen religie, staat en markt* (Inaugurale rede uitgesproken bij de openbare aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar Religie, rechtsstaat en samenleving aan Tilburg University), Tilburg: Tilburg University 2012, p. 12.

recht op de collectieve uitoefening van dit vrijheidsrecht.⁵⁷⁹ Het heeft het recht een collectieve identiteit te verwerkelijken en ter bevestiging daarvan gebruik te maken van praktijken die de rechten van bijvoorbeeld vrouwen, homo's of kinderen beperken. De Hoge Raad heeft zich uitgesproken over de vraag of een vrouw recht had diaken te worden in de rooms-katholieke kerk. In deze kerk zijn de geestelijke ambten voorbehouden aan mannen. De vrouw vorderde desalniettemin toelating tot de diakenopleiding. De wet staat een ongelijke behandeling van vrouwen toe, omdat de Awgb een uitzondering maakt voor kerkgenootschappen.⁵⁸⁰

De SGP is een politieke partij op een religieuze grondslag. Voor haar geldt de uitzonderingsbepaling van de Awgb niet zoals deze geldt voor een kerkgenootschap. Bij de diaken gaat het om een louter interne kerkelijke aangelegenheid. Ten aanzien van een interne aangelegenheid zal de rechter niet snel zeggen dat deze in strijd is met de gelijkheid van man en vrouw vanwege de scheiding van kerk en staat en de godsdienstvrijheid die prevaleert in de interne organisatie. De SGP is evenwel een politieke partij die zich in de publieke ruimte beweegt en in het functioneren van de democratie een rol vervult.⁵⁸¹ Een politieke partij heeft niet het recht een religieuze identiteit te verwerkelijken zoals een kerkgenootschap. Het vaststellen van een kieslijst kan men zien als een praktijk van een politieke partij, die echter niet valt onder de bescherming van artikel 6 Grondwet en 9 EVRM.

4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?

Het gerechtshof oordeelt in de SGP-casus dat als er al een inbreuk op de vrijheid van godsdienst zou worden gemaakt door af te dwingen dat vrouwen niet worden uitgesloten van verkiesbaarheid, die inbreuk niet raakt aan wat de kern is van het grondrecht op vrijheid van godsdienst. De constitutionele orde voorziet door de uitspraken van de rechterlijke macht niet in een ongelijke behandeling van de SGP. De rechter staat haar niet toe vrouwen te discrimineren. Hij is daarbij van oordeel dat een betekenisgevende overtuiging of verplichting niet in het geding is. Aan het begin van deze paragraaf heb ik gerefereerd aan een uitspraak van de partijvoorzitter, Van Leeuwen. In zijn opinie wordt met het plaatsen van een vrouw op een kieslijst van de

⁵⁷⁹ B.P. Vermeulen, 'Freedom of thought, conscience and religion', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 765.

⁵⁸⁰ HR 20 oktober 1995.

⁵⁸¹ Oldenhuis, *Schurende relaties tussen recht en religie*, p. 61.

SGP de overeenstemming tussen verplichting (conform beginselprogramma) en handeling verbroken. Hij lijkt met deze uitspraak te suggereren dat de morele integriteit wordt geschonden. Van Leeuwen verwoordt het standpunt van het partijbestuur, dat in het weren van de vrouw van de kieslijst een zwaarwegende verplichting jegens God ziet. Voor degenen die zijn overtuiging delen, is er sprake van een gewetensconflict. Zij ervaren de uitspraak van de rechter als een vorm van – in juridische zin indirecte – discriminatie.

De SGP-casus impliceert dat een private organisatie die vrouwen discrimineert, niet zonder meer hoeft te rekenen op een aanpassing van de wet, ook al zou het een betekenisgevende overtuiging en verplichting betreffen naar het oordeel van deze organisatie en haar leden. Artikel 1 Grondwet is fundamenteel en bepalend voor het toekennen van gelijke rechten aan burgers.

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

De dragers van het grondrecht op vrijheid van godsdienst zijn in deze casus de leden van de SGP. De uitspraak van HR en EHRM raakt niet hun persoonlijke overtuiging of de persoonlijke ruimte van beoefening van godsdienst van deze burgers of de godsdienstbeoefening door hun kerkgenootschap. De SGP-casus heeft geen implicaties voor de uitoefening van de vrijheid van godsdienst op welk specifiek onderdeel van de godsdienst dan ook en voor welke godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging dan ook, althans niet voor datgene wat in onze constitutionele orde valt onder de reikwijdte van dit grondrecht. De uitspraak van de rechter heeft op dit punt een verduidelijking gebracht. De uitkomst betekent geen aantasting van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst. De leden van de SGP voelden zich door de rechterlijke uitspraken wel in hun waardigheid en in hun autonomie aangetast. Dat is begrijpelijk, maar was voor de rechter geen reden om een aanpassing van het gelijkheidsbeginsel te aanvaarden.

De HR heeft niet ontkend dat de SGP haar opvatting over het vrouwenkiesrecht zoals vastgelegd in het beginselprogramma, aanvaardt op religieuze gronden. Zijn standpunt lijkt in te houden dat politieke partijen vrij zijn om te vinden of te geloven dat vrouwen niet tot openbare ambten geroepen zijn en vrij zijn om die mening uit te dragen, maar niet om deze opvatting toe te passen.⁵⁸² Dit aspect ondersteunt de gedachte dat het genieten van de vrijheid van godsdienst niet onmogelijk is gemaakt en de kern van dit grondrecht door de HR niet is aangetast.

⁵⁸² A.B. Terlouw, *Gelijkheid en diversiteit in de multiculturele samenleving*, p. 105, noot 36.

2.2 De publieke ruimte – een boerkaverbod

2.2.1 De islamitische gezichtssluier

De in Nederland in zwang geraakte term voor de islamitische gezichtssluier is *boerka*. De boerka (*burka* of *burqa*) bedekt het gehele lichaam van top tot teen en daarbij zijn de ogen niet zichtbaar. De draagster kijkt door een gaasje voor de ogen, zodat zij zelf wel kan zien, maar niet kan worden bekeken. De boerka wordt gedragen door vrouwen in Afghanistan en aangrenzende gebieden. Andere termen die worden gebruikt voor de gezichtssluier zijn *nikaab* of *chador*. De term gezichtssluier duidt adequaat aan waar het om gaat, en *nikaab* is de term waarmee de vrouwen zelf hun gezichtssluier doorgaans aanduiden. Vrouwen die in Nederland een gezichtssluier dragen, kleden zich vrijwel niet in een boerka maar in een, meestal zwarte, losse gezichtssluier, zoals die vooral in de Golfstaten, in Saoedi-Arabië en in Jemen wordt gedragen. Meestal zijn de ogen zichtbaar. Er zijn ook wel draagsters die een gaasje voor de opening plaatsen, zodat de ogen niet kunnen worden gezien.⁵⁸³

In Nederland dragen naar schatting hooguit enkele honderden vrouwen een gezichtssluier.⁵⁸⁴ De schattingen over het aantal vrouwen dat een islamitische gezichtssluier draagt, lopen uiteen. Een reden hiervoor kan zijn het verschil in consistentie waarmee deze vrouwen zich met dit kledingstuk kleden. Sommige vrouwen dragen heel consistent een gezichtssluier volgens de regels. Aanzienlijk meer vrouwen doen dat niet. Er zijn vrouwen die het meestal wel doen, maar specifieke uitzonderingen op de regel maken, bijvoorbeeld wanneer ze bij familie op bezoek gaan, kinderen naar school brengen, of op het werk zijn. Ook zijn er vrouwen die alleen onder specifieke omstandigheden een gezichtssluier dragen, zoals wanneer ze lezingen in de moskee bijwonen.⁵⁸⁵ Voor degenen die de gezichtssluier consistent dragen, staan de religieuze overwegingen centraal. Daarnaast is het uiting geven aan de moslimidentiteit als een daad van aanbidding een factor. De collectieve dimensie wordt eveneens onderkend.⁵⁸⁶

⁵⁸³ Annelies Moors, *Gezichtssluiers. Draagsters en debatten*, Amsterdam: Amsterdam School for Social Science Research 2009, p. 17.

⁵⁸⁴ B.P. Vermeulen (eindred.), *Overwegingen bij een boerka verbod. Zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding*, Den Haag: 2006 www.justitie.nl, p. 13.

⁵⁸⁵ Annelies Moors, *Gezichtssluiers*, p. 28.

⁵⁸⁶ Annelies Moors, *Gezichtssluiers*, p. 39-40.

2.2.2 Parlementair debat en kabinetsvoorstellen

Op 10 oktober 2005 diende het Tweede Kamerlid Wilders tijdens een notaoverleg over terrorismebestrijding met minister Verdonk voor Vreemdelingenbeleid en Integratie een motie in, waarin het kabinet wordt verzocht ‘het openbaar gebruik van de burka in Nederland te verbieden’.⁵⁸⁷ Tijdens dit notaoverleg zegde de minister een onderzoek toe naar de praktische uitvoerbaarheid van deze motie, waarop stemming over de motie werd aangehouden. De Tweede Kamer wachtte de uitkomsten van dit onderzoek evenwel niet af. Hij nam op 20 december 2005 de motie alsnog in stemming en aanvaardde deze. De motie kreeg de steun van de fracties van CDA, VVD, LPF, Groep Nawijn en Groep Wilders.⁵⁸⁸ In een brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer, d.d. 24 april 2006, meldde de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie de Kamer dat het kabinet de verschillende opties met betrekking tot dit onderwerp wilde voorleggen aan een aantal deskundigen.⁵⁸⁹ In augustus 2006 werden deze deskundigen aangezocht en werd hen verzocht de minister een zienswijze te doen toekomen over ‘het al dan niet uitvoeren van een wettelijk verbod tot het dragen van gezichtsbedekkende kleding’. Daarmee koos de minister bewust voor een breed geformuleerde vraag die niet beperkt bleef tot het dragen van de boerka, maar betrekking heeft op alle (deels) gezichtsbedekkende kleding.

De deskundigen brachten hun rapport uit op 3 november 2006. Daarin stelden zij dat het dragen van een islamitische gezichtsbedekkende sluier vanuit juridisch perspectief moet worden aangemerkt als een uiting van godsdienst.⁵⁹⁰ Aangenomen moet worden dat deze wordt beschermd door de vrijheid van godsdienst, zoals gewaarborgd in onder meer artikel 6 Gw en artikel 9 EVRM. ‘Algemene of specifieke verboden die uitsluitend gericht zijn tegen islamitische gezichtsbedekkende sluiers zijn in strijd met deze vrijheidsrechten.’ Een algemeen, neutraal geformuleerd vermommingsverbod – een verbod op het dragen van *alle* vormen van gezichtsbedekkende kleding – is in de huidige context zowel juridisch als maatschappelijk zeer problematisch. De vrijheid van godsdienst mag aan wettelijke beperkingen worden onderworpen, als deze noodzakelijk zijn op grond van openbare orde en veiligheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van andere burgers. Het is ‘niet denkbeeldig’ dat het EHRM een

⁵⁸⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 29754, 41.

⁵⁸⁸ *Handelingen II* 2005/06, p. 36-2546. Wilders diende vervolgens een wetsvoorstel in, *Kamerstukken II* 2006/07, 31108, 1-6, waarvan de behandeling stilligt.

⁵⁸⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 29754, 71.

⁵⁹⁰ Aldus de Cgb, onder meer in Oordelen 2000-63, 2003-40, 2004-95 en 2005-86; B.P. Vermeulen, J.P. Loof e.a., *Overwegingen bij een boerka verbod. Zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding*, Den Haag: www.justitie.nl 2006, p. 28 (Dit rapport werd ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer); Pres. Rechtbank Amsterdam 24 mei 2007, *AB* 2007, 306, m.nt. Groen & Vermeulen; Raad van State, *Kamerstukken II* 2007/08, 31108, 4.

algemeen vermommingsverbod ongemoeid zal laten, omdat deze internationale rechter de nationale lidstaten een ruime beoordelingsmarge geeft. In de verhouding tussen de Nederlandse rechter en de wetgever is deze marge echter niet van toepassing. De Nederlandse rechter zal de noodzakelijkheid van een dergelijk verbod op grond van onder meer veiligheid indringend moeten toetsen.

De deskundigen wezen er voorts op dat het reeds mogelijk is, met een beroep op bestaande wetgeving, in een veelvoud van specifieke situaties eisen te stellen met betrekking tot kleding. Hiertoe behoren de wettelijke identificatieplichten, die legitieme beperkingen vormen van de vrijheid van godsdienst, en niet geacht kunnen worden discriminatoir te zijn. Een geoorloofde beperking vormt ook het weigeren van een uitkering, omdat betrokkene zich door het dragen van de sluier kansloos maakt op de arbeidsmarkt. Daarnaast gelden neutraal geformuleerde interne huisregels van organisaties in het algemeen niet als beperkingen van de vrijheid van godsdienst in artikel 6 Gw.⁵⁹¹

In de brief waarin het rapport van de deskundigen werd aangeboden aan de Tweede Kamer merkte de minister op dat de deskundigen tot de conclusie komen dat een algemeen of specifiek verbod op het dragen van islamitische gezichtsbedekkende sluiers juridisch niet houdbaar is. Het kabinet vindt het oordeel van de deskundigen dat met een dergelijk verbod een ongeoorloofde inbreuk op de vrijheid van godsdienst en op het gelijkheidsbeginsel wordt gemaakt overtuigend. Het stelt in navolging van de deskundigen vast dat specifieke plaats- of functiegebonden verboden gericht tegen vormen van gezichtsbedekking reeds op verschillende terreinen bestaan. Het kabinet meent evenwel dat het dragen van een boerka in het openbaar een maatschappelijk probleem vormt. De deskundigen hebben dat ook erkend. De integratie en emancipatie van bepaalde vrouwen wordt door het dragen van een boerka belemmerd. Daarnaast kan het dragen van gezichtsbedekkende kleding, waaronder de boerka, problemen opleveren in verband met communicatie, de neutraliteit van de staatsorganen en met de opsporing van strafbare feiten en de handhaving van de openbare orde. Het kabinet is daarom van mening dat het wenselijk is om het dragen van gezichtsbedekkende kleding te reguleren.

De minister maakte een plan van aanpak bekend. Een interdepartementale werkgroep zou de ministerraad adviseren op de volgende wijze:

⁵⁹¹ B.P. Vermeulen, J.P. Loof e.a., *Overwegingen bij een boerkaverbod*, p. 4-6.

A

1. Analyseren van de bestaande wettelijke mogelijkheden om gezichtsbedekkende kleding te verbieden of te belemmeren en van de daaraan ten grondslag liggende doelstelling;
2. Benoemen van knelpunten en doen van voorstellen, zo nodig in regelgeving, tot wegnemen van deze knelpunten.

B

De voorbereiding van een algeheel verbod van gezichtsbedekkende kleding in (semi-)openbare ruimte met het oog op openbare orde, veiligheid en bescherming van (mede) burgers.

Het advies zou zo spoedig mogelijk aan het kabinet worden aangeboden.⁵⁹² Voordat dit kon gebeuren, viel het kabinet.

Op 22 februari 2007 trad het kabinet-Balkenende IV aan. In de regeringsverklaring stond: ‘Een veilige samenleving is niet alleen een kwestie van duidelijke regels en goede handhaving. Een respectvolle omgang van mensen met elkaar en fatsoen in het maatschappelijk verkeer zijn onmisbaar voor een veilig klimaat. (...) Ter bescherming van de openbare orde en veiligheid kan gelaatsbedekkende kleding worden verboden’.⁵⁹³ Op 8 februari 2008, ruim twee jaar na aanvaarding van de motie-Wilders, stuurde het kabinet-Balkenende IV een brief naar de Tweede Kamer met zijn standpunt inzake de islamitische gezichtssluier. Het kabinet ging de motie-Wilders niet uitvoeren, omdat een algemeen verbod in strijd is met de Grondwet en het EVRM. Het kabinet wees bij zijn afwijzing van een boerkaverbod op een spanning tussen rechtsstaatbeginselen:

Het kabinet staat voor een open Nederlandse samenleving waarin ruimte en onderling respect is voor verschillen in etniciteit, godsdienst, levensovertuiging en cultuur. Waardepluraliteit is een wezenskenmerk van onze democratische rechtsstaat. Zij vloeit noodzakelijkerwijs voort uit de vrijheid die door de democratische rechtsstaat en in het bijzonder de klassieke grondrechten wordt nagestreefd en gerealiseerd.⁵⁹⁴ Het dragen van gelaatsbedekkende kleding is een relatief nieuw verschijnsel in Nederland, dat vooralsnog een kleine groep vrouwen betreft,⁵⁹⁵ maar wel leidt tot verhitte maatschappelijke discussies. Het betreft een kledingstuk dat anders dan bijvoorbeeld een hoofddoek evident de open

⁵⁹² *Kamerstukken II* 2005/06, 29754, 91.

⁵⁹³ *Kamerstukken II* 2006/07, 30891, 4, p. 27.

⁵⁹⁴ Zie: *Kamerstukken II* 2003/04, 29614, 2 (*Nota grondrechten in een pluriforme samenleving*).

⁵⁹⁵ Volgens de schatting van de deskundigen van het rapport *Overwegingen bij een boerkaverbod* zou het gaan om niet meer dan honderd vrouwen in Nederland.

communicatie belemmert. Deze gelaatsbedekkende kleding wordt bovendien als vrouwonvriendelijk beschouwd en staat voor velen symbool voor een fundamentalistische islam die niet past in de Nederlandse samenleving. Voorts roept deze kleding bij een groot deel van de bevolking een gevoel van onbehagen en onveiligheid op. Het kabinet is van mening dat open communicatie tussen burgers, participatie en de gelijke kansen voor mannen en vrouwen essentiële waarden zijn van de Nederlandse samenleving en onze democratische rechtsstaat. Het dragen van gelaatsbedekkende kleding bemoeilijkt onmiskenbaar de positie van vrouwen in het Nederlandse maatschappelijk verkeer, op de arbeidsmarkt en in het onderwijs. Het kabinet vindt het dragen van dergelijke kleding dan ook onwenselijk, en zal dat waar nodig actief tegengaan.⁵⁹⁶

In een brief aan de Tweede Kamer van 8 september 2008 stelden de minister en de staatssecretarissen van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap voor het dragen van gelaatsbedekkende kleding te verbieden voor het onderwijs. Zij wilden een verbod op gelaatsbedekkende kleding invoeren op alle scholen van het primair en het voortgezet onderwijs, zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs. Het verbod zou gelden voor eenieder die zich bevindt in de school of op het schoolterrein, en daarmee ook voor de moeders die hun kinderen naar school komen brengen. Het bevoegd gezag van de scholen zou verplicht worden om een dergelijk verbod uit te vaardigen. Het hiertoe strekkende wetsvoorstel zou medio 2009 worden ingediend. Hun voorstel baseerden zij op de overweging dat gelaatsbedekkende kleding om pedagogisch-didactische redenen onwenselijk is. Het dragen ervan is onverenigbaar met het vereiste van goede communicatie. De bewindslieden merkten over de grondrechtelijke aspecten van hun voorstel op dat het verbod een beperking inhoudt van de godsdienstvrijheid voor degenen die om godsdienstige redenen gelaatsbedekkende kleding willen dragen, maar zij beriepen zich op de formule ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ in artikel 6 Gw.⁵⁹⁷ Hun voorstel overlapte het initiatiefwetsvoorstel van het Tweede Kamerlid Kamp (VVD) tot invoering van een verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding in het openbaar en in voor het publiek toegankelijke gebouwen. Kamp motiveerde zijn voorstel vooral met het argument dat de staat de taak heeft de objectieve en subjectieve onveiligheid als gevolg van het dragen van gelaatsbedekkende kleding terug te dringen.⁵⁹⁸ De minister deed een voorstel van wet tot wijziging van onder meer de wetten voor de onderscheiden onderwijssectoren in verband met een verbod op gelaatsbedekkende kleding in het onderwijs voor advies toekomen aan de Afdeling advisering van de Raad van State. Deze bracht op 2 december 2009 advies uit. Dit advies is (nog) niet openbaar gemaakt (zaak W05.09

⁵⁹⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 31200 VII, 48, p. 1-2.

⁵⁹⁷ *Kamerstukken II* 2007/08, 31200 VIII, 209.

⁵⁹⁸ *Kamerstukken II* 2007/08, 31331, 1-4.

0501/I) en het betreffende wetsvoorstel is (nog) niet ingediend bij de Tweede Kamer. Op 20 februari 2010 viel het kabinet.

Op 3 februari 2012 bood het kabinet-Rutte I aan de Tweede Kamer het voorstel van wet aan voor een boerkaverbod. Dit strekte tot het invoeren van een algemeen verbod op het dragen van gelaatbedekkende kleding op openbare plaatsen, in voor publiek toegankelijke gebouwen, bij onderwijsinstellingen, niet-residentiële delen van zorginstellingen en in het openbaar vervoer. Het verbod hield in dat het niet is toegestaan kleding te dragen die het gelaat geheel of grotendeels bedekt dan wel onherkenbaar maakt. Het geldt voor iedere vorm van gelaatbedekking.⁵⁹⁹ In de memorie van toelichting refereerde het kabinet aan de brief van februari 2008 van het vorige kabinet. Nadere grenzen aan het dragen van gelaatbedekkende kleding zou nodig kunnen zijn vanwege de belemmeringen in de open communicatie, in het bijzonder waar dat essentieel is voor het ontwikkelen en functioneren van de democratische rechtsstaat. Het kabinet-Balkenende IV concludeerde dat er voldoende wettelijke mogelijkheden bestaan om gelaatbedekkende kleding plaats- en functiegebonden te verbieden.⁶⁰⁰ Het kabinet-Rutte was het daar niet mee eens vanwege de maatschappelijke weerstand die het dragen van gelaatbedekkende kleding in het openbaar oproept. ‘Gegeven dat herkenbaar optreden en open communicatie een wezenlijk kenmerk zijn van onze samenleving, kan niet volstaan worden met bepalingen die het dragen van gelaatbedekkende kleding alleen op bepaalde plaatsen en in bepaalde situaties tegengaan, maar is een algemene, uniforme en duidelijke regeling rond het dragen van gelaatbedekking geboden. Juist gegeven de wezenlijke betekenis van het maatschappelijk verkeer voor onze samenleving, dient de beslissing daarover niet af te hangen van de persoonlijke kledingkeuze en smaak, maar is een algemene norm op dit punt gerechtvaardigd.’⁶⁰¹

De regering onderkende dat het verbod op het dragen van gelaatbedekkende kleding personen kan treffen die zich beroepen op de vrijheid uitdrukking te geven aan een godsdienstige overtuiging. Zij erkende dat tegen een algemeen verbod op het dragen van gelaatbedekkende kleding kan worden ingebracht dat het leidt tot een beperking van het recht op vrijheid van godsdienst. Het kabinet meende dat het verbod te rechtvaardigen is, voor zover het een inbreuk op dit recht of andere grondrechten zou opleveren. ‘Een beperking van het recht op vrijheid van godsdienst is gerechtvaardigd op basis van artikel 9, tweede lid, van het EVRM indien deze beperking is gebaseerd op een wettelijk voorschrift en indien deze in een democratische samenleving noodzakelijk is met het oog op bepaalde omschreven legitieme doelen.’ Dat is het geval ‘indien de belangenafweging tussen het algemeen belang en het belang van het

⁵⁹⁹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33165, 2, p. 1.

⁶⁰⁰ *Kamerstukken II* 2007/08, 31200 VII, 48.

⁶⁰¹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33165, 3, p. 3-4.

individu leidt tot een redelijke balans (...), waarbij de maatregel ook dient te voldoen aan de eis van proportionaliteit. (...) Het kabinet is (...) van mening dat het verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding voldoet aan de redelijke balans, aangezien het voornoemde algemene belang van open communicatie in de samenleving en de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen zwaarder weegt dan het individuele belang van een draagster van gelaatsbedekkende kleding'.⁶⁰²

De Afdeling advisering van de Raad van State oordeelde niet positief over het wetsvoorstel.⁶⁰³ Zij merkte op dat een boerka of niqaab veelal gedragen wordt om daarmee een religieus voorschrift na te leven. Daarom is bij de invoering van een algemeen verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding de vrijheid van godsdienst in het geding. De vraag rijst of die vrijheid op legitieme gronden kan worden beperkt. Als element van de godsdienstbelijdenis wordt het dragen van deze kleding beschermd door artikel 6 Gw en artikel 9 EVRM. Bij het beperken van de vrijheid van godsdienst is de staat gehouden aan de grenzen die artikel 9 tweede lid EVRM stelt. Een beperking dient enerzijds noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving en tegemoet te komen aan een dringende maatschappelijke behoefte en anderzijds te voldoen aan het proportionaliteitsvereiste, dat wil zeggen, in een redelijke verhouding te staan tot het nagestreefde doel.⁶⁰⁴ De Afdeling advisering van de Raad van State achtte het niet aannemelijk dat een algemeen wettelijk verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding noodzakelijk is. Zij stelde: 'Argumenten als de gelijke behandeling en emancipatie van de boerka- en niqabdraagsters dienen niet tegen de eigen keuzes van de draagsters in stelling te worden gebracht. Subjectieve onveiligheidsgevoelens vormen geen zelfstandige, dragende motivering om een ingreep als de onderhavige te rechtvaardigen. Het met de maatschappelijke orde als principieel onverenigbaar aangemerkte karakter van gelaatsbedekkende kleding wordt niet nader gepreciseerd en gemotiveerd teneinde daarmee aan te tonen dat er een dringende maatschappelijke behoefte is aan een algemeen verbod. (...) Het voorgestelde algemene verbod op gelaatsbedekkende kleding is derhalve niet met artikel 9 van het EVRM verenigbaar'.⁶⁰⁵

Het negatieve advies van de Afdeling advisering van de Raad van State negerend diende de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het wetsvoorstel in bij de Tweede Kamer. De behandeling ervan is onduidelijk geworden na het demissionair worden van het kabinet-Rutte I. Het wetsvoorstel is door de Tweede

⁶⁰² *Kamerstukken II* 2011/12, 33165, 3, p. 5-6.

⁶⁰³ *Kamerstukken II* 2011/12, 33165, 4, p. 2.

⁶⁰⁴ Advies Afdeling advisering van de Raad van State van 2 december 2009 inzake het voorstel van wet tot wijziging van onder meer de wetten voor de onderscheiden onderwijssectoren in verband met een verbod op gelaatsbedekkende kleding in het onderwijs (zaak W05.09 0501/I).

⁶⁰⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33165, 4, p. 5-6.

Kamer *controversieel* verklaard op 5 juni 2012.⁶⁰⁶ Door het kabinet-Rutte II zijn nieuwe wetsvoorstellen aangekondigd. In het regeerakkoord van dit kabinet staat:

Gezichtsbedekkende kleding wordt verboden in het onderwijs, de zorg, het openbaar vervoer en in overheidsgebouwen. In de openbare ruimte kan de politie ten behoeve van identificatie gelasten de gezichtsbedekkende kleding af te leggen. Wie deze kleding draagt, voldoet niet aan de eisen voor een bijstandsuitkering.⁶⁰⁷

Het kabinet-Rutte II heeft tot op heden geen wetsvoorstel(len) ingediend.

In de Nederlandse politiek is alleen een parlementair debat gevoerd over een verbod voor de gezichtssluier. Er zijn echter ook oproepen gedaan in de politiek om de islamitische hoofddoek en andere religieuze symbolen te verbieden voor ambtenaren in overheidsdienst. PVV-leider Wilders heeft voorgesteld om het dragen van hoofddoekjes te verbieden bij gemeentelijke instellingen en bij stichtingen en verenigingen die subsidie krijgen van de gemeente. Hij maakte in 2010 het verbod op het dragen van hoofddoekjes tot ‘de belangrijkste inzet’ van de PVV bij de gemeenteraadsverkiezingen. Hij zei erbij dat men ook zou kunnen denken aan het verbieden van dit kledingstuk in het openbaar onderwijs of in hoger en universitair onderwijs.⁶⁰⁸ Een politicus die ruimer heeft gewezen op alle religieuze symbolen is het VVD-Kamerlid Hennis. Zij zei in 2011 in een interview dat ambtenaren in publieksfuncties geen religieuze symbolen zoals hoofddoekjes zouden behoren te dragen. Hennis zei graag het debat te willen voeren over wanneer draag je de hoofddoek. Haar inzet zou onder meer zijn: geen hoofddoek achter de balie van het stadhuis. ‘Ja, voor de medewerkers zou dat moeten gelden. En ook geen andere religieuze symbolen. Alle religies zijn voor mij gelijk. Universiteiten, scholen, ook daarover zou ik het debat willen. Maar de christelijke partijen beschouwen dat gelijk als aantasting van de vrijheid van godsdienst. Onzin.’⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ *Handelingen II* 2011/12, nr. 50, p. 18-85; nr. 91, p. 13-24.

⁶⁰⁷ *Bruggen slaan. Regeerakkoord VVD-PvdA*, 29 oktober 2012, p. 32.

⁶⁰⁸ Pieter Kottman, ‘Verbod op hoofddoek juridisch niet haalbaar’, *NRC Handelsblad* 27 februari 2010.

⁶⁰⁹ Kustaw Bessems, ‘Hennis (VVD): Religieus symbool niet achter de balie’, *De Pers* 15 maart 2011.

2.2.3 Analyse en evaluatie

A. Context casus

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

De politieke en maatschappelijke verhoudingen zijn van betekenis voor deze en andere casus die betrekking hebben op de orthodoxe islam. In de Inleiding en in de vorige paragraaf heb ik er al op gewezen dat de orthodoxe islam in Nederland op weerstanden stuit. De wijze waarop het kabinet-Rutte I zijn voorstel voor een verbod van de islamitische gezichtssluier introduceert en motiveert, illustreert dit. Het schrijft dat het 'kabinet (...) nadrukkelijk afstand [neemt] van het relativisme dat besloten ligt in het concept van de multiculturele samenleving en [uitgaat] van een samenleving die weliswaar, mede onder invloed van de migranten die zich hier vestigden, verandert, maar die niet uitwisselbaar is voor welke andere samenleving dan ook'.⁶¹⁰ De islamitische gezichtssluier – de niqaab en de boerka – is een kledingstuk dat in de Nederlandse samenleving uiteenlopende praktische bezwaren oproept, maar dat vooral stuit op culturele en ideologische bezwaren.

B. Kenmerken casus

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerkelijken van een religieuze identiteit?

De moslima die een gezichtssluier draagt, geeft daarmee uiting aan haar religieuze levensovertuiging. Zij draagt deze kleding om haar religieuze identiteit tot uitdrukking te brengen. Deze gedraging wordt als een zelfstandige wijze van uitoefening van godsdienst of levensovertuiging beschermd door artikel 9 EVRM.⁶¹¹

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

De betrokken moslima identificeert zich met de orthodoxe islam, of een stroming daarbinnen. Zij wijkt met haar kleding sterk af van in Nederland gebruikelijke dameskleding en identificeert zich – bedoeld of onbedoeld – bepaald niet met de Nederlandse samenleving. Het dragen van de gezichtssluier roept daardoor een identificatiespanning op.

⁶¹⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 32824, 1 (*Integratie, binding, burgerschap*), p. 5.

⁶¹¹ Zie voor deze mening onder meer: Cgb 20 maart 2003, oordeel 2003-40, par. 5.3 en 5.4; *Kamerstukken II* 2003/04, 29614, 2, p. 15 (*Grondrechten in een pluriforme samenleving*).

3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?

Invoering van een verbod impliceert dat de betrokken vrouwen geen uitvoering kunnen geven aan een onderdeel van hun religieuze overtuiging. De ernst daarvan hangt mede af van hoe ver het verbod strekt, of het betrekking heeft op een specifieke situatie of dat het een ruimere betekenis heeft. Hun identiteit wordt door een verbod geraakt, eventueel die van hun familie, en die van de religieuze gemeenschap.

In de ruime zin van het woord is het dragen van de gezichtssluier een identiteitsbepalende religieuze praxis. Het betreft niet een universele uiting van het islamitisch geloof, het is ook een cultureel bepaalde uiting. Het oordeel of het dragen van de gezichtssluier een kernelement van de religie is, komt ten principale aan de moslima zelf toe. De vraag in hoeverre de gezichtssluier tot de kern van het belijden van de islamitische godsdienst behoort, is van betekenis bij een verbod. Het belang van de doelen of waarden van een verbod kan zwaarder wegen dan het belang van vrijheid van godsdienst van de betrokken moslima's. Een verbod betekent dat deze vrouwen geen (volledig) gelijke rechten hebben hun identiteit te verwerklijken en zich te kleden in overeenstemming met hun overtuiging als andere vrouwen.

4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?

De doelen die door diverse kabinetten zijn genoemd, liggen vooral op het terrein van de openbare orde (en de veiligheid). Dit begrip is in de jurisprudentie inmiddels ruim geïnterpreteerd en kan duiden op allerlei aspecten van de ordening van de publieke ruimte. De Raad van State noemt als mogelijke beperkingsgronden de bescherming van de gezondheid, het belang van het verkeer en de bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

C. Evaluatie

1. Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?

De voorstellen voor verbodswetgeving vloeien voort uit een verandering in het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon, in het bijzonder door de afwijzing van het concept van de multiculturele samenleving. Het beginsel van burgerschap heeft daarbij aan betekenis gewonnen. De voorstellen hebben mede als motief de norm van burgerschapsbesef op te leggen en assimilatie van minderheden en

migranten te bevorderen; ze ondersteunen integratie niet. Onder de voorstanders van deze wetgeving leeft de wens om wat zij zien als de islamisering van de Nederlandse samenleving terug te dringen. Deze problematiek heb ik eerder al in de Inleiding en hoofdstuk 3 aangestipt.

2. Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?

Het EHRM heeft op 1 juli 2014 zijn uitspraak gepubliceerd over het Franse generieke verbod van de gezichtsbedekkende sluiters in de publieke ruimte. Het acht dit verbod gerechtvaardigd. Ik kom hier nader op terug in paragraaf 2.2.4. De Nederlandse constitutionele orde staat specifieke verbodswetgeving toe. De rechten en vrijheden van andere burgers, de handhaving van de openbare orde en/of het bewaken van de openbare veiligheid kunnen afhankelijk van de omstandigheden waarop het verbod betrekking heeft, een legitiem doel zijn dat noodzakelijk en proportioneel is.

3. Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?

De Raad van State heeft erop gewezen dat bij het beperken van de vrijheid van godsdienst de staat is gebonden aan de grenzen die artikel 9 tweede lid EVRM stelt. Een beperking dient enerzijds noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving en tegemoet komen aan een dringende maatschappelijke behoefte en anderzijds te voldoen aan het proportionaliteitsvereiste, dat wil zeggen, in een redelijke verhouding te staan tot het nagestreefde doel.⁶¹²

Een moslima kan in de kledingkeuze haar geloofsovertuiging tot uiting brengen. Het EVRM beschermt de keuzevrijheid van het zich kleden van de individuele gelovige en de Europese jurisprudentie bevestigt dit. Artikel 6 Gw in samenhang met artikel 1 Gw bepaalt dat deze vrijheid in beginsel eenieder gelijkwaardig toekomt. Door het bedekken van het gelaat identificeert een moslima zich met een stroming binnen de orthodoxe islam die een letterlijke interpretatie van teksten voorstaat. Zij (be)vestigt met het dragen van de niqaab (of boerka) haar identiteit als (orthodoxe) moslima.

⁶¹² Advies van de Raad van State van 2 december 2009 inzake het voorstel van wet tot wijziging van onder meer de wetten voor de onderscheiden onderwijssectoren in verband met een verbod op gelaatsbedekkende kleding in het onderwijs (zaak W05.09 0501/I).

Een verbod tast de identiteit van het gelovige individu aan. Van aantasting van de identiteit van de geloofsgemeenschap hoeft geen sprake te zijn. Het dragen van een gezichtsbedekkende sluier wordt veelal als problematisch ervaren binnen de moslimgemeenschap.⁶¹³ Het dragen van de gezichtsbedekkende sluier is vaak een individueel initiatief en een individuele behoefte.⁶¹⁴ De Nederlandse constitutionele orde stelt specifieke eisen aan een verbod. Bij een beperking van de vrijheid van godsdienst moet het belang van de vrijheid de islamitische identiteit te verwerklijken en een gezichtssluier te dragen worden afgewogen tegen andere belangen. Concrete andere belangen moeten zwaarder wegen dan de godsdienstvrijheid om een verbod te rechtvaardigen. Des te verder het recht op vrijheid van godsdienst door het verbod wordt beperkt, des te overtuigender moet de rechtvaardiging ervan zijn.⁶¹⁵

Het is denkbaar dat een moslima door haar echtgenoot of vader wordt gedwongen de gezichtssluier te dragen. Is dit het geval, dan is binnen die relatie sprake van een inbreuk op haar recht van vrijheid van godsdienst. Een verbod heft de eventueel voorkomende schending van rechten en vrijheden binnen huwelijk of familieverband niet rechtstreeks op. Een verbod zou de moslima kunnen bevrijden van de dwang een gezichtssluier buitenshuis te dragen, maar is in strijd met het primaat van de individuele vrijheid dat geldt in de Nederlandse rechtsstaat. Indien zich een conflict voordoet tussen een moslima en een gemeenschap is de rechterlijke macht de aangewezen instantie om in een oplossing te voorzien. Een verbod zou bovendien spanningen oproepen tussen de islamitische gemeenschap enerzijds en de Nederlandse samenleving anderzijds.

4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?

Een generiek verbod op het dragen van de gezichtssluier zou impliceren dat een ongelijke behandeling van moslima's ten opzichte van niet-moslima's in de constitutionele orde zou worden vastgelegd. Een verbod is voor deze vrouwen afhankelijk van de formulering ervan direct of indirect discriminerend omdat specifiek voor hen het grondrecht op vrijheid van godsdienst zou worden beperkt.

⁶¹³ B.P. Vermeulen (eindred.), *Overwegingen bij een boerka verbod*, p. 13.

⁶¹⁴ Annelies Moors, *Gezichtssluiers*, p. 55-56.

⁶¹⁵ Gerhard van der Schyff & Adriaan Overbeeke, 'Exercising Religious Freedom in the Public Space: a Comparative and European Convention Analysis of General Burqa Bans', *European Constitutional Law Review* 7, 2011, p. 424-452, p. 441.

Het dragen van de gezichtssluier is een betekenisgevend voorschrift voor de identiteit van de betrokken moslima's. Een verbod zou hun morele integriteit schenden. Specifieke omstandigheden kunnen vereisen dat een moslima haar gezicht toont. Bij de afweging kan dit belang zwaarder blijken te zijn dan dat van de moslima om haar geloofsvoorschrift te onderhouden. De rechter zou kunnen oordelen dat een gebod de gezichtssluier af te leggen daarom geen schending van de vrijheid van godsdienst betekent, en derhalve geen schending van haar morele integriteit is. In een bepaalde zaak weigerde een moslima in te gaan op het verzoek van de rechtbank om haar niqaab af te doen en te volstaan met het dragen van een hoofddoek tijdens de zitting in de rechtszaal. De rechtbank liet de vrouw niet tot de zitting toe als procespartij, waarop zij dit vorderde. De rechter achtte het verbod van toelating echter niet in strijd met de godsdienstvrijheid, omdat deze niet met zich meebrengt dat de rechtbank in de uitoefening van zijn taak wordt beperkt.⁶¹⁶

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

Het dragen van een gezichtssluier is in de ruime zin van het woord een praktijk die de religieuze identiteit van de moslima bevestigt. Het moet dan ook niet alleen worden beschouwd als een element van de godsdienstige belijdenis van de moslima maar als een kernelement ervan. Een verbod maakt, afhankelijk van de reikwijdte ervan, het genieten van de vrijheid van godsdienst in de publieke sfeer onmogelijk.

De constitutionele orde beschermt thans niet in alle omstandigheden de vrijheid van godsdienst op het specifieke onderdeel van het dragen van de gezichtssluier. Zij kent reeds situaties waarin het is gerechtvaardigd de uitoefening van het recht op godsdienst op een bepaald punt onmogelijk te maken. Een algeheel verbod op het dragen van de gezichtssluier in de publieke ruimte zou de kern van het grondrecht niet langer beschermen. De kern wordt geraakt maar nog steeds beschermd, als een verbod zich beperkt tot situaties waarin men zich moet identificeren en specifieke andere situaties zoals de rechtszaal. Het punt waar de bescherming van de kern door de constitutionele orde ophoudt onder invloed van verbodswetgeving, is lastig te bepalen. Ik ben geneigd te stellen dat dit het geval zou zijn als de gezichtssluier in het openbaar vervoer wordt verboden of aan moeders die hun kind(eren) naar school brengen.

⁶¹⁶ Rb. Zwolle 10 oktober 2003, *ECLI:NL:RBZWO:2003:AL8382*.

2.2.4 Europese context

In de jurisprudentie van het EHRM is erkend dat het dragen van een islamitische hoofddoek kan worden beschouwd als de naleving van een religieus voorschrift en dat regels die beperkingen opleggen aan de mogelijkheden om een hoofddoek te dragen moeten worden beschouwd als een inmenging in de door artikel 9 EVRM beschermde godsdienstvrijheid.⁶¹⁷ In de zaak van Dahlab oordeelt het EHRM dat een verbod op het dragen van de hoofddoek gerechtvaardigd en proportioneel is ten opzichte van het doel van het beschermen van de rechten en vrijheden van anderen, de openbare orde en de openbare veiligheid. De maatregel is noodzakelijk in een democratische samenleving.⁶¹⁸ De Grote Kamer van het EHRM wijst in de zaak van Şahin eveneens op het belang van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en het onderhouden van de openbare orde. Hij oordeelt dat het opleggen van beperkingen aan de vrijheid van godsdienst kan worden beschouwd als het tegemoet komen aan een dringende sociale behoefte.⁶¹⁹

Frankrijk heeft in 2004 een wet aangenomen tegen het dragen van religieuze symbolen op Franse scholen, deze wet staat bekend als het hoofddoekverbod. België kent een hoofddoekverbod op scholen. Frankrijk en België hebben in 2011 een verbod van de islamitische gezichtssluier voor de publieke ruimte ingevoerd.⁶²⁰ Eerder gold in België geen algemeen verbod. In veel Belgische gemeenten bestond wel een lokaal verbod. Er was echter discussie over of dat wel wettig was.⁶²¹ De vraag of een verbod van de het gezicht bedekkende kleding voor de openbare ruimte verenigbaar is met het Europees recht bespreekt Hunter-Henin, waarbij zij zich richt op het Franse verbod uit 2010.⁶²²

Zij neemt haar uitgangspunt in de Franse scheiding van kerk en staat. De Franse vorm van secularisme, *laïcité* genoemd, wordt gedefinieerd als een systeem waarin er een scheiding is tussen religie en de staat. Maar het Franse secularisme staat, zo betoogt Hunter-Henin, niet vijandig, zelfs niet onverschillig, tegenover religie. Integendeel. Het is ontworpen als een middel om de vrije uitoefening van religie door alle burgers te verzekeren. Interventies door de Franse staat in religieuze zaken hebben tot doel de vrijheid van geweten te beschermen en te versterken.

⁶¹⁷ EHRM 15 februari 2001, nr. 42393/98 (*Dahlab v. Switzerland*) en EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

⁶¹⁸ EHRM 15 februari 2001, nr. 42393/98 (*Dahlab v. Switzerland*).

⁶¹⁹ EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, citaat: par. 115 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

⁶²⁰ Respectievelijk: Loi no. 2010-1192 *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* van 11 oktober 2010, JO 12 oktober 2010; *Loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage* van 1 juni 2011, JO Le moniteur 13 juli 2011.

⁶²¹ Jogchum Vrielink & Eva Brems, 'Boerkaverbod is het product van een paternalistische overheid', *Trouw* 27 juli 2011.

⁶²² Myriam Hunter-Henin, 'Why The French Don't Like The Burqa: *Laïcité*, National Identity and Religious Freedom', *International and Comparative Law Quarterly* 61, juli 2012, p. 613-639.

Het verbod op de gezichtsbedekkende sluiters is daarom niet een manifestatie van *laïcité* maar een vervorming ervan. De invoering van het verbod is bepleit als een strijd voor gelijkheid en waardigheid van vrouwen. Het verbod richt zich echter tegen autonome beslissingen genomen door volwassen vrouwen. Met het verbod ligt de prioriteit niet langer bij het beschermen van individuele vrijheden met uitzondering van die situaties waar sprake is van een bedreiging van de veiligheid, of waar zich een conflict voordoet met andere rechten. De prioriteit ligt integendeel bij het verzekeren dat wordt voldaan aan normen die door de meerderheid worden aangehangen. Het verbod is bedoeld om de integratie van een orthodox-islamitische minderheid af te dwingen.

Hunter-Henin gaat er in haar artikel van uit dat het EHRM de verdediging van het secularisme bevestigt in de zaak van de Franse moslima tegen de Franse staat. Zij verwacht dat het zal uitspreken dat het Franse verbod niet voldoet aan de Europese vereisten door een gebrek aan proportionaliteit wegens de inmenging in individuele religieuze vrijheden die worden beschermd door artikel 9 EVRM. Het verbod is naar de mening van Hunter-Henin strijdig met dit artikel in combinatie met artikel 14 EVRM. Dat er verschil van mening bestaat over de vraag of het dragen van gezichtsbedekkende kleding een religieus voorschrift is, doet hier niet aan af. Deze kleding heeft immers haar oorsprong in een religieuze bron, namelijk de Koran.⁶²³ Ze wordt gedragen met een beroep op islamitische bronnen.⁶²⁴ Het EHRM heeft echter anders geoordeeld.

Een Franse moslima diende op 11 april 2011 een aanvraag in bij het EHRM om zijn oordeel. Zij klaagt dat de wet die het dragen van de gezichtsbedekkende kleding verbiedt in de openbare ruimte, haar de mogelijkheid ontnemt van het dragen van de gezichtsbedekkende sluier. Zij beweert dat er onder meer sprake is van een schending van artikel 9 EVRM. In 2013 schoof de Kamer die de zaak behandelde, deze door naar de Grote Kamer.

De Grote Kamer erkent in zijn oordeel dat de moslima wordt geplaatst voor een dilemma: of ze voegt zich naar het verbod en ziet zodoende af van het zich kleden in overeenstemming met haar religieuze overtuiging of ze weigert dit en ziet zich geconfronteerd met strafrechtelijke gevolgen. Er is daarom sprake van een inmenging in of een beperking van de uitoefening van het recht beschermd door artikel 9 EVRM (par. 110). Een dergelijke inmenging of beperking is in strijd met het tweede lid van dit artikel tenzij ze is voorgeschreven door de wet, een legitiem doel nastreeft vermeld in dit lid en noodzakelijk is in een democratische samenleving om het gestelde doel te bereiken (par. 111).

⁶²³ Asma Barlas, *'Believing Women' in Islam: Unreading Patriarchal Interpretations of the Qur'an*, Austin: University of Texas Press 2002, p. 53.

⁶²⁴ Annelies Moors, *Gezichtssluiers*, p. 42.

Het EHRM overweegt dat het gezicht een belangrijke rol speelt in de sociale interactie. Het aanvaardt de visie van de Franse overheid dat de gezichtsbedekkende sluier de rechten van anderen schendt (par. 122). Het onderkent een legitiem doel van het verbod: te verzekeren de inachtneming van de minimale vereisten van leven in een samenleving als deel van de bescherming van rechten en vrijheden van anderen (par. 140). Het EHRM stelt vast dat de Franse autoriteiten veel gewicht hebben gegeven aan dit doel. Het valt binnen de verantwoordelijkheid van de staat de voorwaarden te waarborgen waaronder individuen kunnen samenleven in hun verscheidenheid. Het aanvaardt de visie van de Franse staat dat de sociale interactie negatief wordt beïnvloed door het feit dat sommigen hun gezicht verbergen in openbare ruimtes (par. 141). Het EHRM vindt daarom dat het bestreden verbod kan worden beschouwd als gerechtvaardigd in zoverre het zoekt te garanderen de voorwaarden van het samenleven (par. 142). Vervolgens onderzoekt het of het verbod proportioneel is (par. 143). Het EHRM erkent dat het verbod bepaalde vrouwen de mogelijkheid ontnemt hun persoonlijkheid en hun geloof uit te drukken door de gezichtsbedekkende sluier te dragen in het openbaar. De Franse overheid wil daarentegen de sociale interactie beschermen die essentieel is voor een democratische samenleving. Daarom ziet het EHRM de kwestie als een keuze van de samenleving (par. 153). Het moet zich daarom terughoudend opstellen bij het beoordelen van het verbod. In een controversiële kwestie als deze moet de rol van de binnenlandse beleidsmaker een bijzonder gewicht krijgen (par. 154). Met andere woorden, Frankrijk heeft een ruime *margin of appreciation* in deze casus (par. 155). Dat is in het bijzonder het geval omdat er weinig overeenstemming is onder leden van de Raad van Europa (par. 156).

Het EHRM concludeert dat het verbod proportioneel is ten opzichte van het nagestreefde doel, het bewaren van de voorwaarden van het samenleven als een element van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (par. 157). De bestreden beperking kan daarom worden beschouwd als noodzakelijk in een democratische samenleving (par. 158). Er is geen sprake van een schending van artikel 9 EVRM (par. 159).⁶²⁵

2.3 Het onderwijs – handen schudden

2.3.1 Het type conflict

De kwestie in casus op dit gebied is of moslims (m/v) mogen weigeren personen van het andere geslacht de hand te schudden ter begroeting. De vrijheid om geen handen te schudden motiveren zij met een beroep op hun geloofsovertuiging. De geloofsuiting

⁶²⁵ EHRM (GK) 1 juli 2014, nr. 43835/11 (*S.A.S. v. France*).

om geen handen te schudden kan men opvatten als in strijd met een algemeen aanvaarde fatsoensnorm en als een vorm van discriminatie van het andere geslacht. Er zijn diverse uitspraken gedaan door de Cgb en de rechterlijke macht in zaken waarin een moslim (m/v) weigerde personen van het andere geslacht de hand te schudden met een beroep op de godsdienstige overtuiging. De oordelen van de Cgb en de rechterlijke macht lopen uiteen. Ik beperk mij tot twee casus waarin de rechter uitspraak heeft gedaan. De tweede casus behandel ik in de volgende paragraaf en speelt bij de overheid in de ambtelijke sfeer.

2.3.2 Het conflict op een school

Het betreffende conflict ontstond doordat de docente Samira Dahri haar collega's op het Vader Rijn College (VRC) per e-mail meedeelde vanwege haar geloofsovertuiging voortaan mannen geen hand meer te geven. De docente werd daarop geschorst. De moslima deed haar beklag bij de Cgb. Tegelijkertijd verzocht het VRC de commissie om een oordeel. De Cgb maakte op 10 november 2006 haar oordeel bekend.⁶²⁶

2.3.3 Oordeel Cgb

In geding was of het VRC onderscheid maakt naar godsdienst door haar medewerkers te verplichten om andere personen in voorkomende gevallen bij wijze van begroeting een hand te geven ongeacht het geslacht van de ander. De Cgb overwoog dat artikel 5, eerste lid, onderdeel h van de Awgb in samenhang met artikel 1 van deze wet bepaalt dat het bij de arbeidsomstandigheden niet is toegestaan onderscheid te maken op grond van onder meer godsdienst. In oordeel 2006-51 van 27 maart 2006 had zij geoordeeld dat niet valt in te zien waarom fatsoenlijke omgangsvormen per se impliceren dat bij het begroeten handen worden geschud. Dit oordeel was herhaald in oordeel 2006-202 van 5 oktober 2006. De Cgb onderkende in oordeel 2006-51 dat de weigering om personen van het andere geslacht een hand te geven, opgevat kan worden als een ontkenning van de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen, en daarmee als discriminatie. Het opleggen van een verplichting aan medewerkers of studenten tot een uniforme wijze van begroeting kan echter niet als noodzakelijk worden beschouwd, omdat alternatieve begroetingsvormen mogelijk zijn. De docente Dahri heeft verklaard bereid te zijn in het geheel af te zien van het schudden van handen, en iedereen op eenzelfde, respectvolle wijze te begroeten. Daarom was volgens de Cgb in dit oordeel niet aan de orde of de door het VRC verlangde bereidheid om handen te schudden ongeacht geslacht noodzakelijk is om een discriminatievrije werkvloer te waarborgen.

De Cgb stelde vast dat partijen het erover eens zijn dat de door het VRC gehanteerde eis leidt tot indirect onderscheid op grond van godsdienst. De vraag die hen scheidt,

⁶²⁶ Cgb 10 november 2006, oordeel 2006-220 en oordeel 2006-221.

beperkt zich ertoe of voor de door de docente bestreden functie-eis al dan niet een objectieve rechtvaardiging is. Het VRC heeft aangegeven dat de functie-eis de volgende doelen dient: a) het bevorderen en handhaven van in Nederland geldende en gangbare respectvolle omgangsvormen op school, b) het voorbereiden van leerlingen op de arbeidsmarkt. De Cgb constateerde dat het VRC respectvolle omgang nastreeft door het voorschrijven van een uniforme begroetingsregel. Het VRC heeft het voorbereiden van zijn leerlingen op de arbeidsmarkt aangevoerd als een doel ter rechtvaardiging van de door de docente bestreden verplichting. De commissie oordeelde dat dit een legitiem doel is waaraan iedere discriminatie vreemd is. De vraag is of het middel dat het VRC daartoe inzet geschikt is. De Cgb meende dat het moeilijk valt in te zien waarom uniform gedrag van het docentencorps een geschikt middel is om leerlingen voor te bereiden op de arbeidsmarkt. Zij kwam tot de conclusie dat de door het VRC aangevoerde doelen geen objectieve rechtvaardiging opleveren voor de verplichting die in geding is. Het VRC handelt daarom in strijd met artikel 5, eerste lid, onderdeel h Awgb in samenhang met artikel 1 Awgb. De school maakt verboden indirect onderscheid op grond van godsdienst.

In oordeel 2006-221, overwegingen 3.8-3.10, uitgebracht op verzoek van het VRC, hechtte de commissie eraan op te merken dat, hoewel het VRC evenals de docente ervan uitgaat dat sprake is van indirect onderscheid op grond van godsdienst, de school ervoor moet waken geen direct onderscheid op grond van godsdienst te maken. De wijze waarop het VRC het openbare karakter van de school wil realiseren, te weten door een strikte neutraliteit te handhaven, zou kunnen wijzen op direct onderscheid. Het VRC is een instelling van openbaar onderwijs waar ‘expliciete uitingen van godsdienst niet zijn toegestaan’ (3.8). Dit houdt verband met het openbare karakter van de school en is bedoeld om een neutrale leeromgeving te waarborgen waarin niemand zich beledigd of niet gerespecteerd voelt. Het is in de optiek van het VRC onwenselijk als leerlingen zich, door de druk van anderen, gedwongen voelen zich aan bepaalde godsdienstige uitingen te conformeren. De Cgb overwoog dat het recht op vrijheid van godsdienst volgens vaste jurisprudentie van het EHRM zowel omvat het recht om te geloven als het recht om niet te geloven en zowel het recht om een godsdienst te belijden als het recht om een godsdienst niet te belijden.⁶²⁷ Het recht op vrijheid van godsdienst is nauw verweven met het pluriforme karakter van een democratische samenleving.⁶²⁸ Eerder heeft de Cgb dan ook geoordeeld dat een openbare school van zijn medewerkers niet mag eisen dat zij geen hoofddoek dragen wegens strijdigheid

⁶²⁷ EHRM 18 februari 1999, nr. 24645/94, par. 34 (*Buscarini v. San Marino*). Deze paragraaf verwijst terug naar: EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88, par. 31 (*Kokkinakis v. Greece*), waar het Hof stelt dat de vrijheid van godsdienst de vrijheid inhoudt religieuze overtuigingen te hebben of niet te hebben en een religie te belijden of niet te belijden. Zie tevens Cgb 18 augustus 2003, oordeel 2003-114.

⁶²⁸ EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88, par. 31 (*Kokkinakis v. Greece*); EHRM 5 oktober 2006, nr. 72881/01, par. 57 (*The Moscow branch of the Salvation Army v. Russia*).

met de open houding die van medewerkers wordt verlangd tegenover de te onderscheiden levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden. Het enkele feit dat een medewerker, door het dragen van een hoofddoek of anderszins, uiting geeft aan zijn of haar geloofsovertuiging sluit die open houding namelijk niet uit.⁶²⁹ Instellingen van openbaar onderwijs die hun medewerkers of leerlingen niettemin verbieden op enigerlei wijze uiting te geven aan hun godsdienst maken volgens de systematiek van de Awgb direct onderscheid naar godsdienst, waarvoor geen wettelijke rechtvaardigingsgrond bestaat. Voor zover de handelwijze van het VRC jegens de docente is ingegeven door de opvatting dat het op generlei wijze is toegestaan uiting te geven aan een geloofsovertuiging, zou de handelwijze van het VRC als direct onderscheid moeten worden aangemerkt. Noch het VRC, noch de docente heeft dit standpunt echter ingenomen. Zij hebben betoogd dat de verplichting om bij het begroeten een hand te schudden door andere, niet met godsdienst samenhangende, redenen is ingegeven. De Cgb nam de mening van beide partijen over dat er geen sprake is van direct onderscheid naar godsdienst.⁶³⁰

2.3.4 Oordeel rechtbank

Het VRC besloot vervolgens het dienstverband met de moslimdocente te beëindigen per 1 februari 2007. De moslimdocente vocht daarop haar schorsing en ontslag aan de rechtbank.

De rechtbank achtte voldoende aannemelijk dat het besluit van de moslimdocente om mannelijke collega's geen hand meer te schudden en de wijze waarop zij dit kenbaar heeft gemaakt, tot emotionele discussies en onrust op de school heeft geleid, gelet op wat het VRC naar voren heeft gebracht over de culturele achtergrond en de samenstelling van het team van medewerkers en de leerlingenpopulatie, en gelet op de consequenties die het besluit van de moslimdocente voor de dagelijkse praktijk op de school met zich brengt. Gelet op de aandacht die de kwestie vervolgens in de media heeft gekregen, achtte de rechtbank het voorts voldoende aannemelijk dat de kwestie al snel een zodanig gewicht heeft gekregen dat dit het onderwijsproces en de onderlinge verhoudingen op de school negatief heeft beïnvloed. De rechtbank meende dan ook dat het VRC in redelijkheid tot schorsing heeft kunnen besluiten. Het ontslag is door het VRC verleend wegens redenen van gewichtige aard, onder meer gelegen in ernstig verstoorde verhoudingen en gebrek aan vertrouwen. De rechtbank was het hiermee

⁶²⁹ Cgb 9 februari 1999, oordeel 1999-18; Cgb 22 december 1999, oordeel 1999-103, AB 2000, 72, m.nt. B.P. Vermeulen.

⁶³⁰ Het CRM heeft in zijn oordeel van 7 augustus 2014 (oordeel 2014-93) een Montessori Lyceum in het gelijk gesteld dat een moslima een stageplaats weigerde, omdat zij personen van het mannelijk geslacht niet de hand wilde schudden. De school had zich terecht op haar grondslag beroepen; zij is een instelling van bijzonder onderwijs.

eens. Naar het oordeel van de rechtbank is, gezien de omstandigheden, de vrijheid van godsdienst noch enig ander rechtsbeginsel in geding. De rechtbank overwoog dat, voor zover de docente zich heeft beroepen op de oordelen van de Cgb, de vraag die bij de Cgb voorlag, verschilt van de toets die de rechtbank heeft uit te voeren, namelijk of voor de bestreden besluiten een deugdelijke grond aanwezig is.⁶³¹

2.3.5 Oordeel Centrale Raad van Beroep

Tegen deze uitspraak ging de islamitische docente in hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB), die uitspraak deed op 7 mei 2009. Zij vocht in het bijzonder de overweging van de rechtbank aan dat de vrijheid van godsdienst noch enig ander rechtsbeginsel in geding is en dat de rechtbank, anders dan de Cgb niet gehouden is de vraag te beantwoorden of het VRC in strijd heeft gehandeld met de Awgb. De docente voerde aan dat aan het ontslagbesluit in feite haar weigering om handen te schudden ten grondslag ligt en dat het standpunt dat die weigering niet verenigbaar is met haar functie als docente als indirect onderscheid op grond van godsdienst en daarmee als onhoudbaar moet worden beschouwd.

De CRvB wilde zich – anders dan de rechtbank had gedaan – uitlaten over de onderliggende principiële kwestie. Daarbij beoordeelde hij, omdat het debat zich daarop heeft toegespitst, of het ontslag zich verdraagt met artikel 5, eerste lid, aanhef en onder d van de Awgb. Dit artikel verbiedt onderscheid bij het beëindigen van het dienstverband van een ambtenaar. De CRvB ging met partijen ervan uit dat het niet geven van een hand in het openbaar aan een persoon van het andere geslacht een gedraging is waarmee iemand, mede gelet op het karakter en op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, rechtstreeks uiting kan geven aan zijn of haar islamitische geloofsovertuiging, hetgeen valt onder het begrip godsdienst, zoals bedoeld in de Awgb. Het VRC streeft op school een respectvolle omgang met elkaar na door het voorschrijven van een uniforme begroetingsregel, eruit bestaande dat men elkaar bij gelegenheid een hand schudt. De CRvB oordeelde dat deze begroetingsregel, omdat deze hoofdzakelijk mensen met een bepaalde godsdienstige overtuiging raakt, een indirect onderscheid naar godsdienst oplevert en dat het bijbrengen van respectvolle omgangsvormen een legitiem doel dient. Het middel – het hanteren van een uniforme begroetingsregel – is naar het oordeel van de CRvB geschikt om dat legitieme doel te bereiken.

In overweging 7.10 stelde de CRvB: ‘Het geschil spitst zich dan ook toe op de vraag of het middel passend en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken. Volgens de Raad gaat het daarbij om een afweging van de belangen van de stichting en de school

⁶³¹ Rechtbank Utrecht 30 augustus 2007, *AB* 2007, 307, m.nt. L.C. Groen & B.P. Vermeulen; *PRG* 2007, 143; *TAR* 2007, 197, m.nt. J.H.G.E. van Hedel.

en het belang van personen zoals betrokkene, die moeten worden beschermd tegen ongelijke behandeling vanwege hun godsdienst. De Raad neemt daarbij in aanmerking dat de geloofsuiting waarvoor bescherming wordt verlangd zich in de openbaarheid manifesteert en dat daarbij anderen zijn betrokken. De weigering om in voorkomende gevallen een hand te geven en de redengeving die betrokkene daarvoor geeft – zij ervaart het schudden van handen met volwassen mannen vanuit haar geloofsovertuiging als seksuele intimidatie – kan door de ander als confronterend en onaangenaam worden ervaren en de onderlinge relaties onder druk zetten. In het geval van betrokkene doet zich dit niet alleen voor bij mannelijke collega's en bij leerlingen, voor wie betrokkene een voorbeeldfunctie heeft, maar ook extern, bij ouders en derden die bij de school zijn betrokken. Ten opzichte van deze laatste groepen is de leerkracht in de eerste plaats de vertegenwoordiging van de school en aldus bezien ziet de begroetingsregel direct op de wijze van functievervulling van de ambtenaar. In de gegeven omstandigheden is de Raad van oordeel dat een zo veel groter gewicht toekomt aan het belang van de school om ter voorkoming van segregatie en ter bevordering van de duidelijkheid in een multiculturele schoolgemeenschap uniformiteit op de wijze, zoals dat is gebeurd, te stellen boven diversiteit, dat de uniformiteit in begroetingswijze passend en noodzakelijk is te achten'. Het oordeel van de CRvB was dat het hoger beroep niet slaagde.⁶³²

2.3.6 Analyse en evaluatie

A. Context casus

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

In de Inleiding heb ik aangestipt dat door diverse uitingen de islam wordt geassocieerd met fundamentalisme en geweld. Het naleven van bepaalde religieuze voorschriften door moslims roept daarbij de gedachte op van vrouwenonderdrukking door de islam. Een herkenbare ontwikkeling in Nederland (en mondiaal) in bijna alle geledingen van de islam is de islamisering van de identiteit.⁶³³ Hiermee wordt bedoeld dat moslims zich steeds explicieter en vaker definiëren en presenteren als moslim. Zij leggen dan een sterk accent op hun moslimidentiteit. Tegelijkertijd roepen de uitingen van de islam bij een deel van de bevolking de angst op van een islamitische vloedgolf en een bedreiging van de Nederlandse identiteit en cultuur. In de politieke en publieke ruimte

⁶³² CRvB 7 mei 2009, *ECLI:NL:CRVB:2009:BI2440*; AB 2009, 280, m.nt. L.C. Groen & B.P. Vermeulen; JAR 2009, 146; JB 2009, 169; TAR 2009, 127.

⁶³³ T. Sunier, 'Interests, identities, and the public sphere: representing islam in the Netherlands since the 1980s', p. 85-98; M. de Koning, *Zoeken naar een 'zuivere' islam. Geloofsbeleving en identiteitsvorming van jonge Marokkaans-Nederlandse moslims*, Amsterdam: Bert Bakker 2008.

klinken waarschuwingen tegen de islamisering van Nederland.⁶³⁴ Rond het zich manifesteren van de islam doen zich spanningen voor in de samenleving. Deze kunnen van invloed zijn op de in dit hoofdstuk te bespreken casus.

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerken van een religieuze identiteit?

De moslima Samira Dahri besluit mannen voortaan niet de hand te schudden ter begroeting en een begroetingsritueel in acht te nemen dat overeenstemt met een voor haar geldend religieus voorschrift. Zij oefent op deze wijze haar recht op vrijheid van godsdienst uit om haar islamitische identiteit te verwerken.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

De docente wenst zich te identificeren met (een stroming binnen) de orthodox-islamitische gemeenschap. Dit geeft een conflict met de school die van mening is dat zij zich behoort te identificeren met de schoolgemeenschap. Het voorschrift van het VRC ook mannen de hand te schudden ter begroeting beperkt de moslima in het tot uitdrukking te brengen van haar islamitische identiteit. Tegelijkertijd beschermt het de rechten en vrijheden van anderen binnen de schoolgemeenschap om zich te identificeren met de Nederlandse democratische samenleving. Op het specifieke onderdeel van het handen schudden in de onderlinge omgang eist het VRC uniformiteit. De rechter geeft het VRC gelijk in het opleggen van de norm van het Nederlandse burgerschap.

3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?

De godsdienstige belijdenis van de moslima wordt geraakt door de opgelegde begroetingsregel van het VRC mannen de hand te schudden. De regel impliceert dat het VRC de docente verbiedt een voor haar geldend geloofsvoorschrift na te leven. De begroetingsregel vormt een beperking van de vrijheid van godsdienst door het onmogelijk maken van het onderhouden van een specifieke begroetingspraktijk in haar rol als docente.

⁶³⁴ Erik Borgman, *Overlopen naar de barbaren*, p. 75-77; Maurits Berger, 'Nederland en zijn islam. Een kijkje in de spiegel', p. 15-31.

4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?

Het VRC beroept zich op zijn verantwoordelijkheid voor de orde in de school en voor de kwaliteit van het onderwijs. Het beschermt daarmee de rechten en vrijheden van anderen dan de islamitische docente, in het bijzonder collega's en leerlingen. De CRvB overweegt dat de geëiste begroetingsregel zich binnen de context van de school richt op het bijbrengen van respectvolle omgangsvormen aan de leerlingen ter voorbereiding op de uitoefening van een beroep en daarom een legitiem doel dient. De rechter voegt eraan toe dat de begroetingsregel ziet op de wijze van functievervulling van de docente als ambtenaar, dat wil zeggen, in een seculiere functie. De beperking van de godsdienstvrijheid is naar zijn oordeel daarmee gerechtvaardigd.

5. Indien in de casus het CRM of de rechter een oordeel heeft gegeven of een uitspraak heeft gedaan: hoe maakt deze instantie de afweging van de belangen die in het geding zijn?

In de casus weegt de CRvB het belang van de islamitische docente af tegen de belangen van de school, collega's en leerlingen. De rechter oordeelt dat het belang van de moslima in het geheel niet opweegt tegen de andere belangen en dat de voorgeschreven beperking van het grondrecht van de moslima passend en noodzakelijk is.

C. Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?

In de afgelopen tien à twaalf jaar is de waardering voor de multiculturele samenleving afgenomen, zoals ik in het voorgaande heb betoogd. Het ontstaan van de casus beschouw ik echter niet als een gevolg van een verandering in het heersende beoordelingspatroon. Voor de school gaat het om een nieuw type manifestatie van religie dat vraagt om het herijken van de schoolregels om de orde binnen de school te handhaven en het functioneren als schoolgemeenschap te bewaren.

2. Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?

Uit het oordeel van de CRvB blijken de argumenten voor de rechtvaardiging van deze beperking van de vrijheid van godsdienst van een lid van het docentencorps. De school heeft de bevoegdheid om regels te stellen ten behoeve van de orde in de school en de

kwaliteit van het onderwijs. De rechter acht de toegepaste vorm van indirect onderscheid passend en noodzakelijk, en dus gerechtvaardigd. Dit heeft een bredere strekking dan de kwestie van het niet schudden van handen ter begroeting. Het ziet onder meer ook op de kleding.

Het belang dat anderen hebben bij de uitoefening van hun rechten en vrijheden binnen de gemeenschap van de school kan in onze constitutionele orde een beperking rechtvaardigen van de in geding zijnde uitoefening van vrijheid van godsdienst. In dit verband zijn twee uitspraken van belang die het EHRM heeft gedaan. In de zaak van de Zwitserse docente Lucia Dahlab oordeelt het EHRM dat de autoriteiten hun bevoegdheden niet hebben overschreden door Dahlab het dragen van de hoofddoek verbieden. De maatregel is noodzakelijk in een democratische samenleving en proportioneel in verband met het beschermen van de rechten en vrijheden van anderen, de openbare orde en de openbare veiligheid. Het EHRM overweegt dat het moeilijk is vast te stellen welke invloed het dragen van een uitgesproken religieus symbool als een hoofddoek op de vrijheid van geweten en religie van de kinderen heeft, maar een bekerings-effect valt niet uit te sluiten. Daarenboven valt het dragen van de hoofddoek als geloofsvoorschrift niet gemakkelijk te rijmen met het beginsel van gelijkheid van man en vrouw.⁶³⁵ In de zaak van Leyla Şahin oordeelt de Grote Kamer van het EHRM dat het verbieden van het dragen van de hoofddoek door Şahin een beperking van de vrijheid van godsdienst is, die kan worden beschouwd als het tegemoet komen aan een dringende sociale behoefte. Hij wijst daarbij op het belang van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en het bewaren van de openbare orde, waar ook de orde binnen de universiteit kennelijk onder valt.⁶³⁶

3. Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?

De islamitische identiteit van de vrouw wordt in haar functie van docente niet beschermd op het onderdeel van de begroeting van anderen. De rechter staat haar niet toe zich op dit specifieke element van haar identiteit te identificeren met (een stroming binnen) de orthodox-islamitische gemeenschap. De constitutionele orde vraagt van de moslima zich te identificeren met de schoolgemeenschap, en daarmee met de democratische samenleving.

⁶³⁵ EHRM 15 februari 2001, nr. 42393/98 (*Dahlab v. Switzerland*).

⁶³⁶ EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, citaat: par. 115 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

Uit de jurisprudentie vloeit voort dat in het spanningsveld tussen het zich identificeren met een religieuze gemeenschap en de Nederlandse samenleving de constitutionele orde beperkingen van de vrijheid van godsdienst toelaat. Dit betreft die uitingen van een religieuze overtuiging die de openbare orde, of anderszins de orde binnen de publieke ruimte, dreigen te verstoren en/of die discriminerend van aard zijn.

4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?

De begroetingsregel op school impliceert bewust het uitsluiten van ongelijke behandeling van docenten met een beroep op hun religieuze overtuiging. Van de islamitische docente wordt gevraagd de door de school vastgestelde begroetingsregel na te leven met voorbij gaan aan haar overtuiging. De uitspraak van de CRvB impliceert dat de constitutionele orde niet voorziet in ongelijke behandeling van de moslima ten behoeve van de naleving van een geloofsvoorschrift. Eenzelfde conclusie trek ik uit de genoemde EHRM-oordelen die als zodanig geen rol spelen. De aanpassing van de regel die in de casus de betrokken moslima wenst, krijgt zij niet omdat deze haar niet in redelijkheid toekomt gezien de belangen die op het spel staan. Binnen de specifieke context van de school gaat het niet om een betekenisgevende verplichting voor de gelovige. Niettemin wekt de moslima door haar verzet tegen de begroetingsregel de indruk dat haar morele integriteit door deze regel wordt geschonden.

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

De moslima oefent haar functie als docente uit. De verplichting tot het schudden van handen in de specifieke context van de school en in haar specifieke rol als docente betekent niet dat het de moslima onmogelijk wordt gemaakt vrijheid van godsdienst te genieten. Het gaat hier om een specifiek aspect binnen de specifieke werksfeer. Buiten deze context is haar wijze van invulling van haar godsdienstige overtuiging in het geheel niet in het geding en daarbinnen slechts in een bepaald opzicht. De kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst wordt met de opgelegde begroetingsregel niet geraakt.

Het beschermen van de religieuze identiteit van de moslima is voor de rechter geen zwaarwegend belang binnen de gemeenschap van de school. Daar telt primair haar

identiteit als docent. Zij vertegenwoordigt de school als seculiere instelling. Dit aspect heeft binnen de constitutionele orde een strekking die zich mogelijkwerwijs uitstrekt tot andere casus. Het ontberen van de bescherming van de vrijheid van godsdienst kan zich namelijk uitstrekken tot andere uitingen van religie. In het bijzonder denk ik aan de hoofddoek en andere religieuze symbolen. Niet elke uiting heeft een discriminerend aspect en zal daarom met een verbod worden getroffen. In het bijzonder de verstoring van de openbare orde zal voor bestuurders een argument kunnen zijn om een religieuze uiting te verbieden.

2.4 De overheid – handen schudden

2.4.1 Het conflict

De gemeente Rotterdam wees een orthodoxe moslim, Mohammed Enait, af voor de functie van klantmanager van de Dienst Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SoZaWe) omdat hij weigerde vrouwen de hand te schudden ter begroeting.

2.4.2 Oordeel Cgb

Enait legde zijn afwijzing voor aan de Cgb. Zij moest oordelen over de vraag of de gemeente Rotterdam onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst door hem niet aan te nemen voor de functie vanwege zijn traditionele islamitische kledestijl en zijn weigering vrouwen de hand te schudden.

De Cgb constateerde dat de gemeente Enait in haar brief van 13 maart 2006 naar aanleiding van het sollicitatiegesprek had meegedeeld: ‘Aanleiding voor dit gesprek vormde de wijze waarop u, uit religieuze overtuiging, gekleed gaat en personen van het vrouwelijke geslacht begroet in relatie tot uw sollicitatie naar de functie van klantmanager bij SoZaWe. (...) Wij zijn van mening dat uw kleding en de wijze waarop u vrouwen begroet (...) uw functioneren als klantmanager kwetsbaar maakt en een dermate groot risico vormt met betrekking tot de verhoudingen in de functionele relatie, dat wij het niet verantwoord vinden u de rol en taken van de klantmanager op te dragen. Wij willen het risico niet nemen u en mogelijke collega’s in een onveilige situatie te brengen, wanneer uw verschijning agressie zou oproepen bij cliënten. Voorts zijn wij van mening dat uw weigering vrouwelijke medewerkers met een handdruk te begroeten, weerstand kan veroorzaken en daardoor kan leiden tot conflictsituaties binnen SoZaWe’. Enait had een klacht ingediend bij de gemeente tegen deze afwijzing. De gemeente had bij brief van 16 mei 2006 de klacht ongegrond verklaard en meegedeeld dat hij terecht was afgewezen. Zij motiveerde de afwijzing als volgt: ‘[U bent] niet te allen tijde bereid in de uitoefening van de functie van klantmanager van

SoZaWe, waarin de contacten tussen overheid en burger centraal staan, de in Nederland in het algemeen en in de relatie tussen overheid en burger in het bijzonder gebruikelijke omgangsvormen in acht te nemen ten opzichte van alle klanten van SoZaWe, zonder aanzien des persoons. Het in acht nemen van de algemene omgangsvormen verwachten we van alle klantmanagers van SoZaWe’.

De Cgb oordeelde dat aangezien de gemeente in een van haar brieven rechtstreeks heeft gerefereerd aan de manier waarop de moslim gekleed gaat en kenbaar heeft gemaakt dat juist het religieuze karakter daarvan voor haar onacceptabel is, zij direct onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt, en daarbij in strijd heeft gehandeld met de wetgeving gelijke behandeling. De gemeente had bovendien aangevoerd dat zij Enait heeft afgewezen, omdat hij onderscheid maakt op grond van geslacht door vrouwen geen hand te geven en zijn weigering vrouwen de hand te schudden in de weg staat van een goede functie-uitoefening als klantmanager. De commissie oordeelde dat de gemeente door het hanteren van deze functie-eis niet direct onderscheid maakt op grond van godsdienst. Het stellen van de functie-eis trof wel in het bijzonder de aanhangers van de islamitische geloofsovertuiging nadelig. De gemeente maakte daardoor indirect onderscheid naar godsdienst. Of dit gerechtvaardigd is, is afhankelijk van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel wordt ingezet. De gemeente meent dat als zij al onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt, dat gerechtvaardigd is ter bescherming van het grondrecht van vrouwen op gelijke behandeling op grond van geslacht. Haar stelling dat klanten moeite zouden hebben met klantmanagers die vrouwen weigeren een hand te geven, baseert zij echter, naar de Cgb meende, op inschattingen. De gemeente heeft geen specifiek beleid voor algemene omgangsvormen en de begroeting van klanten. De commissie achtte de geschiktheid van dit middel daarom niet aangetoond. Zij oordeelde dat de door de gemeente gehanteerde eis passend noch noodzakelijk is om haar doelstelling te bereiken. De Cgb sprak als haar eindoordeel uit dat de gemeente Rotterdam jegens Enait verboden direct onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst bij de afwijzing vanwege zijn kledestijl; en niet objectief gerechtvaardigd indirect onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst bij de afwijzing vanwege het niet schudden van handen.⁶³⁷

2.4.3 Oordeel rechtbank

Nadat Enait door de Cgb in het gelijk was gesteld, diende hij bij de rechtbank een vordering tot schadevergoeding in wegens het niet krijgen van de baan en de daardoor gederfde inkomsten.

⁶³⁷ Cgb 5 oktober 2006, oordeel 2006-202.

Het vonnis van de sector civiel recht van de Rechtbank Rotterdam vermeldt dat het oordeel van de Cgb voor de gemeente Rotterdam geen aanleiding heeft gevormd om haar standpunt te wijzigen. Daarom vorderde Enait van de rechtbank te verklaren dat de gemeente jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld door hem de functie van klantmanager te weigeren en de gemeente te veroordelen tot een vergoeding van € 9.000. Enait legde aan zijn vordering de stelling ten grondslag dat de gemeente jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld door hem op de in haar brief van 13 maart 2006 genoemde gronden af te wijzen als klantmanager. De gemeente heeft in strijd met artikel 1 jo. artikel 5, lid 1 aanhef en sub d van de Awgb gehandeld, althans zij heeft zijn godsdienstvrijheid in de zin van artikel 9 EVRM, artikel 18 IVBPR en artikel 6 Gw geschonden. Als gevolg van het onrechtmatig handelen van de gemeente heeft hij schade geleden, omdat hij vanwege zijn godsdienst de baan van klantmanager is misgelopen. De gemeente verweerde zich tegen de vordering. Zij erkende dat zij met haar besluit Enait af te wijzen voor de functie van klantmanager indirect onderscheid heeft gemaakt op grond van religie als bedoeld in artikel 1, lid 1, sub c van de Awgb. Door te weigeren vrouwen een hand te geven maakt Enait echter zelf onderscheid tussen mannen en vrouwen. De gemeente dient te waken tegen een inbreuk op het verbod op onderscheid wegens geslacht. Daarin ligt de rechtvaardigingsgrond voor het door de gemeente gemaakte (indirecte) onderscheid. Van onrechtmatig handelen door de gemeente is daarom geen sprake.

Naar het oordeel van de rechtbank concentreerde het geschil zich op de vraag of de gemeente tot haar besluit heeft mogen komen omdat Enait niet bereid is om vrouwen de hand te schudden. De na de afwijzing door hem voorgestelde alternatieve begroetingswijze voor mannen én vrouwen is naar de mening van de rechtbank niet relevant voor de beoordeling van de vraag of de gemeente een rechtmatig besluit heeft genomen. De rechtbank onderkende dat de gemeente indirect onderscheid heeft gemaakt in de zin van artikel 1 aanhef en sub c Awgb door Enait te weigeren voor de functie van klantmanager. Artikel 5 lid 1 aanhef en sub a Awgb verbiedt onderscheid bij de aanbieding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking en artikel 5 lid 1 aanhef en sub d Awgb verbiedt het maken van onderscheid bij het aanstellen tot ambtenaar. De gemeente handelde zodoende in strijd met de bepalingen in de Awgb, tenzij het door haar gemaakte (indirecte) onderscheid een rechtvaardiging vindt in een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel conform artikel 2 Awgb passend en noodzakelijk zijn.

De rechtbank oordeelde dat de gemeente ervoor mag kiezen de in Nederland gebruikelijke begroetings- en beleefdheidsvorm jegens alle burgers in acht te nemen. Dat de gemeente ervan heeft afgezien om Enait aan te stellen als klantmanager is naar het oordeel van de rechtbank dan ook een passend en noodzakelijk middel om het doel te bereiken bij de ontvangst van haar klanten geen onderscheid te willen maken tussen

mannen en vrouwen. Het door de gemeente gemaakte (indirecte) onderscheid is daarom objectief gerechtvaardigd. Van onrechtmatig handelen door de gemeente is geen sprake. Enait had naar voren gebracht dat de gemeente ook in strijd met artikel 9 EVRM, artikel 18 IVBPR en artikel 6 Gw heeft gehandeld. De rechtbank overwoog dat de Awgb met het verbod van discriminatie wegens godsdienst uitvoering beoogt te geven aan de godsdienstvrijheid als bedoeld in deze (verdrags)bepalingen. De Awgb geeft een specifieke regeling voor – in dit geval – het verbod op onderscheid op grond van godsdienst bij de behandeling van een vervulling van een openstaande betrekking en bij het aanstellen van een ambtenaar. De (verdrags)bepalingen bieden Enait geen verdergaande bescherming dan de Awgb. Het slotoordeel is dat de vorderingen van Enait worden afgewezen.⁶³⁸

2.4.4 Oordeel gerechtshof

Enait ging tegen dit vonnis in hoger beroep bij het Gerechtshof 's-Gravenhage. In zijn arrest verwerpt het gerechtshof in overweging 3 de stelling van de gemeente Rotterdam 'dat de in het geding zijnde weigering handen te schudden geen uiting is van een geloofsovertuiging (*expression of a belief*) als door de wet en art. 9 lid 1 EVRM beschermd. [Enait] is door zijn kledingwijze herkenbaar als orthodoxe moslim. Het schudden van handen is een in Nederland gebruikelijke, algemeen geaccepteerde begroetingsvorm. Het weigeren om handen te schudden is daardoor in ons land een zeldzame en opvallende gedraging, die in de regel wordt toegeschreven aan een geloofsovertuiging. In dat licht is de weigering van [Enait] om handen te schudden naar objectieve maatstaven kenbaar als een directe uiting van zijn geloofsovertuiging. Een dergelijke uiting is beschermd door de AWGB. Andere motieven van [Enait] dan religieuze overwegingen, zijn gesteld noch gebleken'. Het gerechtshof dacht niet aan een uiting van seksisme.

De gemeente had tevens aangevoerd dat de weigering handen te schudden niet dwingend wordt voorgeschreven door de islam. Haar eis dat wel te doen raakte de godsdienstvrijheid van Enait niet 'in de kern'. Daaraan had de gemeente de conclusie verbonden dat het motief van Enait niet wordt beschermd door de Awgb en/of artikel 9, lid 1 EVRM. Het gerechtshof verwierp dit standpunt. De rechter is in beginsel bevoegd in een voorkomend geval gedragingen op hun religieuze merites te beoordelen, maar daarbij past terughoudendheid. Enait heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat er orthodoxe religieuze stromingen zijn, waarin de opvatting wordt gehuldigd dat de islam dwingt (huwbare) vrouwen niet de hand te schudden, en dat hij tot een dergelijke stroming behoort. Het gerechtshof zag geen aanleiding om het religieuze belang van

⁶³⁸ Rechtbank Rotterdam 6 augustus 2008, *ECLI:NL:RBROT:2008:BD9643*.

Enait zich overeenkomstig dit voorschrift te gedragen, zodanig gering te achten dat dit buiten de werkingssfeer van de Awgb en het EVRM moet worden geplaatst.

Vervolgens stelde het gerechtshof in overweging 13 dat het handen schudden een gemeenschappelijke omgangsvorm is, en ‘dat in een pluriforme en multiculturele samenleving als de Nederlandse het belang van het hanteren, althans niet afwijzen, van een dergelijke gemeenschappelijke omgangsvorm bij de bejegening van klanten van SoZaWe zeer zwaarwegend is’. Daarbij was het ‘van belang dat de Gemeente als overheidsorgaan neutraliteit dient uit te stralen naar alle burgers, ongeacht geslacht, waarbij de Klantmanager als vertegenwoordiger van de Gemeente fungeert en het van wezenlijk belang is dat hij de klanten tegemoet treedt op een wijze die door hen niet als respectloos en kwetsend wordt ervaren’. Het gerechtshof voegde hier in overweging 15 aan toe dat het weigeren om de uitgestoken hand van een vrouwelijke klant te schudden ‘temeer onaanvaardbaar [is], nu die weigering als een ontkenning van de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen, en dus als extra kwetsend kan worden ervaren. Die ervaring zal worden versterkt als de achtergrond van deze weigering gelegen is in de religieuze overtuiging dat het handen schudden van vrouwen “onrein” is’. De slotsom van het gerechtshof was dat het door de gemeente Rotterdam jegens Enait gemaakte indirecte onderscheid op grond van godsdienst objectief is gerechtvaardigd. Het verwierp het hoger beroep van deze moslim.⁶³⁹

2.4.5 Analyse en evaluatie

A. Context casus

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

De context is dezelfde als onder 2.3.4.

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerken van een religieuze identiteit?

De orthodoxe moslim Enait wenst zijn godsdienst te belijden en zijn recht op vrijheid van godsdienst uit te oefenen door vrouwen niet de hand te schudden ter begroeting. Enait begroet vrouwen in overeenstemming met zijn orthodox-islamitische overtuiging. Voor hem is sprake van het onderhouden van een religieus voorschrift.

⁶³⁹ Gerechtshof ‘s-Gravenhage 10 april 2012, JAR 2012, 130, m.nt. E.L.J. Bruyninckx.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

Enait identificeert zich met de orthodox-islamitische gemeenschap. Hij draagt een djellaba en schudt vrouwen niet de hand. Hij streeft ernaar zijn islamitische identiteit te verwerklijken, terwijl de overheid als werkgever eist dat Enait zich identificeert met de Nederlandse democratische samenleving door de gebruikelijke wijze van begroeting in acht te nemen.

3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?

Om de baan van klantmanager bij de gemeente Rotterdam te krijgen, moet hij bereid zijn vrouwen de hand te schudden ter begroeting. Deze beperking van de vrijheid van godsdienst raakt de religieuze identiteit van de moslim. Het feit dat Enait de beperking verwerpt, en zich liever houdt aan zijn geloofsvoorschrift dan dat hij ervan afwijkt om de baan te krijgen, wekt de indruk dat de wijze van begroeting voor hem een kernelement van zijn godsdienstige belijdenis betreft. Misschien is een verklaring hiervoor dat het schudden van handen een intiem aspect heeft door de lichamelijke aanraking.

4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?

De gemeente is van mening dat met de beperking legitieme doelen worden nagestreefd, namelijk het voorkomen van discriminatie van vrouwen, en het bewaren van de openbare orde. De rechtbank acht de beperking van de godsdienstvrijheid gerechtvaardigd omdat het legitieme doel een gelijke, respectvolle behandeling van alle burgers inhoudt. Het gerechtshof oordeelt dat de gemeente als overheidsorgaan neutraliteit dient uit te stralen naar alle burgers, ongeacht geslacht, waarbij de klantmanager als vertegenwoordiger van de gemeente fungeert. Het indirect onderscheid op grond van godsdienst dat de gemeente maakt, is objectief gerechtvaardigd. De afwijzing op de sollicitatie is naar het oordeel van het gerechtshof een noodzakelijke en proportionele maatregel.

5. Indien in de casus het CRM of de rechter een oordeel heeft gegeven of een uitspraak heeft gedaan: hoe maakt deze instantie de afweging van de belangen die in het geding zijn?

De rechter aanvaardt de beperking van de godsdienstvrijheid door de belangen van gelijke behandeling en van openbare orde en veiligheid zwaarder te laten wegen dan de

godsdienstvrijheid van de orthodoxe moslim. Het schudden van handen is een in Nederland gebruikelijke, algemeen geaccepteerde wijze van begroeting. Met deze wijze van begroeting is er een gemeenschappelijke omgangsvorm. Het gerechtshof oordeelt dat in de pluriforme en multiculturele Nederlandse samenleving het belang van het hanteren van een dergelijke gemeenschappelijke omgangsvorm in de gegeven omstandigheden zeer zwaarwegend is. De gemeente dient als een orgaan van de overheid geen onderscheid te maken tussen burgers naar – onder meer – geslacht. De klantmanager behoort als vertegenwoordiger van de gemeente de klanten tegemoet te treden op een wijze die door hen niet als respectloos en kwetsend wordt ervaren.⁶⁴⁰

Er is in deze casus geen sprake van een klacht van een burger die zich gediscrimineerd acht door de moslim. Op grond van de uitspraak in hoger beroep veronderstel ik dat zou zich een dergelijk conflict voordoen, de rechter het belang van de bescherming van het recht van vrouwen niet te worden gediscrimineerd zwaarder zal laten wegen dan het belang van de gelovige moslim.

C. Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?

In het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon is de gelijke behandeling van mannen en vrouwen een beginsel dat een groot gewicht heeft. De overheid levert hieraan in haar beleid reeds langere tijd een bijdrage. Dit heeft het ontstaan van deze casus mede bepaald en de uitkomst mede beïnvloed. De tolerantie tegenover orthodox-religieuze opvattingen over de man/vrouwverhouding staat onder druk. De staat aanvaardt daardoor niet dat een orthodoxe moslim zijn islamitische identiteit realiseert door vrouwen niet de hand te schudden in een functie bij de overheid, waarin hij in contact treedt met burgers. De staat had ook anders kunnen beslissen, omdat het Rotterdamse straatbeeld er blijk van geeft dat de Rotterdamse samenleving in hoge mate multicultureel en multireligieus is geworden. Uitingen van islamitische orthodoxie behoren tot dit straatbeeld. Dat de staat niet anders heeft besloten, bevestigt het belang dat hij hecht aan het niet discrimineren van vrouwen.

2. Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?

Het argument voor de beperking van de godsdienstvrijheid is de weigering in een overheidsbetrekking vrouwen de hand te schudden ter begroeting. Deze weigering is

⁶⁴⁰ Gerechtshof 's-Gravenhage 10 april 2012, JAR 2012, 130, m.nt. E.L.J. Bruyninckx, r.o. 13.

een vorm van discriminatie door vrouwen niet gelijk aan mannen te begroeten. De indirecte discriminatie door de gemeente van de moslim op grond van een neutraal functievereiste is door de rechter als rechtmatig beoordeeld. De gemeente Rotterdam eist uniformiteit in de begroeting van klanten omdat vrouwen niet gediscrimineerd mogen worden. De rechter aanvaardt dit argument. Hij is het niet eens met de Cgb. Die heeft in deze zaak geoordeeld dat het niet de bedoeling van de moslim is om vrouwen te discrimineren en dat daarom de eis vrouwen de hand te schudden onrechtmatig is. Gelijke behandeling van mannen en vrouwen blijkt de dominante norm te zijn.

3. Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?

De constitutionele orde biedt de orthodoxe moslim een beperkte mogelijkheid voor het verwerkelijken van zijn religieuze identiteit. Zij beschermt hem niet om in een overheidsfunctie vrouwen niet de hand te schudden. Binnen de verhouding van individu, religieuze gemeenschap en staat biedt de constitutionele orde niet de mogelijkheid dat de moslim zich op dit onderdeel van zijn religieuze belijdenis identificeert met zijn religieuze gemeenschap. Zij dwingt hem, als hij de baan wil, zich te identificeren met de Nederlandse samenleving. Dit heeft een ruimere strekking. Het heeft betekenis voor andere banen bij de overheid, die, zoals de rechter stelt, neutraliteit dient uit te stralen. Het oordeel van de rechter is ook van belang voor andere functies omdat het argument voor de beperking is het niet discrimineren van vrouwen bij de begroeting. In elke baan hebben burgers te maken met begroeting. De mogelijkheden van het verwerkelijken van de islamitische identiteit zijn op dit onderdeel dus gering. De private levenssfeer van de betrokken moslim wordt als zodanig niet aangetast, omdat het gaat om een gedraging in de publieke sfeer.

4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?

De constitutionele orde voorziet niet in ongelijke behandeling van orthodoxe moslims door een aanpassing van de uniforme begroetingsregel. Het argument van de staat om de vrijheid van godsdienst te beperken is het belang van de gelijke behandeling van vrouwen in het sociale verkeer op het gemeentehuis. De regel is voor moslims indirect discriminerend en dwingt hen tot een keuze tussen het aanvaarden van een beperking

van de vrijheid van godsdienst en het bewaren van hun morele integriteit. In de keuze tussen de baan en de overeenstemming tussen zijn religieuze verplichting en zijn gedrag kiest de moslim in deze zaak voor het laatste.

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

Voor de orthodoxe moslim Enait is het niet schudden van handen van vrouwen een principieel, en kennelijk zwaarwegend, onderdeel van zijn godsdienstige overtuiging. Hij heeft er tenminste het niet krijgen van de baan voor over. De beperking raakt enerzijds de kern van zijn religieuze overtuiging. De verplichting vrouwen de hand te schudden betreft anderzijds slechts de specifieke werksfeer. Zij maakt het de moslim niet onmogelijk zijn godsdienst daarbuiten tot uitdrukking te brengen. In het bijzonder raakt het zijn vervullen van plichten binnen de islamitische gemeenschap als zodanig niet. Als de moslim bereid is een scheiding aan te brengen tussen de werksfeer en de andere sferen waarin hij zich beweegt, hoeft hij de uniforme begroetingsregel niet te ervaren als een aantasting van zijn persoonlijke waardigheid en religieuze identiteit. Vanuit het perspectief van de democratische samenleving wordt de kern van het grondrecht beschermd. Vanuit het perspectief van de betrokken moslim ligt dit vermoedelijk anders gelet op de juridische strijd die hij heeft gevoerd.

2.5 De rechtszaal – een hoofddoek bij de rechterlijke macht

2.5.1 Het conflict

De moslima Ayse Kabaktepe studeerde rechten en droeg vanwege haar geloofsovertuiging een hoofddoek. Zij solliciteerde bij de Rechtbank Zwolle naar de functie van waarnemend griffier. Zij werd afgewezen vanwege de geldende kledingvoorschriften. Naar de mening van de rechtbank zijn godsdienstige uitingen bij de rechterlijke macht niet toegestaan om haar neutraliteit naar rechtzoekenden toe te bevestigen. De moslima verzocht de Cgb haar oordeel uit te spreken over de vraag of de rechtbank ten opzichte van haar verboden onderscheid heeft gemaakt als bedoeld in de Awgb.

2.5.2 Oordeel Cgb

De moslima stelde in haar verzoek aan de Cgb dat de rechtbank direct onderscheid maakt op grond van godsdienst, aangezien zij aangeeft dat de onderliggende reden voor het verbod om een hoofddoek te dragen ligt in de gedachte dat rechter en griffier niet

door op de rechtszitting bepaalde kleding te dragen uiting mogen geven aan hun godsdienst of levensovertuiging. Mocht de commissie van mening zijn dat er sprake is van indirect onderscheid op grond van godsdienst, dan is dit onderscheid volgens de moslima niet objectief gerechtvaardigd. Zij achtte het door de rechtbank genoemde doel van de kledingvoorschriften legitiem, maar de gestelde kleding eis niet geschikt en noodzakelijk. Het dragen van de hoofddoek is voor de moslima een religieus voorschrift. Uiterlijk zegt niets over de neutraliteit en onpartijdigheid van de rechter als zodanig. Er is geen reden om aan te nemen dat een rechter in toga met een hoofddoek minder neutraal en onpartijdig oordeelt dan een rechter in toga zonder hoofddoek. Tegen het argument dat een zo uniform mogelijke uitstraling van rechters het vertrouwen in de neutraliteit en onpartijdigheid het beste bevordert, bracht de moslima in dat sinds jaar en dag een concurrerende theorie opgeld doet bij de recrutering van rechters. Zo gold in de eerste helft van de vorige eeuw een evenredigheidsbeginsel dat vergde dat de verschillende levensbeschouwingen proportioneel vertegenwoordigd waren. Dit beginsel veronderstelt kennelijk dat het algemene vertrouwen in de rechterlijke macht toeneemt naarmate de rechterlijke macht in haar samenstelling meer een afspiegeling vormt van de maatschappij. Dit geldt in een multiculturele samenleving des te sterker. Voor de legitimiteit van de rechterlijke macht is het van groot belang dat de rechtzoekenden zich daarin kunnen herkennen. Het verbieden van de hoofddoek betekent bovendien dat een groep allochtone vrouwen geen toegang heeft tot de rechterlijke macht.

De rechtbank stelde in haar verweer dat het haar niet te doen is om de hoofddoek als zodanig. Van direct onderscheid naar godsdienstige overtuiging is daarom geen sprake. Voor haar is cruciaal de vraag naar de verenigbaarheid van het ambtskostuum van de rechterlijke ambtenaar met enig voor de rechtzoekenden zichtbaar teken van een persoonlijke opvatting. De rechtbank meende niet in strijd gehandeld te hebben met de Awgb, omdat zij indirect onderscheid heeft gemaakt, waarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. De kledingvoorschriften beogen nog altijd uitdrukking te geven aan de eisen van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Aan het doel van de kledingvoorschriften is iedere discriminatie dan ook vreemd. Het dragen van een hoofddoek door de moslima zou dit doel op onaanvaardbare wijze doorkruisen. De functie van de griffier is zozeer verweven met die van de rechter dat de overwegingen die opgaan voor de functie van rechter ook gelden voor die van griffier.

De Cgb beoordeelde of de rechtbank tegenover de moslima een al dan niet gerechtvaardigd onderscheid naar godsdienst heeft gemaakt door haar geen werkzaamheden aan te bieden als waarnemend griffier. Het begrip godsdienst dat in de Awgb als nondiscriminatiegrond is opgenomen, omvat niet alleen het huldigen van een

geloofsovertuiging, maar ook het zich ernaar gedragen.⁶⁴¹ Gedragingen die, mede gelet op hun karakter en op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, rechtstreeks uitdrukking geven aan een godsdienstige overtuiging, worden dan ook beschermd door het verbod van onderscheid op grond van godsdienst. Het dragen van een hoofddoek door een moslimvrouw kan een van die uitdrukkingen zijn van haar geloofsovertuiging.⁶⁴²

De afwijzing van de moslima door de rechtbank is gebaseerd op de kledingvoorschriften die zijn bedoeld om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht tot uitdrukking te brengen. De Cgb leidde uit diverse feiten en ontwikkelingen af dat de behoefte aan kledingvoorschriften ter ondersteuning van onafhankelijkheid en onpartijdigheid betrekkelijk is. De functie van de waarnemend griffier is bovendien ondersteunend. De griffier is weliswaar rechterlijk ambtenaar, maar is anders dan de leden van de zittende magistratuur niet met rechtspraak belast. De Cgb achtte de gehanteerde kledingvoorschriften disproportioneel, in de zin van onevenredig benadelend voor de moslima. Zij oordeelde dat het gemaakte indirecte onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is en dat de rechtbank daarom in strijd met de wet heeft gehandeld. Aanvullend merkte de Cgb op dat zij er niet van overtuigd is dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht in een multiculturele samenleving alleen via de door de rechtbank toegepaste kledingvoorschriften tot uitdrukking kunnen worden gebracht. Gelijke behandeling brengt ruimte voor pluriformiteit met zich en geen uitsluitende uniformiteit.⁶⁴³

2.5.3 Analyse en evaluatie

A. Context casus

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

De context is dezelfde als onder 2.3.4.

⁶⁴¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, 5, p. 39-40; vergelijk: *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, 3, p. 29.

⁶⁴² Zie o.m. Cgb 3 februari 1997, oordeel 1997-14; Cgb 9 februari 1999, oordeel 1999-18; Cgb 20 juli 1999, oordeel 1999-76; Cgb 22 december 1999, oordeel 1999-103.

⁶⁴³ Cgb 22 juni 2001, oordeel 2001-53, *AB* 2001, 308, m.nt. B.P. Vermeulen, 3.6.-4.16.

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerkelijken van een religieuze identiteit?

De moslima Kabaktepe wenst haar recht op godsdienstvrijheid uit te oefenen in de functie van griffier bij de rechtbank. Zij draagt de hoofddoek als een uiting van haar religieuze overtuiging en om een geloofsvoorschrift te onderhouden. Door het dragen van haar hoofddoek identificeert zij zich met haar religieuze gemeenschap en verwerkelijkt zij haar islamitische identiteit.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

Deze moslima komt door het onderhouden van het religieuze kledingvoorschrift in conflict met de staat die uniformiteit van de kleding van de rechterlijke macht kent. Zij behoort zich in de rechtszaal te identificeren met de rechterlijke macht. De vrouw moet een keuze maken tussen het zich identificeren met haar religieuze gemeenschap en de seculiere, neutrale staat. In deze spanning kiest zij voor het zich identificeren met de religieuze gemeenschap.

3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?

De beperking van de vrijheid van godsdienst houdt in het afleggen van de hoofddoek. Het dragen van de hoofddoek door een moslima is een in de islam onderhouden praktijk. Deze praktijk bevestigt de religieuze identiteit van een moslima. Omdat het om haar identiteit gaat, kan zij het dragen van de hoofddoek ervaren als een kernonderdeel van haar religie.

4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?

De Zwolse rechtbank als potentiële werkgever is van mening dat een religieus symbool als de hoofddoek in strijd is met de ratio achter het rechterlijk ambtskostuum, dat de onzijdigheid van de rechterlijke macht in een neutrale staat symboliseert.⁶⁴⁴ Het doel van de beperking is dus de bevestiging van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtbank. De eis van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht is een grondrecht van de burgers (artikel 6 EVRM). Degenen die behoren tot de

⁶⁴⁴ Dit is conform artikel 19 van de Wet op de rechterlijke organisatie.

rechterlijke macht, dienen zich daartoe in hun functie te onthouden van het op enigerlei wijze uiting geven aan een godsdienstige of anderszins levensbeschouwelijke overtuiging.⁶⁴⁵

5. Indien in de casus het CRM of de rechter een oordeel heeft gegeven of een uitspraak heeft gedaan: hoe maakt deze instantie de afweging van de belangen die in het geding zijn?

De Cgb oordeelt dat de rechtbank met haar kledingvoorschrift indirect onderscheid naar religie maakt door het dragen van de hoofddoek te verbieden. Zij overweegt in deze zaak dat de behoefte aan kledingvoorschriften ter ondersteuning van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtbank betrekkelijk is. Zij acht de gehanteerde kledingvoorschriften disproportioneel en oordeelt dat het gemaakte indirecte onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is en de rechtbank in strijd met de Awgb heeft gehandeld door de moslima af te wijzen.

Kabaketepe heeft de afwijzing door de Zwolse rechtbank niet aangevochten voor de rechter. Er is geen rechterlijke uitspraak in deze kwestie.

C. Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?

Het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon lijkt niet van invloed te zijn op de door de Zwolse rechtbank gehanteerde beperking. De kledingvoorschriften bestaan al langer en worden ongewijzigd gehandhaafd. Het oordeel van de Cgb zou overigens wel blijk kunnen geven van een ontwikkeling in het beoordelingspatroon.

2. Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?

In de rechtszaal geldt absolute onzijdigheid aan de zijde van de rechterlijke macht. De constitutionele orde biedt geen bescherming voor de drager van het recht op vrijheid van godsdienst om uiting te geven aan zijn overtuiging bij de uitoefening van een functie bij de rechterlijke macht. Het argument voor de beperking van de rechten van de gelovige in dit conflict is dat het doel van het afleggen van de hoofddoek is gelegen in de bescherming van de rechten van rechtzoekenden. Deze bescherming wordt

⁶⁴⁵ Cgb Oordeel 2001-53.

gerealiseerd door de neutraliteit van de staat te bevestigen door de geldende kledingregel te handhaven. Het ontbreken van een uiting van een religieuze overtuiging van de rechterlijke macht voorkomt dat er een aanleiding is het onbevooroordeeld zijn van de rechter ter discussie te stellen en bezwaar te maken tegen zijn functioneren.

3. Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?

De constitutionele orde beschermt de identiteit van de rechterlijke macht. Deze collectieve identiteit legt beperkingen op aan individuele identiteiten. Individuele identiteiten moeten zich voegen naar de collectieve identiteit. Het onderhouden van religieuze voorschriften wordt slechts toegestaan voorzover dit niet strijdig is met de collectieve identiteit. De autonomie van de sfeer van de rechterlijke macht wordt door de constitutionele orde gewaarborgd en gehandhaafd. Individuele overtuigingen zijn hieraan ondergeschikt. Degenen die behoren tot de rechterlijke macht dienen in het uitoefenen van hun functie af te zien van het laten blijken van een persoonlijke levensovertuiging.

De casus bevestigt een kenmerk van onze constitutionele orde, namelijk de eis van neutraliteit van de staat. Deze eis brengt naar de mening van Vermeulen in ieder geval met zich mee, dat overheidsfunctionarissen die een echte gezagsfunctie uitoefenen, zoals bij de politie of bij de rechterlijke macht, zich hebben te onthouden van religieuze manifestaties. In hun hoedanigheid van het gezag representeren deze functionarissen niet hun eigen bijzonderheid, niet hun persoonlijke overtuigingen in al hun pluriformiteit, maar juist de algemeenheid, de neutraliteit van de staat, die tot uitdrukking komt in eenvormigheid van de kleding: het uniform.⁶⁴⁶

De eis van neutraliteit van de overheid staat tegenover de grondrechten waarop het individu dat bij de overheid wil werken, een beroep kan doen. Artikel 3 Gw luidt: 'Alle Nederlanders zijn op gelijke voet in openbare dienst benoembaar'. De Awgb verbiedt zowel directe als indirecte discriminatie op grond van onder meer religie (artikel 1), waaronder bij het aanbieden van een baan of de aanstelling van een medewerker (artikel 5). Het belang van de neutraliteit van de staat weegt in de constitutionele orde

⁶⁴⁶ B.P. Vermeulen, 'Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid', in: D.J.B. de Wolff e.a., *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2001* (p. 69-72), Deventer: Kluwer 2002, p. 71-72; Vermeulen verwijst naar het antwoord van de regering op Kamervragen over deze kwestie. De regering was ook voornemens om de kledingvoorschriften voor de rechterlijke macht nader wettelijk vast te leggen (*Aanhangsel Handelingen II* 2000/01, nr. 1652).

echter zwaarder dan individuele belangen van burgers die een gezagsfunctie willen vervullen.

De rechterlijke macht dient niet alleen onpartijdig te *zijn*, maar ook de *schijn* van partijdigheid te vermijden door neutrale kleding te dragen. Deze eis geldt voor alle levensbeschouwingen en heeft dus geen discriminerend oogmerk. Minister Korthals van Justitie heeft in antwoord op Kamervragen over de kwestie-Kabaktepe gesteld: ‘Juist in een multiculturele samenleving is het van eminent belang dat elke justitiabele erop moet kunnen vertrouwen dat de rechter afstand neemt van persoonlijke opvattingen’. In deze reactie antwoordt hij voorts dat de regering van plan is om ter voorkoming van onduidelijkheden de kledingvoorschriften voor de rechterlijke macht nader wettelijk vast te leggen.⁶⁴⁷ De Nederlandse regering heeft in de nota *Grondrechten in een pluriforme samenleving* hetzelfde standpunt ingenomen als de Zwolse rechtbank en minister Korthals. Zij stelt in deze nota dat ‘er ambtenarenfuncties [zijn] waarvoor een onpersoonlijke of geüniformeerde gezagsuitoefening ervan in het bijzonder van belang is. Dit doet zich bij uitstek voor in het geval van de rechterlijke macht en functies waardoor de overheid zich in de samenleving manifesteert met behulp van de sterke arm, zoals het openbaar ministerie en de politie. Ten aanzien van de rechterlijke macht geldt ook de onpartijdigheid die is verankerd in artikel 6 van het EVRM, dat het recht op een eerlijk proces garandeert en dat zo wordt uitgelegd dat zelfs de schijn van partijdigheid dient te worden vermeden’.⁶⁴⁸

Deze casus verduidelijkt hoe het recht van godsdienstvrijheid in een specifieke overheidsfunctie rechtmatig kan worden beperkt. De identiteit van de staat en de perceptie van rechtzoekenden zijn cruciale factoren. De burger heeft recht op onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak. Het dragen van uniforme beroepskleding versterkt het vertrouwen daarin. Als men meent dat een islamitische rechter niet in staat is tot onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak, maakt men zich schuldig aan een ongerechtvaardigd vooroordeel. In dit opzicht kan er in principe geen bezwaar zijn tegen een griffier met een hoofddoek. Bij het heersende normen- en waardenpatroon past echter uniforme beroepskleding. Maar de situatie kan zich wijzigen. Het is denkbaar dat de samenleving verdergaand gemulticulturaliseerd raakt en de burger in toenemende mate gewend raakt aan een verscheidenheid aan religieuze uitingen. Dan zou de situatie kunnen ontstaan dat een hoofddoek bij de rechterlijke macht op brede acceptatie van de samenleving kan rekenen. Op dat moment nemen de objectieve bezwaren tegen het dragen van dit kledingstuk in elk geval in gewicht af. Wat dan uiteindelijk de voorkeur verdient, kan een onderwerp van nadere overweging zijn.

⁶⁴⁷ *Aanhangsel Handelingen II* 2000/01, nr. 1652, p. 3445.

⁶⁴⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29614, 2, p. 16.

4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?

De wet voorziet niet in ongelijke behandeling van orthodoxe moslima's door een aanpassing van de uniforme kledingregel. De regel is voor moslima's indirect discriminerend en dwingt hen tot een keuze tussen het aanvaarden van een beperking van de vrijheid van godsdienst en het tot uiting brengen van hun identiteit in de uitoefening van de functie. Als rechterlijke functionaris is het niet mogelijk overeenstemming te bereiken tussen de uiting van religie en de kleding. Om de morele integriteit te bewaren dient een moslima bij de rechterlijke macht een scheiding aan te brengen tussen de sfeer van de rechtszaal en de overige sferen waarin zij zich beweegt, zoals ook andere gelovigen dit moeten doen.

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

De casus bevestigt dat de staat in de rechtszaal zelf geen religieuze uitingen toont en dat zijn medewerkers op geen enkele wijze blijk geven van een religieuze identiteit. Het genieten van de vrijheid van godsdienst in specifieke uitingen staat de constitutionele orde hun niet toe in de rechtszaal. Het dragen van de hoofddoek is een religieuze praktijk. De opgelegde beperking geldt alleen voor het functioneren als rechterlijk ambtenaar. Zij heeft dus slechts betrekking op die specifieke sfeer. De beperking tast de relatie tussen gelovige en geloofsgemeenschap niet aan. Zij raakt de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst niet.

Het genieten van de vrijheid van godsdienst wordt in de rechtszaal in die zin onmogelijk gemaakt dat de rechterlijke macht zich onthoudt van elke persoonlijke uiting van religie. De uniforme kledingregel geldt de gehele rechterlijke macht. Juist daardoor biedt zij de gelovigen werkzaam bij de rechterlijke macht bescherming tegen de ontheiliging van hun persoon en de aantasting van hun persoonlijke religieuze identiteit.

2.6 De rechtszaal – een islamitische advocaat in de rechtszaal

2.6.1 *Het conflict*

Op 11 december 2009 maakte het Hof van Discipline zijn beslissing bekend naar aanleiding van het hoger beroep van Mohamed Enait, die in beroep was gegaan tegen de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Gravenhage van 4 mei 2009. De raad had hem een berisping opgelegd, maar het Hof verwierp deze maatregel. De zaak is deze.

De deken van de Orde van Advocaten van het Arrondissement Rotterdam diende op 8 oktober 2008 een klacht in over het gedrag van advocaat Enait, een orthodoxe moslim, bij de Raad van Discipline. De klacht omvatte drie verwijten. Het eerste verwijt was dat Enait op de zitting van de Rechtbank Rotterdam op 6 augustus 2008 een hoofddeksel droeg dat niet voldeed aan de geldende voorschriften op het punt van het kostuum. Het tweede verwijt was dat hij als advocaat op de zitting van de rechtbank had geweigerd te gaan staan op het moment dat de rechtbank de zittingzaal binnentrad. Het derde verwijt had betrekking op uitlatingen die Enait in het openbaar heeft gedaan over het vonnis van de Rechtbank Rotterdam in de zaak waarin hij procespartij is geweest en de persoon van de rechter die het vonnis heeft gewezen. Deze zijn niet betamelijk voor een advocaat. Dit derde verwijt laat ik verder rusten omdat het niet relevant is binnen het kader van mijn onderzoek. Op 4 mei 2009 verklaarde de Raad van Discipline alle onderdelen van de klacht van de deken gegrond en legde als maatregel een berisping op.⁶⁴⁹

Enait ging tegen deze beslissing in beroep. Hij stelde dat de eerste twee verwijten betrekking hebben op uitingen van godsdienst. Zijn gedragingen zijn ingegeven door zijn religieuze overtuiging. Ten onrechte heeft de raad deze motivering niet nader in zijn oordeel betrokken. Die heeft volstaan met te concluderen: 'Het beroep dat [Enait] heeft gedaan op artikel 6 van de Grondwet en op de godsdienstvrijheid volgens het EVRM en het IVBPR verdraagt zich niet met het gegeven dat [hij] heeft verkozen zich te laten beëdigen als advocaat en zich als zodanig op het tableau heeft laten inschrijven. Daarmee heeft [hij] zich – vrijwillig – onderworpen aan de regels die voor advocaten gelden, die hij achteraf niet zonder meer en eenzijdig terzijde kan stellen'. Het feit dat hij vrijwillig voor het beroep van advocaat heeft gekozen, vrijwaart de raad naar de mening van Enait echter niet van zijn verplichting noch van de noodzaak om het beroep op godsdienstvrijheid in overweging te nemen. De wet heeft immers zeer nauwkeurig omschreven in welke omstandigheden beperkingen van de grondrechten geoorloofd zijn. Daarbij gaat de Raad voorbij aan het feit dat de Orde van Advocaten

⁶⁴⁹ Raad van Discipline 4 mei 2009, nr. R.3136/08.168.

een publiekrechtelijke organisatie is, die toetreding verplicht stelt voor degenen die op het tableau ingeschreven willen worden. Er is dus in werkelijkheid geen keuze. Bij de beoordeling van de eerste twee klachten heeft de raad de heersende beperkingssystematiek voor grondrechten als uitgangspunt moeten nemen.

De raad heeft moeten vaststellen of het beroep van Enait op godsdienstvrijheid aannemelijk is. Daarbij past het beginsel van interpretatieve terughoudendheid. De raad heeft niet betwist dat het dragen van een hoofddeksel ter zitting van de rechtbank een manifestatie is van zijn religie. Ten aanzien van de weigering van Enait om op te staan heeft de raad opgemerkt dat bij de gerechten in de meeste islamitische landen de gewoonte bestaat om op te staan voor de rechterlijke macht. De raad ziet in hetgeen Enait heeft gesteld 'geen aanknopingspunt om de tot nu toe besproken gewraakte handelingen op grond van een bestaande diepe geloofsovertuiging verontschuldigbaar te achten'. Enait verweert zich met te stellen dat niet valt in te zien hoe de praktijk in sommige islamitische landen relevant zou zijn voor zijn geloofsmanifestatie. Uit die praktijk kan geen enkele conclusie worden getrokken ten aanzien van de geloofsbeleving van een individu in Nederland. De raad heeft moeten volstaan met te beoordelen of de claim van Enait dat zijn gedraging door geloof is ingegeven, plausibel is. Dit is het geval zoals blijkt uit het rapport van een deskundige. Op grond van de conclusie dat er sprake is van een manifestatie van geloof heeft de raad vervolgens in lijn met de geldende systematiek moeten onderzoeken of een beperking van de geloofsvrijheid in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is.

Ten aanzien van de eerste klacht beriep de raad zich op het Kostuum- en titulatuurbesluit rechterlijke organisatie van 22 september 1997. Enait brengt daar tegenin dat het Besluit geen uitsluitel geeft over alternatieve hoofddeksels. Noch uit het Besluit noch uit de praktijk die ten aanzien van het Besluit bestaat, kan een duidelijke regel worden afgeleid dat het ongeoorloofd is om tijdens zittingen zijn religieus geïnspireerde hoofddeksel te dragen. De werkelijkheid in de rechtszaal wijkt bovendien sterk af van de regels in het Besluit. Enait kan zijn gedrag dus niet afstemmen op de regel. De berisping kan daarom niet in stand blijven. De beperking is niet voldoende duidelijk, dient geen legitiem doel, en doorstaat niet de noodzakelijkheidstoets van het EVRM. Tegen een beperking pleiten de beginselen van pluriformiteit en tolerantie. Enait verwijst naar de uitspraak van het EHRM van 25 mei 1993, *Kokkinakis tegen Griekenland*. Hij wijst ook op een studie van de Engelse Judicial Studies Board. In dit *Equal Treatment Bench Book* wordt geconcludeerd: 'The starting point should be that [a woman] is entitled to appear as an advocate when wearing [a niqab].'⁶⁵⁰ Het is dan ook niet noodzakelijk dat door een strikte toepassing van het Besluit de godsdienstvrijheid van advocaten wordt beperkt.

⁶⁵⁰ *Equal Treatment Bench Book*, p. 3-18/6, bron: www.judiciary.gov.uk.

De beperking van de vrijheid van godsdienst door te eisen wel op te staan berust niet op een wettelijk voorschrift maar op een ongeschreven gewoonteregel, zo meende de raad. Enait betwistte dat van een gewoonteregel sprake is. De raad heeft zelf erkend dat de regel herhaaldelijk niet wordt nageleefd. In de praktijk wordt slechts soms opgestaan voor rechters bij aanvang van een zitting. Maar voorop staat dat een gewoonteregel geen legitieme basis biedt voor een beperking van grondrechten. De grondwet vereist daarvoor een wet in formele zin. Het EVRM voegt eraan toe dat de beperking voldoende specifiek moet zijn omschreven, en dus voorzienbaar moet zijn. Wegens het ontbreken van een wettelijke, nauwkeurig omschreven grondslag moet daarom ook de tweede klacht ongegrond worden verklaard. Zou het hof anders oordelen, dan dient het de noodzakelijkheidstoets toe te passen. De beperking moet een wettelijk doel dienen. Het is echter de vraag of het opstaan als een zaak van openbare orde kan worden aangemerkt. Mede moet de proportionaliteit van de beperking worden onderzocht. De raad gaat er ten onrechte vanuit dat het op een andere wijze groeten van de rechters die binnenkomen dan door op te staan, getuigt van een gebrek aan respect.

2.6.2 Uitspraak Hof van Discipline

Het Hof van Discipline overwoog in hoger beroep dat het een feit is dat in de Nederlandse rechtszalen aan het gebruik om op te staan voor de rechter(s) al jaren niet meer stringent de hand wordt gehouden (5.1.4). De betreffende regel is dan ook niet een strikte regel die zonder meer wordt of moet worden nageleefd. Van Enait kan niet worden verlangd om op te staan als hij daartegen geloofsbezwaren heeft (5.1.6). De tweede klacht is dus ongegrond (5.1.8). Het hof oordeelde over de eerste klacht van de deken dat de bepalingen waarop de berisping berusten een aan verandering onderhevige gedragsregel inhouden en niet een dwingende regel van procesrecht (5.2.2). Het dragen van de islamitische muts ligt geworteld in zijn geloofsovertuiging en wordt naar huidige Nederlandse maatschappelijke opvattingen aangemerkt als aanvaardbare kleding met een religieuze achtergrond. Dit wordt niet anders bij het dragen ervan door een advocaat in de rechtszaal (5.2.3). De eerste klacht is ook ongegrond (5.2.4).⁶⁵¹

⁶⁵¹ Hof van Discipline 11 december 2009, nr. 5499.

2.6.3 Analyse en evaluatie

A. Context casus

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

De context is dezelfde als onder 2.3.4.

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerkelijken van een religieuze identiteit?

De orthodoxe moslim maakt gebruik van zijn vrijheid van godsdienst door uiting te geven aan zijn godsdienstige overtuiging. Hij draagt zijn muts en bij het betreden van de rechtbank van de rechtszaal blijft hij zitten. Naar Enaits overtuiging drukt de muts zijn identiteit als orthodoxe moslim uit en is het in strijd met zijn geloofsovertuiging te gaan staan voor mensen.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

Enait komt in conflict met de Orde van advocaten en de Raad van Discipline legt de advocaat een berisping op. In de verhouding tussen de religieuze gemeenschap waartoe de moslim behoort en waarmee hij zich identificeert en de organisatie van beroepsbeoefenaren waarvan hij een lid is, verkeert de advocaat in een spanningsveld. Door zich te identificeren met de geloofsgemeenschap voldoet hij niet aan de identificatie-eisen van de beroepsorganisatie zoals zij die ziet.

3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?

De Raad van Discipline legt de moslim algemeen geldende normen op waardoor de vrijheid van godsdienst wordt beperkt. Hij geeft hem niet de ruimte voor zijn specifiek islamitische gedragingen. Voor Enait zijn de beperkingen een principiële kwestie: hij meent er recht op te hebben zijn religie in vrijheid te belijden overeenkomstig zijn geloofsovertuiging.

4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?

De Raad van Discipline oordeelt dat hij met de beperking van de religieuze uitingen van de moslim een legitiem doel nastreeft, namelijk de naleving van in de rechtszaal geldende regels. Deze beogen het betonen van het aan de rechtbank verschuldigde respect en het ordentelijk functioneren van de rechtspraak.

5. Indien in de casus het CRM of de rechter een oordeel heeft gegeven of een uitspraak heeft gedaan: hoe maakt deze instantie de afweging van de belangen die in het geding zijn?

Het Hof van Discipline komt tot een ander oordeel in hoger beroep dan de Raad van Discipline. Het stelt de advocaat in het gelijk in het beroep dat hij doet op zijn rechten. Het hof oordeelt dat de gekozen wijze van het uitoefenen van zijn recht op godsdienstvrijheid door Enait in zijn rol van advocaat niet in strijd is met geldende regels en niet een verstoring van de orde in de rechtszaal inhoudt. De beperking van de godsdienstvrijheid van Enait die de Raad van Discipline verlangt, is in de benadering van het Hof van Discipline ongegrond en wordt niet geëffectueerd. In de afweging van belangen stelt het hof vast dat het belang van de staat niet is geschonden. Het hof beschermt daarom het belang van de advocaat.

C. Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?

Het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon heeft niet direct betekenis voor het ontstaan van deze casus. Misschien speelt een toenemende weerstand tegen uitingen van de islam, of orthodoxe religie, een rol, of een (groeierende) weerstand tegen multiculturalisering, maar duidelijk aanwijsbaar is dit niet. Belangrijker lijkt mij te zijn dat de uitingen van religie van de moslim een nieuw fenomeen vormen in de rechtszaal die door de Orde als ordeverstoring worden gezien. Het recht van de orthodoxe moslim Enait om zijn islamitische identiteit te verwerkelijken als advocaat in de rechtszaal wordt door het Hof van Discipline echter erkend en beschermd. Het hof baseert zijn oordeel overigens wel op veranderingen in het heersende beoordelingspatroon in de rechtszaal. Dit heeft een ruimere betekenis dan de specifieke uitingen die in het geding zijn. Zo lijkt het bijvoorbeeld redelijk te veronderstellen dat het naar het oordeel van het Hof van Discipline is toegestaan dat een joodse advocaat een keppeltje draagt en een moslima een hoofddoek. Enait heeft in zijn verweer tegen de berisping gewezen op een studie van de Engelse Judicial Studies

Board. In dit *Equal Treatment Bench Book* wordt vastgesteld dat uitgangspunt dient te zijn dat een vrouwelijke islamitische advocaat het recht heeft een gezichtssluier te dragen in de rechtszaal.⁶⁵²

2. Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?

De bestreden beperking is in hoger beroep verworpen. De constitutionele orde biedt daarmee geen argumenten voor een rechtvaardiging van de berisping van de advocaat en een beperking van zijn vrijheid van godsdienst op de specifieke onderdelen die in geding waren. De in hoger beroep verworpen verwijten hebben betrekking op voorschriften die niet meer onverkort geldingskracht hebben.

3. Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?

De uitkomst van deze casus is dat de constitutionele orde ruimte biedt voor het verwerkelijken van een individuele religieuze identiteit als advocaat in de rechtszaal. Binnen de verhoudingen van individu, religieuze gemeenschap en staat impliceert de uitspraak van het Hof van Discipline dat er geen conflict bestaat tussen het zich identificeren van de individuele gelovige als advocaat met zijn religieuze gemeenschap en met de rechtsstaat. Zijn godsdienst mag hij tot uiting brengen in zijn kleding en gedrag. Zijn autonomie als islamitisch gelovige wordt erkend en gewaarborgd.

Er is een opmerkelijk verschil met diverse vorige casus waarin een conflict bestaat over het naleven van een islamitisch gedragsvoorschrift. Het verschil met de casus van de rechterlijke macht is dat voor een functionaris bij de rechterlijke macht absolute onzijdigheid geldt. Dat is geen eis die aan een advocaat wordt gesteld. Zijn rol is te pleiten voor de aangeklaagde of de verdachte partij. Hij dient het belang van de rechtzoekende. In de handenschudkwesties is de man/vrouwverhouding aan de orde. Dit aspect overheerst daar en ontbreekt hier. Aan de zijde van de advocatuur mag in de rechtszaal de pluriformiteit van de samenleving in beginsel tot uitdrukking komen.

4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect

⁶⁵² *Equal Treatment Bench Book*, p. 3-18/6, bron: www.judiciary.gov.uk.

discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?

Enait acht zich aangetast in de uitoefening van zijn recht op godsdienstvrijheid, en hij meent dat hij wordt gediscrimineerd. Dit betreft indirecte discriminatie omdat hij wordt berispt met een beroep op neutrale regels. In deze casus voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de moslim in de zin van een aanpassing van een voorschrift en een gebruik, waarvan de naleving overigens al niet strikt is. Hij krijgt de ruimte om naar zijn geloofsovertuiging zich te kleden en te gedragen in de rechtszaal. De constitutionele orde beschermt de overtuiging en verplichting van de moslim zodat zijn religieuze identiteit en morele integriteit worden beschermd.

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

De eis van de Raad van Discipline te gaan staan bij het binnentreden van de rechtbank raakt een kernonderdeel van de godsdienstige overtuiging van de moslim. De constitutionele orde maakt het de advocaat echter mogelijk de vrijheid van godsdienst te genieten op dit onderdeel van zijn overtuiging en biedt dus bescherming van de kern van het grondrecht. Het dragen van de muts is in geringere mate verbonden aan de kern van de godsdienstige overtuiging. De constitutionele orde beschermt ook dit onderdeel van de overtuiging van deze moslim.

2.7 De religieuze slacht

2.7.1 De kwestie

De wet verbiedt het onverdoofd slachten van dieren, maar zij maakt een uitzondering voor de religieuze joodse en islamitische slacht. De Partij voor de Dieren (PvdD) wilde een einde maken aan die uitzonderingspositie omdat naar haar mening dieren onnodig lijden bij het onverdoofd ritueel slachten. Zij diende een wetsvoorstel in.

2.7.2 Advies Raad van State

Over het initiatiefwetsvoorstel van de PvdD bracht de Afdeling advisering van de Raad van State in 2008 een advies uit.⁶⁵³ In het betreffende kamerstuk is zowel het oordeel

⁶⁵³ *Kamerstukken II 2009/10, 31571, 4 herdruk (Voorstel van wet van het lid Thieme tot wijziging van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren in verband met het invoeren van een verplichte voorafgaande bedwelming bij ritueel slachten).*

van de Afdeling advisering als de reactie van partijleider Thieme hierop opgenomen. Dit kamerstuk is in 2009 gepubliceerd. De Afdeling advisering van de Raad van State adviseerde het wetsvoorstel nader te overwegen. Hij erkende allereerst dat ‘uitdrukkelijk rekening gehouden dient te worden met het welzijn van het dier’, en voegde eraan toe: ‘Dit doet echter niet af aan het feit dat het belang van het dierenwelzijn dient te worden afgewogen tegen andere belangen (...)’. De Afdeling meende dat een verbod op onbedwelmd ritueel slachten een beperking van de vrijheid van godsdienst vormt. Thieme merkte als reactie op dat godsdienstvrijheid van overheidswege begrensd kan worden. Zij wees daarbij zowel op de Grondwet als het EVRM. Zij stelde dat een verbod op onverdoofd ritueel slachten toelaatbaar is onder artikel 6, eerste lid, van de Grondwet. Een formeel, wettelijk verbod valt onder de beperkingsclausule. De Afdeling advisering van de Raad van State ging in haar advies uitvoerig in op de vrijheid van godsdienst en de beperkingsmogelijkheden. Zij betoogde dat de grondwetgever met het voorbehoud ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ niet heeft beoogd aan te geven dat elke beperking toelaatbaar is, die in een formele wet is neergelegd. De uitoefening van de in de Grondwet beschermde grondrechten kan op basis van deze clausulering weliswaar worden beperkt, maar mag niet geheel of nagenoeg geheel onmogelijk worden gemaakt.

De Afdeling advisering oordeelde dat naast het vereiste van beperking bij formele wet materiële criteria aangelegd dienen te worden, waaraan een rechtmatige beperking van grondrechten moet voldoen. Zij noemde als voor de hand liggende criteria: voldoende specificiteit, proportionaliteit en eerbiediging van het kernrecht. Het eerste criterium volgt uit de grondwetsgeschiedenis,⁶⁵⁴ de twee andere criteria liggen ten grondslag aan het criterium van noodzakelijkheid, dat is neergelegd in artikel 9 EVRM en dat in de Nederlandse Grondwet kan worden ingelezen. Deze criteria vereisen een grondige belangenafweging, waarbij het belang van bescherming van het grondrecht zwaar dient te wegen. Het voorgestelde verbod op de onbedwelmd religieuze slacht voldoet naar het oordeel van de Raad niet aan de genoemde criteria. Het ongeclausuleerde verbod op ritueel slachten maakt deze vorm van godsdienstig belijden niet langer mogelijk. De Raad voegde eraan toe dat het EHRM heeft geoordeeld dat ritueel slachten onder het bereik van artikel 9 EVRM valt.⁶⁵⁵ Uit het betreffende arrest moet worden opgemaakt dat sprake is van een inbreuk op artikel 9 van het EVRM indien het aanhangers van een bepaalde godsdienst in de praktijk onmogelijk wordt gemaakt ritueel geslacht vlees te consumeren. De Raad meende dat hiervan sprake is bij een ongeclausuleerd verbod op onverdoofd ritueel slachten. Thieme erkende dat de consumptie van ritueel geslacht vlees mogelijk moet blijven. Een verbod op onbedwelmd ritueel slachten laat echter de consumptie van geïmporteerd vlees onverlet. Het kernrecht van consumptie blijft bij

⁶⁵⁴ *Kamerstukken II 1975/76, 13872, 3, p. 23.*

⁶⁵⁵ EHRM (GK) 27 juni 2000, nr. 27417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*).

een verbod onaangetast. Het afgeleide recht, dat van ritueel slachten als middel voor het verkrijgen van ritueel geslacht vlees, kan daarom ten principale onder de grondwettelijk toegestane beperkingen gebracht worden.

2.7.3 *Debat Tweede Kamer*

De Tweede Kamer debatteerde in de eerste helft van 2011 twee maal over het initiatiefwetsvoorstel van de PvdD. De Tweede Kamer behandelde het wetsvoorstel in eerste termijn op 17 februari 2011. Officieel ging het om het voorstel van wet tot wijziging van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren in verband met het invoeren van een verplichte voorafgaande bedwelming bij ritueel slachten.

Tijdens het debat stelden alle fracties allerlei vragen over het wetsvoorstel. Het CDA, de ChristenUnie en de SGP beriepen zich op het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en ontleenden daaraan argumenten om het wetsvoorstel niet te steunen. De PvdD bracht het criterium van de zedelijkheid naar voren als argument om de vrijheid van godsdienst te beperken. De woordvoerder, Ouwehand, beriep zich op artikel 9 lid 2 EVRM. Onverdoofd ritueel slachten zou in strijd zijn met de goede zeden. De PvdD kreeg in de Tweede Kamer nog geen meerderheid achter zich voor een verbod op de onverdoofde religieuze slacht.⁶⁵⁶

De Tweede Kamer debatteerde op 22 juni 2011 over het wetsvoorstel met staatssecretaris Bleker ter voorbereiding van de stemming erover de volgende dag. In dit debat ging het enerzijds over de kwestie van het dierenleed als gevolg van het onverdoofd slachten en anderzijds over de beperkingen die opgelegd mogen worden aan de vrijheid van godsdienst. Omdat er vanuit de achterban van D66 en PvdA weerstand was tegen het wetsvoorstel van Thieme, hadden deze partijen een compromis uitgedacht door middel van een amendement, het amendement-Van Veldhoven c.s.⁶⁵⁷ Dit hield in dat het onverdoofd slachten wordt verboden, maar dat een ontheffing van dit verbod mogelijk is voor hen die kunnen aantonen dat hun wijze van slachten geen extra dierenleed met zich meebrengt. Het amendement leek echter een wassen neus te zijn, het wetsvoorstel kwam *de facto* op een volledig verbod neer. Een overgrote meerderheid van de Kamer steunde niettemin het wetsvoorstel bij de stemming op 23 juni, 116 Kamerleden stemden voor, dertig tegen.⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ *Handelingen II* 2010/11, 54-4, p. 4-29; 'Geen verbod op ritueel slachten zonder verdoving', *NRC Handelsblad* 18 februari 2011.

⁶⁵⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 31571, 18, dit betreft het amendement-Van Veldhoven c.s.

⁶⁵⁸ *Handelingen II* 2010/11, 96-16, p. 102-150; Marit van Kooij & Derk Stokmans, 'Kamer geeft dierenwelzijn prioriteit', *NRC Handelsblad* 23 juni 2011.

Voorafgaand aan de stemming legde het ChristenUnie-Kamerlid Wiegman-van Meppelen Scheppink een stemverklaring af. Haar fractie zag de stemming als een moment waarop ‘een belangrijke wissel’ werd omgezet, namelijk ‘de vrijheid om als gelovige je geloof vrij te belijden’. Het wetsvoorstel van Thieme ging voorbij aan wat de vrijheid van godsdienst al eeuwen voor mensen in ons land betekende. Drie Kamerleden van de PvdA stemden eveneens tegen het wetsvoorstel omdat zij vonden dat een dergelijke wet ‘een te grote inbreuk vormt op de vrijheid van godsdienst’.⁶⁵⁹ Staatssecretaris Bleker nam een formeel standpunt in. Hij schreef: ‘Het kabinet zal zijn totale (integrale) oordeel geven over het (eventueel geamendeerde) wetsvoorstel, nadat het voorstel door beide Kamers is behandeld. Hierbij zal het kabinet ook kijken naar de verhouding met de vrijheid van godsdienst (Verdrag voor de Rechten van de Mens)’.⁶⁶⁰ Het initiatiefwetsvoorstel werd aangenomen met de aanpassing als gevolg van het amendement-Van Veldhoven c.s. Dit amendement impliceerde dat artikel 44, derde lid van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren als volgt kwam te luiden: ‘Het slachten van dieren volgens de israëlitische of de islamitische ritus is slechts toegestaan, indien de slachtdieren voorafgaand zijn bedwelmd. Onze Minister verleent, op grond van bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels, op aanvraag, en voor een periode van niet meer dan vijf jaar, ontheffing van het bepaalde in de vorige volzin, mits op basis van onafhankelijk vastgesteld bewijs is aangetoond dat het welzijn van de slachtdieren (...) niet in grotere mate wordt benadeeld dan de mate van benadeling waarvan sprake is bij het [verdoofde] slachten (...).’

2.7.4 Debat Eerste Kamer

Het wetsvoorstel van Thieme besprak de Eerste Kamer op 13 december 2011.⁶⁶¹

Het Kamerlid Schrijver (PvdA) benadrukte evenals diverse andere Kamerleden het grondrechtenperspectief. ‘Respect voor grondrechten, inclusief voor vrijheid van godsdienst en rechten van minderheden, maakt deel uit van de kenmerken waar Nederland als land van tolerantie en pluriformiteit eeuwenlang voor gestaan heeft. Deze waarden behoren ook tot de kern van onze democratische rechtsstaat en van de internationale rechtsorde. Zij zijn diep verankerd in onze Grondwet en internationale mensenrechtenverdragen die op dit punt directe werking in Nederland hebben. Het gaat om fundamentele vrijheidsrechten die burgers, individueel en in groepsverband, tegen de Staat beschermen. Vanuit het mensenrechtenperspectief valt in de eerste plaats op dat in het wetsvoorstel het dierenwelzijn vooropstaat, zonder afwegingsbevoegdheid ten opzichte van het rechtsgoed van godsdienstvrijheid.’⁶⁶² Faber (PVV) koos voor een

⁶⁵⁹ *Handelingen II* 2010/11, 98-25, p. 43.

⁶⁶⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 31571, 20, p. 2.

⁶⁶¹ *Kamerstukken I* 2010/11, 31571, A.

⁶⁶² *Handelingen I* 2010/11, 12-2, p. 2.

secularistische benadering. ‘Nederland is een seculiere staat. Zoals VVD-minister Kamp al stelde, wordt een van de fundamenteën van de democratische rechtstaat immers gevormd door de scheiding van Kerk en Staat, die als uitgangspunt heeft dat niemand zich op grond van zijn religieuze opvattingen aan de gelding van algemene wettelijke voorschriften kan onttrekken. Het kan niet zo zijn dat groeperingen, op basis van hun religie of ideologie, een uitzondering op de wet opeisen. Er zijn landen waar op basis van geloof of ideologie mensen gestenigd en opgehangen worden. Ook worden er vrouwen onderdrukt als gevolg van religieuze voorschriften. Als het verbod op polygamie, het stenigen van overspelige vrouwen en het vermoorden van homoseksuelen terecht geen beperking op de godsdienstvrijheid is, waarom zou het verbod op het doodmartelen van dieren dan wel een beperking van de vrijheid van godsdienst zijn?’⁶⁶³ Thieme verdedigde haar initiatiefwetsvoorstel met te stellen ‘dat de openbare zeden in het geding zijn, dat we te maken hebben met een algemeen maatschappelijk dringende behoefte om het dierenwelzijn op een hoog plan te brengen en te houden, en dat dit onderdeel uitmaakt van de openbare zeden. Dat is een heel normale manier van omgaan met beperkingsgronden als het gaat om de openbare orde, de openbare veiligheid of gezondheid of in dit geval de openbare zeden, waar het dierenwelzijn ook onder valt’.⁶⁶⁴

Namens de regering onderscheidde staatssecretaris Bleker ‘aan de ene kant onze grondrechten, de vrijheid van godsdienst en de eventuele beperking ervan en aan de andere kant het recht doen aan verbetering van het dierenwelzijn, waarvan het maatschappelijk belang het afgelopen decennium is toegenomen. Ik deel die mening van mevrouw Thieme en we mogen daaraan niet voorbijgaan’. Het ging ‘echter ook om het wetgevingsprincipe: op welke gronden kan dit grondrecht en kunnen eventueel andere grondrechten aan beperkingen worden onderworpen?’. Bleker wees op drie principes van formele aard: het legaliteitsprincipe, het proportionaliteitsprincipe en het subsidiariteitsprincipe, die goed dienden te worden behartigd.⁶⁶⁵ Bleker verwierp de mogelijkheid die het wetsvoorstel bood om onder het verbod uit te komen. ‘De aanvrager moet in het huidige voorstel met een onderzoek komen om van godsdienstvrijheid gebruik te mogen maken en om dus van de beperking te worden ontslagen. De vraag is of dit zich wel verhoudt tot de manier waarop grondrechten mogen worden beperkt. Immers, de Grondwet beschermt de burger tegen de Staat. In dit voorstel moet de burger laten zien op welke manier hij eraan kan voldoen, om zo zijn grondrecht te herwinnen of te verkrijgen. In feite moet de burger het bewijs leveren voor een recht dat hem in beginsel toekomt. Dat past niet in de omgang met

⁶⁶³ *Handelingen I* 2010/11, 12-7, p. 26.

⁶⁶⁴ *Handelingen I* 2010/11, 12-9, p. 74.

⁶⁶⁵ *Handelingen I* 2010/11, 12-9, p. 80.

grondrechten in Nederland.⁶⁶⁶ Bleker stelde een alternatieve set maatregelen voor op basis van een convenant van overheid, geloofsgemeenschappen en slachthuizen.⁶⁶⁷

In de Eerste Kamer had een meerderheid ernstige bedenkingen tegen het initiatiefwetsvoorstel van de PvdD. Zes Kamerleden dienden een motie (*motie-Schrijver c.s.*) in waarin zij stelden dat ‘een algemeen verbod zoals voorzien in het initiatiefvoorstel-Thieme (...) een niet noodzakelijke en ongerechtvaardigde beperking zou vormen van de vrijheid van godsdienst en godsdienstbeleving en andere grondrechten, (...)’.⁶⁶⁸ Op verzoek van de Eerste Kamer stuurde Bleker haar een brief op 20 december 2011. In deze brief lichtte hij de alternatieven toe die hij zag ten opzichte van het wetsvoorstel om stappen te zetten in het verbeteren van het dierenwelzijn bij de onbedwelmdde religieuze slacht.⁶⁶⁹ Bleker informeerde de Tweede en de Eerste Kamer bij brief van 5 juni 2012 over het Convenant onbedwelmd slachten volgens religieuze riten.⁶⁷⁰ De bespreking van het initiatiefwetsvoorstel-Thieme in derde termijn vond plaats op 12 juni 2012. In dit Kamerdebat lichtte Bleker het convenant toe, dat tot stand was gebracht met vertegenwoordigers van het jodendom en de islam. Het convenant diende het dierenwelzijn met behoud van de godsdienstvrijheid. Het was ter beoordeling aan de convenantpartners dat het convenant geen beperking van de vrijheid van godsdienst inhield. Bleker zou het convenant gaan uitwerken in een algemene maatregel van bestuur (AMvB).⁶⁷¹ De Eerste Kamer stemde op 19 juni 2012 over het wetsvoorstel-Thieme en de ingediende moties. Zij verwierp het wetsvoorstel met 51 stemmen tegen en 21 voor. De motie-Schrijver werd aangenomen.⁶⁷² Bleker deed de beide Kamers op 1 november 2012 een ontwerp van een AMvB toekomen tot wijziging van het Besluit houders van dieren in verband met wijzigingen op het gebied van het doden van dieren zonder voorafgaande bedwelming. Dit besluit strekte tot uitvoering van de afspraken gemaakt in het Convenant.⁶⁷³ Tot op heden duurt het parlementaire overleg over de precieze invulling van de AMvB voort.

2.7.5 Verenigde Naties en EHRM

Het toestaan van de religieuze slacht is een erkend recht in de geschiedenis van de Verenigde Naties. In een VN-studie van 1959 geeft de speciale rapporteur Arcot Krishnaswami een lange lijst van onderwerpen waarvoor de vrijheid een religieuze

⁶⁶⁶ *Handelingen I* 2010/11, 12-9, p. 84.

⁶⁶⁷ *Handelingen I* 2010/11, 12-9, p. 88.

⁶⁶⁸ *Kamerstukken I* 2010/11, 31571, F; 12-9-92.

⁶⁶⁹ *Kamerstukken I* 2010/11, 31571, I.

⁶⁷⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 31571, 22; *Kamerstukken I* 2011/12, 31571, O; *Stcrt.* 2012, 13161.

⁶⁷¹ *Handelingen I* 2011/12, 32-5, p. 7-48.

⁶⁷² *Handelingen I* 2011/12, 33-5, p. 24-26.

⁶⁷³ *Kamerstukken II* 2012/13, 31571, 23; *Kamerstukken I* 2012/13, 31571, Q.

overtuiging te uiten van belang kan zijn, zoals ‘processions, pilgrimages, arrangements for disposal of the dead, observance of holy days and days of rest, *dietary practices* (cursief toegevoegd, HP), military service, secrecy of the confession, compulsory prevention or treatment of diseases’. In deze studie geeft hij zijn persoonlijke gezichtspunten. Hij stelt dat in enkele landen de wet de religieuze slacht van dieren uitsluit. Verhinderend van de religieuze slacht wordt door de groeperingen die dit aangaat als discriminerend ervaren. Krishnaswami pleit ervoor dat de algemene regel is dat niemand zal worden verhinderd van het onderhouden van praktijken die zijn religie voorschrijft voor de bereiding van voedsel: ‘Although it would not seem possible to impose upon the public authorities a duty of securing by positive measures the observance of dietary practices of all faiths in all circumstances, the general rule should be that no one should be prevented from observing the dietary practices prescribed by his religion or belief’.⁶⁷⁴ In de Nederlandse context betekent dit dat de autoriteiten de religieuze slacht direct noch indirect zouden mogen verbieden.

Het EHRM heeft geoordeeld dat de religieuze slacht valt onder de bescherming van artikel 9 EVRM: ‘that the applicant association can rely on Article 9 of the Convention with regard to the French authorities’ refusal to approve it (de rituele slacht door deze organisatie, HP) since ritual slaughter must be considered to be covered by a right guaranteed by the Convention, namely the right to manifest one’s religion in observance, within the meaning of Article 9’. Het EHRM heeft deze uitspraak gedaan in de zaak van de Franse orthodox-joodse organisatie Cha’are Shalom Ve Tsedek. Het heeft erkend dat in het jodendom vlees dat is geslacht in overeenstemming met religieuze voorschriften ‘an essential aspect of practice of the Jewish religion’ is.⁶⁷⁵

2.7.6 Analyse en evaluatie

A. Context

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

De joodse religieuze slacht is in Nederland altijd toegestaan geweest, met uitzondering van de periode van de Duitse bezetting van 1940 tot 1945. De islamitische religieuze slacht was in Nederland verboden tot 1977, het toestaan ervan was een gevolg van

⁶⁷⁴ *Study of discrimination in the matter of religious rights and practices by Arcot Krisnaswami, Special Rapporteur of the Subcommission on Prevention of Discrimination and protection of minorities*, New York: United Nations 1960, citaat: p. 36; zie ook: Frans van der Burg, ‘Algemene grondrechtsbeperkingen in de multiculturele samenleving’, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, *Geschakeld recht* (Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70^{ste} verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema), Deventer: Kluwer 2009, p. 78.

⁶⁷⁵ EHRM (GK) 27 juni 2000, nr. 27417/95, par. 74, 73 (*Cha’are Shalom Ve Tsedek v. France*).

migratie. In de jaren 1980 en 1990 was de religieuze slacht een van de ijkpunten van de nieuwe multiculturele samenleving. Na de millenniumwisseling draaide de wind. De kritiek in delen van de samenleving op de multiculturele samenleving stak op, waardoor het draagvlak voor het onbedweld, naar religieus voorschrift slachten van dieren afnam aan de rechterzijde van de politiek. De intrede in 2006 in het parlement van de PvdD had tot gevolg dat aan de linkerzijde van de politiek, en overigens ook aan de rechterzijde door de PVV, in toenemende mate kritisch werd gesproken over de religieuze slacht. Deze slacht werd weer gezien als een *religieus* gebruik in plaats van als een *cultureel* gebruik.⁶⁷⁶ Onder invloed van de secularisatie is de laatste decennia de tolerantie voor uitingen van religie in de publieke sfeer afgenomen. De opkomst van de PvdD is een onmiskenbare aanwijzing dat dierenwelzijn een waarde is waarvan het gewicht is toegenomen, in die mate zelfs dat een politieke partij er haar bestaansrecht aan kan ontleen. In het publieke debat plaatst men soms naast en tegenover de rechten van gelovigen de rechten van dieren.

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerklijken van een religieuze identiteit?

Zowel het jodendom als de islam kent voorschriften voor de bereiding van voedsel, die mede betrekking hebben op de slacht van dieren. Deze religieuze voorschriften zijn eeuwenoud. De bereidingswijze van voedsel maakt deel uit van de religieuze identiteit van joden en moslims.⁶⁷⁷ Het gebruiken van de maaltijd en het tot zich nemen van op een voorgeschreven wijze bereid voedsel bevestigt de collectieve identiteit van gelovigen.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

Een verbod op de religieuze slacht zou het consumeren van op rituele wijze bereid vlees ernstig belemmeren en wellicht in de praktijk onmogelijk maken, waardoor orthodoxe joden en moslims zich niet meer zouden kunnen identificeren met hun geloofsgemeenschap die zich uitstrekt tot het voorgeslacht en tot over de nationale grenzen heen. Er zou een diepgaand conflict ontstaan tussen het zich identificeren met de geloofsgemeenschap en met de Nederlandse staat.

⁶⁷⁶ Bart Wallet, 'Hoe voor- en tegenstanders van de rituele slacht van rol wisselden', *Trouw* 16 mei 2011.

⁶⁷⁷ Ernst Hirsch Ballin, *Religieuze en seculiere rituelen in het publieke domein*, p. 1, 7.

3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?

De Raad van State oordeelt dat het verbod niet voldoet aan de criteria voor een rechtmatige inmenging in de vrijheid van godsdienst omdat het een maatregel inhoudt die deze vrijheid te zeer beperkt. Het belijden in de vorm van een gevestigd godsdienstig ritueel en het nuttigen van dienovereenkomstig geslacht vlees wordt er onmogelijk door gemaakt. De Raad van State beroept zich op een EHRM-oordeel (*Cha'are Shalom Ve Tsedek tegen Frankrijk*), op grond waarvan men moet concluderen dat sprake is van een inbreuk op artikel 9 EVRM indien aanhangers van een bepaalde godsdienst in de praktijk niet meer ritueel geslacht vlees kunnen consumeren.

4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?

Dierenwelzijn is naar de mening van de meerderheid van de Tweede Kamer een gerechtvaardigde reden om de onbedwelmde slacht te verbieden. Het wetsvoorstel tot verbod van de religieuze slacht is door de Eerste Kamer echter niet aangenomen, omdat het een niet noodzakelijke en ongerechtvaardigde beperking zou vormen van de vrijheid van godsdienst. Het voldoet naar het oordeel van deze Kamer niet aan de eisen van proportionaliteit en noodzakelijkheid. Zowel de Eerste Kamer als de regering heeft het wetsvoorstel verworpen omdat het de belangen van joden en moslims onevenredig zou schaden. Nadien heeft de regering een convenant gesloten met vertegenwoordigers van de joodse en islamitische groeperingen in Nederland zonder de religieuze slacht onmogelijk te maken of te verbieden. De regelgeving rond de slacht wordt in dit kader aangescherpt, hetgeen het dierenwelzijn ten goede komt.

C. Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?

Het wetsvoorstel tot verbod van de religieuze, onbedwelmde slacht vloeit voort uit veranderingen in het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon van de Nederlandse samenleving. De veranderingen houden een toegenomen waardering van dierenwelzijn in en een afgenomen waardering van zowel de multiculturele samenleving als de vrijheidsrechten van religieuze burgers als gevolg van het secularingsproces. Het door de regering met joodse en islamitische groeperingen gesloten convenant beantwoordt aan de ontwikkeling in het beoordelingspatroon.

2. Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?

De PvdD heeft als argumenten genoemd dat de onverdoofde slacht onnodig leed voor de dieren met zich meebrengt en dat het consumeren van naar religieus voorschrift geslacht vlees niet onmogelijk wordt gemaakt met een verbod. Enerzijds moet dus het dierenwelzijn worden verbeterd en anderzijds wordt het recht op godsdienstvrijheid erkend doordat gelovigen naar religieus voorschrift geslacht vlees kunnen importeren.

3. Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?

Het eten van naar religieus voorschrift geslacht vlees is een identiteitskenmerk voor veel joden en moslims, zowel individueel als collectief. In de verhouding individu, religieuze gemeenschap en de Nederlandse samenleving zou het verbod op de religieuze slacht voor de individuele gelovige en voor de joodse en de islamitische gemeenschap een ingrijpende beperking van de vrijheid van godsdienst zijn geweest en een ernstige aantasting van hun religieuze identiteit. Met het gerealiseerde covenant wordt het de joodse en islamitische gelovige mogelijk gemaakt hun religieuze identiteit te blijven verwerkelijken. Hun autonomie wordt op het onderdeel van de slacht van dieren erkend en beschermd.

4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?

De neutrale slachtregelgeving is voor orthodoxe joden en moslims indirect discriminerend door hun recht op vrijheid van godsdienst te beperken. Bij een verbod op de onverdoofde slacht zouden joden en moslims geen gelijke rechten hebben gehad om voedsel te bereiden in overeenstemming met hun levensbeschouwing. De constitutionele orde voorziet echter in ongelijke behandeling van joden en moslims in de zin van een specifieke aanpassing van de regelgeving rond de slacht van dieren. In overeenstemming met hun religieuze voorschriften kunnen dieren worden geslacht. Hun morele integriteit wordt onder het covenant beschermd.

De uitkomst van deze casus is van belang voor andere groepen burgers die op grond van hun levensovertuiging bezwaar hebben tegen een op zichzelf neutrale wet of overheidsmaatregel. Als het bezwaar een zwaarwegend belang inhoudt, kan bij het heersende beoordelingspatroon ongelijke behandeling van burgers gerechtvaardigd zijn.

Overigens valt niet uit te sluiten dat de bescherming van het welzijn van dieren bij de slacht onder bepaalde omstandigheden een gerechtvaardigd argument is voor een verbod. Dat blijkt uit de uitspraak van het EHRM in de zaak van *Cha'are Shalom Ve Tsedek*. Het oordeelde: '(...) even supposing that this restriction could be considered an interference with the right to freedom to manifest one's religion, the Court observes that the measure complained of, which is prescribed by law, pursues a legitimate aim, namely protection of public health and public order, in so far as organisation by the State of the exercise of worship is conducive to religious harmony and tolerance'.⁶⁷⁸ Het beschermen van de openbare gezondheid of de openbare orde zou op zeker moment een argument kunnen zijn voor een verbod van de religieuze slacht. Deze begrippen worden in de jurisprudentie van het EHRM ruim geïnterpreteerd, de openbare gezondheid of de openbare orde zou op zeker moment door de religieuze slacht kunnen worden bedreigd. Dat zou een rechtvaardiging voor een verbod kunnen inhouden.

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

Het onderhouden van de religieuze slacht is een godsdienstig gebruik dat betrekking heeft op de intimiteit van het tot zich nemen van voedsel. De intimiteit die aan de spijziging eigen is, ligt dicht bij de kern van de godsdienstige belijdenis omdat zij de waardigheid en de identiteit van het individu betreft. De constitutionele orde handhaaft de bescherming van dit kernonderdeel van het grondrecht op godsdienstvrijheid. Het convenant maakt de rituele slacht niet onmogelijk zoals bij een verbod, maar reguleert daarentegen deze praktijk. Het aanscherpen van de regels voor de religieuze slacht tast de toelaatbaarheid van de uitvoering van het religieuze voorschrift niet aan, maar voegt er een voorschrift aan toe ten behoeve van het dierenwelzijn. Dat de slacht volgens het religieuze voorschrift als zodanig ook onder de nieuwe regelgeving toegestaan blijft, is het essentiële punt voor de gelovigen.

Op een geheel andere wijze heeft Thieme, de fractieleider van de PvdD die het wetsvoorstel voor het verbod van de religieuze slacht indiende, het kernrecht in de

⁶⁷⁸ EHRM 27 juni 2000, par. 84 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*).

parlementaire discussie ingebracht. Zij stelt dat een verbod op onbedweld ritueel slachten de consumptie van geïmporteerd vlees uit het buitenland ongemoeid laat, en dat daardoor het kernrecht van consumptie onaangetast blijft. Het afgeleide recht, dat van ritueel slachten als middel voor het verkrijgen van ritueel geslacht vlees, kan daarom rechtmatig onder de beperkingen worden gebracht, gelet op het afgeleide, niet-kernrechtelijke karakter ervan.⁶⁷⁹ Zij laat alleen het *consumeren* van ritueel geslacht vlees onder het kernrecht van godsdienstvrijheid vallen. De Raad van State houdt ook het *slachten* onder de bescherming van dit grondrecht, omdat een verbod op de slacht het consumeren te zeer zou belemmeren. Beide partijen erkennen in elk geval dat het tot zich nemen van op rituele wijze bereid voedsel een kernelement van de godsdienstige overtuiging is. De ruimere betekenis hiervan is dat het tot zich nemen van voedsel valt onder de reikwijdte van het grondrecht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging.

2.8 De gewetensbezwaarde trouwambtenaar

2.8.1 De wetsgeschiedenis

Bij de parlementaire behandeling van de wet die het huwelijk openstelt voor paren van gelijk geslacht beloofde de regering dat de gewetensbezwaarde ambtenaar van de burgerlijke stand zou worden gedoogd. Staatssecretaris Cohen van Justitie zegde na herhaaldelijk aandringen van ChristenUnie en SGP op 6 september 2000 toe dat ambtenaren met gewetensbezwaren niet zouden worden verplicht twee mensen van hetzelfde geslacht in de echt te verbinden, onder de voorwaarde dat er een vervanger beschikbaar zou zijn om zo'n huwelijk te voltrekken. De regering ging ermee akkoord dat gemeenten zouden tegemoetgekomen aan ernstige gewetensbezwaren.⁶⁸⁰ Cohen bevestigde dit in zijn brief van 14 november 2000 aan de Tweede Kamer. Hij had overlegd met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) en de landelijke vereniging van ambtenaren van de burgerlijke stand, de Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken (NVVB). Zowel de VNG als de NVVB kon zich vinden in de door de regering voorgestane oplossing. Indien in een gemeente een (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand gewetensbezwaren had tegen het opmaken van een akte van aangifte van een huwelijk of het voltrekken van een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht, was het aan de desbetreffende gemeente om hiervoor een oplossing te vinden, bijvoorbeeld in de sfeer van vervanging of inroostering. De VNG zou haar leden deze praktische oplossing adviseren.⁶⁸¹

⁶⁷⁹ *Kamerstukken II* 2009/10, 31571, 4, p. 2, 4, 5, 6.

⁶⁸⁰ *Handelingen II* 1999/00, p. 98-6393.

⁶⁸¹ *Kamerstukken II* 2000/01, 26672, 12.

2.8.2 Cgb-oordeel: verboden indirect onderscheid

Trouwambtenaar Nynke Eringa-Boomgaardt verzocht de Cgb op 4 september 2001 om een oordeel over de vraag of de gemeente Leeuwarden in strijd heeft gehandeld met de wetgeving gelijke behandeling door haar niet opnieuw te benoemen als buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand (babs), omdat zij vanwege gewetensbezwaren geen huwelijken van personen van gelijk geslacht wenst te voltrekken. De gemeente had haar meegedeeld dat herbenoeming na 1 september 2001 slechts kan plaatsvinden wanneer zij schriftelijk verklaart bereid te zijn alle bij het ambt behorende wettelijke taken uit te voeren, waaronder werkzaamheden ten behoeve van partnerregistraties en huwelijken van personen van hetzelfde geslacht. De visie van Eringa op het conflict was dat zij oorspronkelijk benoemd om het orthodox-christelijke volksdeel te vertegenwoordigen in het pluriform samengestelde team trouwambtenaren. Zij was lid van de Nederlandse Hervormde Kerk en de overtuiging toegedaan dat het huwelijk een inzetting van God is, waarmee een huwelijksvoltrekking van personen van gelijk geslacht in strijd is.

De gemeente stelde in haar verweer dat de godsdienstvrijheid of belijdenisvrijheid van Eringa niet in het geding is, omdat een trouwambtenaar zijn taak zonder vooringenomenheid dient uit te oefenen. Een ambt heeft geen geweten. Het voltrekken van een burgerlijk huwelijk is geen geloofsaangelegenheid, maar een eenzijdige overheidshandeling die niet onder het bereik van de Awgb valt. Bestuursorganen dienen zich objectief op te stellen, zonder aanzien des persoons. Dat de staatssecretaris ruimte heeft willen laten voor het vinden van praktische oplossingen, is geen vrijbrief voor een trouwambtenaar om te weigeren paren van hetzelfde geslacht te huwen. Indien de Cgb concludeert dat er sprake is van indirect onderscheid door de gemeente, dan stelt zij dat aan het doel elke discriminatie vreemd is. Dat doel is het zonder onderscheid huwen van personen van gelijk geslacht.

De Cgb sprak haar oordeel uit op 15 maart 2002. Zij refereerde eraan dat op 1 april 2001 de Wet openstelling huwelijk⁶⁸² in werking is getreden, waardoor het mogelijk is geworden dat personen van gelijk geslacht met elkaar in het huwelijk treden. Deze wet voorziet niet in een regeling voor trouwambtenaren met gewetensbezwaren. Namens de regering hebben de VNG en de NVVB de gemeenten wel gesuggereerd om zelf voor een praktische oplossing te zorgen. Als er sprake is van een trouwambtenaar met gewetensbezwaren, zou een andere ambtenaar het werk kunnen overnemen, of zou een ambtenaar uit een naburige gemeente kunnen worden ingezet. De commissie constateerde dat vaststaat dat de gemeente Leeuwarden aan alle trouwambtenaren de verklaring heeft voorgelegd om zich bereid te verklaren tot het sluiten van huwelijken

⁶⁸² *Stb.* 2001, 9. Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk).

van personen van gelijk geslacht. Deze functie-eis is op zich neutraal, omdat een trouwambtenaar ook op andere dan christelijk-religieuze gronden zou kunnen besluiten de bedoelde verklaring niet te ondertekenen. De gemeente maakt zodoende geen direct onderscheid op grond van godsdienst.

Van indirect onderscheid op grond van godsdienst is sprake als door het stellen van een bepaalde functie-eis in overwegende mate personen met een bepaalde godsdienstige achtergrond benadeeld worden. Artikel 2, eerste lid, Awgb bepaalt dat het in deze wet neergelegde verbod van indirect onderscheid niet geldt indien dat objectief gerechtvaardigd is. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging, moet worden nagegaan aan de hand van de beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel om dit doel te bereiken. Het doel van de gemeente is het zeker stellen dat alle (b)absen die voor de gemeente werkzaam zijn zonder uitzondering aan de nieuwe wetgeving uitvoering geven, mede gelet op het doel dat wordt beoogd met die wet, namelijk de gelijke behandeling bij verschillende huwelijksvormen. De Cgb achtte dit in ruime zin een legitiem doel te zijn, dat echter in deze situatie niet zwaarwegend genoeg is. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de wet het standpunt gehuldigd dat de gemeenten zelf een oplossing mogen creëren voor gewetensbezwaarden. Zij dienen hierbij zowel het recht op gelijke behandeling als de vrijheid van godsdienst te respecteren. Doordat er zes (b)absen in dienst zijn die geen gewetensbezwaren hebben tegen het voltrekken van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht, is afdoende gewaarborgd dat zogenoemde homohuwelijken zonder enig probleem en op gelijke voet met andere huwelijken worden voltrokken. De gemeente kan in die zin dus aan haar wettelijke verplichtingen tegemoetkomen. Het daarnaast zeker stellen dat ook Eringa dergelijke handelingen verricht, gaat verder dan de wet van een trouwambtenaar vraagt en dient geen zwaarwegend gemeentelijk belang. De Cgb concludeerde dat de gemeente tegenover Eringa een niet-objectief gerechtvaardigd indirect onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt en in strijd met de Awgb heeft gehandeld.⁶⁸³

2.8.3 *Herziening standpunt Cgb*

De Cgb gaf op 15 april 2008 haar oordeel in een zaak, bij welke gelegenheid zij tevens een advies uitbracht.⁶⁸⁴ De Noord-Hollandse gemeente Langedijk had een aspirant voor de functie van buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand afgewezen. De man in kwestie had de Cgb gevraagd te beoordelen of de gemeente tegenover hem verboden onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt door te eisen dat iedere nieuw aan te stellen buitengewoon ambtenaar bereid is tot het voltrekken van huwelijken en het registreren van partnerschappen tussen personen van hetzelfde geslacht. De man had

⁶⁸³ Cgb 15 maart 2002, oordeel 2002-25.

⁶⁸⁴ Cgb-advies 2008-04, *Trouwen? Geen bezwaar!*

gesteld dat hij door deze eis werd uitgesloten van de functie van buitengewoon ambtenaar omdat hij niet aan die eis kan voldoen zonder in conflict te komen met zijn godsdienstige overtuiging. Hij was belijdend lid van een Hervormde Gemeente.

De Cgb wees in haar oordeel op een vergelijkbare rechtsvraag in de zaak van Eringa-Boomgaardt.⁶⁸⁵ Zij stelde dat zij in die zaak vooral was ingegaan op pragmatische, organisatorische aspecten. De vraag of de gemeente van iedere afzonderlijke buitengewoon ambtenaar mag verlangen dat hij of zij alle huwelijken sluit – los van de eventuele praktische, organisatorische oplossingen – was daarbij onbeantwoord gebleven. Deze principiële vraag beantwoordde de commissie in dit oordeel wel. Zij overwoog dat door het hanteren van de gestelde functie-eis de gemeente indirect onderscheid op grond van godsdienst gemaakt heeft. Dit kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Door geen uitzonderingen toe te staan voor ambtenaren met gewetensbezwaren wilde de gemeente voorkomen dat een ambtenaar bij de uitvoering van het werk discrimineert door zijn medewerking te weigeren aan het voltrekken van huwelijken tussen paren van hetzelfde geslacht. De Cgb oordeelde over de legitimiteit van dit doel als volgt in overweging 3.20. ‘In de eerder door de commissie gegeven oordelen 2002-25 en 2002-26 is het standpunt ingenomen dat het voldoen aan op de overheid rustende verplichtingen in ruime zin een legitiem doel is, maar gelet op de bijzondere omstandigheden van die gevallen evenwel onvoldoende zwaarwegend, omdat door de aanwezigheid van voldoende ambtenaren zonder gewetensbezwaren het sluiten van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht voldoende was gewaarborgd. De commissie heeft daardoor in die oordelen in feite niet het doel zelf beoordeeld, maar in haar beoordeling van het doel de noodzakelijkheid van de gestelde functie-eis betrokken. Een beoordeling van het doel zelf – de uitvoering en de naleving van wettelijke verplichtingen, alsook het voorkomen van discriminatie door haar ambtenaren – leidt echter tot het oordeel dat deze als zodanig wel voldoende zwaarwegend is: de overheid is er immers toe gehouden wettelijke taken en verplichtingen te vervullen. De commissie acht dit doel tevens niet discriminerend. Het doel is derhalve legitiem.’

De Cgb overwoog dat het kan gebeuren dat ambtenaren bepaalde handelingen, die zij voor en namens de gemeente moeten verrichten, niet willen of kunnen verrichten vanwege hun godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging. Zij onderschreef dat dit in beginsel bescherming verdient. Vrijheid van godsdienst is evenwel geen absoluut recht. Zij wordt begrensd door de rechten van anderen. In het licht van de proportionaliteitsafweging dient het belang dat wordt gediend met het in vrijheid uiting kunnen geven aan een godsdienstige overtuiging op te wegen tegen het belang van bepaalde bevolkingsgroepen om niet te worden gediscrimineerd. De commissie stelde

⁶⁸⁵ Cgb 15 maart 2002, oordelen 2002-25 en 2002-26.

in overweging 3.27 discriminatie vast. ‘Dit [verzoek] druist in tegen het gelijkheidsbeginsel. De wetgever heeft bepaald dat personen met een homoseksuele gerichtheid worden beschermd tegen discriminatie en uitsluiting, op gelijke voet met personen met een godsdienstige overtuiging. Als verweerder (de gemeente Langedijk, HP) een uitzondering maakt en verzoeker toestaat om geen huwelijken te sluiten of partnerschappen te registreren tussen personen van hetzelfde geslacht, dan staat [zij] daarmee toe dat verzoeker een door de wet beschermde groep discrimineert. Het faciliteren van een dergelijke uiting van godsdienst, met dermate verstrekkende gevolgen voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen, zal naar het oordeel van de commissie niet snel gerechtvaardigd kunnen zijn.’ De Cgb concludeerde dat het indirecte onderscheid dat het gevolg is van de weigering van de gemeente om aan de bezwaren van de afgewezen aspirant tegemoet te komen, objectief gerechtvaardigd is. ‘De in de eerdere oordelen van de commissie (2002-25 en 2002-26) gehonoreerde praktische oplossing is daarom niet langer aan de orde.’ Langedijk had geen verboden onderscheid gemaakt op grond van godsdienst.⁶⁸⁶

Vier jaar voor het verschijnen van het Cgb-advies wezen Goldschmidt en Hendriks op een dilemma. Dat er plaats is voor gewetensbezwaarde individuen, is op zich niet zo onomstreden, stelden zij. Maar waar moet de grens liggen, zeker als het gaat om personen die uit naam van de overheid optreden en weigeren om een democratisch tot stand gekomen wet toe te passen, terwijl deze wetgeving is gericht op het garanderen van een fundamenteel recht aan anderen, namelijk het recht om te huwen. Goldschmidt en Hendriks gaven geen ruimte aan de gewetensbezwaarde ambtenaar omdat erkenning van hun gewetensbezwaar het risico inhoudt dat de aanspraak op overheidsprestaties mede afhankelijk wordt van de ogenschijnlijke bereidheid van individuele ambtenaren om hieraan medewerking te verlenen. Dat is voor een rechtsstaat geen goede zaak.⁶⁸⁷

Op het uitbrengen van haar advies door de Cgb reageerden Overbeeke en Vermeulen. Zij nemen aan dat indien een staat het *homohuwelijk* op gelijke voet als het *klassieke huwelijk* erkent, op die staat de plicht rust – onder meer op grond van art 14 jo. 8 EVRM – om op voet van gelijkheid de mogelijkheid om te huwen te waarborgen.⁶⁸⁸ Maar dat betekent volgens hen niet dat de gemeente gehouden is in haar personeelsbeleid te verzekeren dat uitsluitend personen aangesteld worden die ook homohuwelijken willen sluiten. Voldoende is dat de gemeente er door middel van haar personeelsbeleid voor zorgt dat die huwelijken kunnen worden gesloten. De wettelijke

⁶⁸⁶ Cgb 15 april 2008, oordeel 2008-40.

⁶⁸⁷ J. Goldschmidt & A. Hendriks, ‘Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving’, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten* (p. 19-38), Deventer: Kluwer 2004, p. 25.

⁶⁸⁸ Vgl. EHRM (GK) 22 januari 2008, *EHRC* 2008/44, m.nt. Gerards (*E.B. v. France*): als een lidstaat eenouder-adoptie toestaat, moet die mogelijkheid ook voor homoseksuelen openstaan.

bepalingen vereisen niet dat die huwelijken door *wie dan ook*, en dus door alle ambtenaren van de burgerlijke stand, worden gesloten. Overbeeke en Vermeulen gaven als hun mening dat de Cgb met haar advies kiest voor een moralistische benadering die tot uitdrukking komt in de vraag zoals deze op pagina 16 van het advies is geformuleerd: 'In het jongste oordeel gaat het echter om de vraag of een gemeente van iedere individuele buitengewoon ambtenaar mag verlangen dat hij of zij alle huwelijke sluit, los van eventuele praktische, organisatorische bezwaren'.

Anders gezegd is de vraag: mag van *iedere* trouwambtenaar verlangd worden dat hij alle huwelijken sluit, ook al zijn er *geen* feitelijke – praktische, organisatorische – beletselen die er aan in de weg staan dat ieder huwelijk wordt gesloten? De Cgb beantwoordde deze vraag volmondig positief in haar advies (p. 16), want: 'De wetgever heeft bepaald dat personen met een homoseksuele gerichtheid worden beschermd tegen discriminatie en uitsluiting, op gelijke voet met personen met een godsdienstige overtuiging. Als de gemeente een uitzondering maakt en verzoeker toestaat om geen huwelijken te sluiten of partnerschappen te registreren tussen personen van hetzelfde geslacht, dan staat hij daarmee toe dat verzoeker een door de wet beschermde groep discrimineert. Het faciliteren van een dergelijke uiting van godsdienst, met dermate verstrekkende gevolgen voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen, zal niet snel gerechtvaardigd zijn'. Overbeeke en Vermeulen brachten hiertegen in dat de wetgever een tweesporenbeleid voor ogen heeft gehad. Enerzijds moet het voor personen van gelijk geslacht mogelijk zijn om in elke gemeente te trouwen. Anderzijds is het 'aan de desbetreffende gemeente om voor [gewetensbezwaarde ambtenaren] een oplossing te vinden, bijvoorbeeld in de sfeer van vervanging of inroosting'.⁶⁸⁹ Overbeeke en Vermeulen wezen erop dat de commissie zich in expliciete zin alleen heeft uitgelaten over de vraag of een gemeente gewetensbezwaarde ambtenaren *mag* weren. Zij heeft zich niet onomwonden uitgelaten over de vraag of de gemeente die ambtenaren *moet* weren. De betoogtrant in het advies en ook het oordeel gaan echter wel in de richting dat de gemeente daar inderdaad toe verplicht is.⁶⁹⁰

2.8.4 *Initiatiefwetsvoorstel Dijkstra en Schouw*

Op 3 augustus 2012 stuurden de D66-Kamerleden Dijkstra en Schouw hun wetsvoorstel naar de Tweede Kamer tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet gelijke behandeling. Dit wetsvoorstel heeft betrekking op ambtenaren van de burgerlijke stand die weigeren als ambtenaar te fungeren bij het sluiten van

⁶⁸⁹ *Kamerstukken II* 2000/01, 26672, 12.

⁶⁹⁰ A.J. Overbeeke & B.P. Vermeulen, 'Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid', in: J.H. Gerards, P.J.J. Zoontjens e.a., *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008* (p. 95-113), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 101-103.

huwelijken van personen van hetzelfde geslacht. De Kamerleden beoogden met hun initiatief geen enkele onduidelijkheid te laten bestaan dat een ambtenaar van de burgerlijke stand zijn ambt dient uit te oefenen ongeacht of de huwelijkspartners van verschillend of gelijk geslacht zijn, en zij wilden daartoe het BW en de Awgb wijzigen. In de memorie van toelichting onderkenden de initiatiefnemers dat sprake is van een botsing van twee belangen. Enerzijds is er het algemene belang dat ambtenaren zich houden aan de wet en geen onderscheid maken op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid van burgers die een huwelijk willen aangaan. Anderzijds is er het persoonlijke belang van ambtenaren om geen nadeel te ondervinden van op hun godsdienstige overtuiging gebaseerde gewetensbezwaren. Het wetsvoorstel gaat uit van de keuze, dat het als eerste genoemde belang zwaarder moet wegen dan het tweede. Die keuze is voor de initiatiefnemers van principiële aard.⁶⁹¹

Het initiatiefwetsvoorstel was een vervolg op de motie van het Kamerlid Van Gent die de Tweede Kamer aannam op 15 november 2011, waarin de regering werd verzocht gehoor te geven aan de aanbeveling van de Cgb om met een wettelijke regeling een einde te maken aan het fenomeen van de weigerambtenaar.⁶⁹² De Afdeling advisering van de Raad van State bracht vervolgens op 9 mei 2012 haar voorlichting uit. Op 8 juni zond de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties die aan de Tweede Kamer toe.⁶⁹³ Het Kamerlid Dijkstra stelde hierover op 12 juni mondelinge vragen. Namens het kabinet werd bij die gelegenheid meegedeeld, dat het kabinet gelet op zijn demissionaire status het innemen van een inhoudelijk standpunt overliet aan een volgend kabinet.⁶⁹⁴ Voor het D66-Kamerlid Schouw was deze reactie aanleiding om aan te kondigen dat zijn fractie een initiatiefwetsvoorstel zou indienen.⁶⁹⁵

Het primaire doel dat de initiatiefnemers met het wetsvoorstel beoogden te bereiken is het verzekeren dat ambtenaren van de burgerlijke stand de wet onverkort uitvoeren en bij de uitoefening van hun taken niet discrimineren. De middelen die het wetsvoorstel hiertoe inzet zijn: 1) het in de wet opnemen van een eis voor de benoembaarheid van ambtenaren van de burgerlijke stand, die verzekert dat personen die bij de uitoefening van hun ambt onderscheid maken in de zin van de Awgb niet tot ambtenaar van de burgerlijke stand kunnen worden benoemd; 2) het in de wet opnemen van een bepaling die verzekert dat er in iedere gemeente altijd twee ambtenaren van de burgerlijke stand zijn die voldoen aan de onder 1 genoemde benoembaarheidseis; 3) het in de wet

⁶⁹¹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33344 (Voorstel van wet van de tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet gelijke behandeling met betrekking tot ambtenaren van de burgerlijke stand die onderscheid maken als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling), 3, p. 2.

⁶⁹² *Kamerstukken II* 2010/11, 27017, 77.

⁶⁹³ *Kamerstukken II* 2011/12, 32550, 34 en 35.

⁶⁹⁴ In een brief van 30 juli 2012 is dit standpunt bevestigd: *Kamerstukken II* 2011/12, 32550, 40.

⁶⁹⁵ *Handelingen II* 2011/12, nr. 94, item 4.

opnemen van een bepaling die gemeenten ruimte biedt om tegenover ambtenaren van de burgerlijke stand die niet (meer) voldoen aan de benoembaarheidseis maatregelen te nemen, zonder dat aan de gemeente tegengeworpen kan worden dat zij zich schuldig maakt aan (indirect) onderscheid in de zin van de Awgb op grond van godsdienst.⁶⁹⁶

De initiatiefnemers hechtten een zwaar belang aan de scheiding van kerk en staat die zij rekenden tot de fundamentele beginselen van onze democratische rechtsstaat. Er kon volgens hen geen misverstand over bestaan dat die scheiding er in Nederland vanouds is op het terrein van het huwelijk. Artikel 1:30, tweede lid, BW luidt immers: ‘De wet beschouwt het huwelijk alleen in zijn burgerlijke betrekkingen’. Dit heeft tot gevolg dat een kerkelijk huwelijk voor het Nederlandse recht geen rechtsgeldig huwelijk is. Daarenboven bepaalt artikel 1:68 BW: ‘Geen godsdienstige plechtigheden zullen mogen plaats hebben, voordat de partijen aan de bedienaar van de eredienst zullen hebben doen blijken, dat het huwelijk ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand is voltrokken’. Dit is een door artikel 6 Gw toegestane beperking van de in dat artikel vastgelegde vrijheid van godsdienst, die berust op de overweging, dat de scheiding van kerk en staat op dit punt zwaarder moet wegen dan de vrijheid van godsdienst.⁶⁹⁷ Voor zover er nog twijfel mocht bestaan over deze scheiding, werd deze bij de parlementaire behandeling van de Wet openstelling huwelijk volgens de initiatiefnemers weggenomen door deze uitspraak van de zijde van de regering: ‘De verandering van betekenis van het huwelijk die het kabinet thans voorstelt, impliceert dat het kabinet kiest voor een benadering van het huwelijk die los komt te staan van onder andere religieuze opvattingen over het huwelijk. Het is het kabinet volstrekt duidelijk dat de afstand die hiermee ontstaat bij sommigen diepe bezwaren oproept. Het kabinet is evenwel van oordeel dat duidelijk onderscheid gemaakt kan worden tussen het wettelijke en het kerkelijke huwelijk. Dat onderscheid komt nu al bijvoorbeeld tot uitdrukking in artikel 68 van Boek 1 BW.⁶⁹⁸ De initiatiefnemers concludeerden dat juist van ambtenaren van de burgerlijke stand mag worden verwacht, dat zij zich terdege bewust zijn van de scheiding van kerk en staat, zoals die in Nederland op het terrein van het huwelijk wettelijk vorm heeft gekregen. Zij behoren dan ook onderscheid te maken tussen hun persoonlijke geloofsovertuiging en hun ambtelijke verplichtingen. Kunnen zij dat niet, dan zijn zij ongeschikt voor de functie van ambtenaar van de burgerlijke stand.⁶⁹⁹

In de memorie van toelichting bespraken de initiatiefnemers voorts de vraag of de weigering om op godsdienstige gronden een huwelijk te sluiten van personen van gelijk geslacht een handelen is dat binnen de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst

⁶⁹⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 33344, 3, p. 4.

⁶⁹⁷ Zie *Handelingen I* 19-12-2000, nr. 15, p. 656 e.v.

⁶⁹⁸ *Kamerstukken II* 1999/00, 26672, 5, p. 7.

⁶⁹⁹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33344, 3, p. 7-8.

valt. De Afdeling advisering van de Raad van State onderkent dat de op religieuze gewetensbezwaren gegronde weigering van een trouwambtenaar om huwelijken tussen personen van gelijk geslacht te sluiten niet is aan te merken als een rechtstreekse uitdrukking van godsdienst die onder de reikwijdte van artikel 6 Gw en artikel 9 EVRM valt. De Afdeling acht het van toepassing zijn van de vrijheid van godsdienst toch mogelijk, doordat zij een tendens in recente rechtspraak bespeurt.⁷⁰⁰ Zou die tendens doorzetten, dan komt de vraag aan de orde of op grond van het tweede lid van artikel 9 EVRM voorzien mag worden in beperkingen. Dijkstra en Schouw waren van mening dat dit mag, ter bescherming van de openbare orde en de democratische samenleving.⁷⁰¹ Zij voegden er de opmerking aan toe dat hun wetsvoorstel moet blijven binnen de jurisprudentie op grond van artikel 9 EVRM in samenhang met artikel 14 EVRM⁷⁰² en binnen de grenzen van richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000.⁷⁰³ De Kamerleden beriepen zich mede op een door een ambtelijke werkgroep uitgebracht rapport waarin wordt gesteld: ‘Iemand die zich voor erkenning van zijn gewetensbezwaren wil beroepen op grondbeginselen van de democratische rechtsstaat, verspeelt dit recht als hij met dit beroep gedragingen aanvaard wil hebben, die fundamenteel ingaan tegen die grondbeginselen’.⁷⁰⁴ Naar hun mening komt de zogenoemde weigerambtenaar niet het recht toe om een beroep te doen op de Awgb door te stellen dat hij het slachtoffer is van (indirect) onderscheid op grond van zijn godsdienst. De mogelijkheid dat dit gebeurt, willen zij uitsluiten.⁷⁰⁵

Dit wetsvoorstel voorzag de Afdeling advisering van de Raad van State van een advies op 12 oktober 2012, de reactie van de indieners dateert van 9 november 2012.⁷⁰⁶

De Afdeling constateerde dat het wetsontwerp ‘het legitieme belang van een neutrale huwelijksluiting beoogt te realiseren door het introduceren van een onderscheid naar godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging bij de benoeming in overheidsdienst. Dit laatste staat op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel, meer in het bijzonder het recht op gelijke benoembaarheid in de openbare dienst, opgenomen

⁷⁰⁰ De door de Afdeling advisering genoemde uitspraak van het EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 23459/03 (*Bayatyan v. Armenia*) betref godsdienstige gewetensbezwaren tegen de militaire dienstplicht. Het ontbreken van een wettelijke regeling voor gewetensbezwaren tegen de dienstplicht was naar het oordeel van het EHRM een beperking van het in artikel 9 EVRM geregelde grondrecht.

⁷⁰¹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33344, 3, p. 9.

⁷⁰² EHRM (GK) 6 april 2000, nr. 34369/97 (*Thlimmenos v. Greece*).

⁷⁰³ In het bijzonder artikel 4, eerste lid. De criteria van deze richtlijn verschillen niet wezenlijk van die welke in de jurisprudentie op grond van artikel 9 jo. artikel 14 EVRM worden gehanteerd, aldus Dijkstra en Schouw: *Kamerstukken II* 2011/12, 33 344, nr. 3, p. 10.

⁷⁰⁴ *De ambtenaar met gewetensbezwaren*, juli 1983, p. 16; *Kamerstukken II* 2011/12, 33344, 3, p. 11.

⁷⁰⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33344, 3, p. 12.

⁷⁰⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 33344, 4.

in artikel 3 van de Grondwet'. Met de introductie van een benoembaarheidsvereiste worden personen met godsdienstige of levensbeschouwelijke bezwaren tegen het sluiten van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht categorisch uitgesloten van het ambt van ambtenaar van de burgerlijke stand, ook als zij in de praktijk nooit geconfronteerd worden of zullen worden met zo'n huwelijkssluiting. Gelet op de gelijke benoembaarheid in openbare dienst en de nadere uitwerking daarvan in de Awgb biedt een benadering waarbij wordt vertrouwd op de zorgvuldige afweging door gemeenten in individuele gevallen 'de beste kans op een voor alle partijen aanvaardbare oplossing'. De voorgestelde algemene uitsluiting van nieuw aan te stellen gewetensbezwaarde trouwambtenaren draagt niet bij 'aan het vinden van een voor alle partijen aanvaardbaar evenwicht'.⁷⁰⁷ Een overheidswerkgever zou binnen grenzen van de redelijkheid in concrete gevallen gewetensbezwaren moeten plooien, omdat het gaat om een specifieke, afgebakende kwestie.⁷⁰⁸

De Afdeling oordeelde dat het weren van de ambtenaren met godsdienstige of levensbeschouwelijke bedenkingen tegen het sluiten van een huwelijk van personen van gelijk geslacht een indirect onderscheid inhoudt op grond van godsdienst. Dit onderscheid heeft een objectieve rechtvaardiging nodig. Daarvan is sprake indien het doel dat met het indirecte onderscheid is gediend, legitiem en zwaarwegend is, en het middel dat daartoe wordt gebruikt – het onderscheid – geschikt en noodzakelijk is. Het middel dat wordt voorgesteld, het onvoorwaardelijk uitsluiten van ambtenaren met gewetensbezwaren, gaat verder dan noodzakelijk is. Voor het verzekeren van de toegang tot het huwelijk is in het algemeen niet noodzakelijk om gewetensbezwaarde ambtenaren uit te sluiten. Het enkel hebben van gewetensbezwaren tegen het voltrekken van het huwelijk tussen paren van gelijk geslacht en het daarop een beroep doen resulteert niet in discriminatie van huwelijksparen of collega's of in anderszins verboden onderscheid. 'Van dit laatste is slechts sprake als de weigering of de bezwaren in het handelen als overheidsorgaan kenbaar wordt'.⁷⁰⁹ De Afdeling advisering van de Raad van State concludeerde dat het wetsvoorstel kwetsbaar is in het licht van grondwettelijke en verdragsrechtelijke gelijkheidsnormen.⁷¹⁰

De initiatiefnemers onderkenden dat, gelet op de aard en het belang van de in het geding zijnde normen en het nog niet beschikbaar zijn van richtinggevende jurisprudentie, niet op voorhand duidelijk is hoe de afweging, die gemaakt zal worden door de rechter, en uiteindelijk door het EHRM, zal uitvallen. Zij vertrouwden er echter op dat het EHRM, indien het al toe zou komen aan een toetsing aan het tweede lid van

⁷⁰⁷ *Kamerstukken II 2012/13, 33344, 4, p. 2.*

⁷⁰⁸ *Kamerstukken II 2012/13, 33344, 4, p. 3.*

⁷⁰⁹ *Kamerstukken II 2012/13, 33344, 4, p. 5-6.*

⁷¹⁰ *Kamerstukken II 2012/13, 33344, 4, p. 8.*

artikel 9 EVRM aan principiële, normatieve overwegingen belang zal toekennen en een ruime marge voor lidstaten zal respecteren om die belangen zwaar te laten wegen.⁷¹¹

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State borduurde voort op en was consistent met de op 9 mei 2012 uitgebrachte voorlichting aan het kabinet. In die nota maakte de Afdeling onderscheid tussen zittende trouwambtenaren en gegadigden voor de functie. Voor gewetensbezwaarde zittende ambtenaren bepleitte zij om als uitgangspunt te nemen te bewilligen in het bezwaar. Op het niet-aannemen van gewetensbezwaarde aspirantambtenaren is hetzelfde toetsingskader van artikel 9 EVRM in samenhang met artikel 14 EVRM, de artikelen 1 en 3 Grondwet en de Awgb van toepassing. De Raad merkte daarbij op: ‘Het met de uitsluiting vanwege gewetensbezwaren gemaakte indirecte onderscheid op grond van godsdienst zal derhalve ook hier een objectieve rechtvaardiging behoeven. Naar het oordeel van de Afdeling advisering kan de eis alle huwelijken te sluiten onder omstandigheden bijdragen aan het doel van de goede functie vervulling en de goede functionering van de openbare dienst, en kan die eis noodzakelijk zijn om het gelijke recht om te huwen voor paren van gelijk geslacht te waarborgen. Derhalve zijn er naar het oordeel van de Afdeling situaties denkbaar waarin een gewetensbezwaarde aspirant kan worden geweigerd voor de functie van trouwambtenaar’. De Afdeling meende echter dat het in het licht van het geschetste toetsingskader te ver zou voeren indien gemeenten generiek, los van een belangenafweging die toegespitst is op de concrete situatie, zouden besluiten dat zij van alle nieuw aan te stellen trouwambtenaren verlangen dat deze bereid zijn ook huwelijken van paren van gelijk geslacht te sluiten. Gelet op de aard en omvang van het vraagstuk had de Afdeling twijfels over aanvaardbaarheid, nut en noodzaak van een mogelijke specifieke wet gericht op de positie van gewetensbezwaarde (aspirant)trouwambtenaren. Daarbij achtte zij een dergelijke specifieke wet ook kwetsbaar in het licht van nationale en internationale gelijkheidsnormen, en mogelijk ook in het licht van de vrijheid van godsdienst. De conclusie was: men moet en kan volstaan met het afwegingskader van de Awgb, dat een op de concrete situatie toegesneden beoordeling door gemeenten mogelijk maakt.⁷¹²

In deze *Voorlichting* ging de Afdeling advisering van de Raad van State in op de vraag of het gewetensbezwaar valt onder de vrijheid van godsdienst. Zij stelde dat uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat bepalend is het onderscheid tussen enerzijds daden die ‘rechtstreeks uitdrukking’ zijn van, en anderzijds daden die enkel zijn ‘gemotiveerd of beïnvloed’ door een godsdienst of levensovertuiging. De Afdeling advisering van de Raad van State vervolgt:⁷¹³

⁷¹¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33344, 4, p. 8.

⁷¹² *Kamerstukken II* 2011/12, 32550/30420, 35, p. 4.

⁷¹³ *Kamerstukken II* 2011/12, 32550/30420, 35, p. 13-14.

Niet elke handeling die is gemotiveerd door een bepaalde godsdienst of levensovertuiging geniet de bescherming van artikel 9, eerste lid, van het EVRM, maar slechts die handeling die naar algemene/objectieve maatstaven een uitdrukking van godsdienst of levensovertuiging is.⁷¹⁴ Deze vrijheid kan bovendien beperkt worden op basis van de clausulering in het tweede lid van artikel 9 EVRM.⁷¹⁵ Gegeven deze jurisprudentie ligt de conclusie voor de hand, dat de op religieuze gewetensbezwaren gegronde weigering van een trouwambtenaar om huwelijken tussen personen van gelijk geslacht te sluiten – een op zichzelf neutrale administratieve verplichting – niet is aan te merken als een rechtstreekse uitdrukking van godsdienst die onder de reikwijdte van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM valt. In recente rechtspraak is echter een tendens te bespeuren waarin het vereiste dat sprake moet zijn van een naar algemene maatstaven ‘rechtstreekse uitdrukking van godsdienst’, gerelativeerd wordt en meer betekenis toegekend wordt aan de subjectieve overtuiging van betrokkene.⁷¹⁶ Bovendien heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de mogelijkheid erkend dat, ook al zou op zichzelf geen beperking van de vrijheid van godsdienst als gewaarborgd in artikel 9 EVRM aan de orde zijn, niettemin wel een handelen dat ‘falls within the ambit’ (valt binnen de sfeer) van artikel 9 EVRM aan de orde kan zijn. Negatieve gevolgen die aan dit handelen verbonden zijn, kunnen leiden tot indirect onderscheid wegens godsdienst hetgeen een objectieve rechtvaardiging behoeft die voldoet aan het discriminatieverbod van artikel 14 jo. artikel 9 EVRM.⁷¹⁷ Dat bij het weren van gewetensbezwaarde trouwambtenaren sprake is van dergelijk (indirect) onderscheid, en dat daarvoor gezien artikel 2, eerste lid, Awgb een objectieve rechtvaardiging vereist is, is onomstreden – zie de oordelen van de commissie gelijke behandeling. Naar het oordeel van de Afdeling kan de vraag of de weigering op godsdienstige gronden om een huwelijk te sluiten van personen van gelijk geslacht een handelen is dat binnen de reikwijdte van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM valt, hier in het midden blijven. Het weren van deze ambtenaren vormt in ieder geval indirect onderscheid op grond van godsdienst, dat in het licht van artikel 9 jo. artikel 14 EVRM een objectieve rechtvaardiging behoeft. Het vereiste van een dergelijke objectieve rechtvaardiging (mede voortvloeiend uit de

⁷¹⁴ Zie: ECRM 12 oktober 1978, nr. 7050/75 (*Arrowsmith v. the United Kingdom*), 19 D&R 5, p. 19. Zie in deze lijn: EHRM 1 juli 1997, nr. 20704/92, par. 27 (*Kalaç v. Turkey*); EHRM 2 oktober 2001, nr. 49853/99 (*Pichon and Sajous v. France*); EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, par. 82 (*Pretty v. the United Kingdom*); EHRM 11 januari 2007, nr. 184/02, par. 57 (*Kuznetsov and others v. Russia*).

⁷¹⁵ Vgl. EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88, par. 33 (*Kokkinakis v. Greece*).

⁷¹⁶ EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 23459/03 (*Bayatyan v. Armenia*); CRvB 7 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI2440; Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9643; Gerechtshof ‘s-Gravenhage 10 april 2012, *JAR* 2012, 130, m.nt. E.L.J. Bruyninckx.

⁷¹⁷ EHRM (GK) 6 april 2000, nr. 34369/97, par. 42-43 (*Thlimmenos v. Greece*).

artikelen 1 en 3 Grondwet) is door de wetgever nader uitgewerkt in de Awgb. Deze wet kan, indien er vanuit zou moeten worden gegaan dat artikel 6 Grondwet van toepassing is, geacht worden de formele wet te zijn die artikel 6, eerste lid, Grondwet vereist om beperkingen aan de vrijheid van godsdienst te stellen en die het kader biedt aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of de beperking van de vrijheid van godsdienst toelaatbaar is in het licht van artikel 9, tweede lid, EVRM.⁷¹⁸ Aldus valt de toetsing aan de bepalingen inzake de vrijheid van godsdienst en aan de gelijkheidsnormen hier samen.⁷¹⁹

Op grond van dit betoog zou men kunnen concluderen dat het onzeker is hoe het EHRM zou oordelen over de uitsluiting van gewetensbezwaarde aspiranten in het benoemingsbeleid van gemeentelijke overheden, als een beroep wordt gedaan op artikel 9 EVRM. Het gewetensbezwaar van de (aspirant)trouwambtenaar is tenminste niet een rechtstreekse uitdrukking van zijn religieuze overtuiging. Inmiddels heeft het EHRM meer duidelijkheid geschapen door zijn uitspraak in de casus van de Britse ambtenaar Ladele. Deze casus bespreek ik in paragraaf 2.8.7.

De Tweede Kamer debatteerde op 29 mei 2013 over het initiatiefwetsvoorstel in eerste termijn. Drie partijen oordeelden er negatief over: de SGP, de ChristenUnie en het CDA. Kamerlid Keijzer (CDA) vroeg zich af welk probleem de indieners van het wetsvoorstel denken op te lossen, en ten koste van wat. In elke gemeente in Nederland kunnen mensen van hetzelfde geslacht met elkaar trouwen, en terecht. Het wetsvoorstel gaat ten koste van de nevenschikking van grondrechten. De Grondwet kent geen hiërarchie van grondrechten. Artikel 1, dat gaat over het verbod op discriminatie, is nevenschikt aan artikel 6, waarin de vrijheid van godsdienst is geregeld. Het wetsvoorstel is onnodig, en tegelijkertijd discriminatoir jegens mensen die een andere mening zijn toegedaan over het huwelijk.⁷²⁰ Op 11 juni 2013 stemde de Tweede Kamer voor het initiatiefwetsvoorstel, de drie genoemde partijen stemden tegen.⁷²¹ Het wetsvoorstel is vervolgens in juli 2014 aanvaard door de Eerste Kamer en treedt op 1 november 2014 in werking.

2.8.5 *De ambtenaar met gewetensbezwaren*

De Kamerleden Dijkstra en Schouw verwijzen voor hun standpunt naar een ambtelijk rapport dat is uitgebracht in de Jaren 1980. Daarin wordt een visie ontwikkeld door een

⁷¹⁸ CRvB 7 mei 2009, *ECLI:NL:CRVB:2009:BI2440*; Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, *ECLI:NL:RBROT:2008:BD9643*; Gerechtshof

’s-Gravenhage 10 april 2012, *JAR* 2012, 130, m.nt. E.L.J. Bruyninckx.

⁷¹⁹ In soortgelijke zin: CRvB 7 mei 2009, *ECLI:NL:CRVB:2009:BI2440*.

⁷²⁰ *Handelingen II* 2012/13, p. 88-4-8/37, zie p. 31.

⁷²¹ *Handelingen II* 2012/13, p. 93-21-40.

werkgroep bestaande uit ambtenaren van de ministeries van Binnenlandse Zaken, Defensie en Justitie. Dit rapport getiteld *De ambtenaar met gewetensbezwaren* bespreekt de positie van ambtenaren met gewetensbezwaren tegen het vervullen van (onderdelen van) hun taak.⁷²² In dit rapport wordt gesteld dat het ontbreken van specifieke wettelijke bepalingen over de behandeling van ambtenaren met gewetensbezwaren geen reden is om die bezwaren per definitie af te wijzen. De gewetensbezwaarde ambtenaar heeft recht op overleg met het bevoegd gezag over zijn bezwaren en het bevoegd gezag moet onderzoeken of, met inachtneming van het belang van de goede functionering van de openbare dienst, een oplossing kan worden gevonden. De tussenzin over het goede functioneren van de openbare dienst vormt een belangrijke randvoorwaarde: organisatorische bezwaren kunnen zo zwaar wegen dat aan de gewetensbezwaren niet kan worden tegemoet gekomen.

De werkgroep omschrijft gewetensvrijheid als de vrijheid van de individuele mens om gedachten en overtuigingen te hebben over goed en kwaad, over wat hij op grond daarvan behoort te doen, te dulden of na te laten. De gewetensvrijheid brengt mee dat de mens vrij is om zulke gedachten en overtuigingen over goed en kwaad te vormen en te hebben zonder dat hem ter zake van overheidswege sancties zullen worden opgelegd. De wetgever laat zich in beginsel niet in met gedachten en overtuigingen van het individu, maar richt zich op diens gedragingen. De werkgroep onderkent dat iemand een zodanige levensovertuiging kan hebben, dat hij het daarmee niet kan overeenbrengen bepaalde wettelijke verplichtingen na te komen. Het (toekomstige) gedrag van deze gewetensbezwaarde komt dan in conflict met de rechtsorde, welke eist dat de rechtsregels worden opgevolgd. In een aantal gevallen heeft de wetgever een dergelijke situatie uitdrukkelijk onderkend en geoordeeld dat in de betreffende situaties aan het beginsel van de gewetensvrijheid een zodanige waarde moet worden toegekend, dat de gewetensbezwaarde niet aan de wettelijke verplichting hoeft te voldoen. Voorbeelden van deze gevallen zijn onder meer te vinden in artikel 99 van de Grondwet, in de wetgeving over sociale zekerheid, in de wettelijke regeling van de inenting van vee en in de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorvoertuigen.⁷²³

De werkgroep constateert met betrekking tot de arbeidsverhoudingen dat in de rechtspraak, in c.a.o.'s en in uitspraken van bewindslieden in de Staten-Generaal in een aantal gevallen betekenis is toegekend aan het beginsel van de gewetensvrijheid. Het blijkt dat buiten de gevallen waarin de formele wet daarin voorziet, gewetensbezwaren niet zonder meer worden afgewezen. Het vraagstuk van de gewetensbezwaarde ambtenaar verschilt in zoverre niet van dat van de burger die gewetensbezwaren heeft tegen een wettelijke verplichting, dat in beide gevallen een spanning en mogelijk een

⁷²² Het rapport *De ambtenaar met gewetensbezwaren* is toegezonden aan de Tweede Kamer als bijlage bij *Kamerstukken II 1983/84, 18100 VII, 36*.

⁷²³ *De ambtenaar met gewetensbezwaren*, p. 5.

conflict optreedt tussen de individuele overtuiging omtrent goed en kwaad en hetgeen de rechtsorde voor wel of niet wenselijk houdt en dienovereenkomstig in verplichtingen vastlegt. In beide gevallen rijst vervolgens de vraag welke ruimte een individu heeft zijn eigen overtuiging te volgen, zo nodig in afwijking van deze verplichtingen. Er is verschil in de aard van de rechtsverhouding en van de belangen. De overheidsdienst staat open voor afwijkende opvattingen van personeelsleden.⁷²⁴

De werkgroep baseert zijn visie op grondrechten en beginselen van de democratische rechtsstaat, alsmede op sociale motieven die verband houden met een verantwoord personeelsbeleid en werkgeverschap. Het beginsel van de gewetensvrijheid is in verdragen erkend. De uitwerking van dit beginsel in de rechtsorde is daarentegen niet zo simpel. De democratische rechtsstaat heeft als een van haar fundamenteën het respect voor het persoonlijke van ieder individu. Daaronder valt het respect voor diens – afwijkende – overtuigingen. Tolerantie en zorgvuldigheid met betrekking tot afwijkende overtuigingen komen niet alleen tot uitdrukking in het vrijlaten van die overtuigingen. Zij vinden ook hun uitdrukking in de eventuele mogelijkheid dat de betrokkene meewerkt (mee blijft werken) in de openbare dienst. In dit verband wijst de werkgroep op het grondrecht van iedere Nederlander op benoembaarheid op gelijke voet in de openbare dienst. Uit dat grondrecht kan men enerzijds afleiden dat een gewetensovertuiging niet te licht tot uitsluiting van iemand uit de openbare dienst mag leiden. Anderzijds kan men vaststellen dat de grenzen met betrekking tot het in dienst nemen of houden van een gewetensbezwaarde moeten worden bepaald door objectieve normen omtrent de functievervulling en de goede functionering van de openbare dienst.⁷²⁵

Gewetensbezwaren kan men behalve vanuit de positie van de gewetensbezwaarde bezien vanuit het oogpunt van de werkomgeving. Gewetensbezwaren zullen veelal het resultaat zijn van een persoonlijk proces van bezinning, wikken en wegen. De ambtenaar die vervolgens een beroep doet op de werkgemeenschap om hem met zijn bezwaar te accepteren, mag zich niet in de ivoren toren van zijn geweten opsluiten. Een ambtenaar die vraagt om acceptatie van zijn gewetensbezwaar stelt niet alleen een norm voor zichzelf maar ook voor zijn werkomgeving. Het bevoegd gezag moet zich een oordeel kunnen vormen over de vraag of de gewetensbezwaarde inderdaad in zodanige gewetensnood verkeert dat hij bepaalde ambtsverplichtingen niet kan vervullen. Het heeft verder het recht gewetensbezwaren wegens strijd met fundamentele beginselen van de rechtsstaat af te wijzen. Iemand die zich voor erkenning van zijn gewetensbezwaren wil beroepen op grondbeginselen van de

⁷²⁴ *De ambtenaar met gewetensbezwaren*, p. 6, 7, 9.

⁷²⁵ *De ambtenaar met gewetensbezwaren*, p. 14-15.

democratische rechtsstaat, verspeelt dit recht als hij met dit beroep gedragingen aanvaard wil hebben, die fundamenteel ingaan tegen die grondbeginselen.⁷²⁶

Op de laatste zin beroepen Dijkstra en Schouw zich om de benoeming van een trouwambtenaar met gewetensbezwaar te verbieden.

2.8.6 Uitspraak Rechtbank 's-Gravenhage

Op 23 oktober 2013 heeft de rechtbank in Den Haag uitgesproken dat het ontslag van trouwambtenaar Pijl niet onterecht is. De gemeente Den Haag ontsloeg Pijl in 2012 nadat hij in het dagblad *Trouw* had laten weten gewetensbezwaren te hebben tegen het sluiten van huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht.⁷²⁷ Volgens de Haagse rechtbank (afdeling bestuursrecht) heeft de gemeente Den Haag niet onzorgvuldig gehandeld door hem te ontslaan. Gemeenten mogen zelf bepalen of ze trouwambtenaren met gewetensbezwaren in dienst nemen of niet. De gemeente Den Haag heeft sinds 2007 het beleid dat ze geen trouwambtenaren in dienst wil hebben, die weigeren huwelijken van paren van gelijk geslacht te sluiten. Het ontslag van Pijl past in dat beleid, zo meende de rechtbank.

De rechtbank overwoog dat de gekozen beleidslijn van de gemeente om geen gewetensbezwaarde ambtenaren te tolereren in het belang is van de bescherming van de rechten en de vrijheden van derden, te weten het in de wet vastgelegde recht van personen van gelijk geslacht om met elkaar te huwen, en daarbij niet gediscrimineerd te worden. De gemeente had terecht gesteld dat uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat wanneer sprake is van discriminatie op grond van seksuele voorkeur, er overtuigende en zwaarwegende redenen moeten bestaan om een ongelijke behandeling evenredig te achten.⁷²⁸ De rechtbank overwoog voorts dat een belangrijk aspect van het conflict is dat de functie van een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand het sluiten van huwelijken inhoudt, en dat derhalve de kerntaak van deze ambtenaar in het geding is. Hij is voorts een ambtenaar die namens de gemeente optreedt en die door de buitenwereld gezien als een vertegenwoordiger van de gemeente. De gemeente Den Haag wil juist uitdragen dat geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen personen op basis van hun seksuele voorkeur en hun keuze van huwelijkspartner. De rechtbank concludeerde dan ook dat het gemeentelijke beleid dat ten grondslag ligt aan het ontslagbesluit, gerechtvaardigd en proportioneel is. De rechtbank voegde eraan toe zich

⁷²⁶ *De ambtenaar met gewetensbezwaren*, p. 16.

⁷²⁷ Kristel van Teeffelen, 'Als christen ken ik maar één huwelijk', *Trouw* 27 oktober 2011.

⁷²⁸ EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, par. 91 (*E.B. v. France*).

bevestigd te weten in haar oordeel door de uitspraak van het EHRM in de zaak van de Britse ambtenaar Ladele.⁷²⁹

Pijl legde zich er niet bij neer en is in hoger beroep gegaan bij de CRvB met ondersteuning van de RMU.⁷³⁰

2.8.7 Analyse en evaluatie

A. Context

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

Homo-emancipatie staat al enige decennia hoog op de politieke en maatschappelijke agenda. Ze is een waarde waaraan een groot gewicht wordt gehecht. Ik bespreek dit nader in paragraaf 3 in verband met de positie van de homodocent in het bijzonder onderwijs.

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerklijken van een religieuze identiteit?

De gewetensbezwaarde (aspirant-)ambtenaar van de burgerlijke stand heeft de overtuiging dat een wettig huwelijk naar de bijbelse norm een monogame relatie van een man en een vrouw is. Hij beroept zich op het grondrecht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging om de medewerking te weigeren aan een huwelijk van een paar van hetzelfde geslacht. Hij meent het als gelovige voor zijn geweten niet te kunnen verantwoorden om als trouwambtenaar te fungeren bij een dergelijk huwelijk.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

De staat beschouwt het huwelijk eerst en vooral in zijn burgerlijke betrekkingen,⁷³¹ dus als rechtsfiguur, en daarmee als een instelling die rechtsgevolgen heeft.⁷³² Het

⁷²⁹ Rechtbank 's-Gravenhage 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14133, r.o. 4.12-4.15; *NJB* 2013/2508, m.nt. Oldenhuis. De uitspraak in de zaak van Ladele betreft: EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *EHRC* 2013/67, m.nt. Gerards (*Eweida and others v. the United Kingdom*).

⁷³⁰ Mededeling van Peter Schalk, raad van bestuur RMU, e-mail 8 januari 2014.

⁷³¹ Artikel 30, lid 2 Boek 1 BW: 'De wet beschouwt het huwelijk alleen in zijn burgerlijke betrekkingen'.

aanvaarden van deze rechtsfiguur met haar gevolgen ervaart de gewetensbezwaarde trouwambtenaar bij de uitoefening van zijn ambt als een inbreuk op zijn vrijheid van godsdienst. Zijn relatie met de staat geeft spanning omdat hij zich identificeert met een orthodox-religieuze gemeenschap die het huwelijk van paren van gelijk geslacht afwijst.

3. *Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?*

Voor een gewetensbezwaarde ambtenaar gaat het huwelijk van een paar van gelijk geslacht in tegen een diepgewortelde overtuiging. Het huwelijk is een door God ingestelde ordening van het leven en het heilig houden van het huwelijk is in de Bijbel een grote waarde en een opdracht.

4. *Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?*

De gewetensbezwaarde (aspirant-)trouwambtenaar maakt door het huwelijk van een paar van gelijk geslacht te weigeren direct onderscheid naar geslacht of burgerlijke staat. Dit impliceert dat hij zich schuldig maakt aan een vorm van verboden discriminatie. Daarom is de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd, indien men althans uitgaat van een uiting van religie.

De constitutionele orde erkent de visie van de ambtenaar op het huwelijk niet als een element van de godsdienstige belijdenis die wordt beschermd. De Raad van State is van oordeel dat de op religieuze gewetensbezwaren gegronde weigering van een trouwambtenaar niet is aan te merken als een rechtstreekse uitdrukking van godsdienst die onder de reikwijdte van artikel 6 Gw en artikel 9 EVRM valt.⁷³³ De reikwijdte van de belijdenisvrijheid in artikel 9 lid 1 EVRM is omlijnd in de jurisprudentie. Deze bepaling bestrijkt volgens vaste lijn in de jurisprudentie slechts gedragingen die naar objectieve maatstaven uitdrukking geven aan een godsdienst of overtuiging. De belijdeniskwaliteit van deze gedragingen is als het ware aan deze gedragingen zelf af te lezen: ze geven naar hun aard uitdrukking aan een godsdienst of levensovertuiging, dat wil zeggen, ze zijn op zichzelf een praktische toepassing hiervan. Deze restrictieve, objectieve interpretatie overheerst in de Nederlandse jurisprudentie sinds het *Aow*-arrest uit 1960 en geldt voor de Straatsburgse jurisprudentie vanaf het oordeel in de *Arrowsmith*-zaak.⁷³⁴

⁷³² *Handelingen II* 1999/00, p. 98-6381.

⁷³³ *Kamerstukken II* 2011/12, 32550/30420, 35, p. 13.

⁷³⁴ HR 13 april 1960; ECRM 12 oktober 1978, nr. 7050/75, *D&R* 19 (1980), p. 5 (*Arrowsmith v. the United Kingdom*); B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten*, p. 200, 202.

5. *Indien in de casus het CRM of de rechter een oordeel heeft gegeven of een uitspraak heeft gedaan: hoe maakt deze instantie de afweging van de belangen die in het geding zijn?*

De rechtbank stelde vast dat uit de beleidsstukken van de gemeente Den Haag blijkt dat zij zich tot doel stelt de sociale acceptatie van homoseksuelen uit te dragen en actief te bevorderen en dat de gemeente hierin een voorbeeldfunctie wil vervullen. De rechtbank overwoog dat de gekozen beleidslijn, om ter uitvoering van deze doelstelling geen weigerambtenaren (meer) te tolereren, weliswaar een beperking van de uitingsvrijheid van weigerambtenaren met zich meebrengt, maar dat dit is gebeurd in het belang van de bescherming van de rechten en de vrijheden van derden, te weten het in de wet vastgelegde recht van personen van gelijk geslacht om met elkaar te huwen, en daarbij niet gediscrimineerd te worden. De gemeente heeft terecht gesteld dat uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat wanneer sprake is van discriminatie op grond van seksuele voorkeur, er overtuigende en belangrijke redenen moeten bestaan om een ongelijke behandeling evenredig te achten.⁷³⁵ Bij de afweging of sprake is van een rechtmatige inmenging in de uitingsvrijheid van weigerambtenaren heeft de gemeente dus een zwaar gewicht kunnen toekennen aan het bestrijden van discriminatie op grond van seksuele voorkeur. Tegen deze achtergrond is het doel, dat de gemeente Den Haag beoogt met het betreffende beleid, gerechtvaardigd te achten. De rechtbank kwam tot de conclusie dat de belangenafweging in dit concrete geval niet in het voordeel van eiser (de door de gemeente ontslagen weigerambtenaar) had moeten uitvallen.⁷³⁶

C. Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. *Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?*

Sinds het huwelijk is opengesteld voor paren van gelijk geslacht heeft de verandering in het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon die zich reeds had voltrokken doorgezet, waardoor de ruimte voor de gewetensbezwaarde trouwambtenaar is afgenomen. Een markant moment in deze verandering is het uitbrengen door de Cgb van haar oordeel en advies in 2008. De Cgb zette bij deze gelegenheid de wissel om. In het Cgb-oordeel en -advies worden drie hoofdargumenten aangevoerd die ten grondslag liggen aan het nieuwe standpunt van de commissie dat een gemeente van iedere trouwambtenaar mag verlangen dat hij alle huwelijken sluit. a) De Cgb geeft in 2008, anders dan in 2002, aan dat antwoord wordt gegeven op een principiële vraag en niet alleen wordt gekeken naar praktische en organisatorische

⁷³⁵ EHRM (GK) 22 januari 2008, nr. 43546/02, par. 91 (*E.B. v. France*).

⁷³⁶ Rechtbank 's-Gravenhage 23 oktober 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:14133*, r.o. 4.12, 4.19.

oplossingen. b) De Cgb meent dat het belang van de uitvoering van de Wet openstelling huwelijk dwingt tot bereidheid bij trouwambtenaren om ook huwelijken tussen partners van gelijk geslacht te voltrekken. c) De gemeente moet zorgen dat zijn ambtenarenapparaat niet handelt in strijd met het verbod van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid.⁷³⁷

De Cgb oordeelt in 2008 dat het tolereren c.q. faciliteren van een gewetensbezwaarde trouwambtenaar die een door de wet beschermde groep discrimineert, zodanig verstrekkende gevolgen heeft, dat dit niet snel te rechtvaardigen is.⁷³⁸ Medio 2013 oordeelt een meerderheid in de Tweede Kamer dat een gemeente van iedere nieuw te benoemen trouwambtenaar *moet eisen* dat hij alle huwelijke sluit. De tolerantie jegens gewetensbezwaarde trouwambtenaren is dus verder afgenomen.

2. Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?

Het ontzeggen van een beroep op gewetensbezwaar aan orthodoxe gelovigen wordt gerechtvaardigd met het argument dat paren van gelijk geslacht niet mogen worden gediscrimineerd. De staat mag geen onderscheid maken naar geslacht of seksualiteit bij het huwelijk. Dit is een grondrecht voor alle burgers. Een verbod tot aanstelling van gewetensbezwaarde ambtenaren acht een parlementaire meerderheid een geschikt middel om discriminatie van trouwlustigen van gelijk geslacht te voorkomen.

Een tweede argument om de beperking van de vrijheid van godsdienst van de ambtenaar met gewetensbezwaar te rechtvaardigen is het beginsel van de rechtsstaat dat inhoudt dat het overheidshandelen aan het recht gebonden is. Dit impliceert dat een regeling die het (personen, die deel uitmaken van) overheidsorganen toestaat met een beroep op hun geweten bepaalde uit hun ambt voortvloeiende verplichtingen naast zich neer te kunnen leggen, niet geoorloofd is. Een dergelijke regeling zou immers de algemeen-verbindendheid van het recht aantasten, zou het mogelijk maken dat ambtsdragers met een beroep op hun geweten bepaalde rechtsregels en -beginselen buiten toepassing kunnen laten of zelfs onverbindend kunnen verklaren. Een dergelijke bevoegdheid is niet te verenigen met de uit het genoemde beginsel voortvloeiende plicht van trouw aan het recht. Dit ligt het besloten in de door de betreffende personen af te leggen eed of belofte van trouw aan onder meer de Grondwet, zo merkt Vermeulen op.⁷³⁹

⁷³⁷ Cgb-oordeel 2008-40, overweging 3.23 en 3.6.

⁷³⁸ Cgb-advies 2008-04, p. 16.

⁷³⁹ B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten*, p. 223, 240.

3. *Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?*

In de verhouding van individu, religieuze gemeenschap en staat dient de individuele persoon zich in het ambt van ambtenaar van de burgerlijke stand te identificeren met dit ambt waarin hij de staat representeert. Dit geldt ook voor iemand die zich rekent tot een orthodox-godsdienstige bevolkingsgroep en gewetensbezwaren heeft. Hij behoort zich in zijn ambt niet te zien als een representant van deze groep. Zijn persoonlijke orthodox-religieuze identiteit mag niet van invloed zijn op de wijze waarop hij zijn taak als trouwambtenaar vervult. Een trouwambtenaar die weigert huwelijken van paren van gelijk geslacht te voltrekken, geeft zich onvoldoende rekenschap van de gevolgen die de scheiding van taken van overheid en kerk meebrengt.⁷⁴⁰

4. *Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?*

De constitutionele orde verbiedt met ingang van 1 november 2014 een ongelijke behandeling van (aspirant-)ambtenaren van de burgerlijke stand met gewetensbezwaar tegen het huwelijk van paren van gelijk geslacht.

Voor het EHRM is in de zaak van de Britse trouwambtenaar Ladele doorslaggevend dat de overheid groot belang hecht aan het bestrijden van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid. Het ontslag van deze gewetensbezwaarde trouwambtenaar is daardoor volledig te rechtvaardigen. In zijn belangenafweging houdt het EHRM geen rekening met feit dat Ladele al ambtenaar was voordat de Civil Partnership Act is ingevoerd.

Gerards geeft als commentaar dat de uitspraak van het EHRM niet zoveel richting geeft aan de Nederlandse discussie over gewetensbezwaarde trouwambtenaren. De uitspraak is vooral belangrijk omdat het EHRM duidelijk maakt dat artikel 9 EVRM in ieder geval ruimte biedt om (zelfs vergaande) beperkingen te stellen op gewetensbezwaren bij zittende ambtenaren, iets waar de Raad van State nog over leek te twijfelen. Het EHRM is verder echter hoogst voorzichtig en laat een ruime *margin of appreciation*,

⁷⁴⁰ Fokko Oldenhuis, 'Ontslag van een weigerambtenaar', *Nederlands Juristenblad* 2013/2508.

zodat staten die maatregelen kunnen treffen die voor hun omstandigheden het meest passend zijn.⁷⁴¹

De uitspraak van het EHRM ontbeert de tolerante houding die de Voorlichting van de Afdeling advisering van Raad van State kenmerkt. De afdeling stelt dat bij het verbinden van rechtspositionele consequenties aan gewetensbezwaren rekening moet worden gehouden met de concrete situatie. Een overheidswerkgever zal in haar visie binnen grenzen van redelijkheid in specifieke gevallen gewetensbezwaren moeten plooien, omdat het gaat om een bijzondere, afgebakende kwestie.⁷⁴²

Het EHRM doet geen uitspraak over een argument dat in het Nederlandse debat veel aandacht heeft gekregen: de ruimte voor accommodatie. In dat verband is betoogd dat de noodzaak om helemaal geen gewetensbezwaarde trouwambtenaren in dienst te houden niet zo groot is, zolang er voldoende ambtenaren beschikbaar zijn om huwelijken van paren van gelijk geslacht te voltrekken en de trouwlustige stellen niets merken van de bezwaren van (sommige) ambtenaren. Bij deze benadering wordt tegemoet gekomen aan religieuze opvattingen, terwijl er naar buiten toe geen discriminatie blijkt. Vanuit het perspectief van het accommoderen van religieuze uitingen kan dit worden gezien als een aanvaardbare oplossing, zo wordt benadrukt in de Voorlichting van de Raad van State. Tegelijkertijd is deze benadering uiterst controversieel, vooral omdat zij zo weinig principieel lijkt. Als het uitgangspunt wordt gekozen dat ambtenaren van de staat het officiële beleid van de staat hebben uit te voeren, inclusief het uitdragen van het discriminatieverbod en het sluiten van huwelijken van paren van gelijk geslacht, dan is het accommoderen van gewetensbezwaren ongewenst.⁷⁴³

De uitspraak van het EHRM in de zaak van de Britse trouwambtenaar Ladele heeft naar mijn mening relevantie voor Nederland, omdat in ons land de emancipatie, en daarmee de bestrijding van discriminatie, van lesbische vrouwen, homoseksuele mannen, biseksuelen en transgenders (LHBT) hoog op de politieke agenda staat. Deze relevantie is gebleken bij de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage in de casus van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar in Den Haag. Op 23 oktober 2013 verwijst de Haagse rechtbank naar dit oordeel van het EHRM en stelt dan: 'Gelet op deze overwegingen van het EHRM, en gelet op hetgeen de rechtbank heeft overwogen over de doelstellingen van het gemeentelijke beleid en de proportionaliteit daarvan, is de

⁷⁴¹ EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, EHRC 2013/67, m.nt. Gerards (*Eweida and others v. the United Kingdom*).

⁷⁴² Voorlichting van de Raad van State over gewetensbezwaarde trouwambtenaren, *Kamerstukken II* 2012/13, 33344, 4, p. 3.

⁷⁴³ Vergelijk: Cgb-advies 2008/04, *Trouwen? Geen bezwaar*.

rechtbank van oordeel dat verweerder bij de afweging van de in het geding zijnde grondrechten deze afweging in het nadeel van eiser heeft kunnen laten uitvallen'.⁷⁴⁴

De ongelijke behandeling die we in Nederland kenden voor gewetensbezwaarde trouwambtenaren, wordt teruggedraaid. Steeds meer overheerst de gedachte: de ambtenaar moet de wet uitvoeren. De ruimte voor trouwambtenaren om hun gewetensbezwaar te manifesteren is gering geworden, voorzover zij niet afwezig is. De staat beschouwt dit niet als een inmenging in hun vrijheid van godsdienst. Hun bijbels genormeerde visie op het huwelijk is betekenis- en richtinggevend in hun leven als lid van een religieuze gemeenschap. Als burger genieten zij onverminderd bescherming van deze overtuiging. De constitutionele orde beschermt hun religieuze identiteit en praxis. Dit impliceert dat hun morele integriteit als gelovige niet wordt geschonden. Zij worden benoemd om de wet uit te voeren, niet om een moreel oordeel te hebben over een te sluiten huwelijk.

Het huwelijk dat door de echtelieden wordt gesloten, regelt hun burgerlijke relatie. Formeel gezien raakt het functioneren als trouwambtenaar niet zijn persoonlijke overtuiging over het huwelijk en is deze ook niet in het geding. Het ritueel van de huwelijksluiting is een handeling die wordt voltrokken door de huwelijkspartners waarbij de rol van de ambtenaar registrerend van aard is. De overheid onthoudt zich van een oordeel over de relatie van de echtelieden. Dat is in overeenstemming met de beginselen van de Nederlandse rechtsstaat. De echtelieden sluiten hun huwelijk conform hun overtuiging. Het is een burgerlijk huwelijk. Gewetensbezwaren van de trouwambtenaar zijn in deze context goed beschouwd niet relevant. Iets anders is de kerkelijke bevestiging of inzegening. De bezwaren tegen een huwelijk van personen van hetzelfde geslacht zijn in die context wel van belang en worden door de wet beschermd.

De trouwambtenaar is een vertegenwoordiger van de staat. De gewetensbezwaarde trouwambtenaar wil een seculiere handeling niet verrichten ten dienste van burgers omdat deze handeling indruist tegen zijn geweten. Het beginsel van interpretatieve terughoudendheid belet een materiële beoordeling van de weigering door de staat. Toch is naar de mening van Van Ooijen vast te stellen dat er een essentieel verschil is met de situatie waarin een ambtenaar bijvoorbeeld gedwongen wordt een religieus getinte eed af te leggen. In die situatie wordt een religieuze handeling opgelegd, hetgeen een schending is van het absolute innerlijke recht op vrijheid van religie, het *forum internum*. Dat is hier niet het geval. Bovendien is het voltrekken van het huwelijk een wettelijk recht voor de trouwlustigen en een wettelijke plicht én een kernfunctie van de

⁷⁴⁴ Rechtbank 's-Gravenhage 23 oktober 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:14133*, r.o. 4.15.

trouwambtenaar.⁷⁴⁵ De trouwambtenaar heeft daarbij het recht zich te beperken tot datgene waar de wet hem toe verplicht. Minister Plasterk van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap heeft hier bij de beantwoording van een vraag van D66-Kamerlid Van der Ham op 25 februari 2008 terecht op gewezen. Hij zei dat een ambtenaar die een huwelijk van een paar van gelijk geslacht sluit en zich daarbij onthoudt van verdere plichtplegingen, dat wil zeggen van een ceremonie, in het bijzonder van een toespraak, niet beticht kan worden van plichtsverzuim.⁷⁴⁶

Het streven om de gewetensbezwaarde trouwambtenaar te weren is naar de mening van de (potentiële) ambtenaren die gewetensbezwaren hebben en hun medestanders in strijd met de wetsgeschiedenis. Zij wijzen er daarbij op dat in de discussie over gewetensbezwaarde trouwambtenaren een grondrecht over het hoofd wordt gezien. Artikel 3 van de Grondwet luidt dat alle Nederlanders op gelijke voet benoembaar zijn in openbare dienst: Dat betekent dat iedereen in aanmerking komt voor een baan bij de overheid, als hij aan de vereisten voor een bepaalde functie voldoet. De Cgb oordeelde in 2006 dat er bij Rijkswaterstaat – ondanks de gevraagde flexibele inzetbaarheid – ruimte moest zijn voor een sluiswachter die niet op zondag wilde werken. Rijkswaterstaat had niet kunnen aantonen noch aannemelijk gemaakt dat één sluiswachter die vanwege zijn geloofsovertuiging niet op zondag wilde werken, zou leiden tot problemen bij de bezetting van de sluizen in het district waar sprake was van de vacature.⁷⁴⁷ Met verwijzing naar dit oordeel zou men kunnen menen dat weigerambtenaren bij gemeenten benoembaar zijn, en recht hebben op ongelijke behandeling, behalve als dit problemen zou geven bij de uitvoering van de wet. Artikel 1 van de Grondwet blijkt echter een fundamentele betekenis te hebben. Het weigeren door een trouwambtenaar van het sluiten van huwelijken van paren van gelijk geslacht is naar de mening van een parlementaire meerderheid een vorm van niet te tolereren discriminatie.

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

De constitutionele orde biedt in beginsel geen bescherming voor het gewetensbezwaar van de (aspirant-)ambtenaar van de burgerlijke stand. In het vervullen van dit ambt wordt de gelovige het recht ontzegd zijn overtuiging over het huwelijk te laten blijken. Maar dit impliceert niet dat het genieten van de vrijheid van godsdienst de gelovige als

⁷⁴⁵ Hana van Ooijen, 'Gewetensbezwaren van ambtenaren – de gulden middenweg of de weg van de minste weerstand? Een column', in: J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden: NJCM-Boekerij 2008, p. 92-93.

⁷⁴⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, nr. 1428, p. 3057-3058.

⁷⁴⁷ Cgb 15 november 2006, oordeel nr. 2006-147.

privépersoon of de religieuze gemeenschap onmogelijk wordt gemaakt. Zijn menselijke waardigheid wordt geëerbiedigd en zijn persoonlijke overtuiging wordt beschermd.

De constitutionele orde biedt in het ambt van de trouwambtenaar geen bescherming van de gewetensbezwaren tegen het huwelijk van paren van gelijk geslacht ondanks de verwantschap met de grondrechtelijke vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, en gewetensbezwaren als zodanig tot de grond- en mensenrechten behoren. Gewetensbezwaren zijn bezwaren ontleend aan religie of levensovertuiging die de bezwaarde zó fundamenteel vindt, dat hij of zij bereid is daarvoor de algemene wettelijke norm te trotseren. Gewetensbezwaren komen meestal voort uit zwaarwegende godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuigingen. Alkema wijst erop dat voor de rechtsorde erkenning van gewetensbezwaren een dilemma vormt. Wanneer het individu of de groep zich distantieert van een of meer algemeen geldende regels, stelt dat de overheid voor de vraag of zij afwijking van die regels tolereert om de deelneming van bezwaarden aan de gemeenschap te verzekeren om hen zo voor die gemeenschap te behouden, dan wel de rechtseenheid en de idee van de democratische besluitvorming laat prevaleren. Daarbij vervult het treffen van een regeling tussen staat en bezwaarden een belangrijke functie bij de integratie van minderheden. Een dergelijke regeling is gericht op co-existentie, niet op assimilatie.⁷⁴⁸ Het wetsvoorstel van Dijkstra en Schouw wil aan de co-existentie van homoparen en gewetensbezwaarde trouwambtenaren een einde maken.

2.9 De ambtseed

2.9.1 Een parlementair debat

In maart 2009 werd de nota *Tweeluik religie en publiek domein* uitgebracht onder verantwoordelijkheid van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Deze nota was gezamenlijk door het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) geschreven.⁷⁴⁹

De nota bevatte een passage over de ambtseed. Voor veel ambtelijke en politieke functies moet een eed of belofte worden afgelegd. Daarbij gelden verschillende regels

⁷⁴⁸ Zie: A. Lijphart, *Verzuiling, pacificatie en kentering in de Nederlandse politiek*, Amsterdam: De Bussy 1968, in het bijzonder p. 100 e.v.

⁷⁴⁹ J.E. Overdijk-Francis e.a. (eindred.), *Tweeluik religie en publiek domein. Handvatten voor gemeenten*, Den Haag: Vereniging van Nederlandse Gemeenten, ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Instituut voor Publiek en Politiek 2009, p. 14-15; *Kamerstukken II* 2009/10, 29 614, nr. 2.

afhankelijk van de categorie van functionarissen. De beëdiging van decentrale politieke ambtsdragers is geregeld in de Gemeentewet en de Provinciewet. Uit jurisprudentie blijkt dat slechts de wettelijk voorgeschreven eed (of belofte) kan worden afgelegd; een afwijking daarvan – hoe klein ook – leidt tot ongeldigheid van de eed.⁷⁵⁰ Voor ambtenaren op decentraal niveau geldt dat het bevoegd gezag van gemeenten en provincies zelf de inhoud van de eed vaststelt voor haar ambtenaren. Bij vaststelling van het formulier van de eed of aflegging van de belofte mag men zoveel mogelijk aan de cultuur binnen de eigen gemeente of provincie tegemoet komen. Een gemeente kan de mogelijkheid bieden de eed op islamitische wijze af te leggen. De rechtspositie van politieambtenaren en van rijksambtenaren kent niet de mogelijkheid tot het bekrachtigen van de eed op een andere wijze dan door het voorgeschreven formulier conform de Wet vorm van de eed. Zij kunnen de eed dus bijvoorbeeld niet op islamitische wijze afleggen.⁷⁵¹

In het overleg dat de Tweede Kamer op 30 september 2009 voerde met minister Ter Horst van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en minister Van der Laan voor Wonen, Wijken en Integratie naar aanleiding van het aanbieden van de nota *Tweeluik religie en publiek domein*, reageerde de minister op een vraag van Kamerlid De Pater (CDA): ‘Mevrouw De Pater vroeg naar de eedsaflegging. Er zijn inderdaad verschillen in de mogelijkheid om varianten in de ambtseed aan te brengen. Gemeenteambtenaren mogen bijvoorbeeld de eed op Allah afleggen. Politieke ambtsdragers mogen dat niet. Zij mogen geen wijzigingen aanbrengen in de tekst. Voor politieambtenaren is er vrijheid, maar ik heb besloten dat wij daarin de politieke ambtsdrager volgen en dat de eed wel op God en niet op Allah mag worden afgelegd. Dit is gedaan op grond van het uitgangspunt dat het eigenlijk over hetzelfde gaat, zal ik maar zeggen. Mevrouw De Pater is van mening dat wij de formuleringen redelijk met elkaar in lijn moeten brengen. Ik meen dat wij dit in ieder geval hebben gedaan voor politieke ambtsdragers en de politieambtenaren die onder onze verantwoordelijkheid vallen. Overigens bestaat bij defensie wel de mogelijkheid om de eed op Allah af te leggen, maar dat heeft ermee te maken dat zich ook mensen onder de wapenen kunnen gorden die dat wel willen’. Later in het overleg herhaalde zij dat voor provincies en gemeenten de procedure voor de eedafllegging niet is vastgelegd. Zij gaf als reden ‘dat de ambtseed heel lang niet werd afgenomen. Sinds heel kort gebeurt dat wel. Ik heb de neiging om het belangrijker te vinden dat provincies en gemeenten hun ambtenaren een ambtseed laten afleggen dan de precieze formulering’.⁷⁵² De minister hield vast aan één eedformule voor hen die onder haar gezag vallen en zij accepteerde tegelijkertijd de diversiteit bij gemeenten en provincies.

⁷⁵⁰ Afdeling bestuursrechtspraak RvS 16 januari 2001, *ECLI:NL:RVS:2001:AD8743*, AB 2002, 77.

⁷⁵¹ *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 1104 en 1105 (antwoord op Kamervragen).

⁷⁵² *Kamerstukken II* 2009/10, 29 614, nr. 17, p. 22, 29.

Op 27 oktober 2009 kwam de Tweede Kamer terug op het overleg van 30 september 2009 over de nota *Tweeluis religie en publiek domein*. Daarbij kwam aan de orde dat voor ambtenaren bij provincies en gemeenten geen eenduidige regels gelden voor het afleggen van de eed. Zo kunnen ambtenaren van de gemeente Amsterdam behalve de klassieke eed ('Zo waarlijk helpe mij God almachtig') en de belofte ('Dat verklaar en belooft ik') ook een islamitische variant uitspreken ('Zo waarlijk helpe mij Allah de Erbarmer, de Barmhartige'). Gemeenteraadsleden, rijksambtenaren en politieagenten mogen deze islamitische eed niet afleggen. CDA, ChristenUnie en SGP dienden een motie in: 'De Kamer, gehoord de beraadslaging, constaterende, dat de formulering van de ambtseed of -belofte wettelijk is vastgelegd voor rijksambtenaren en politieambtenaren, maar niet voor ambtenaren bij gemeenten en provincies; overwegende, dat het wenselijk is dat voor het gehele Nederlandse rechtsgebied dezelfde bewoordingen gelden voor ambtseed of -belofte; verzoekt de regering voorstellen te doen om de formulering van de eed of belofte voor ambtenaren bij gemeenten en provincies vast te leggen, (...)'. De motie was ondertekend door De Pater-van der Meer (CDA), Van der Staaij (SGP) en Anker (ChristenUnie). De motivering die De Pater gaf, was: 'Alleen de eed en de belofte zouden rechtsgeldig moeten zijn. (...) Het is niet de bedoeling dat allerlei religieuze varianten gehanteerd kunnen worden. Dé religieuze variant in Nederland is de eed'. Van der Staaij (SGP) voegde daaraan toe: 'Er is een wildgroei aan eedformules ontstaan, maar wij hebben geen behoefte aan die multiculturalisering. Het staat iedereen vrij om voor de belofte in plaats van de eed te kiezen, dus niemand komt in de knel met zijn geweten'.⁷⁵³

Minister Ter Horst gaf als reactie dat de motie 'feitelijk [van ons vraagt] om aan de autonomie van gemeenten en provincies te knabbelen. Dat is voor het kabinet reden om aanneming van die motie te ontraden. Alle gemeenten en provincies vinden het van groot belang dat hun ambtenaren de ambtseed daadwerkelijk afleggen. Het kabinet is van mening dat het aan deze overheden kan worden overgelaten om, rekeninghoudend met de specifieke situatie, de precieze tekst vast te stellen. Er is nog een andere reden om dat te doen. De totstandkoming van de ambtseed is van groot belang voor het draagvlak voor het afleggen van de eed. Als het goed is, wordt de formulering niet van bovenaf opgelegd, maar komt deze in overleg met de organisatie tot stand. Als je van bovenaf een formulering vastlegt, ben je het hele proces van totstandkoming van de tekst van de eed in overleg met de organisatie waarvoor de eed bedoeld is, kwijt'.⁷⁵⁴ De minister keurde de motie dus af.

De stemming over de motie-De Pater c.s. vond plaats op 3 november 2009. Behalve CDA, ChristenUnie en SGP steunden VVD, PVV en Kamerlid Verdonk de motie. De motie was daarmee aangenomen. De VVD vond niet dat moslims geen islamitische eed

⁷⁵³ *Kamerstukken II* 2009/10, 29 614, nr. 15.

⁷⁵⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 29 614, nr. 16, p. 1161-1162.

mogen afleggen, maar de partij zei een eenduidige regelgeving te willen.⁷⁵⁵ De VNG liet enkele dagen na het aannemen van de motie weten dat de gemeenten zelf willen blijven bepalen welke ambtseed hun ambtenaren mogen afleggen. Dat kan onder meer op basis van het christelijk geloof of de islam. De gemeenten hebben geen probleem met religieuze varianten, zoals het afleggen van de eed op Allah. De VNG vond dat het gelijkheidsbeginsel dit mogelijk maakt.⁷⁵⁶ Minister Donner van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties maakte op 22 september 2011 het standpunt van het kabinet-Rutte bekend. Het zag geen redenen om de regelgeving met betrekking tot het afleggen van de ambtseed door ambtenaren van gemeenten en provincies te wijzigen. Het kabinet koos er dus voor de bestaande mogelijkheid en aanwezigheid van diversiteit van de ambtseed op gemeentelijk en provinciaal niveau ongemoeid te laten. Tegelijkertijd wees het de medewerking af aan invoering van religieuze varianten van de ambtseed voor rijksambtenaren en politieambtenaren. De noodzaak daartoe was het kabinet niet duidelijk geworden.⁷⁵⁷

2.9.2 *Gelijke en ongelijke behandeling*

Onder de heersende wet- en regelgeving heeft een deel van de ambtsdragers en ambtenaren bij het afleggen van de eed uitsluitend de mogelijkheid van de christelijke variant ('Zo waarlijk helpe mij God almachtig'). Dit impliceert dat de staat degenen die de eed wensen af te leggen niet gelijk behandelt naar religieuze overtuiging. Immers zal een orthodoxe jood het woord 'God' niet willen uitspreken uit eerbied voor God en zal een orthodoxe moslim de voorkeur kunnen hebben voor de naam 'Allah'. De christelijke ambtseed is in beginsel een beperking van hun persoonlijke recht hun godsdienst te belijden.

In de negentiende eeuw deden zich problemen voor over gewetensbezwaren bij het afleggen van eden. Bekleders van ambten, beroepsbeoefenaren, maar ook getuigen in het straf- en civiel proces waren tot het afleggen van de eed verplicht. In 1848 voorzag de Grondwet voor bekleders van ambten voor personen met gewetensbezwaren in het alternatief van de belofte.⁷⁵⁸ De nog steeds geldende Eedswet 1911 heeft betrekking op de wijze waarop de eed, belofte of bevestiging wordt afgelegd. De wet geeft daarvoor een algemene aanvullende regeling. Van deze regeling mag volgens artikel 1 van de wet worden afgeweken indien de desbetreffende persoon 'aan zijn godsdienstige gezindheid den plicht ontleent den eed, de belofte of de bevestiging op andere wijze te

⁷⁵⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 29 614, nr. 19, p. 1508.

⁷⁵⁶ ANP 13 november 2009.

⁷⁵⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 29 614, nr. 29.

⁷⁵⁸ Evert Alkema, 'Gewetensbezwaren in het Nederlandse en internationale recht – met speciale aandacht voor gewetensbezwaren van militairen', in: J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?* (p. 19-44), Leiden: NJCM-Boekerij 2008, p. 20.

doen'. Daarbij had de wetgever moslims op het oog die dienden in het leger in Indië.⁷⁵⁹ Artikel 2 van deze wet bepaalt dat bij wettelijk voorschrift andere uit te spreken woorden kunnen worden vastgesteld. De wettelijke mogelijkheid daartoe is in 1916 gecreëerd voor islamitische officieren in het leger. Zij kregen toestemming bij het afleggen van de eed de naam van Allah aan te roepen met een op hun religie toegesneden formulering. De rechtspositie van een niet-christelijke groepering is op deze wijze in een specifieke context gewaarborgd.⁷⁶⁰ Sinds de totstandkoming van de Eedswet 1971 is de keuze tussen het afleggen van een eed of belofte, of in voorkomende gevallen een bevestiging, geheel vrij. Het recht op een vrije keuze vloeit ook voort uit artikel 9 EVRM, zoals het EHRM heeft vastgesteld in de *Buscarini-casus*.⁷⁶¹ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft geoordeeld dat het feit dat men de keuzemogelijkheid heeft tussen een religieuze eed en een wettelijk voorgeschreven niet-religieuze belofte niet onverenigbaar is met artikel 9 EVRM.⁷⁶²

De grondwet van de Verenigde Staten biedt bescherming van de vrijheid van geweten en godsdienst bij het afleggen van de ambtseed op die wijze dat het een orthodoxe jood of orthodoxe moslim wordt toegestaan in overeenstemming met de eigen religieuze overtuiging te handelen. Zo is het niet vereist het woord 'God' te gebruiken. Een gelovige mag de eigen godsnaam gebruiken en de eed afleggen met de hand op het eigen religieuze boek, respectievelijk de Tenach, of de Koran.⁷⁶³ Een voorbeeld dat in Amerika veel publiciteit kreeg, is de eedaflegging in 2007 van Keith Ellison als lid van het Huis van Afgevaardigden. Hij legde de eed af met zijn hand op het exemplaar van de Koran dat eens heeft toegehoord aan Thomas Jefferson. De standaardtekst van de eed luidt: 'I do solemnly swear (or affirm) that I will (...): So help me God'. De frase 'So help me God' is wettelijk niet noodzakelijk omdat ook de belofte mag worden afgelegd. Ellison heeft in plaats van deze frase uitgesproken 'Allahhu Akbar', dit betekent: 'God is Groot'.⁷⁶⁴ Ellison was niet de eerste politicus die de eed niet aflegde op de Bijbel. Afgevaardigde Debbie Wasserman Schultz legde in 2005 de eed af op de Tenach, de joodse Bijbel, en Linda Lingle deed dit in 2002 bij haar beëdiging als gouverneur van Hawaï. Madeleine Kunin legde bij haar beëdiging als gouverneur van Vermont in 1985 de eed af met haar handen op een joods gebedenboek.⁷⁶⁵

⁷⁵⁹ Dit blijkt mede uit de memorie van toelichting van 7 oktober 1910: Bijlagen Tweede Kamer, nr. 138, p. 1-3.

⁷⁶⁰ Koninklijk besluit van 20 oktober 1916, nr. 30 (Legerorders 1916, nr. 130).

⁷⁶¹ EHRM 18 februari 1999, nr. 24645/94, (*Buscarini v. San Marino*).

⁷⁶² ABRvS 16 januari 2002, AB 2002, 77.

⁷⁶³ Op 12 september 2012 heeft prof. Martha Minow, verbonden aan Harvard Law School, Harvard University, dit aan mij bevestigd in een e-mailbericht.

⁷⁶⁴ en.wikipedia.org/wiki/Qur%27an_oath_controversy_of_the_110th_United_States_Congress#cite_note-TJ_Quran_used-7.

⁷⁶⁵ www.beliefnet.com/Faiths/Islam/2006/12/Keith-Ellison-A-Quranic-Oath.aspx.

2.9.2 Analyse en evaluatie

A. Context

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

De religieuze dimensie van de Nederlandse samenleving is vanaf de jaren 1960 sterk veranderd door ontzuiling, secularisatie en migratie. De door het christendom gestempelde homogeniteit in waarden en normen is verdwenen en het christendom heeft in belang aanzienlijk ingeboet. Daarentegen is vooral de islam opgekomen. De samenleving is multicultureel en multireligieus geworden. Deze verandering heeft voor provincie- en gemeenteambtenaren geleid tot religieuze varianten van de ambtseed met een christelijke oorsprong.

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerkelijken van een religieuze identiteit?

Een christen die als rijks- of politieambtenaar de ambtseed aflegt, kan dit doen in overeenstemming met zijn religieuze identiteit door te kiezen voor de van oorsprong christelijke ambtseed. Voor een niet-christen bestaat er niet de mogelijkheid te kiezen voor een formulering van de ambtseed die expliciet zijn religieuze overtuiging uitdrukt. Rijks- en politieambtenaren hebben niet de keuzemogelijkheid van religieuze varianten van de ambtseed om een niet-christelijke identiteit tot uiting te brengen. Als niet-christen kunnen zij hun religieuze identiteit niet verwerkelijken bij het afleggen van de ambtseed. Het grondrecht op godsdienstvrijheid wordt dan ook beperkt voor een niet-christen bij het afleggen van de ambtseed.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

De niet-christen wordt niet de mogelijkheid geboden zich bij het afleggen van de ambtseed te identificeren met de religieuze gemeenschap waartoe hij behoort. Hij dient in de verhouding tussen religieuze gemeenschap en staat te kiezen voor ofwel de ambtseed met een christelijke formulering ofwel de neutrale belofte. Deze spanning ervaart een christen niet. De spanning tussen religieuze gemeenschap en staat hoeft een niet-christen niet te ervaren als hij bij het uitspreken van het woord 'God' daaraan in gedachten zijn eigen persoonlijke interpretatie geeft in overeenstemming met zijn religieuze overtuiging.

3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?

Het afleggen van een ambtseed is een ritueel. Wie een ambtseed aflegt, belooft daarbij trouw te zijn aan de wetten en volstrekt integer zijn functie te vervullen. Daarbij wordt God als getuige aangeropen en geeft de eedaflegger blijk van een religieuze identiteit. Dat geeft groot gewicht aan de verklaring die betrekking heeft op de waardigheid van de eedaflegger. De eedaflegging is een heilige handeling die de waardigheid van de persoon in de ziel raakt. Zij heeft dan ook betrekking op een kernonderdeel van zijn religieuze belijdenis.

4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?

In het parlementaire debat rond de motie-De Pater zijn staatsrechtelijke argumenten nauwelijks aan de orde gekomen. De voorstanders van de motie wilden het multireligieus worden van de ambtseed bij provincie en gemeente terugdraaien, terwijl de minister de heersende regelgeving wilde handhaven. De regering heeft daarbij het uitbreiden van de ambtseed voor rijksambtenaren en politie met religieuze varianten verworpen. Het bieden van de keuzemogelijkheid tussen de ambtseed met een christelijke oorsprong en de neutrale belofte is niet strijdig met artikel 9 EVRM, maar houdt wel een beperking in van de godsdienstvrijheid van de niet-christen. De huidige beperking is legitiem. De staat is kennelijk van mening de openbare orde ermee te dienen.

C. Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?

Het beoordelingspatroon laat twee tegengestelde ontwikkelingen zien. Op het decentrale niveau van provincie en gemeente heeft een verandering plaatsgevonden die heeft geleid tot verruimde mogelijkheden de ambtseed te formuleren en af te leggen. Rijks- en politieambtenaren zijn daardoor in een ongelijke rechtspositie gekomen. De casus dankt zijn ontstaan aan de door de Tweede Kamer geuite wens de bevoordeling van provincie- en gemeenteambtenaren terug te draaien en een uniforme beperking van de godsdienstvrijheid toe te passen bij de eedaflegging van ambtenaren. De door de motie beoogde inmenging is niet gerealiseerd door de weigering van de regering hieraan mee te werken. Bij het aannemen van deze motie is een verandering in het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon van betekenis in de zin van weerstand tegen multiculturalisering van Nederland.

2. Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?

Vanuit de voorstanders van de motie-De Pater is gesteld dat het niet de bedoeling is dat allerlei religieuze varianten kunnen worden gehanteerd. Ze verzetten zich tegen een wildgroei aan eedformules en willen slechts één formule. Wie de christelijk geformuleerde eed niet wenst af te leggen, kan kiezen voor de belofte.

3. Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?

Ambtenaren werkzaam bij provincie en gemeente hebben bij het afleggen van de ambtseed een keuzemogelijkheid om hun religieuze identiteit te verwerkelijken. Rijks- en politieambtenaren hebben als niet-christen binnen de verhouding van gelovige, religieuze gemeenschap en staat bij de eedaflegging niet de mogelijkheid hun specifieke religie te belijden en aldus hun religieuze identiteit te verwerkelijken. De ruimte die de constitutionele orde biedt, verschilt dus bij het ritueel van het afleggen van de ambtseed. De autonomie van het individu wordt op decentraal niveau erkend door religieuze varianten aan te bieden, terwijl deze op centraal niveau in beginsel wordt beperkt.

4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?

De kwestie in deze casus is dat de constitutionele orde niet voorziet in gelijke behandeling van rijks- of politieambtenaren, waardoor hun een beperking van de vrijheid van godsdienst wordt opgelegd. Door de niet-christen als rijks- of politieambtenaar de mogelijkheid te onthouden de ambtseed af te leggen op een wijze die volkomen past bij zijn religieuze overtuiging en identiteit, behandelt de staat hem ongelijk ten opzichte van een christen. Hij biedt geen bescherming voor een betekenisgevend ritueel van de niet-christen zoals de christen deze geniet. Zijn morele integriteit wordt daardoor geschaad.

De staat maakt direct onderscheid naar religie en discrimineert de niet-christelijke eedaflegger. De mogelijkheden om expliciet uiting te geven aan de religieuze overtuiging zijn niet gelijk voor de aanhangers van de diverse godsdiensten. Als een keuzemogelijkheid van de ambtseedformulering zou worden geboden aan niet-christenen, zouden ook zij binnen de context van de constitutionele orde hun religieuze identiteit kunnen verwerkelijken bij de eedaflegging. Er is in beginsel geen steekhoudend bezwaar in te brengen tegen niet-christelijke formuleringen van de ambtseed. Als het bij provincie en gemeente kan, waarom dan niet ook bij het rijk en de politie? Mocht het bieden van de keuzemogelijkheid uit een zorgvuldig

samengesteld aanbod van religieuze varianten onbeheersbaar worden, dan zou de staat zich genoodzaakt kunnen zien uitsluitend de mogelijkheid van de belofte te bieden.

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

Het afleggen van de ambtseed is een ritueel dat betrekking heeft op een kernelement van de godsdienstige belijdenis. De eed wordt immers afgelegd met het aanroepen van een Opperwezen of een Hoogste Heilige Werkelijkheid. De menselijke waardigheid van de niet-christelijke eedaflegger als rijks- of politieambtenaar wordt daardoor niet volledig geëerbiedigd. Zijn grondrecht op vrijheid van godsdienst wordt geschonden.

3 Het bijzonder onderwijs

Het grondrecht op vrijheid van onderwijs biedt ouders de mogelijkheid een school te stichten op grond van een religieuze overtuiging. Als een school eenmaal is gesticht en in het onderwijs moet worden voorzien, beschermt de vrijheid van onderwijs, in het bijzonder de vrijheid van richting en inrichting, de collectieve vrijheid van godsdienst van de gelovigen. In dit type casus oefenen de ouders hun vrijheid van godsdienst uit door de religieuze identiteit van de school te doen overeenstemmen met hun religieuze identiteit. De vrijheid van onderwijs beschermt de collectieve vrijheid van godsdienst van de gelovige ouders in het onderwijs dat hun kinderen krijgen. De bijzondere school beroept zich op de vrijheid van onderwijs als een recht van de school en van de ouders om de confessionele identiteit te verwerkelijken. Deze identiteit is omschreven en vastgelegd in de grondslag van de school. In de casus is in het geding de identiteit van de school als confessionele instelling voor onderwijs.

3.1 Afwijzing docente vanwege burgerlijke staat

3.1.1 Het conflict

Het bestuur van de evangelische basisschool Schatrijk te Zaandam wees een jonge vrouw af die solliciteerde voor de functie van docent bewegingsonderwijs. Tijdens het sollicitatiegesprek was aan de orde gekomen dat de vrouw ongehuwd op reis is geweest met haar vriend en haar visie hierop in relatie tot de evangelische identiteit van de school. De vrouw vroeg de Cgb te beoordelen of de schoolinstelling jegens haar verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst, levensovertuiging en burgerlijke staat door haar af te wijzen.

3.1.2 Oordeel Cgb

De Cgb bracht haar oordeel uit op 1 juli 2011.⁷⁶⁶ Daaruit blijkt dat de school stelde dat zij de vrouw heeft afgewezen omdat zij de evangelische grondslag van de basisschool op drie essentiële punten niet deelt, te weten haar zienswijze op het huwelijk, haar relatie tot God en het lidmaatschap van een kerk of gemeente. Zij heeft er daarom onvoldoende vertrouwen in dat de vrouw de grondslag van de school kan vormgeven (3.8). De vrouw heeft nadrukkelijk aangegeven dat zij ‘seks voor het huwelijk’ niet in conflict beschouwt met haar christelijke levensovertuiging. Het enkele feit dat zij en haar vriend voor elkaar gekozen hebben, was voor haar voldoende. Zij heeft aangegeven dat ze het huwelijk weliswaar ziet als een door God gegeven instelling, maar dat zij ‘vrij’ is om daar anders mee om te gaan (3.9). De school verklaarde dat zij de vrouw niet heeft afgewezen vanwege het enkele feit van burgerlijke staat. Het ongehuwd samen reizen was voor haar aanleiding om door te vragen op deze voor haar essentiële punten. Toen uit het sollicitatiegesprek bleek dat de vrouw wat ‘losser’ dacht over de voor de school essentiële punten, meende zij dat de vrouw onvoldoende de evangelische grondslag van de school zou kunnen uitdragen (3.12).

Naar aanleiding van de wetsgeschiedenis meende de Cgb een feitelijke beoordeling te moeten geven van de vraag of de functie-eisen van de school – en in het verlengde daarvan de afwijzing van de sollicitante – leiden tot strijd met het verbod op onderscheid op grond van het enkele feit van – in casu – burgerlijke staat. Zij diende derhalve te beoordelen of er relevante feiten zijn die in een zeker verband staan met de burgerlijke staat van de vrouw die betrekking hebben op de mogelijkheden om te functioneren als leerkracht en op het uitdragen van de identiteit van de school (3.31). De Cgb overwoog dat de zienswijze van de vrouw op het huwelijk afwijkt van die van de school. Dit kan echter niet als bijkomende omstandigheid gelden, omdat dan de enkelefeitconstructie van artikel 5, tweede lid, onderdeel c Awgb haar beschermende werking zou verliezen. Immers, zo stelde de Cgb, in de vergelijkbare situatie dat een homoseksuele docent (ongehuwd) samenleeft met een partner van hetzelfde geslacht, zou dit evenmin als bijkomende omstandigheid kunnen gelden. Dat de docent kennelijk een andere zienswijze op het huwelijk heeft, doet daaraan niet af. Voorts volgde de Cgb de school niet in haar verweer dat de bijkomende omstandigheden eruit bestaan dat de vrouw vanwege haar geloofsopvattingen minder strikt zou zijn in haar gedrag, namelijk door het niet-aangesloten zijn bij een kerk of gemeente. Aangezien de commissie reeds had vastgesteld dat dit onderscheid op grond van godsdienst tot gevolg heeft (3.16), kan dit niet tevens als bijkomende omstandigheid gelden. Daarmee zou immers de beschermende werking aan de enkelefeitconstructie ontvallen.

⁷⁶⁶ Cgb 1 juli 2011, oordeel 2011-102.

Aangezien de Cgb niet was gebleken dat er sprake is van bijkomende omstandigheden, oordeelde zij dat sprake is van onderscheid op grond van het enkele feit van burgerlijke staat (3.32). Het maken van direct onderscheid is verboden tenzij de wettelijke uitzondering van toepassing is. Artikel 5, tweede lid, onderdeel c Awgb bepaalt dat een instelling van bijzonder onderwijs de vrijheid heeft om eisen te stellen aan de vervulling van een functie die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van onder meer burgerlijke staat. Naar de mening van de Cgb maakte de school echter onderscheid naar burgerlijke staat. Zij oordeelde dan ook dat de school verboden direct onderscheid op grond van godsdienst en burgerlijke staat heeft gemaakt bij de afwijzing van de vrouw voor de functie van docent bewegingsonderwijs (3.33).⁷⁶⁷

3.1.3 Analyse

A. Context casus

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

Sinds het eind van de jaren 1960 is in Europa de hervorming van de maatschappij meer en meer een kwestie van persoonlijke identiteit en individuele rechten. Dit betreft vooral geslacht en seksualiteit. Een gevolg is dat op diverse voor de identiteit gevoelige punten zich conflicten voordoen met orthodoxe gelovigen. Het recht om een moreel oordeel te geven raakt ondergeschikt aan liberale ideeën over persoonlijke vrijheden, zo stelt Jenkins vast.⁷⁶⁸ Tegenwoordig leeft in de samenleving breed de opvatting dat burgerlijke staat een privé-aangelegenheid is en dat onderscheid op deze grond een vorm van discriminatie is. Tot de heersende moraal behoort de goedkeuring dat een man en een vrouw, of twee mannen of twee vrouwen binnen of buiten het huwelijk intieme relaties aangaan of contacten onderhouden. De Awgb biedt daarbij bescherming tegen ongelijke behandeling.

De school hanteert een seksuele moraal die in Nederland door een relatief kleine minderheid wordt aanvaard. De sollicitante deelt deze moraal niet. Uit het oordeel van de Cgb blijkt niet dat zij de moraal van de school afwijst. Zij kiest voor een strikt juridische benadering.

⁷⁶⁷ Cgb 1 juli 2011, oordeel 2011-102.

⁷⁶⁸ Philip Jenkins, *Gods werelddeel. Christendom, islam en de religieuze crisis in Europa*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2010, p. 72-74.

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerkelijken van een religieuze identiteit?

De ouders van de leerlingen oefenen door middel van de school hun recht op vrijheid van godsdienst en in het verlengde daarvan hun recht op vrijheid van onderwijs uit. De school wenst haar recht op vrijheid van onderwijs uit te oefenen en beroept zich op de uitzonderingsbepaling in de Awgb. De school wil haar religieuze identiteit en de uit te dragen seksuele moraal bewaken. Zij wijst de sollicitante af omdat de vrouw niet op een bevredigende wijze de religieuze identiteit van de school kan verwerkelijken.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

De school komt in conflict met de vrouw en met de samenleving. De school wenst zich te identificeren met de ouders en de religieuze gemeenschap(en) waartoe de ouders behoren. Zij beroept zich op het onderhouden van een religieuze norm. Ervan uitgaande dat de school de visie van de ouders op huwelijk en seksualiteit vertolkt, verkeren de ouders met de school in een identificatiespanning. Door zich te identificeren met de religieuze gemeenschap(en) waartoe de ouders behoren, ontstaat een conflict met de samenleving waarin andere waarden en normen overheersen.

3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?

De visie van de school op seksualiteit en huwelijk is een kernonderdeel van de godsdienstige belijdenis van de school en de ouders. Orthodoxe gelovigen richten zich voor hun seksuele moraal op de Bijbel. Als de school een docente niet mag weren vanwege ongehuwd samenwonen of op vakantie gaan is dit een beperking van de vrijheid van godsdienst van de ouders die de kern van de identiteit raakt.

4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?

De rechtvaardiging van de beperking is dat de school de vrouw discrimineert vanwege een enkel feit. Zij maakt direct onderscheid op grond van burgerlijke staat. De school erkent niet het recht van de vrouw om zelf te bepalen hoe zij haar privéleven inricht.

5. Indien in de casus het CRM of de rechter een oordeel heeft gegeven of een uitspraak heeft gedaan: hoe maakt deze instantie de afweging van de belangen die in het geding zijn?

De Cgb oordeelt dat een instelling van bijzonder onderwijs de vrijheid heeft om eisen te stellen aan de vervulling van een functie die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag. Deze eisen mogen echter niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van onder meer burgerlijke staat. De rechten van de vrouw zijn dan ook onrechtmatig geschaad. De Cgb acht het belang van de vrouw niet te worden gediscrimineerd zwaarder dan dat van de school om haar identiteit te bewaken. Wat de Cgb ziet als een enkel feit, is dat overigens niet voor de school. Voor de school is het omgaan met seksualiteit en burgerlijke staat geen enkel feit maar een integraal onderdeel van de geloofsovertuiging. Ik kom hier nog op terug bij de casus over de homodocent.

De evaluatie van deze casus voer ik niet apart uit, maar is een onderdeel van de evaluatie van de volgende paragraaf aangezien het om verwante problematiek gaat.

3.2 De homodocent en het bijzonder onderwijs

3.2.1 Het conflict

In het politieke en maatschappelijke debat over de vrijheid van onderwijs is de positie van de homodocent in het bijzonder, dat wil zeggen confessioneel, onderwijs een controversieel onderwerp. De vraag of een bijzondere (niet-openbare) school homoseksuele leerkrachten mag weren, stond bij de totstandkoming van de Awgb begin jaren 1990 centraal in het parlementaire debat. De wetgever legde een formulering in deze wet vast, waarmee zowel de voorvechters van homorechten als het bijzonder onderwijs konden leven. Volgens dit uit 1993 stammend compromis, dat werd gesloten ten tijde van het kabinet-Lubbers III (CDA en PvdA), mogen orthodox-christelijke scholen sollicitanten niet afwijzen of leerkrachten niet ontslaan vanwege ‘het enkele feit’ dat zij homo zijn. Dat mag wel als zij de functie niet op de gewenste wijze kunnen vervullen.

3.2.2 Oordelen Cgb

De Cgb heeft betrekkelijk weinig kwesties voorgelegd gekregen op dit terrein. Hoewel de positie van de homoseksuele leraar in het bijzonder onderwijs veelvuldig aan de orde is geweest, heeft de Cgb slechts een tweetal oordelen hierover gegeven.

Eén zaak heeft betrekking op de handelwijze van een selectiecommissie van een christelijke basisschool op gereformeerde grondslag die onoverkomelijke bezwaren had tegen een eventuele benoeming van een sollicitant.⁷⁶⁹ De bezwaren waren erin gelegen dat de sollicitant een homoseksuele relatie onderhield en met deze relatie ongehuwd samenwoonde. Dit stond haaks op de christelijke identiteit van de school. De commissie overwoog dat zij niet anders dan tot haar uitgangspunt kan nemen dan dat het als homoseksueel samenwonen met iemand van hetzelfde geslacht onder ‘het enkele feit van homoseksuele gerichtheid’ moet worden begrepen. In het kader van de Awgb is derhalve het in twijfel trekken van de geloofwaardigheid van de betreffende leerkracht louter vanwege het enkele feit van zijn homoseksuele gerichtheid of vanwege het feit van het samenwonen met iemand van hetzelfde geslacht, niet toelaatbaar. In deze zaak was geen sprake van bijkomende omstandigheden, omdat de betrokken sollicitant niet was uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek. Zijn leefwijze in samenhang met zijn functioneren op school was derhalve niet aan de orde geweest. Deze casus bespreek ik niet nader, omdat dit zou leiden tot doublures met de tweede casus.

De tweede relevante casus betreft de evangelische scholengemeenschap De Passie.⁷⁷⁰ Het oordeel van de Cgb vermeldt het volgende over de kwestie. Het dagblad *Het Parool* bevatte op 6 januari 2007 een bijlage, de scholengids, waarin scholen in Amsterdam ten behoeve van ouders en leerlingen informatie gaven over hun schoolinstelling. In een interview met de directeur van de betreffende school noteerde de journalist: ‘Ook aan leerkrachten worden bijzondere eisen gesteld. Homoseksualiteit strookt niet met de uitgangspunten van [De Passie]; openlijk homoseksuele leerkrachten zult u hier niet aantreffen’. In een interview, weergegeven in *de Volkskrant* van 13 januari 2007, wordt gerefereerd aan het bijbelse uitgangspunt van de school dat intieme seksuele relaties thuishoren in het monogame huwelijk van man en vrouw. De algemeen directeur van de school reageerde hierop als volgt: ‘En wij verwachten dat onze leraren zich ook in het volle leven als zodanig gedragen (...). Prima als homoseksuelen hier lesgeven, maar we willen dan wel dat ze erkennen dat God van hen vraagt geen relatie aan te gaan’. Naar aanleiding van de passage in *Het Parool* vroeg het Meldpunt Discriminatie Amsterdam (MDA) De Passie om een toelichting. Na deze ontvangen te hebben deelde het MDA de school bij brief van 1 maart 2007 mee een oordeel van de Cgb te vragen.

De Cgb sprak op 15 juni 2007 haar oordeel uit. De Passie maakt in haar personeelsbeleid direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid door homoseksualiteit als relevant criterium te laten gelden. Direct onderscheid is verboden,

⁷⁶⁹ Cgb 29 april 1999, oordeel 1999-38; vergelijk ook Cgb 10 juni 1996, oordeel 1996-39.

⁷⁷⁰ Cgb 15 juni 2007, oordeel 2007-100.

tenzij een wettelijke uitzondering op het verbod van toepassing is. De beoordeling van de Cgb concentreerde zich op de vraag of er een objectiveerbare band is tussen de verwezenlijking van de grondslag en het daarop gebaseerde personeelsbeleid.⁷⁷¹ De noodzaak om zowel op school als in het privéleven de grondslag na- en voor te leven bracht de school in verband met het aangehangen mensbeeld. De school refereerde tevens aan de pedagogische taak die zij draagt ten opzichte van de leerlingen. Deze taak omvat niet alleen kennisoverdracht en het aanleren van vaardigheden, maar ook vorming van jonge mensen op basis van bijbelse normen. Dat laatste is slechts mogelijk, indien de docent daarbij als persoon is betrokken en achter de grondslag staat. De commissie constateerde dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat aan instellingen van bijzonder onderwijs ruimte wordt geboden om met het oog op de grondslag niet alleen eisen te stellen die rechtstreeks uit de functie voortvloeien, maar die ook betrekking hebben op gedragingen van personeelsleden buiten de instelling.⁷⁷² De commissie oordeelde met het oog hierop dan ook dat het personeelsbeleid waarin eisen worden gesteld aan gedragingen van (potentiële) medewerkers buiten de school, op zichzelf noodzakelijk kan zijn ter verwezenlijking van de doelstelling.

De Cgb beoordeelde of het personeelsbeleid van De Passie leidt tot onderscheid op grond van het enkele feit van onder meer homoseksuele gerichtheid. Zij herinnerde eraan dat in de parlementaire geschiedenis van de Awgb het voorbeeld van een homoseksuele leraar op een christelijke school uitvoerig aan de orde is geweest. Van de zijde van het kabinet is door de minister gezegd: ‘Concreet gaat het om de vraag of een homoseksuele leraar, die niet mag worden afgewezen louter vanwege zijn homoseksualiteit wel zou mogen worden afgewezen omdat hij een relatie heeft of met die relatie samenleeft. Ik wil hier geen misverstand over laten bestaan: dat mag dus niet. Het enkele feit van de seksuele gerichtheid ziet op de gerichtheid van een persoon in seksuele gevoelens, liefdesgevoelens, liefdesuitingen en -relaties. De homoseksuele leraar mag derhalve niet vanwege het hebben van een homoseksuele relatie worden afgewezen, ook niet als zou blijken dat hij met deze relatie samenleeft. Hetzelfde geldt overigens voor de heteroseksuele leraar’.⁷⁷³ De Cgb sprak als haar oordeel uit dat in lijn hiermee, sinds de openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht, het gehuwd samenwonen van twee mannen of twee vrouwen moet worden beschouwd als onlosmakelijk verbonden met homoseksuele gerichtheid en dus met het enkele feit ervan.

De commissie merkte op dat De Passie er naar haar mening niet in is geslaagd haar ervan te overtuigen dat een samenspraak met een sollicitant of leerkracht ooit tot een andere conclusie van de school zal leiden dan dat reeds de enkele omstandigheid van

⁷⁷¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 104, nr. 5, p. 44 en 51.

⁷⁷² *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 18.

⁷⁷³ *Handelingen II* 1992/93, nr. 47, p. 3508, 3510.

openlijk homoseksueel zijn in de weg staat aan een dienstverband. Zij stelde in overweging 3.27: ‘Zij (De Passie, HP) heeft er uitdrukkelijk blijk van gegeven zich niet te hebben verdiept in de vraag onder welke omstandigheden het dienstverband wel of niet zou kunnen worden aangegaan of voortgezet, (...)’. De Cgb kwam tot het oordeel dat de school met haar uitspraken en het daaraan ten grondslag liggende beleid onderscheid heeft gemaakt op grond van het enkele feit van de homoseksuele gerichtheid van (potentiële) leerkrachten en stelde vast: ‘Het op voorhand in twijfel trekken van de geschiktheid van een (potentiële) medewerker alleen vanwege het enkele feit van zijn openlijke homoseksuele gerichtheid, is strijdig met het in de AWGB neergelegde verbod van onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid’. De Passie maakte in haar personeelsbeleid verboden direct onderscheid vanwege het enkele feit van homoseksuele gerichtheid.⁷⁷⁴

3.2.3 *Het conflict op de Gereformeerde Basisschool Dr. K. Schilder*

In 2011 schorste de Gereformeerde Basisschool Dr. K. Schilder, een school die is verbonden met de Gereformeerde Kerken vrijgemaakt (GKv), een van zijn leraren, nadat was bekend geworden dat hij een homoseksuele relatie was aangegaan. De betrokken leraar, Duran Renkema, diende daarop een klacht in bij de commissie gelijke behandeling. In het kerkverband waartoe de school behoorde, wijst men homoseksualiteit af als onverenigbaar met het christelijk geloof. Renkema noemde zich echter overtuigd christen en zei in *Trouw* ‘altijd met veel plezier op deze school te hebben gewerkt’. Hij wenste daarom weer aan het werk te gaan en wilde niet worden ontslagen.⁷⁷⁵ De dag na het indienen van de klacht publiceerde *de Volkskrant* een interview met hem. De krant schreef dat inzet van zijn strijd was terugkeer naar de school. ‘Ik ben van die gereformeerde club, ik hoor erbij, hecht aan dezelfde dingen, ben ook nog dezelfde docent als vorig jaar. Waar zijn ze bang voor? Dat ik ineens in een roze glitterjurk verschijn?’ Renkema stelde dat het debat over acceptatie van homoseksualiteit al een tijdje wordt gevoerd binnen zijn kerkverband. ‘Het grootste deel zegt dat homoseksualiteit verboden is, een kleiner deel meent dat het wel kan. Ze bestoken elkaar met Bijbelteksten. Zo ging het vroeger ook met het vrouwenkiesrecht. Dat is nu geaccepteerd.’ Hij spande een rechtszaak aan.⁷⁷⁶

3.2.4 *Beschikking rechtbank in conflict Gereformeerde Basisschool Dr. K. Schilder*

De rechtszaak diende op 14 oktober 2011 voor de kantonrechter te Leiden. De vereniging waartoe de school behoorde, GPO-WN (Gereformeerd Primair Onderwijs-West-Nederland), een organisatie van 25 basisscholen in het westen van het land,

⁷⁷⁴ Cgb 15 juni 2007, oordeel 2007-100, overweging 3.11-3.28.

⁷⁷⁵ ‘Streng gereformeerde school schorst homoleraar’, *Trouw* 30 september 2011.

⁷⁷⁶ Alwin Kuiken, ‘Geschorste homoleraar vecht voor baan’, *de Volkskrant* 1 oktober 2011.

verweerde zich bij de kantonrechter tegen de vordering van Renkema om na zes maanden geschorst te zijn op de school weer aan het werk te gaan en deed tegelijkertijd het verzoek zijn arbeidsovereenkomst te ontbinden. Zij voerde aan dat Renkema niet meer geloofwaardig haar identiteit kan uitdragen. De scholenvereniging verwachtte van haar leerkrachten dat zij de gereformeerde identiteit in woord en daad en op een geloofwaardige wijze aan de leerlingen overdragen. Zij zag een leerkracht als de identiteitsdrager van de school. Voor deze school maken ouders een bewuste keuze, gelet op de grondslag. Als onderdeel van de grondslag wordt aan de leerlingen geleerd dat seksualiteit een gave van God is, die – volgens de gereformeerde leer – verbonden is aan een duurzame relatie tussen man en vrouw, gebaseerd op onderlinge trouw en liefde. De school betoogde dat Renkema in zijn leven keuzes gemaakt heeft die hij in het openbaar verdedigd heeft, en dat een vruchtbare samenwerking met hem in het licht van de grondslag van de school niet meer tot de mogelijkheden behoort. GPO-WN benadrukte dat het geen onderscheid maakt wegens het enkele feit van de biseksuele geaardheid van Renkema of zijn burgerlijke staat. De Awgb laat bijzonder onderwijs uitdrukkelijk de ruimte om de arbeidsovereenkomst met een leraar te beëindigen als door diens leefwijze en uitlatingen blijkt dat hij de grondslag van de school waaronder de seksuele moraal die daar deel van uitmaakt, niet meer geloofwaardig kan uitdragen.⁷⁷⁷

De kantonrechter deed op 2 november 2011 uitspraak. Het enkele feit dat Renkema is uitgekomen voor zijn homoseksualiteit en is gaan samenwonen met een partner van hetzelfde geslacht mag, zo oordeelde de kantonrechter, geen aanleiding zijn voor schorsing en ontslag. Onderscheid op die grond is immers verboden, ook voor een bijzondere onderwijsinstelling met een gereformeerde identiteit, die zich conformeert aan de standpunten van kerk en Synode. Door een inhoudelijk gesprek uit de weg te gaan had GPO-WN zich naar het oordeel van de kantonrechter er onvoldoende van vergewist of de door Renkema gemaakte keuzes, zoals GPO-WN heeft gesteld, meebrengen dat hij niet meer achter de grondslag van de school staat en of hij nog op geloofwaardige wijze de grondslag van de school kan uitdragen. Het verwerpen of belachelijk maken van deze grondslag was niet aan de orde, aangezien Renkema had aangegeven de bijbelse leer nog ten volle te onderschrijven. De kantonrechter oordeelde dat het op voorhand en zonder behoorlijk inhoudelijk overleg in twijfel trekken van de geschiktheid van Renkema als leraar vanwege het enkele feit van zijn homoseksuele gerichtheid en het samenwonen met een homoseksuele relatie strijdig is met het in de Awgb neergelegde verbod van onderscheid. Hij stelde in overweging 5.4: ‘Aan deze vaststelling wordt doorslaggevend gewicht toegekend bij de beoordeling van de vraag of sprake is van verandering van omstandigheden, die een ontbinding rechtvaardigen’. Hoewel de kantonrechter zich realiseerde dat de verhoudingen waren

⁷⁷⁷ Persverklaring GPO-WN van 14 oktober 2011.

beschadigd als gevolg van de gebeurtenissen van de laatste maanden en dat van partijen veel gevraagd zou worden in het overleg over andere opties dan ontbinding van de arbeidsovereenkomst, achtte hij alles overziend op dat moment geen voldoende gronden aanwezig om de arbeidsovereenkomst te ontbinden.⁷⁷⁸

3.2.5 De afloop

Op 14 december 2011 publiceerden de media het bericht dat Renkema alsnog bij de school vertrok. Er was ‘te weinig zicht op een vruchtbare voortzetting van de arbeidsrelatie’. Dat hadden de partijen bekendgemaakt. De afgelopen weken hadden volgens het bestuur van GPO-WN gesprekken plaatsgevonden met de leerkracht. Door partijen was uiteindelijk ‘in goed onderling overleg een regeling getroffen’, aldus het bestuur in een verklaring.⁷⁷⁹ Op 10 januari 2012 verscheen er een bericht in de media dat Renkema zijn zaak bij de Cgb had ingetrokken.⁷⁸⁰ De Cgb heeft inderdaad nooit een oordeel uitgesproken in deze zaak.

3.2.6 Analyse

A. Context casus

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

Homo-emancipatie staat al enige decennia hoog op de politieke en maatschappelijke agenda. In dat verband heeft het kabinet-Balkenende IV zich beijverd twee waarden op de politieke en publieke agenda te zetten. Ten eerste de sociale acceptatie van homoseksuelen, op grond van beginselen als solidariteit, bescherming van minderheden, verbod op discriminatie en een respectvolle omgang met elkaar. Ten tweede de vrijheid om uit te kunnen komen voor de homoseksuele gerichtheid, op grond van beginselen als zelfbeschikking, veiligheid van burgers, gelijke kansen, gelijkheid voor de wet en andere burgerrechten.⁷⁸¹ De overheid wil daarbij van een onderscheid tussen een homoseksuele gerichtheid en een homoseksuele praxis niet weten. Dit impliceert dat zij zich in feite inzet voor het bevorderen van de acceptatie van homoseksualiteit als een in alle opzichten gewone seksuele variant.

⁷⁷⁸ Sector kanton Rechtbank ‘s-Gravenhage, *JAR* 2011, 305, m.nt. W. Lindeboom; *PRG* 2012, 8; *RAR* 2012, 21.

⁷⁷⁹ ‘Homoleraar vertrekt alsnog bij gereformeerde school’, *ANP/Trouw* 14 december 2011; ‘Homoseksuele docent vertrekt van gereformeerde school’, *Reformatorsch Dagblad* 14 december 2011.

⁷⁸⁰ ‘Leerkracht Oegstgeest trekt zaak bij CGB in’, *Reformatorsch Dagblad* 10 januari 2012.

⁷⁸¹ *Kamerstukken II* 2007/08, 27 017, nr. 33, p. 2.

Een van de kerkgenootschappen waarbij orthodoxe protestanten zijn aangesloten, zijn de Christelijke Gereformeerde Kerken (CGK). De generale synode (landelijke kerkelijke vergadering, HP) sprak verscheidene keren achter gesloten deuren over homoseksualiteit en homorelaties. Op 27 november 2013 verscheen een langverwacht studierapport. In het – unaniem door de synode aangenomen – rapport erkennen de CGK dat er in het verleden te weinig specifieke aandacht is geweest voor pastoraat inzake homoseksualiteit en homoseksuele relaties. De kerk sprak uit dat gemeenteleden met een homoseksuele gerichtheid binnen de kerk dezelfde positie hebben als andere leden. ‘Hun gerichtheid doet daaraan niets af. Zij zijn volwaardig en gelijkwaardig lid van de gemeente, delen in de onderlinge zorg en worden met hun eigen gaven ingeschakeld tot opbouw van het geheel.’ Seksuele omgang tussen mensen van gelijk geslacht en relaties waarin die omgang gestalte krijgt, zijn volgens de CGK echter niet in overeenstemming met het Woord van God (de Bijbel, HP) ‘en moeten derhalve zonde worden genoemd’. Hierbij heeft de kerk in haar pastorale verantwoordelijkheid de weg van kerkelijke vermaning te gaan. In de kerk geeft niet de heersende cultuur maar Gods Woord de doorslag voor de levensstijl. De woorden van de Bijbelschrijvers hebben ‘een betekenis die uitgaat boven hun eigen tijd en context’.⁷⁸²

Orthodoxe christenen vormen een primaire doelgroep van het homo-emancipatiebeleid van de overheid. De overheid geeft speciaal aandacht aan het bijzonder onderwijs. Vanuit de gedachte dat er een relatie is tussen gezin, school en kerk ligt het onderwerp zeer gevoelig in orthodoxe kringen. Homo-emancipatie zoals de overheid deze propageert, zou kunnen impliceren dat de homodocent past binnen het orthodox bijzonder onderwijs. Voor het bijzonder onderwijs zou verplichte acceptatie van de homodocent een ernstige beperking vormen van de vrijheid van godsdienst en van de vrijheid van onderwijs. Een organisatie waarbij confessionele scholen zijn aangesloten is de Vereniging Gereformeerd Schoolonderwijs (VGS). Deze heeft op 1 juli 2008 een visienota uitgebracht. Daarin wordt de afwijzing van docenten met een homoseksuele levenswijze als volgt geformuleerd:

Personeelsleden beloven bij hun benoeming dat ze naar Schrift (de Bijbel, HP) en belijdenis zullen handelen, zich daaraan zullen toetsen en die aan leerlingen zullen voorhouden en voorleven. Een personeelslid met homoseksuele gevoelens heeft recht op onze steun. Het aangaan van een homoseksuele relatie is een van de mogelijke situaties waarin de gegeven belofte niet wordt nagekomen. We proberen door gesprekken en eventueel pastorale steun de medewerker terug te brengen van deze weg. Wanneer hij bij zijn keus blijft, is een (handhaving van de) benoeming in strijd met de grondslag van de school. Vanuit het principe van goed

⁷⁸² Samenvatting studierapport homoseksualiteit en homoseksuele relaties, p. 7, 6, 5, bron: www.cgk.nl/index.php?generalesynode; zie ook: ‘Te weinig aandacht voor homo in kerk’, *Reformatorisch Dagblad* 28 november 2013.

werkgeverschap zullen we dan zoeken naar een passende oplossing binnen de wettelijke kaders.⁷⁸³

Met andere woorden, een docent met een homoseksuele relatie voldoet in de opvatting van de VGS niet aan een wezenlijk beroepsvereiste. In het orthodox-confessionele onderwijs houdt men er rekening mee dat scholen docenten vanwege het praktiseren van hun seksuele gerichtheid zullen moeten ontslaan. Schoolleider W. Büdgen verklaarde desgevraagd bij de presentatie van de visienota van de VGS: ‘Maar in geval van ontslag wordt iemand nooit alleen op zijn geaardheid afgerekend. Homoseksualiteit kan de katalysator zijn, maar als een docent openlijk kiest voor een seksuele relatie met iemand van hetzelfde geslacht is er sprake van een brede verschuiving van opvattingen. Uiteindelijk gaat het dan om heel zijn levensovertuiging die hem ongeloofwaardig maakt’.⁷⁸⁴

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerkelijken van een religieuze identiteit?

De ouders van de leerlingen oefenen door middel van de school hun recht op vrijheid van godsdienst en in het verlengde daarvan hun recht op vrijheid van onderwijs uit. De vrijheid van onderwijs wordt uitgeoefend door docenten met een homoseksuele praxis te weren ter bescherming en handhaving van een orthodox-religieuze identiteit.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

In dit type casus kunnen zich in diverse relaties spanningen voordoen die de problematiek gecompliceerd maken. Vanuit de oprichting van de bijzondere school gezien heeft de school een verantwoordelijkheid tegenover ouders en leerlingen om in overeenstemming met de grondslag van de school het onderwijs aan te bieden. De inrichting van het onderwijs behoort het opvoeden van de kinderen in overeenstemming met de religieuze overtuiging te bevorderen.

Orthodoxe christenen nemen een minderheidspositie in de samenleving in. Dit impliceert dat hun waarden en normen afwijken van de heersende moraal in de maatschappij. Een school die een homodocent – of een lesbische docente – niet accepteert, zal kritisch worden bejegend. Als zich de situatie voordoet, dat op een

⁷⁸³ Visienota (homo)seksualiteit, Ridderkerk: Vereniging voor Gereformeerd Schoolonderwijs 2008, p. 6.

⁷⁸⁴ *Reformatorisch Dagblad* 1 juli 2008.

orthodox-religieuze school een homodocent uit de kast komt, komen diverse relaties onder spanning te staan. De kernvragen zijn of hij nog geloofwaardig de waarden en normen die de school wenst uit te dragen en voor te leven, kan overdragen op de leerlingen en of hij nog past binnen het sociale en pedagogische klimaat van de school.

3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?

Gedwongen acceptatie van een homodocent raakt een kernonderdeel van de religieuze overtuiging die in de grondslag van de school is opgenomen en die de ouders aanhangen, namelijk de visie op seksualiteit, relaties en huwelijk. De visie op (homo)seksualiteit is een identiteitsbepalend element van het godsdienstig belijden van de ouders en van de geloofsgemeenschappen waartoe zij behoren.

4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?

Een school maakt zich bij het weren van een homodocent schuldig aan directe discriminatie op grond van seksuele gerichtheid en/of burgerlijke staat. De rechten en vrijheden van een homodocent worden geschaad als de school hem niet aanneemt bij een sollicitatie of ontslaat bij een dienstverband. Volgens de Awgb mag een school een sollicitant niet weigeren of een leerkracht niet ontslaan vanwege *het enkele feit* dat hij homo is. Dat zou wel mogen als hij de functie niet op de gewenste wijze kan vervullen.

5. Indien in de casus het CRM of de rechter een oordeel heeft gegeven of een uitspraak heeft gedaan: hoe maakt deze instantie de afweging van de belangen die in het geding zijn?

In de casus is enerzijds aan de orde dat de docent met een homoseksuele oriëntatie recht heeft op gelijke behandeling en niet mag worden gediscrimineerd vanwege deze oriëntatie. Hij heeft recht op vrijheid van levensovertuiging en levenswandel. De school oefent anderzijds het recht op vrijheid van onderwijs uit. Dit is het belang van de school als instelling waarbij zij vertegenwoordigt de ouders, de leerlingen en de docenten die hebben gekozen voor deze school met haar specifieke religieuze grondslag en haar specifieke identiteit.

In de casus van De Passie heeft de Cgb geoordeeld dat de school met haar uitspraak en het daaraan ten grondslag liggende beleid onderscheid heeft gemaakt op grond van het enkele feit van de homoseksuele gerichtheid van (potentiële) leerkrachten. Dit is verboden direct onderscheid.

In de zaak van de Gereformeerde Basisschool Dr. K. Schilder overwoog de rechter dat het enkele feit dat de docent is uitgekomen voor zijn homoseksualiteit en is gaan samenwonen met een partner van hetzelfde geslacht, geen aanleiding mag zijn voor schorsing en ontslag.

De Cgb en de rechtbank wegen in deze concrete casus de belangen van de homodocent zwaarder dan het belang van de school. In beide casus blijkt dat de reikwijdte van de vrijheid van onderwijs niet zover strekt dat een school een leerkracht mag weren of ontslaan vanwege het feit van de homoseksuele gerichtheid of levenswijze. Het *enkele* feit van gerichtheid of levenswijze is enerzijds onvoldoende om een leerkracht te weren of te ontslaan. Een bijzondere school heeft anderzijds het recht bepaalde eisen te stellen aan het privéleven van een leerkracht om de identiteit van de school te kunnen verwerklijken. Als zich een conflict voordoet, zal de rechter de belangen van de school moeten afwegen tegen die van de docent. De rechter heeft zich in de laatstgenoemde casus alleen uitgesproken over de zorgvuldigheid van de ontslagprocedure. Een uitspraak van de Cgb of de rechter ontbreekt over de vraag of de afwijzing van een docent met een seksuele gerichtheid die in strijd is met de grondslag en de identiteit van de school een zodanig zwaarwegend belang kan zijn dat het zwaarder weegt dan het belang van de docent om zijn rechten uit te oefenen, en dat zij een wettige motivering oplevert om een leerkracht niet in dienst te willen hebben.

3.3 Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?

In het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon zijn seksuele vrijheid en homo-emancipatie waarden met een groot gewicht. Daaruit vloeien beperkingen aan de vrijheid van godsdienst voort in de publieke ruimte, waarin de school zich bevindt.

Het homo-emancipatiebeleid komt tot uitdrukking in wetgeving en beïnvloedt het maatschappelijke beoordelingspatroon en de oordeelsvorming van de Cgb en rechter. De betekenis daarvan blijkt uit de bepalingen van de Awgb en de oordelen van de Cgb en de rechter in concrete casus. In de besproken casus houden de scholen vast aan de orthodox-christelijke visie op het huwelijk en op de levenswandel van leerkrachten, die in strijd is met dit heersende beoordelingspatroon. Een gevolg is dat de vrijheid van onderwijs die een school uitoefent, kritisch wordt bewaakt en onder druk staat. Zou een confessionele school een homodocent niet mogen weren, dan zou dit ten koste gaan

van de onderscheiden identiteit van het orthodoxe bijzonder onderwijs en een inmenging in de vrijheid van godsdienst van de ouders impliceren.

2. Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?

De Cgb heeft in twee besproken casus een oordeel gegeven. De vrijheid van onderwijs, en daarmee de vrijheid van godsdienst, wordt beperkt door het discriminatieverbod. In de casus van de gymjuf mag zij niet worden afgewezen om haar relatie met een man. In de andere casus heeft de Cgb geoordeeld dat een school niet bij voorbaat een docent om zijn homoseksuele relatie mag afwijzen. Het kernargument is dat de scholen discrimineren door onderscheid te maken naar het enkele feit. Het argument van het enkele feit weegt ook zwaar in het oordeel van de rechter in de derde casus.

3. Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?

Het verwerklijken van de identiteit van de school als een collectieve identiteit wordt bemoeilijkt in de casus waarin de Cgb een uitspraak heeft gedaan, doordat de Cgb een zwaarwegend belang toekent aan nondiscriminatie. De Cgb oordeelt in deze casus dat de scholen verboden direct onderscheid maken op grond van burgerlijke staat of seksuele gerichtheid. De rechter heeft in de casus van de homodocent de rechten van de betrokken docent beschermd en de school verplicht tot een zorgvuldige procedure. Hij heeft de school niet feitelijk belemmerd in het verwerklijken en in stand houden van haar identiteit.

In dit type casus zijn de verhoudingen tussen individuele docent, school, collega's, ouders, kinderen en hun religieuze gemeenschap(pen) gecompliceerd. De rechten van de (aspirant-)docent worden in de casus beschermd. Maar evenzeer verdienen de rechten van de school, de ouders en de kinderen bescherming. Ik wijs op de argumentatie van het EHRM in de zaak van de Zwitserse docente Lucia Dahlab en de zaak van Leyla Şahin. In de zaak van de Zwitserse docente die in de klas een hoofddoek wil dragen, erkent het EHRM dat moeilijk valt vast te stellen welke invloed het dragen van een religieus symbool als een hoofddoek op de vrijheid van geweten en religie van de kinderen heeft. Niettemin valt een bekeringseffect niet uit te sluiten, omdat de leerlingen nog zeer jong en daardoor relatief gemakkelijk te beïnvloeden zijn. In de afweging van het recht van de docente haar geloof te belijden tegen de behoefte om leerlingen te beschermen door het bewaren van religieuze harmonie overweegt het

EHRM dat in de gegeven omstandigheden de autoriteiten hun bevoegdheden niet hebben overschreden door de hoofddoek te verbieden. De maatregel is noodzakelijk in een democratische samenleving.⁷⁸⁵ In de zaak van Leyla Şahin overweegt het EHRM dat de door het EVRM beschermde vrijheid van godsdienst de vrijheid insluit ‘to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion’.⁷⁸⁶ Niet elke handeling die wordt gemotiveerd door een levensovertuiging wordt echter beschermd, en in een pluriforme samenleving kunnen beperkingen noodzakelijk zijn om te verzekeren dat de levensovertuiging van eenieder op gelijke wijze wordt gerespecteerd. Het EHRM citeert zijn eerdere beslissing in *Dahlab tegen Zwitserland*.⁷⁸⁷

Uit deze twee casus leid ik af dat een orthodoxe school een docent met een afwijkende seksuele moraal en levenswijze in beginsel kan weren om het opvoedingsrecht van de ouders te beschermen. Hun kinderen mogen worden beschermd tegen een levensovertuiging die strijdig is met de overtuiging die hun ouders hun wensen bij te brengen en waarom zij hun kinderen op de betreffende school hebben gedaan. De constitutionele orde biedt een school de mogelijkheid een orthodox-confessionele identiteit te realiseren door een consistent en zorgvuldig beleid te voeren. Als een docent deze identiteit niet loyaal en geloofwaardig kan dragen en uitdragen, dan tast hij de rechten van de ouders en de kinderen aan. Dit is onder meer het geval als hij op het onderdeel seksuele moraal in strijd met de confessionele identiteit leeft. Dit impliceert dat een bijzondere school het recht heeft bepaalde eisen te stellen aan het privéleven van een leerkracht om de identiteit van de school te kunnen verwerklijken. Het is wegens het ontbreken van jurisprudentie niet duidelijk dat de constitutionele orde de school deze bescherming van de vrijheid van onderwijs zonder meer biedt.

Organisaties op levensbeschouwelijke grondslag mogen van hun medewerkers een verregaande identificatie met de grondslag eisen, als voor deze organisaties geldt dat de betreffende levensbeschouwing de organisatie werkelijk draagt en het tot de taak van de medewerkers behoort daarin besloten liggende normen en waarden over te dragen. Alleen onder de voorwaarde van identificatie kunnen zij adequaat de verwerklijking van hun door in Grondwet en verdragen geformuleerde geestelijke vrijheden gewaarborgde doeleinden nastreven. Tot de vereiste loyale taakuitoefening behoort een private levenswandel die met de grondslag overeenstemt. Vermeulen stelt dan ook op grond van jurisprudentie dat van onderwijzend personeel op scholen op godsdienstige grondslag mag worden gevergd dat zij hun persoonlijke relaties inrichten binnen de door de normen van de betreffende godsdienst getrokken grenzen.⁷⁸⁸ Om haar

⁷⁸⁵ EHRM 15 februari 2001, nr. 42393/98 (*Dahlab v. Switzerland*).

⁷⁸⁶ EHRM (GK), 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 104 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

⁷⁸⁷ EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 111 (*Leyla Şahin v. Turkey*). Het EHRM verwees naar: EHRM 15 februari 2001, nr. 42393/98 (*Dahlab v. Switzerland*).

⁷⁸⁸ B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten*, p. 297-299.

grondslag te verwerkelijken moet een school met een religieuze identiteit de persoonlijke overtuiging van de docent in de beoordeling betrekken. Als de docent zich niet innerlijk verbonden weet met de grondslag en de verwezenlijking daarvan, zal zich dit in de praktijk van het geven van onderwijs wreken.

In de casus van de evangelische basisschool Schatrijk en de gereformeerde basisschool Dr. K. Schilder gaat het over de vraag of de identiteit van de (aspirant-)docent en van de school bij elkaar passen. Het geschil spitst zich toe op relatievorming en seksualiteit. De religieuze identiteit speelt daarin mee. De aspirant-docente bewegingsonderwijs was niet aangesloten bij een kerk of gemeente, terwijl het aannemingsbeleid dit wel vereist. De homodocent verklaarde zich nog steeds te zien als een lid van de GKv, hoewel hij de heersende leer van dit kerkgenootschap op een gevoelig punt niet meer onderschreef. Voor de vraag hoe de grondrechten van docent en school moeten worden uitgelegd, is een ander type casus van belang, namelijk het geval waarin de persoon om wie het geschil draait, verandert van religieuze identiteit.

Het Nederlands Dagblad eist van zijn werknemers op de redactie dat ze lid zijn van een gereformeerd kerkgenootschap. Een fotograaf schrijft zich uit bij de GKv en wordt lid van een evangelische gemeente. De Cgb constateert dat de krant kiest voor een breed gedragen redactiebeleid. Dit beleid is ingegeven door de wens overeenstemming te bereiken over de ideologisch bepaalde uitgangspunten van de krant. Daarbij is het werk van fotografen net zo bepalend voor de identiteit van de krant als het werk van de schrijvende journalisten (5.9). De Cgb oordeelt dat de krant onderscheid maakt op grond van godsdienst en dat dit onderscheid in de gegeven omstandigheden niet is verboden, omdat het beleid voldoet aan het gestelde in artikel 5, tweede lid, aanhef en onderdeel a, Awgb (5.14). Op de redactie is geen plaats voor medewerkers die de identiteit niet (meer) onderschrijven en geen lid (meer) zijn van een gereformeerd kerkgenootschap.⁷⁸⁹

In lijn hiermee heeft de Cgb geoordeeld in het conflict waarin een docent van kerkgenootschap veranderde. De Commissie constateerde dat de school een consequent beleid voert gericht op de handhaving van haar identiteit en een beroep mag doen op de uitzonderingsbepaling van de Awgb voor scholen met een religieuze grondslag. De Cgb concludeert dat de school de docent ontslag mocht aanzeggen (5.09-5.10).⁷⁹⁰ In deze tweede casus constateert de Cgb dat de docent de consequentheid van het beleid van de school op inhoudelijke gronden betwist. De Cgb stelt dan dat conform vaste oordelenlijn van de commissie en in navolging van de Hoge Raad⁷⁹¹ het niet aan de commissie is om te treden in verschillen van mening over theologische leerstellingen

⁷⁸⁹ Cgb 1 december 2003, oordeel 2003-145.

⁷⁹⁰ Cgb 21 december 2004, oordeel 2004-168.

⁷⁹¹ HR 5 februari 1957, *NJ* 1957/201.

(5.9). De docent van de Gereformeerde Basisschool Dr. K. Schilder heeft zich om zijn positie op de school te handhaven beroepen op verschil in standpunt over homoseksualiteit binnen de GKv. In lijn met dit oordeel van de Cgb zou zijn dat de rechter zich hier niet in mengt. In deze casus heeft de Cgb bovendien uitgesproken dat leerkrachten een voorbeeldfunctie vervullen (4.4). Dit is ook een relevant punt van overweging in een conflict rond een docent.

In de spanning van het verwerkelijken van de individuele identiteit van de leerkracht en de collectieve identiteit van de school is van belang hoe de levenssfeer van de leerkracht wordt afgebakend. Een werknemer heeft recht op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer op grond van artikel 8 EVRM. Een casus waarin er sprake is van een botsing tussen dit recht en de vrijheid van godsdienst op grond van artikel 9 EVRM, is het conflict tussen Fernandez Martinez en de Spaanse rooms-katholieke kerk, waarover de Grote Kamer van het EHRM zijn oordeel heeft gegeven op 12 juni 2014.⁷⁹²

Fernandez is in conflict gekomen met de kerk, omdat hij in strijd met de celibaatsgelofte is gehuwd en een gezin heeft gesticht. De kerk heeft zijn arbeidscontract als godsdienstleraar niet verlengd, nadat dit in de publiciteit is gekomen. De hoogste Spaanse rechter heeft de kerk in het gelijk gesteld. Het Spaanse Constitutionele Hof oordeelde dat de staat de vrijheid van godsdienst van de kerk heeft te respecteren. Fernandez maakte zijn zaak vervolgens aanhangig bij het EHRM. Dit concludeerde net als het Spaanse Constitutionele Hof dat het beginsel van religieuze neutraliteit kan impliceren dat de staat zich moet onthouden van oordelen over kwesties zoals het celibaat van priesters.⁷⁹³ Daarop vroeg Fernandez verwijzing naar de Grote Kamer.

De Grote Kamer van het EHRM oordeelt dat professionele activiteiten vallen binnen de notie van het privéleven (par. 109). Beperking van de beroepsactiviteiten van een persoon kunnen vallen onder artikel 8 EVRM, als deze gevolgen heeft voor de manier waarop hij zijn sociale identiteit vormgeeft door relaties met anderen te ontplooiën (par. 110). Bovendien is het beroepsleven vaak nauw verwant met het privéleven, vooral als factoren die te maken hebben met het privéleven, worden beschouwd als relevante kwalificaties voor een bepaald beroep (par. 111). In deze casus stelt het EHRM een inmenging vast op artikel 8 EVRM (par. 113). De vraag is of deze is gerechtvaardigd.

⁷⁹² EHRM (GK) 12 juni 2014, nr. 56030/07, *Vaan AR Updates* 2014/0685, m.nt. W.L. Roozendaal (*Fernandez Martinez v. Spain*).

⁷⁹³ EHRM 15 mei 2012, nr. 56030/07, *EHRC* 2012/168, m.nt. A.J. Overbeeke, *ArA* 2013/12, m.nt. S. de Jong (*Fernandez Martinez v. Spain*).

Het legitieme doel is in de casus van Fernandez de bescherming van de vrijheid van godsdienst van de kerk. Het EHRM oordeelt dat de autonomie van religieuze gemeenschappen onmisbaar is ten behoeve van pluriformiteit in een democratische samenleving. Dit raakt de kern van artikel 9 EVRM. Volgens vaste jurisprudentie moet de staat zich neutraal opstellen om deze autonomie te waarborgen (par. 128). De enkele stelling van een geloofsgemeenschap dat zijn religieuze autonomie in het geding is, rechtvaardigt niet een inmenging in het privéleven van een ander. De gemeenschap moet laten zien dat de bedreiging van de autonomie reëel is en dat de reactie op de bedreiging proportioneel is en geschikt om het doel te bereiken (par. 132). Volgens het EHRM kan een verhoogde mate van loyaliteit van een leerkracht worden verwacht die in zekere mate de reikwijdte beperkt van het recht op respect voor het privé- en gezinsleven. Contractuele beperkingen zijn toegestaan onder het EVRM, waar ze vrijwillige worden geaccepteerd. Vanuit het gezichtspunt van het belang van de kerk bij de instandhouding van de samenhang van voorschriften kan het lesgeven worden beschouwd als een kritieke functie, die een bijzondere trouw vereist (par. 135). Het EHRM concludeert daarom dat de inmenging in artikel 8 EVRM niet disproportioneel is (par. 153) en er derhalve niet sprake is van een schending van dit artikel (par. 154). Het stelt Fernandez daarmee in het ongelijk.

Wat is de relevantie van deze casus? Een school is geen kerk, en heeft niet op gelijke wijze recht op interne autonomie. Dit is in het voorgaande reeds betoogd. Een bijzondere school heeft echter wel een grondslag die zij tracht te verwerkelijken. Artikel 23 Gw en artikel 2 EP geven haar ook dit recht. Dit sluit een benoemingsrecht in. Van de leerkrachten mag de school trouw en loyaliteit verwachten bij het verwerkelijken van de grondslag in het onderwijs. Werk en privéleven zijn daarbij niet zonder meer van elkaar te scheiden. Dit werkt naar twee kanten toe. Op grond van artikel 8 heeft de leerkracht recht op bescherming van zijn privéleven ook in de werksfeer. In de andere richting kan de werkgever eisen stellen aan het privéleven om het doel van de school te realiseren. De casus van Fernandez laat zien hoe de Europese rechter de belangen van werknemer en werkgever in een verwant conflict weegt, en bevestigt dat het bijzonder onderwijs op een passende wijze eisen mag stellen aan het privé- en gezinsleven van leerkrachten.

4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?

De kwestie is of de constitutionele orde voorziet in een redelijke aanpassing van het nondiscriminatiegebod om de betrouwbare overdracht mogelijk te maken voor

orthodox-religieuze ouders van waarden en normen op het gebied van de seksuele moraal in het onderwijs dat hun kinderen ontvangen. De constitutionele orde voorziet in ongelijke behandeling van de betrokken (groepen van) burgers en hun scholen door de uitzonderingsbepaling in de Awgb. Deze bepaling waarborgt ten principale de vrijheid van godsdienst van de ouders. Zij beschermt in beginsel de kernovertuigingen en -verplichtingen van de ouders op het terrein van het onderwijs.

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

Regulering van de seksualiteit is een wezenlijk element van de orthodoxe geloofsovertuiging. Een beperking van de vrijheid van onderwijs op dit onderdeel raakt de vrijheid van godsdienst van de ouders in de kern. Om de vrijheid van godsdienst te waarborgen vraagt de identiteit van het orthodox-confessionele onderwijs om docenten die de in de grondslag genormeerde seksuele moraal aan de leerlingen voorhouden en voorleven. Er zijn thans geen concrete aanwijzingen dat het genieten van de vrijheid van onderwijs niet (meer) mogelijk is door de gedwongen aanvaarding van leerkrachten met een afwijkende seksuele moraal. Indien een orthodox-confessionele school met een gedegen identiteitsbeleid onder geen voorwaarde een docent met een afwijkende moraal, zoals een homoseksuele levenswijze, zou kunnen weren, wordt de vrijheid van onderwijs echter onmogelijk gemaakt op een specifiek onderdeel en het grondrecht tot in de kern aangetast. Dit geldt dan in het verlengde voor de vrijheid van godsdienst van de ouders. Die wordt dan eveneens op een belangrijk onderdeel van het onderwijs dat hun kinderen krijgen onmogelijk gemaakt.

3.4 Europese discriminatierichtlijn

Van belang voor casus waarin de positie van een docent in het bijzonder onderwijs aan de orde is, is de Europese discriminatierichtlijn. Op Europees niveau bepaalt de zogenoemde Discriminatierichtlijn onder welke voorwaarden een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of levensovertuiging geen discriminatie vormt. Van de betreffende richtlijn luidt artikel 4 als volgt:

Wezenlijke beroepsvereisten

1. Niettegenstaande artikel 2, leden 1 en 2, kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met een van de in artikel 1 genoemde gronden (onder meer: godsdienst of levensovertuiging en seksuele geaardheid, HP) berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context

waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.

2. (...) Mits de bepalingen van deze richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd, laat deze richtlijn derhalve het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen, van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen.⁷⁹⁴

Op grond van deze richtlijn zou een bijzondere school een docent mogen afwijzen indien zijn levensovertuiging in strijd is met een wezenlijk beroepsvereiste of mogen ontslaan indien zijn levensovertuiging in strijd blijkt te zijn met goede trouw en loyaliteit aan de grondslag.

De constitutionele orde biedt bescherming aan de vrijheid van godsdienst, maar in hoeverre dit het geval is, is in dit type casus van privérelaties die strijdig zijn met de grondslag van de school, onduidelijk, omdat een rechterlijke uitspraak ontbreekt. De staat neemt een waakzame houding aan bij het uitoefenen van de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van godsdienst van de ouders waar het gaat om de rechten en vrijheden van een (aspirant-)docent. Onder welke omstandigheden een beperking wordt opgelegd aan de vrijheid van godsdienst bij het weren of ontslaan van een homodocent is thans niet duidelijk. Voor een wettige afwijzing van een docent zal in elk geval vereist zijn dat duidelijk is dat de betreffende persoon niet een geloofwaardige identiteitsdrager voor de school kan zijn en niet past binnen het sociale en pedagogische klimaat van de school. De belangen van de school, de ouders en de leerlingen bij de vrijheid van godsdienst zullen moeten worden gewogen tegen het belang van de individuele docent om niet te worden gediscrimineerd.

3.5 Weigering toelating leerling

3.5.1 Het conflict

Het Hoornbeek College te Amersfoort weigerde in het voorjaar van 2006 de toelating van de 16-jarige zoon van een familie te Veenendaal tot de mbo-opleiding voor onderwijsassistent. Het Hoornbeek College is een reformatorische school, en behoort daarmee tot het bijzonder onderwijs.

⁷⁹⁴ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van de Europese Unie van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Publicatieblad Nr. L 303* 2 december 2000, p. 0016-0022.

3.5.2 Weigering in kort geding toegewezen

Nadat hun zoon niet was toegelaten, spanden de ouders een kort geding aan tegen het Hoornbeek College. Uit het vonnis blijkt het volgende.⁷⁹⁵

De ouders brachten in het proces naar voren dat ze bij brief van 21 maart 2006 een verzoek om herziening van de afwijzing hadden ingediend. Daartoe hadden zij onder meer het volgende aangevoerd: 'Onze keuze voor het Hoornbeek College werd niet alleen ingegeven door de kwaliteit van het onderwijs op uw school maar juist ook door het gevoerde beleid ten aanzien van de identiteit van het onderwijs. Naar onze mening zijn er geen fundamentele verschillen. Wij hebben verklaard dat wij uw identiteitsverklaring onderschrijven. In het toelatingsgesprek zijn een beperkt aantal accentverschillen aan de orde geweest die grondslag en doelstelling van de school niet tegenspreken. Omdat het slechts accentverschillen zijn kunnen wij ons volledig conformeren met het beleid van het bestuur en de school' (2.13). De ouders stelden dat zij en hun zoon aan alle formele vereisten voor toelating voldoen. Er was volgens hen daarom geen enkele objectieve reden om hun zoon als student te weigeren. Zij betoogden dat de school te ver gaat in de uitleg van haar formele doelstelling door de toelatingsnormen te zeer op te rekken. Door hun zoon op grond van accentverschillen te weigeren is er sprake van willekeur en ongelijke behandeling. Het besluit van het Hoornbeek College moet als onzorgvuldig worden aangemerkt, omdat 'het bestuur na afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet tot een dergelijk besluit heeft kunnen komen'. De ouders wezen er verder op dat de accentverschillen ook bestaan tussen leerkrachten en andere leerlingen van de school en dat de school geen beleid voert dat consistent is met haar doelstelling (4.3).

De school betwistte niet dat hun zoon aan de formele eisen voor toelating voldoet, maar stelde 'dat haar weigering voortvloeit uit een individuele afweging op basis van een algehele weging van alle feiten en omstandigheden die in het toelatingsgesprek en het gesprek met de beroepscommissie aan de orde zijn geweest' (4.4). Directievoorzitter Van Leeuwen verklaarde tegenover het *Reformatorsch Dagblad*: 'De gezamenlijke verantwoordelijkheid voor toerusting en vorming van de jongeren kunnen we alleen nemen als er voldoende overeenstemming op wezenlijke punten is. Op grond van de totaalindruk is deze scholier niet toegelaten'.⁷⁹⁶

De rechtbank in Utrecht deed op 1 augustus 2006 uitspraak. Zij beoordeelde de vraag of er sprake is van accentverschillen dan wel van hoofdzaken die de kern van de identiteit van de school raken. De rechtbank meende dat deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van de uitleg die de school geeft aan de toelatingsnormen van

⁷⁹⁵ Rechtbank Utrecht 1 augustus 2006, *NJF* 2006, 460.

⁷⁹⁶ 'Student eist toelating tot Hoornbeek', *Reformatorsch Dagblad* 21 juli 2006.

religieuze aard die de strekking hebben om haar reformatorische identiteit te bewaren. Omdat de identiteitsverklaring moet worden beschouwd als een uitleg van de in de statuten neergelegde toelatingsnorm, vond de rechter dat de daarin opgenomen kenmerken van levensbeschouwelijk gedrag niet kunnen worden aangemerkt als ‘slechts’ een accentverschil op grond waarvan geen afwijzing mag volgen (4.7). De rechter constateerde dan ook dat de Veenendaalse familie op een aantal punten niet voldoet aan de religieuze toelatingsnorm zoals de school deze heeft uitgelegd in de identiteitsverklaring. ‘Nu eisers echter op een aantal punten niet voldoen aan de religieuze toelatingsnorm zoals gedaagde deze heeft uitgelegd in de identiteitsverklaring kan niet gezegd worden dat het bestuur van gedaagde de beslissing om [de zoon] niet als leerling toe te laten in redelijkheid niet heeft kunnen nemen.’ De vordering van de ouders werd daarmee afgewezen (4.11).

3.5.3 Weigering in hoger beroep afgewezen

Tegen het vonnis van de rechtbank gingen de ouders in hoger beroep. Uit het arrest van het Gerechtshof Amsterdam blijkt dat zij stelden dat zij voldoen aan alle formele vereisten voor toelating van hun zoon en dat de weigering van het Hoornbeeck College om hem als student toe te laten in strijd is met de maatstaven van het *Maimonides*-arrest⁷⁹⁷ en met de Awgb, en daarom onrechtmatig is (3.6).

Het gerechtshof constateerde dat het Hoornbeeck College niet ‘concreet inzichtelijk [heeft] gemaakt waarop het verzoek van [de ouders] om [hun zoon] als student tot het Hoornbeeck College toe te laten nu precies strandt, behoudens de algemene vaststelling dat de opvattingen van [de ouders] en van bestuur en school “over een aantal onderwerpen die van wezenlijk belang worden geacht voor de identiteit van de school, te ver uiteenlopen”’ (4.1). Het gerechtshof nam – mede gelet op het *Maimonides*-arrest evenals de rechter in kort geding tot uitgangspunt dat a) het in artikel 23 Grondwet aan het bijzonder onderwijs gewaarborgde beginsel van vrijheid van richting, mede gelet op artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM, in beginsel prevaleert boven de eveneens aan artikel 23 Grondwet ten grondslag liggende vrijheid van schoolkeuze van degene die onderwijs wenst te ontvangen, en dat b) een weigering een student toe te laten in overeenstemming dient te zijn met een vast toelatingsbeleid van de school, dat steunt op haar uitleg van in haar statuten neergelegde toelatingsnormen van religieuze aard, die ertoe strekken de religieuze identiteit van de school te handhaven. Daarbij past de rechter terughoudendheid bij de beoordeling van de vraag of een leerling beantwoordt aan de religieuze grondslag van een school (4.2).

Het gerechtshof voegde hieraan toe dat ‘de in beginsel aan het bestuur van de bijzondere school toekomende vrijheid leerlingen te weigeren op grond van de

⁷⁹⁷ HR 22 januari 1988, *LJN:AD0151*.

(religieuze) richting van de school [haar] beperking vindt in de verplichting om zich consistent aan haar eigen, vaste, (beleids)regels omtrent toelating te houden en deze stelselmatig toe te passen'. Deze opvatting ligt besloten in artikel 7 lid 2 Awgb. Daarin is bepaald dat de hoofdregel van het verbod om onderscheid te maken (artikel 7, lid 1, onder c Awgb) onverlet laat de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om bij toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag. Maar indien een bijzondere school zich bij de toelating en deelname aan het onderwijs niet consequent houdt aan haar eigen, vaste, op religieuze gronden berustende regels, dreigt het gevaar van willekeur en zal moeilijk volgehouden kunnen worden dat op een geloofwaardige manier invulling wordt gegeven aan de verwezenlijking van de eigen religieuze grondslag (4.3). Tegen deze achtergrond behandelde het gerechtshof de grief van de ouders, waarin wordt betoogd dat sprake is van een willekeurig toelatingsbeleid als gevolg waarvan het Hoornbeeck College in redelijkheid niet tot zijn beslissing heeft kunnen komen hun zoon als student te weigeren (4.4).

Het gerechtshof was van oordeel dat uit de stellingen van de ouders 'genoegzaam aannemelijk is geworden dat het door de [school] gevoerde toelatingsbeleid niet consistent is'. De school past haar, op religieuze gronden berustende, toelatingsbeleid niet consequent toe door de zoon als student te weigeren 'omdat zijn zusje thuis wel eens een broek draagt en zijn ouders thuis televisie hebben en zij een afwijkende visie over medezeggenschap hebben, terwijl andere studenten in het verleden zijn toegelaten ondanks het feit dat hun ouders een andere visie over medezeggenschap hadden en/of sprake was van het dragen van een broek door een studente of haar zus terwijl ook de aanwezigheid van televisie in voorkomende gevallen geen breekpunt is gebleken'. Die gang van zaken moet, zo stelde het Hof, aangezien door de school 'ook niets concreets is aangevoerd waaruit volgt dat toelating of handhaving op de school van die studenten niettemin strookt met het eigen, vaste, toelatingsbeleid of anderszins gerechtvaardigd is geweest, in strijd worden geacht met artikel 7 lid 2 AWGB'. Het gerechtshof concludeerde voorts: 'Tegen deze achtergrond kan niet worden aangenomen dat de Vereniging (die het Hoornbeeck College bestuurt, HP) in redelijkheid heeft kunnen besluiten om [de zoon] als student van het Hoornbeeck College te weigeren en moet het besluit daartoe jegens [de ouders] voorshands als onrechtmatig worden aangemerkt' (4.12). Hieruit volgde dat de rechter de ouders in het gelijk stelt (4.13). Het eindoordeel was dat het hoger beroep slaagt en het vonnis in kort geding wordt vernietigd. Het gerechtshof beval het Hoornbeeck College de zoon toe te laten tot de school op straffe van een dwangsom (4.14).⁷⁹⁸

⁷⁹⁸ Gerechtshof Amsterdam 24 juli 2007, *JA* 2007, 140; *NJF* 2007, 389.

3.5.4 Analyse en evaluatie

A. Context casus

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

De school in deze casus heeft een orthodox-protestantse, een zogenoemde reformatorische, identiteit. De instelling neemt in het voortgezet beroepsonderwijs een uitzonderingspositie in met haar toelatingsbeleid. Het Hoornbeeck maakt deel uit van de refozuil, de zuil van kerken, instellingen en organisaties die zich rekenen tot de reformatorische gezindte, een stroming binnen het protestantisme. Uit deze casus blijkt dat de school te maken heeft met een zekere diversiteit aan opvattingen en levensstijlen onder de gezinnen in de reformatorische gezindte en dat de school moeite heeft hiermee om te gaan.

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerkelijken van een religieuze identiteit?

De school oefent haar recht op vrijheid van onderwijs uit met haar toelatingsbeleid. Met het toelatingsbeleid beschermt de school de vrijheid van godsdienst van de ouders die kinderen op de school hebben. De leerling wordt niet toegelaten tot de school omdat zijn identiteit naar het oordeel van het bestuur niet voldoende overeenstemt met de identiteit van de school en hij daardoor de vrijheid van godsdienst van de ouders en de leerlingen zou kunnen schenden.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

In deze casus conflicteert het verwerkelijken van de collectieve identiteit door de school met het verwerkelijken van de individuele identiteit van de aspirant-leerling. De school voert een specifiek confessioneel identiteitsbeleid. Haar relatie met de democratische samenleving die een grote diversiteit aan overtuigingen en levensstijlen kent, is in sterke mate dualistisch. Enerzijds leidt de school leerlingen op om te functioneren in die samenleving, anderzijds hanteert de school een afwijkend normen- en waardenpatroon. De individuele leerling staat in een spanningsveld tussen de school en de samenleving.

De vrijheid van onderwijs biedt de school de ruimte voor haar identiteitsbeleid. Een specifiek identiteitsbeleid is in beginsel legitiem. Het conflict gaat over de wijze waarop de school haar identiteit als reformatische school wenst te realiseren. Vanuit de oprichting van de bijzondere school gezien heeft de school een verantwoordelijkheid tegenover ouders en leerlingen om in overeenstemming met de grondslag van de school het onderwijs aan te bieden. De toelating van leerlingen behoort het in praktijk brengen van de religieuze overtuiging van de ouders en het verwerklijken van de confessionele identiteit van de school te bewaken. Als zodanig behoort de school de religieuze identiteit van de ouders en hun leerlingen te beschermen. Deze identiteit is evenwel in wezen pluriform van aard, dat wil zeggen, zij kent variaties. In deze casus hebben ouders een conflict met de school of de identiteit van de zoon overeenstemt met de identiteit die de school bewaakt en nastreeft. Naar de mening van de ouders van de aspirant-leerling bestaat er geen spanning tussen zijn identiteit en die van de school. Naar de mening van de school past de leerling echter niet op de school. De rechten van de school om de leerling te weigeren botsen met de rechten van de leerling en zijn ouders die toelating willen.

3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?

De school baseert zich voor haar identiteitsbeleid op de Bijbel. Zij streeft ernaar religieuze voorschriften na te leven. De afwijzing van de aspirant-leerling betreft het totaalbeeld waarbij diverse aspecten van de identiteit die door de school van belang worden geacht, aan de orde zijn. De rechter oordeelt in hoger beroep dat de leerling behoort te worden toegelaten en beperkt aldus de vrijheid van onderwijs van de school en indirect de vrijheid van godsdienst van de ouders die kinderen op de school hebben zitten. De door de ouders van de geweigerde leerling geëiste beperking van de vrijheid van onderwijs impliceert niet een verwerping van een of meer kernonderdelen van de godsdienstige overtuiging van de ouders die kinderen op de school hebben, maar richt zich op de beoordeling van middelmatige zaken waarover verschillend wordt gedacht.

4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?

De school doet een beroep op de totaalindruk van de leerling. Dit vindt de rechter onvoldoende om toelating te weigeren. De school wordt veroordeeld de leerling toe te laten omdat haar toelatingsbeleid naar het oordeel van het gerechtshof willekeurig is. De rechter beperkt aldus de collectieve vrijheid van godsdienst van de ouders die leerlingen op de school hebben en de vrijheid van onderwijs die de school claimt.

5. Indien in de casus het CRM of de rechter een oordeel heeft gegeven of een uitspraak heeft gedaan: hoe maakt deze instantie de afweging van de belangen die in het geding zijn?

Bij de uitoefening van het recht op vrijheid van onderwijs ontstaat een horizontaal conflict doordat de grondrechten van de school, die daarbij de ouders en de leerlingen vertegenwoordigt, botsen met de grondrechten van de individuele leerling (en zijn ouders). De rechter kent in de *Maimonides*-casus een zwaarwegend belang toe aan het verwerkelijken van de identiteit van de school op grond van de vrijheid van onderwijs. In dit geval wijst de rechter in hoger beroep het identiteits- en toelatingsbeleid van de school als zodanig niet af, maar hij verwijt de school gebrek aan consistentie in het beleid en willekeurigheid bij de toelating van leerlingen. Daarom weegt in deze casus het belang van de zoon en zijn ouders zwaarder dan het belang van de school.

C. Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?

Het bijzonder onderwijs wordt tegenwoordig geconfronteerd met een diversiteit in opvattingen en levensstijlen in de eigen achterban. Deze diversiteit lijkt toe te nemen door een verschuiving in waarden en normen in de eigen reformatorische gezindte. Hier wordt bij herhaling op gewezen, en ook voor gewaarschuwd, omdat deze ontwikkeling de identiteit van reformatorische organisaties bedreigt. Een voorbeeld is een artikel van Janse, die hoofdredacteur was van de krant van de refozuil, het *Reformatorisch Dagblad*, en die is gepromoveerd op een sociologisch onderzoek naar de refozuil. Hij stelt dat in reformatorische kring dingen in beweging zijn. Algemene processen van individualisering, democratisering en subjectivering werken ook door onder de refo's. Mensen voelen zich tegenwoordig mondiger dan vroeger en willen zelf hun keuzes maken. Dit leidt tot pluriformiteit.⁷⁹⁹ Uniformiteit maakt consistentie in het toelatingsbeleid gemakkelijker te realiseren dan de groeiende diversiteit die een verandering in het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon van de school impliceert. Daaruit vloeit de inmenging voort in de vrijheid van onderwijs van de school en in de vrijheid van godsdienst van de ouders met kinderen op de school. De school wordt verplicht de geweigerde leerling toe te laten.

⁷⁹⁹ C.S.L. Janse, 'Identiteitsbesef wezenlijk voor refozuil', *Reformatorisch Dagblad* 7 maart 2009.

2. Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?

De beperking die aan de vrijheid van godsdienst wordt gesteld door het gerechtshof, is dat het identiteitsbeleid, in casu het toelatingsbeleid, consistent en zorgvuldig door de school moet worden uitgevoerd. Op zich heeft de rechter de vrijheid om een specifiek toelatingsbeleid te voeren niet beperkt. Hij stelt wel eisen aan de degelijkheid ervan.

3. Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?

Een school heeft het recht met een beroep op de vrijheid van onderwijs een specifieke collectieve identiteit te creëren en in stand te houden. Zij mag een leerling weigeren die dit identiteitsbeleid zou verstoren. De constitutionele orde erkent de autonomie van de school. Het belang van de school haar identiteit te realiseren weegt in beginsel zwaarder dan het belang van de individuele leerling om zijn identiteit te verwirkelijken. Dat is in deze casus bevestigd. De vrijheid van onderwijs waarborgt de collectieve vrijheid van godsdienst van de ouders die kinderen op de school hebben. De constitutionele orde beperkt het recht op vrijheid van godsdienst van ouders en individuele leerlingen die toelating tot een bijzondere school wensen. De vrijheid van onderwijs impliceert geen recht op toelating maar wel een recht op weigering van toelating om de identiteit van de school gefundeerd op de grondslag te verwirkelijken. De staat stelt zich terughoudend op bij de interpretatie van identitaire onderwerpen. In de specifieke casus toetst hij op consistentie en bevestigt daarbij dat de school recht heeft op haar eigen levenssfeer.

4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?

De vorm van ongelijke behandeling waarin de constitutionele orde voorziet, is dat een school voor bijzonder onderwijs een leerling toelating mag weigeren indien zijn levensovertuiging conflicteert met de levensovertuiging zoals deze in de grondslag van de school is verwoord en in de praktijk wordt gerealiseerd. De constitutionele orde voorziet in een uitzondering op het nondiscriminatiegebod bij toelating van leerlingen ten behoeve van de geloofsopvoeding die de ouders nastreven. De collectief

uitgeoefende vrijheid van godsdienst van ouders wordt beschermd tegen indirecte discriminatie op het terrein van het toelatingsbeleid. De wet biedt bescherming aan het bijzonder onderwijs van betekenisgevende overtuigingen en verplichtingen, zodat de morele integriteit van ouders en school bewaard kan blijven.

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

De toelating van leerlingen is een kernelement van de vrijheid van het bijzonder onderwijs. De uitspraak van het gerechtshof bevestigt dat de constitutionele orde deze vrijheid beschermt. Het feit dat in dit geval de school in het ongelijk is gesteld, doet hier niet aan af. In de *Maimonides*-casus oordeelt de Hoge Raad dat de betreffende school terecht een leerling heeft geweigerd. De constitutionele orde erkent en beschermt de vrijheid van godsdienst van de ouders die voor de confessionele school kiezen en de grondslag onderschrijven. De individuele interpretatie van de grondslag kan echter botsen met de collectieve interpretatie. De rechter laat de collectieve interpretatie uitgeoefend door het bevoegd gezag van de instelling dan zwaarder wegen dan die van afzonderlijke ouders, mits het beleid aan criteria van deugdelijkheid en consistentie voldoet.

3.6 Een hoofddoek geweigerd door het bijzonder onderwijs

3.6.1 Het conflict

Het Don Bosco College (DBC), een rooms-katholieke school voor voortgezet onderwijs in Volendam, stond de islamitische leerlinge Imane Mahssan niet toe een hoofddoek op school te dragen. In dit conflict zijn drie uitspraken gedaan, te weten door de Cgb, de rechtbank (kantonrechter) en het gerechtshof.

3.6.2 Oordeel Cgb

De Cgb sprak op 7 januari 2011 haar oordeel uit. De school maakt verboden onderscheid op grond van godsdienst jegens de leerlinge met haar hoofddoekverbod. Het beroep op de wettelijke uitzondering voor bijzonder onderwijs slaagt niet.

Ter beoordeling aan de Cgb was de vraag of het DBC door de islamitische leerlinge niet toe te staan dat zij op school een hoofddoek draagt, verboden onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt. Op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel c Awgb, in samenhang met artikel 1 Awgb, mogen onderwijsinstellingen geen

onderscheid op grond van godsdienst maken tegenover hun leerlingen. De Awgb biedt bescherming bij gedragingen die, mede gelet op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, rechtstreeks uitdrukking geven aan een godsdienstige overtuiging. Het is de vaste oordelenlijn van de commissie dat het dragen van een hoofddoek door een moslima een uiting kan zijn van haar geloofsovertuiging.⁸⁰⁰

DBC benadrukte ter zitting dat het dragen van een hoofddoek door een leerling in strijd is met de identiteit van de school, omdat een hoofddoek een uiting is van een ander geloof dan het katholieke. Het dragen van allerlei soorten hoofddekfels is verboden, maar specifiek voor het hoofddoekverbod geldt dat dit verband houdt met de identiteit van de school. Op grond van deze verklaring oordeelde de commissie dat de school ten opzichte van de leerlinge direct onderscheid op grond van godsdienst maakt, door haar niet toe te laten tot de lessen zolang zij een hoofddoek draagt. Op het verbod op het maken van onderscheid op grond van godsdienst is in artikel 7, tweede lid Awgb een uitzondering gemaakt voor het bijzonder onderwijs. Dit artikel bepaalt dat een instelling van bijzonder onderwijs de mogelijkheid heeft eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag.⁸⁰¹ De Cgb stelde vast dat de school alleen hoofddoeken heeft verboden en er geen sprake is van een algemeen verbod op het dragen van kleding of attributen die uiting geven aan een andere religie dan de katholieke. Naar het oordeel van de commissie voert DBC geen consistent beleid ter verwezenlijking van zijn grondslag en heeft de school niet overtuigend aangetoond dat het verbod daadwerkelijk nodig is voor de verwezenlijking van die grondslag. DBC kan daarom geen beroep doen op de uitzondering van artikel 7, tweede lid Awgb. Tegenover de leerlinge heeft het verboden onderscheid gemaakt op grond van godsdienst.⁸⁰² DBC legde deze uitspraak naast zich neer en handhaafde het verbod.

3.6.3 *Vonnis rechtbank*

De vader van de leerlinge spande vervolgens een kort geding aan. Hij vorderde voor zijn dochter veroordeling van het Don Bosco College om haar niet toe te staan met hoofddoek op de lessen te mogen bijwonen. Hij legde aan zijn vordering ten grondslag dat de school zich tegenover zijn dochter onrechtmatig gedraagt door haar te verbieden een hoofddoek te dragen, hetgeen discriminerend is omdat haar recht op godsdienstvrijheid wordt geschonden. DBC betwistte de vordering en voerde aan dat de leerlinge welkom is op school zolang zij de katholieke grondslag respecteert. Dit laatste impliceert in algemene zin dat (ouders en) leerlingen zich onthouden van gedragingen waarbij afstand wordt genomen van de statutaire doelstelling van de

⁸⁰⁰ Onder meer: Cgb 30 oktober 2001, oordeel 2001-96, 4.3.

⁸⁰¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, 3, p. 3.

⁸⁰² Cgb 7 januari 2011, oordeel 2011-2, 2.8-3.31.

onderwijsinstelling. De school voerde aan dat uit intern onderzoek is gebleken dat de diverse geledingen binnen de school unaniem van mening zijn dat de katholieke grondslag van de school niet kan worden verwezenlijkt indien binnen de school uitingen van een ander geloof worden getolereerd.

De kantonrechter te Zaandam deed uitspraak op 4 april 2011. Aan de Cgb gaf de rechter toe dat DBC met het in september 2010 aangescherpte beleid op het gebied van het dragen van een hoofddoek geen uiting heeft gegeven aan een consistent beleid ter verwezenlijking van de grondslag van de school. De commissie miskent echter dat totdat de leerlinge haar verzoek aan de school deed er in het geheel geen sprake was van beleid op dit punt. Door de school is onweersproken aangevoerd dat zij daarvoor geen hoofddoekdraagsters in haar midden kende. Het geldende schoolreglement maakt melding van een verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding, petten, hoeden, mutsen of hoofddoekjes.

Hij sprak als zijn oordeel uit: 'In beginsel staat het de school vrij om een dergelijk verbod in haar reglement op te nemen, zo goed als het andere scholen vrij staat om te besluiten het anders te doen. Het nemen van dergelijke besluiten is aan het schoolbestuur, niet aan de rechter; die toetst slechts. Zoals [de leerlinge] met juistheid heeft opgemerkt dient de toetsing van het besluit van DBC te worden ontdaan van emotionele en politieke invloeden. Kijkt de kantonrechter aldus naar het besluit van DBC, dan kan de slotsom geen andere zijn dan dat DBC ook anders had kunnen beslissen, maar dat de beslissing zoals die is genomen en nu wordt gehandhaafd een beslissing is die DBC kan nemen op basis van haar (katholieke) grondslag die met zich meebrengt dat uitingen van een ander geloof binnen de school niet worden aanvaard. Met inperking van de vrijheid van meningsuiting of met discriminatie op basis van geloof heeft dat niets van doen; met dat standpunt miskent [de leerlinge] dat zij met haar eis om haar geloofsovertuiging te mogen uiten onvermijdelijk inbreuk maakt op de gevoelens van anderen, die menen het recht te hebben van dergelijke uitingen verschoond te blijven. Het vinden van evenwicht tussen dergelijke conflicterende belangen is in een geval als het onderhavige primair een taak van de school en niet van de rechter. Die grijpt slechts in als geen redelijk oordelende school een dergelijk besluit had kunnen nemen, en zo'n situatie doet zich hier niet voor'. De kantonrechter wees de vordering van de leerlinge en haar vader af.⁸⁰³

⁸⁰³ Kanton Rechtbank Haarlem 4 april 2011, *ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ0063*.

3.6.4 Arrest gerechtshof

De moslima en haar vader gingen naar aanleiding van de uitspraak van de kantonrechter in hoger beroep. Het Gerechtshof Amsterdam deed uitspraak op 6 september 2011.

De vader van de leerlinge had naar voren gebracht dat het DBC bij het stellen van zijn eis willekeurig of met misbruik van zijn bevoegdheid heeft gehandeld. Bovendien is de door de school gestelde kleding-eis in strijd met de wet, namelijk artikel 7 Awgb, in samenhang met artikel 1 van deze wet en artikel 1 Grondwet. DBC handelt tevens in strijd met verdragen, waaronder met artikel 9 EVRM.

De rechter oordeelde dat zoals is neergelegd in artikel 7, tweede lid Awgb aan een instelling van bijzonder onderwijs de vrijheid toekomt bij de toelating tot en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag. Reeds als deze eisen bijdragen tot verwezenlijking van de grondslag van de instelling, zijn zij ervoor nodig. Voor zover het gaat om een instelling van bijzonder onderwijs met een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, past de rechter grote terughoudendheid, zowel bij de beoordeling of bepaalde eisen nodig zijn voor de verwezenlijking van die grondslag, als bij de uitleg van dergelijke eisen van godsdienstige of levensbeschouwelijke aard, alsmede bij de beoordeling of in een concreet geval voldaan is aan dergelijke eisen. Deze beoordelingen en deze uitleg komen in beginsel – behoudens bijzondere omstandigheden – toe aan de instelling zelf.

De rechter was van mening dat DBC niet in strijd handelt met de Awgb. De leerlinge maakt met haar eis haar geloofsovertuiging te mogen uiten door een hoofddoek op school te dragen, onvermijdelijk inbreuk op de gevoelens van anderen die menen het recht te hebben van dergelijke uitingen verschoond te blijven. Het is de taak van de school en niet die van de rechter, een evenwicht te vinden tussen deze conflicterende belangen. Van de juistheid van de overweging van de kantonrechter ging het gerechtshof uit. Daarom meende het dat de vader zijn bewering omtrent strijd met artikel 9 EVRM onvoldoende heeft toegelicht. En als hij zich in zijn verhouding tot DBC al kan beroepen op dit artikel, dan stuit hij op een bij de wet – in dit geval de Awgb – voorziene, in een democratische samenleving voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen noodzakelijke beperking. Het gerechtshof oordeelde, anders dan de Cgb, dat de bewering ongegrond is dat de eis inzake de hoofddoek niet nodig is voor de verwezenlijking van de katholieke grondslag van de school. Of DBC in de praktijk niet strikt katholiek is zoals de vader beweert, staat niet ter beoordeling van de rechter. Het gerechtshof concludeerde dat DBC bij het stellen van de eis dat de leerlinge zich op school onthoudt van het dragen van een hoofddoek niet willekeurig of

met misbruik van zijn bevoegdheid heeft gehandeld, en niet onrechtmatig jegens de leerlinge is opgetreden.⁸⁰⁴

3.6.5 Kamervragen

Tijdens het ordedebat in de Tweede Kamer op 5 april 2011 wenste de Kamer een spoeddebat te houden met de ministers van Onderwijs en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over de uitspraak van de rechtbank van 4 april 2011 over het hoofddoekverbod op het Don Bosco College. Voorafgaand aan het debat ontving de Kamer een brief van het kabinet met een beoordeling van de gevolgen van deze uitspraak.⁸⁰⁵ In de brief zette minister Van Bijsterveldt van Onderwijs mede namens minister Donner van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een aantal zaken recht die in het ordedebat waren gezegd, verduidelijkte zij de hoofdzaken van relevante wetgeving en jurisprudentie en gaf zij aan geen standpunt in te willen nemen inzake dit specifiek geval omdat de moslima in hoger beroep was gegaan en de zaak daarmee onder de rechter was.⁸⁰⁶ Het overleg vond plaats op 12 april 2011.

Het Kamerlid Van Dam van de PvdA meende dat de leerlinge die het betrof niet meer op een normale manier onderwijs kon volgen in haar woonplaats. Ze kon kiezen tussen haar opvatting over haar geloof opgeven of half Noord-Holland doorreizen om onderwijs te volgen. Of dat wenselijk was, was een vraag die de politiek niet op het bordje van de rechter mocht leggen. Hij had een aantal vragen aan het kabinet naar aanleiding van de concrete situatie. ‘Vindt het kabinet het aanvaardbaar dat een katholieke, protestantse of islamitische school een leerling van een ander geloof de toegang tot de lessen ontzegt om het enkele feit dat die leerling een geloofsregel volgt waar niemand last van heeft? Vindt het kabinet dat bijzondere scholen leerlingen die een ander geloof hebben en dat willen uiten, überhaupt mogen weigeren? Vindt het kabinet dat een bijzondere school die niet streng religieus is en nota bene de enige school in de omgeving, de morele plicht heeft om het met belastinggeld gefinancierd onderwijs aan iedere leerling aan te bieden die op een normale manier met die school wil meedoen en alle activiteiten van die school wil volgen? Heb je dan niet het recht om naar die school te gaan?’

Zijn SP-collega Van Dijk stelde zich eveneens kritisch op. ‘Het Don Bosco College in Volendam verbiedt het dragen van een hoofddoek omdat het in strijd is met de katholieke grondslag van deze school. De school eist dat leerlingen respect uiten voor deze grondslag. De hoofddoek zou daar een inbreuk op zijn. Is de minister het hiermee eens? (...) Hoe beoordeelt de minister (...) religieus geïnspireerde eisen in het licht van

⁸⁰⁴ Gerechtshof Amsterdam 6 september 2011, *NJF* 2011, 400.

⁸⁰⁵ *Handelingen II* 2010/11, nr. 69 (Regeling van Werkzaamheden).

⁸⁰⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 31289, 100.

de integratie? Deelt zij de mening dat deze regels (die bijzondere scholen stellen, HP) de segregatie bevorderen? Scholen kiezen de leerling op grond van hun religieuze achtergrond. Als je niet meedoet of een ander geloof uitdraagt, wordt je niet toegelaten. Is deze constructie niet verouderd? Zouden we niet moeten streven naar scholen waar iedereen welkom is, zodat kinderen met elkaar leren samenleven?’

Minister Van Bijsterveldt zag niet in hoe de uitspraak van de rechter in deze casus de segregatie in het onderwijs zou bevorderen. Op de vele vragen ging zij niet in. Minister Donner merkte op dat de hele discussie niet ging over de vrijheid van godsdienst. ‘Het meisje heeft vrijheid van godsdienst om een hoofddoek te dragen. Het gaat over de vrijheid van scholen, van het bijzonder onderwijs, om zich te organiseren en daar[aan] waar dat noodzakelijk is voor hun grondslag consequenties te verbinden. Dat is geen nieuwe discussie. Dat is de hele substantie van de discussie geweest tot 1917. (...) Men is er toen uitgekomen met artikel 23. Hierbij is aanvaard dat scholen het recht hebben om te leven naar hun grondslag en toch gefinancierd te worden uit publieke middelen. Je kunt de stelling niet omdraaien: omdat men uit publieke middelen wordt gefinancierd, moet men zich publiek gedragen.’

Donner stelde dat de bepalingen van de Grondwet betrekking hebben op de relatie met de overheid. ‘Het gaat nu juist om de vrijheid van die school. Er is niet maar één vrijheid, namelijk de vrijheid van het individu. Er bestaan ook vrijheden van collectiviteiten, en dat is nu die school. De vrijheid van die school beperkt de vrijheid in dezen van de ouders van het meisje of van het meisje. Het is geen argument dat er geen andere toegang is. Daar is vanaf het begin van de discussie het openbaar onderwijs voor geweest. Het openbaar onderwijs moet toegankelijk zijn. Daaraan hebben we bepaalde criteria gesteld. Dat betekent dat een overheid die onvoldoende onderwijs beschikbaar stelt, de vrijheid van artikel 23 beperkt. Maar in dit geval is er openbaar onderwijs beschikbaar.’ Aan het slot van het debat trok Donner zijn conclusie. ‘Als ik de heer Van Dam en de heer Van Dijk hier zo hoor, is er nog alle reden om pal achter artikel 23 te blijven staan. Als ik de wijze hoor waarop de heer Van Dam zijn opvattingen aan iedereen dwingend wil opleggen, is dat nu precies waarover die schoolstrijd ging. Die ging over precies dezelfde houding: wij weten wat goed is voor de mensen, wij weten hoe de kinderen opgevoed moeten worden. Daartegenover stonden de ouders die zeiden: wij weten het zelf wel; dat weten ze niet in Den Haag; dat weten ze niet in de Kamer; wij willen die keuze hebben. In die zin is die discussie nog geen snippertje verouderd. Hij wordt juist iedere keer weer nieuw leven ingeblazen. Nogmaals, dat alles heeft niets maar dan ook niets te maken met de uitspraak die de rechter nu gedaan heeft.’⁸⁰⁷

⁸⁰⁷ *Kamerstukken II 2010/11, 31289, 103, p. 2-3, 5-6, 16, 18-19, 24.*

3.6.6 Analyse en evaluatie

A. Context casus

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

De betekenis van de context lijkt mij niet eenduidig toe voor deze casus. Enerzijds is in de publieke en politieke sfeer weerstand te signaleren tegen een specifiek op de identiteit gericht beleid van het bijzonder onderwijs. Dit is ook gebleken door de Kamervragen die over dit conflict zijn gesteld. Anderzijds is in dit millennium het concept van de multiculturele samenleving in diskrediet geraakt en klinken er stemmen tegen de islamisering van de samenleving. Dat impliceert dat de tolerantie tegenover uitingen van de orthodoxe islam zijn afgenomen.

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerkelijken van een religieuze identiteit?

De school oefent haar recht op vrijheid van onderwijs uit door een islamitische leerlinge te verbieden een hoofddoek te dragen in de school ter bescherming van de vrijheid van godsdienst van de overige leerlingen en hun ouders.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

De moslima wenst zich te identificeren met de orthodox-islamitische gemeenschap en haar individuele islamitische identiteit tot uiting brengen. De school, daartegenover, wil haar collectieve katholieke identiteit bewaken. Met haar hoofddoek doorkruist de moslima het beleid van de school om zich te identificeren als een katholieke gemeenschap. De school verbiedt haar daarom de hoofddoek te dragen. De school doet een beroep op de rechten en vrijheden van de school, de leerlingen en de ouders. De school acht de islamitische hoofddoek strijdig met haar katholieke grondslag. Het verbod op de hoofddoek biedt bescherming voor de rechten van de medeleerlingen en hun ouders. Deze beperking van de godsdienstvrijheid van de islamitische leerlinge dient ertoe de relatie tussen de katholieke schoolgemeenschap en de katholieke ouders vrij van spanningen te houden.

3. Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?

De rechter heeft een inmenging in de vrijheid van godsdienst van de ouders en de leerlingen met een belijdenis overeenkomstig de katholieke grondslag van de school verworpen. Hun vrijheid van godsdienst wordt beschermd en gevrijwaard van een beperking. Artikel 23 Grondwet en de Awgb voorzien hierin.

De betrokken moslima verlangt een religieus voorschrift te onderhouden. De hoofddoek is een identitair element van de islam. Het dragen van de hoofddoek kan men opvatten als een kernelement van de religieuze identiteit van de moslima. Het door haar bestreden verbod raakt haar identiteit dus op een kernonderdeel. De constitutionele orde beschermt haar rechten niet ten opzichte van de katholieke school.

4. Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?

De beperking van de vrijheid van godsdienst van de ouders en de leerlingen die de islamitische leerlinge eist, wordt door de rechter niet gerechtvaardigd. Zijn argument is dat de wet een school voor bijzonder onderwijs de vrijheid biedt kledingseisen te stellen die nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag van de school.

De school legt met het uitoefenen van het recht op vrijheid van onderwijs een beperking op aan de rechten en vrijheden van vrouwelijke islamitische leerlingen. Het wordt hun niet toegestaan hun religie tot uiting te brengen door een hoofddoek te dragen. Met het verbieden van de hoofddoek maakt de school direct onderscheid naar godsdienst. Zij legt de beperking op om haar godsdienstige identiteit te verwerklijken. Dit is legitiem.

5. Indien in de casus het CRM of de rechter een oordeel heeft gegeven of een uitspraak heeft gedaan: hoe maakt deze instantie de afweging van de belangen die in het geding zijn?

In de casus botsen twee grondrechtendragers met elkaar. De moslima botst bij de uitoefening van haar recht op godsdienstvrijheid met de bijzondere school waarvan zij een leerlinge is en die haar recht op vrijheid van onderwijs uitoefent.

De Cgb kent een zwaarwegend belang toe aan de vrijheid van godsdienst van de islamitische leerlinge. Zij hecht minder gewicht aan het belang dat de school heeft bij een verbod van de hoofddoek. De Cgb vindt een dergelijk verbod niet noodzakelijk voor het verwerklijken van de grondslag van de school.

De rechter oordeelt dat de school zich niet onrechtmatig heeft gedragen tegenover de islamitische leerlinge door haar te verbieden een hoofddoek te dragen. Hij erkent het beroep van de school op haar vrijheid van onderwijs en op de vrijheid van godsdienst en beschermt met zijn oordeel de rechten en vrijheden van de ouders en de leerlingen die voor de school hebben gekozen vanwege haar katholieke grondslag en identiteit. Het belang van de school weegt zwaarder dan het belang van de leerlinge. Dit is in overeenstemming met het arrest van de Hoge Raad in de *Maimonides*-zaak.

C. Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?

De betekenis van het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon is in kwesties van het dragen van de islamitische hoofddoek niet eenduidig vast te stellen, zoals ik reeds heb opgemerkt. Het verbieden van het dragen van de hoofddoek in de school is een controversieel onderwerp. Een verbod kan voortvloeien uit het afwijzen van de multiculturele samenleving en de wens dat moslims assimileren. Artikel 23 Grondwet is een veelvuldig bekritiseerd artikel. Er zijn Kamervragen gesteld naar aanleiding van deze casus waarbij de vrijheid van onderwijs ter discussie is gesteld en het recht van de moslima om de hoofddoek te dragen is verdedigd.

2. Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?

De vrijheid van onderwijs biedt het bijzonder onderwijs het recht de vrijheid van godsdienst van een individuele leerling te beperken. Via de school oefenen de ouders collectief hun vrijheid van godsdienst uit. Een aantasting van het collectieve recht van de ouders en hun kinderen wordt voorkomen door op individuele basis uitgeoefende rechten van ouders of leerlingen niet te erkennen, of althans van minder gewicht te achten. De religieuze grondslag van het bijzonder onderwijs functioneert als argument in de constitutionele orde om de beperking van de rechten en vrijheden van individuele ouders en leerlingen te rechtvaardigen.

3. Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?

De vrijheid van onderwijs biedt bescherming voor het realiseren van de identiteit van een instelling voor bijzonder onderwijs en daarmee voor de collectieve identiteit van de ouders, de leerlingen en de docenten. Een individuele identiteit die met de collectieve identiteit conflicteert kan rechtmatig beperkingen worden opgelegd of worden geweerd bij een consistent beleid. De constitutionele orde erkent de autonomie van de school en beschermt haar levenssfeer.

De Nederlandse rechtsorde kent het primaat toe aan de individuele vrijheid: elk individu heeft gelijke vrijheidsrechten. De vrijheidsrechten van het individu vormen in de constitutionele orde enerzijds een zwaarwegend belang. Anderzijds is een bijzondere school een private organisatie waarvan de identiteit gebonden is aan haar grondslag. De vrijheidsrechten van een dergelijke organisatie vormen eveneens een zwaarwegend belang. Als zich een conflict voordoet tussen deze organisatie en een individuele burger wegen de belangen van de organisatie in beginsel zwaarder dan die van het individu. De constitutionele orde beschermt primair de autonomie van de organisatie en niet die van de individuele persoon. De casus maken daarbij duidelijk dat de constitutionele orde eisen stelt aan het beleid van de organisatie.

De bevoegdheid van het bijzonder onderwijs om met een beroep op de grondslag van de instelling regels, waaronder kledingregels, te stellen, gaat ver. Dit is in overeenstemming met jurisprudentie van het EHRM. In haar oordeel in de zaak van Leyla Şahin stelt de Grote Kamer: ‘The Court has frequently emphasised the State’s role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society. It also considers that 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 or the ways in which those beliefs are expressed (see *Manoussakis and Others v. Greece*, judgment of 26 September 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1365, § 47; *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 78, ECHR 2000-XI; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 91, ECHR 2003-II), (...)’.⁸⁰⁸ In concreto impliceert dit dat de staat de vrijheid van godsdienst uitgeoefend door middel van het bijzonder onderwijs respecteert en dat de staat het bijzonder onderwijs niet voorschrijft

⁸⁰⁸ EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 107 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

hoe het zijn religieuze identiteit moet verwerkelijken. De staat dwingt dus bijvoorbeeld niet een katholieke school tot het accepteren van leerlingen met een islamitische hoofddoek. De vrijheid van onderwijs geeft de instelling die het onderwijs aanbiedt, de bevoegdheid te beoordelen of een uiting van een andere religie strijdig is met de religie die de school aanhangt. De onderwijsinstelling heeft het recht maatregelen te treffen die de religieuze harmonie binnen de schoolgemeenschap bewaren.

De vrijheid van onderwijs legt het primaat voor het realiseren van een religieuze identiteit bij de instelling die het onderwijs aanbiedt. Binnen de verhoudingen van individu, school, ouders en staat wordt het recht van de individuele persoon zich te identificeren met de eigen religieuze gemeenschap beperkt ten gunste van de uitoefening van de vrijheid van onderwijs door de school en de vrijheid van godsdienst van de ouders. De staat stelt zich terughoudend op bij het interpreteren van de inhoudelijke kant van identitaire kwesties.

4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?

Het openbaar onderwijs mag in beginsel geen onderscheid maken naar religieuze uitingen die het wel en die het niet accepteert. Het bijzonder onderwijs mag dit wel doen. De constitutionele orde voorziet in een aanpassing van de nondiscriminatieregels ten gunste van het bijzonder onderwijs. Zij beschermt de op de grondslag van de school gebaseerde overtuigingen en verplichtingen tegen andere, daarmee strijdige overtuigingen en verplichtingen.

De constitutionele orde voorziet in deze ongelijke behandeling van ouders en leerlingen door middel van de vrijheid van onderwijs. Daardoor wordt hun morele integriteit beschermd. Ouders en leerlingen die een afwijkende religie belijden, wordt een beperking van de vrijheid van godsdienst opgelegd. Zij kunnen dit ervaren als een aantasting van hun morele integriteit, maar zij zijn vrij een andere school te kiezen die hun wel toestaat hun religieuze identiteit te verwerkelijken.

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

De constitutionele orde waarborgt de collectieve rechten en vrijheden van religieuze bevolkingsgroepen in het bijzonder onderwijs. Haar grondrechten worden beschermd

tegen een inbreuk door burgers met een andere levensovertuiging. De rechter heeft de rechten en vrijheden van het bijzonder onderwijs zonder meer erkend.

4 Religieuze opvoeding – de besnijdenis

4.1 Afwijzing door de samenleving

De artsenorganisatie KNMG vroeg in een opiniestuk in *Trouw* van 14 september 2011 opnieuw aandacht voor haar op 27 mei 2010 gepubliceerde standpunt dat de besnijdenis – aangeduid als *niet-therapeutische circumcisie* – bij minderjarige jongens zoveel mogelijk moet worden ontmoedigd. Dit standpunt wordt onderschreven door een aantal wetenschappelijke verenigingen op het terrein van de geneeskunde. Besnijdenis om andere dan medisch-therapeutische redenen is niet te rechtvaardigen. Tijdens of na de besnijdenis kunnen medische complicaties ontstaan. Daarnaast zijn er overwegingen van morele en juridische aard, die volgens de KNMG impliceren dat besnijdenis niet te verdedigen is. Besnijdenis is in strijd met de regel dat minderjarigen alleen mogen worden blootgesteld aan medische handelingen als er sprake is van ziekte of afwijkingen, of als de ingreep in het belang van het kind is. Besnijdenis is afgezien van medisch-therapeutische redenen ook in strijd met de rechten op autonomie en lichamelijke integriteit van het kind.⁸⁰⁹

De jongensbesnijdenis was tot aan het openbaar worden van het KNMG-standpunt geen serieus *issue* in het publieke of parlementaire debat. Tijdens de parlementaire behandeling in het vergaderjaar 2005-2006 van artikel 1:247 lid 2 BW kwam de jongensbesnijdenis en het ouderrecht op godsdienstige opvoeding wel ter sprake. Naar aanleiding van een verwijzing naar artikel 11 Gw door de ChristenUnie-fractie, stelde minister Donner van Justitie: ‘Artikel 11 van de Grondwet geldt uiteraard ook voor kinderen en door kindermishandeling wordt de integriteit van het lichaam inderdaad geschonden. Het onderwerp besnijdenis (en dan met name van jongens) is echter van een geheel andere orde (...). Er is geen enkele noodzaak of goede reden om dit onderwerp in verband te brengen met de reikwijdte van het wetsvoorstel.’⁸¹⁰

De standpuntbepaling van de KNMG kan op termijn van betekenis zijn voor de rechtsontwikkeling. Een aanwijzing hiervoor is de Conclusie van advocaat-generaal

⁸⁰⁹ J.P. Verwey, ‘En nu ook de kinderbesnijdenis verbieden’, jpverwey.blogspot.com/2011/04/en-nu-ook-kinderbesnijdenis-verbieden; Lode Wigersma & Tom de Jong, ‘Tijd om het besnijden van jongens de wereld uit te helpen’, *Trouw* 14 september 2011; KNMG: ‘Niet-therapeutische circumcisie bij minderjarige jongens’, www.knmg.nl/jongensbesnijdenis.

⁸¹⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 316, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag, vastgesteld op 23 november 2005, ontvangen op 15 maart 2006), p. 9. Artikel 11 Gw bepaalt dat eenieder recht heeft op onaantastbaarheid van het lichaam.

Silvis voorafgaand aan een arrest van de Hoge Raad, waarin het KNMG-rapport wordt aangevoerd als bewijs voor de stelling dat '[i]n de medische wereld (...) de opvatting veld [lijkt] te winnen, dat jongensbesnijdenis in de westerse context (...) een medisch niet-noodzakelijke ingreep is met een reële kans op complicaties (...)'.⁸¹¹

Het standpunt van de KNMG past in een wereldwijde trend van toenemende kritiek op een eeuwenlang gerespecteerde godsdienstige praktijk, merkt De Blois op. De gangbare mening was dat de beperkte medische risico's van de besnijdenis in het niet vallen bij de belangrijke voordelen voor de gezondheid van de betrokkene en zijn eventuele echtgenote. De Blois wijst erop dat tegenstanders van de besnijdenis zich niet alleen baseren op medische argumenten maar vooral op noties ontleend aan de mensenrechten, in het bijzonder de rechten van het kind.⁸¹²

4.2 Duitse wetgeving

Ruime aandacht heeft in Nederland gekregen de uitspraak van het Landgericht in Keulen op 7 mei 2012 dat de religieuze jongensbesnijdenis moet worden gezien als een strafbare mishandeling.⁸¹³ De rechter ging aan de hand van de Duitse grondwet (Grundgesetz (GG)) ook in op de grondrechtelijke aspecten. Hij kwam tot de conclusie dat de godsdienstvrijheid en opvoedingsvrijheid van de ouders (art. 4.1 en 6.2 GG) niet opwegen tegen de rechten op lichamelijke onschendbaarheid en zelfbeschikking van het kind (art.2.1 en 2 GG). Het vonnis veroorzaakte veel opschudding.⁸¹⁴

De Duitse Bondsregering distantieerde zich van de uitspraak met een verwijzing naar de grondwettelijke vrijheid van godsdienst. De meeste fracties in de Bondsdag nodigden naar aanleiding van de uitspraak de Bondsregering uit met wetgeving te komen om de deskundig uitgevoerde religieuze besnijdenis in de toekomst mogelijk te blijven maken.⁸¹⁵ De Duitse regering zei dat er een wettelijke basis zou komen voor de religieuze besnijdenis. Het Duitse ministerie van Justitie stelde op 10 oktober 2012 nieuwe regels voor de jongensbesnijdenis voor. In het voorstel stond dat de besnijdenis is toegestaan als deze wordt uitgevoerd door een gespecialiseerde arts. De ouders moeten met de ingreep instemmen. Met deze regelgeving wilde de Duitse regering

⁸¹¹ HR 5 juli 2011, *NJ* 2011/466.

⁸¹² Matthijs de Blois, 'Jongensbesnijdenis en het recht', *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht*, 6 (2012), p. 51-71, zie: p. 53.

⁸¹³ Landgericht Köln, 7 mei 2012, 151 Ns 169/11, *NJW* 2012, 2128.

⁸¹⁴ Onder meer: Chief Rabbi Jonathan Sacks, 'The European's Skewed View of Circumcision', *The Jerusalem Post* 5 juli 2012.

⁸¹⁵ Bundesregierung, Beschneidung von Jungen, 20 juli 2012, www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2012/07/2012-07-17-beschneidung.

voorkomen dat rechters de ingreep veroordelen.⁸¹⁶ Zij motiveerde het wetsvoorstel met te wijzen op godsdienstvrijheid en religieuze tolerantie als pijlers van de democratische samenleving: ‘Denn Religionsfreiheit und religiöse Toleranz sind tragende Pfeiler unserer demokratischen Gesellschaft’.⁸¹⁷

In december 2012 heeft het besnijden van joodse en islamitische jongetjes een wettelijke basis gekregen in Duitsland. De Bondsraad ging akkoord met het wetsvoorstel,⁸¹⁸ nadat de Bondsdag dat al had gedaan. Met de wet is vastgelegd dat de ingreep medisch verantwoord dient te geschieden. Bij kinderen onder de zes maanden mogen niet alleen artsen maar ook door de religieuze gemeenschappen geselecteerde en speciaal opgeleide besnijders de ingreep doen. Volgens minister Leutheusser-Schnarrenberger van Justitie zou hiermee de rust terugkeren. Tegenstanders spraken van een terugslag voor de kinderrechten in Duitsland.⁸¹⁹

4.3 Religieus voorschrift

Zowel het jodendom als de islam kent de op religieuze gronden uitgevoerde besnijdenis. In het jodendom vindt de praktijk van de besnijdenis zijn grondslag in de *Thora* (de eerste vijf boeken van de Bijbel), om precies te zijn in het boek Genesis. Daarin wordt verhaald van het verbond van God met Abraham en zijn nageslacht. De instelling van de besnijdenis wordt beschreven in Genesis 17:9-12. De besnijdenis is voor de joodse gemeenschap in haar brede verscheidenheid een belangrijke identificatiefactor.⁸²⁰ In de islam verbindt men Koran 16:123 met de jongensbesnijdenis. Daar staat de opdracht de religie van Abraham te volgen. Dat zou dan gehoorzaamheid aan het gebod tot besnijdenis impliceren.⁸²¹ Het gebod tot het uitvoeren van de besnijdenis wordt in het bijzonder gebaseerd op de Soenna.⁸²² De toepassing van de religieuze voorschriften voor de besnijdenis vormt een onmiskenbaar kenmerk van de joodse en de islamitische religie. De Blois wijst erop dat het

⁸¹⁶ Janne Chaudron, ‘Duitsland wil met wet verbod op besnijdenissen voorkomen’, *Trouw* 11 oktober 2012.

⁸¹⁷ Bron: m.bundesregierung.de/ContentArchiv/DE/Archiv17/Artikel/2012/07/2012-07-17-beschneidung.html?nn=634632.

⁸¹⁸ Deutscher Bundestag, nr. 17/11295.

⁸¹⁹ www.faz.net/aktuell/politik/inland/abschliessende-debatte-bundestag-billigt-gesetz-zur-beschneidung-11991251, 12 december 2012; ‘Duits parlement staat besnijdenis toe’, *Reformatorisch Dagblad* 14 december 2012 (bron: ANP/DPA).

⁸²⁰ Zie ook: Menachem Mautner, ‘From “Honor” to “Dignity”: How Should a Liberal State Treat Non-Liberal Cultural Groups?’, *Theoretical Inquiries in Law* 9, 2008 nr. 2, p. 608-642, zie: p. 615-616.

⁸²¹ Wim Dekkers, Cor Heffer & Jean-Pierre Wils, *Besnijdenis, lichamelijke integriteit en multiculturalisme*, Budel: Damon 2006, p. 46.

⁸²² Maurits Berger, *Sharia. Islam tussen recht en politiek*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 19 en 288.

Mensenrechtencomité, dat toeziet op de naleving van het IVBPR hierop ook zinspeelt in zijn *General Comment 22/48* van 20 juli 1993 inzake artikel 18 IVBPR: ‘The observance and practice of religion or belief may include not only ceremonial acts but also such customs as (...) participation in rituals associated with certain stages of life (...)’.⁸²³ Poorthuis stelt dat het ritueel van de jongensbesnijdenis behoort tot de kern van de religieuze identiteit. Dit ritueel symboliseert het toetreden tot, c.q. ingelijfd worden in, het verbond met God, zowel in het jodendom als in de islam.⁸²⁴

Om de vraag te beantwoorden of de jongensbesnijdenis onder de vrijheid van godsdienst valt, is het – opnieuw – van belang te onderkennen dat deze vrijheid niet slechts het aanhangen van een bepaalde godsdienstige overtuiging inhoudt maar ook het zich dienovereenkomstig gedragen. In verdragen omvat de vrijheid van godsdienst het recht ‘to manifest his religion or belief in (...) observance’. Deze term wordt vertaald als het onderhouden van geboden en voorschriften. In de zaak van *Cha’are Shalom ve Tsedek* overwoog het EHRM dat de toepassing van de joodse spijswetten hieronder valt: ‘It is not contested that ritual slaughter, as indeed its name indicates, constitutes a rite (...) whose purpose is to provide Jews with meat from animals slaughtered in accordance with religious prescriptions, which is an essential aspect of the practice of the Jewish religion’.⁸²⁵ De jongensbesnijdenis is eveneens een religieus ritueel. Daarnaast is van belang het ouderrecht op godsdienstige opvoeding. De Blois wijst hier tevens op. Zeker in de joodse traditie is de besnijdenis een gebod dat zich tot de vaders van de mannelijke nakomelingen van Abraham richt. Onder de algemene formulering in de artikelen 6 Gw, 9 EVRM en 18 IVBPR van het recht om zijn godsdienst of levensovertuiging tot uiting te brengen valt het inrichten van het gezinsleven en meer in het bijzonder de opvoeding in overeenstemming met die overtuiging.⁸²⁶

4.4 Wettelijke bescherming

De opvoedingsvrijheid van de ouders staat uitdrukkelijk in artikel 18 lid 4 IVBPR: ‘The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of

⁸²³ CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, par. 4. In zijn commentaar op het IVBPR verwijst Nowak naar de besnijdenis. Zie Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl am Rhein: Engel Verlag 2005, p. 420; Matthijs de Blois, ‘Jongensbesnijdenis en het recht’, p. 58.

⁸²⁴ Marcel Poorthuis, ‘Ontmoedigingsbeleid jongensbesnijdenis verdere inperking van godsdienstvrijheid, bron: www.tilburguniversity.edu/nl/thema/zingeving/besnijdenis/.

⁸²⁵ EHRM (GK) 27 juni 2000, nr. 27417/95, par. 73 (*Cha’are Shalom ve Tsedek v. France*).

⁸²⁶ A.K. Koekkoek (red.), *De grondwet: een systematisch en artikelgewijs commentaar*, p. 101; Matthijs de Blois, ‘Godsdienst, levensovertuiging en opvoedingsvrijheid’, *NJCM-Bulletin*, 29-8, december 2004, p. 1084-1100; Matthijs de Blois, ‘Jongensbesnijdenis en het recht’, p. 59.

parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions'. In artikel 5 lid 1 van de in 1981 door de Algemene Vergadering van de VN aangenomen Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and of Discrimination based on Religion or Belief, waarin verschillende aspecten van de godsdienstvrijheid nader worden uitgewerkt, wordt deze vrijheid eveneens verwoord: 'The parents or, as the case may be, the legal guardians of the child have the right to organize the life within the family in accordance with their religion or belief and bearing in mind the moral education in which they believe the child should be brought up'. Dit recht wordt verder bevestigd in artikel 14 lid 2 van het IVRK, dat bepaalt dat de verdragsstaten de rechten en plichten van de ouders dienen te respecteren om hun kinderen te leiden in de uitoefening van hun vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, in overeenstemming met de zich ontwikkelende vermogens van het kind. De vrijheid van ouders om hun kinderen op te voeden overeenkomstig hun overtuiging ligt verder verankerd in grondrechten die betrekking hebben op de bescherming van het gezinsleven, zoals artikel 8 EVRM. Deze vrijheid volgt ook uit de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek inzake het ouderlijk gezag. Artikel 247 omschrijft het ouderlijk gezag als de plicht en het recht tot verzorging en opvoeding (art. 1:247 lid 1 BW). Het tweede lid geeft een nadere aanduiding van wat daaronder moet worden verstaan. Het omvat mede de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van de persoonlijkheid (art. 1:247 lid 2 BW). Het gaat dus niet enkel om de dagelijkse zorg maar ook om het begeleiden en stimuleren van de minderjarige in zijn ontwikkelings- en ontplooiingsactiviteiten en het bieden van ruimte daartoe en creëren van mogelijkheden daarvoor, in het bijzonder in de sfeer van scholing en opleiding. Het ouderlijk gezag is een aan de ouders toekomend recht, maar dit recht is gegeven in het belang van het kind en het kan daarom niet los worden gezien van de verplichting om dat belang te dienen.⁸²⁷

De religieuze opvoeding door ouders van hun kinderen wordt beschermd door grondrechten. Daarbij maken clausuleringen in de grondwet- en verdragsartikelen beperkingen van de godsdienstvrijheid mogelijk, mits deze zijn voorzien bij de wet en nodig zijn in een democratische samenleving met het oog op in de bepalingen genoemde belangen, zoals de volksgezondheid en de rechten en vrijheden van anderen. Deze twee belangen zijn relevant gelet op de door de KNMG geformuleerde bezwaren tegen de besnijdenis. Of in een bepaalde situatie aangenomen moet worden dat er een grond aanwezig is die een beperking van de godsdienstvrijheid rechtvaardigt, kan pas worden vastgesteld na een zorgvuldige afweging van deze vrijheid tegen conflicterende rechten en belangen. Daarbij moet er aandacht zijn voor de betekenis en het gewicht

⁸²⁷ J. de Boer, *C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 689-690.

van die vrijheid en de zwaarte van de daartegenover ingeroepen rechten en belangen in de context waarin het conflict zich voordoet.⁸²⁸

De besnijdenis is een religieus ritueel dat een onderdeel is van de opvoeding van kinderen. Fundamenteel voor onze rechtsorde is dat de primaire verantwoordelijkheid voor de opvoeding en verzorging van kinderen bij de ouders ligt. Slechts in uitzonderlijke gevallen mag de staat ingrijpen. In artikel 18 IVRK wordt, in verband met de verantwoordelijkheid van de ouders voor de opvoeding, het belang van het kind als hun allereerste zorg genoemd. Hierover heeft Franx, in de hoedanigheid van advocaat-generaal bij de Hoge Raad, opgemerkt dat ‘het begrip “belang van het kind” (...) geen eenduidige notie [is], het kan op zeer verschillende manieren worden beoordeeld (...), waarbij factoren van levensbeschouwelijke, ideologische, culturele, sociale enz. aard meespelen’.⁸²⁹ De interpretatie van wat dient tot het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind, komt in beginsel toe aan de ouders. Zoals de toenmalige ECRM formuleerde; ‘parental rights and choices in the upbringing are paramount as against the state. This is inherent in the terms of the guarantee of respect for family life contained in Article 8, paragraph 1, since the upbringing of children is a central aspect of family life.’⁸³⁰ Kinderen kunnen uiteraard betreuren dat ze besneden zijn, maar ook dat zij in hun visie ten onrechte niet besneden zijn. Freeman wijst erop dat het onthouden van de besnijdenis aan een joodse of islamitische jongen gezien kan worden als een inbreuk op zijn religieuze identiteit en daarmee als een schending van zijn godsdienstvrijheid.⁸³¹

4.5 Analyse en evaluatie

A. Context casus

Wat is de betekenis voor de specifieke casus van de context, dat wil zeggen, van de politieke en maatschappelijke verhoudingen?

Het pleidooi van de KNMG de religieuze besnijdenis te ontmoedigen en de kritiek in de publieke ruimte op de jongensbesnijdenis lijkt een gevolg te zijn van het secularisatieproces in de Nederlandse samenleving en van groeiend onbegrip voor religieuze gebruiken. De weerstand tegen de besnijdenis past in een internationale

⁸²⁸ Matthijs de Blois, ‘Jongensbesnijdenis en het recht’, p. 60.

⁸²⁹ Conclusie bij HR 1 juli 1982, NJ 1983/201, m.nt. Alkema/Schultsz. Zie ook: Karel Rimanque, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, deel 1, Brussel: Bruylant 1980, p. 285 e.v.

⁸³⁰ ECRM, nr. 8811/79, D&R 29, 104, p. 111.

⁸³¹ M.D.A. Freeman, ‘A Child’s Right to Circumcision’, *British Journal of Urology International* (1999), 83 Suppl. 1, p. 74-78.

ontwikkeling. In onder meer Duitsland en Engeland leven ook bezwaren tegen het ritueel van de religieuze besnijdenis. Met een nieuwe wet heeft de Duitse regering de religieuze besnijdenis echter veiliggesteld en tegelijkertijd de regelgeving aangescherpt.

B. Kenmerken casus m.b.t. de vrijheid van godsdienst

1. Op welke wijze wordt het grondrecht op vrijheid van godsdienst uitgeoefend door de drager ervan voor het verwerkelijken van een religieuze identiteit?

Een voorschrift voor joden en moslims is, dat zij als ouders hun jongens laten besnijden op (zeer) jonge leeftijd. De besnijdenis is een religieus ritueel dat in de joodse en islamitische traditie de inlijving in het verbond met God symboliseert. De religieuze besnijdenis wordt al duizenden jaren uitgevoerd. Zij gaat terug tot in de tijd van Abraham (in de islam *Ibrahim* genoemd), de stamvader van de joden, van de moslims en van andere volkeren. God sloot een verbond met Abraham door hem op te dragen zijn mannelijke nakomelingen te besnijden. Van al de geboden in het jodendom wordt de *brit mila* (letterlijk: Verbond van Besnijdenis) vermoedelijk het meest algemeen nageleefd.⁸³² De islamitische besnijdenis wordt door moslims ervaren als een morele verplichting omdat dit ritueel door de profeet Mohammed wenselijk werd geacht. Volgens de islamitische geloofsleer betreft de besnijdenis een *sunnah*, een handeling naar het voorbeeld van de profeet. Daarom wordt de circumcisie door de islamitische schriftgeleerden, in het algemeen, aanvaard als zijnde een plicht voor iedere moslimjongen.⁸³³ De religieuze of rituele besnijdenis is in beide geloofstradities een identiteitskenmerk: voor de ouders die laten besnijden, voor de jongen die besneden wordt en voor de geloofsgemeenschap waarvan zij deel uitmaken.

2. Welke identificatiespanningen tussen de polen van individu, gemeenschap en samenleving doen zich voor bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst?

De besnijdenis is een zeer oude identiteitsbepalende religieuze praktijk. De spanning waarin de ouders verkeren is of zij zich identificeren met hun religieuze gemeenschap en met hun voorgeslacht en de jongen op (zeer) jonge leeftijd laten besnijden of dat zij zich identificeren met de Nederlandse samenleving waarvan in deze casus de KNMG een belangrijke representant is. Ouders hebben het recht te bepalen hoe en volgens welke godsdienstige overtuiging zij hun kinderen opvoeden. Vrijheid van godsdienst houdt in dat ouders op grond van hun verantwoordelijkheid voor de geloofsopvoeding van het kind de besnijdenis laten uitvoeren zodat de jongen een identiteitsbepalend kenmerk ontvangt.

⁸³² www.joodsleven.nl/Encyclopedie/BritMila/Brit-mila.htm.

⁸³³ www.algitaan.nl/islamitisch.asp.

3. *Op welke wijze raakt de beperking van godsdienstvrijheid die aan de orde is een element van de godsdienstige belijdenis van de betrokkene(n)?*

Een verbod op de religieuze besnijdenis van (zeer) jonge jongens zou door de joden en moslims als een ernstige inbreuk op hun vrijheid van religie worden beschouwd, omdat de besnijdenis een kernelement vormt van de individuele identiteit van de jongen en van de collectieve identiteit op zowel het niveau van het gezin als van de religieuze gemeenschap.

4. *Met welke motivering wordt de beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd?*

De motivering voor het ontmoedigen of verbieden van de jongensbesnijdenis, en daarmee voor een beperking van de vrijheid van godsdienst van de ouders, zijn de rechten van het kind. De jongen zou zelf over de besnijdenis moeten kunnen beslissen, omdat de besnijdenis een medisch gezien niet-noodzakelijke ingreep is. De overheid is bevoegd beperkingen te stellen aan de vrijheid van godsdienst van ouders om de rechten van het kind te beschermen.⁸³⁴

C. Evaluatie casus – implicaties voor de constitutionele orde

1. *Welke betekenis heeft het zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon voor de vrijheid van godsdienst?*

Het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon is aan verandering onderhevig onder invloed van het maatschappelijke debat over de religieuze besnijdenis waarin de KNMG een prominente rol vervult. Het belang dat wordt gehecht aan persoonlijke keuzevrijheid en autonomie is toegenomen. Het pleidooi van de KNMG komt tegemoet aan het respecteren van de rechten van het kind en past bij het ideaal van een onaantastbare vrijheidssfeer van het individu.

2. *Welke argumenten zijn relevant voor een rechtvaardiging van de bestreden beperking van de vrijheid van godsdienst?*

Een verbod op de religieuze besnijdenis is thans niet aan de orde. Als deze beperking op de godsdienstvrijheid zou worden voorgesteld, zou het argument kunnen zijn de bescherming van de rechten van de jongen: de bescherming van zijn lichamelijke integriteit en het in vrijheid kunnen beslissen of hij al dan niet besneden wenst te

⁸³⁴ Vergelijk: T. Loenen, *Geloof in het geding*, p. 47.

worden. De autonomie van het individu is een argument om de besnijdenis op jonge leeftijd en gewenst door de ouders te verbieden. Er is een horizontale relatie tussen de grondrechten van de ouders hun religie te belijden en kinderen in overeenstemming met hun religieuze overtuiging op te voeden enerzijds en de grondrechten van de jongen anderzijds. De religieuze opvoeding impliceert een dilemma. De jongen beschikt op zeer jonge leeftijd nog niet over wilsbekwaamheid en de ouders moeten dus beslissen voor hem. Naarmate hij ouder wordt, neemt zijn wilsbekwaamheid toe. Dat kan betekenen dat hij zowel tegen als voor de besnijdenis zal kunnen kiezen als de keuze aan hem wordt gelaten. Enerzijds heeft hij het recht zich te laten besnijden. Maar als hij nog zeer jong is, kan hij zich daarover niet rechtens bindend uiten. Vanaf een bepaalde leeftijd vormt hij een eigen wil, die een keuze voor de besnijdenis zal kunnen inhouden. Als de ouders wachten tot de jongen wilsbekwaam is, onthouden zij de jongen de besnijdenis op zeer jonge leeftijd, die grote voordelen heeft boven een besnijdenis op oudere leeftijd, en die in elk geval in de joodse godsdienst ook is voorgeschreven. Anderzijds heeft de jongen het grondrecht op godsdienstvrijheid om zich niet te laten besnijden. Maar als hij nog (zeer) jong is, kan hij zich daarover niet uitspreken.

Naarmate het kind ouder wordt, zal het zich in sterkere mate op zijn rechten kunnen beroepen tegenover zijn ouders en anderen en zullen zijn keuzes meer moeten worden gerespecteerd. Tot zijn rechten behoort het grondrecht op lichamelijke integriteit. Dit recht is vastgelegd in artikel 11 van de Grondwet en luidt: 'Iedereen heeft behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam'. Artikel 3 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie luidt: 'Eenieder heeft recht op lichamelijke en geestelijke integriteit'. De kern van dit grondrecht is dat iemand zelf mag bepalen welke ingrepen hij van buitenaf duldt en dat niemand gedwongen mag worden iets anders te doen dan hij zelf beoogt. De besnijdenis is als zodanig een aantasting van de lichamelijke integriteit en een schending van dit grondrecht. Het gewicht van het ritueel van de besnijdenis is in de joodse en islamitische geloofstraditie echter zo groot, dat het recht van de ouders de jongen te laten besnijden prevaleert, als zij de overtuiging hebben dat de jongen besneden behoort te worden. Althans zo lang de jongen onmondig is en in zoverre zijn rechten niet worden geschonden. Bij het ouder worden van de jongen nemen de rechten en verantwoordelijkheden van het kind toe. In een eventuele wettelijke regeling van de religieuze besnijdenis kan hierop worden ingespeeld.

Generieke betekenis heeft dat het recht op vrijheid van godsdienst het opvoedingsrecht van ouders omvat tegen de achtergrond van de onmondigheid van het kind. De opvoedingssituatie gaat aan de individualiteit van het kind voorbij. De opvoeding richt zich op zijn persoon. Als het kind nog (zeer) jong is, is het onmondig en berust de verantwoordelijkheid voor zijn opvoeding bij de ouders. Aan deze

verantwoordelijkheid valt voor hen niet te ontkomen. Zij dragen de verantwoordelijkheid voor de waardigheid van zijn persoon. Zij dragen deze volledig als het kind nog zeer jong is. Bij het ouder worden vindt een verschuiving plaats. Het is hun belang in geweten in het belang van het kind te handelen. Het is hun recht en hun verantwoordelijkheid het kind op te voeden in overeenstemming met hun religieuze overtuiging binnen de ruimte die de wet biedt. In de specifieke casus betreft dit de jongensbesnijdenis.

De rechtvaardiging voor een beperking van de vrijheid van godsdienst van de ouders kunnen de rechten van het kind zijn. Zijn rechten kunnen in conflict komen met de rechten van de ouders de jongen op te voeden in overeenstemming met hun religieuze overtuiging. Conflicterende grondrechten van kinderen en ouders liggen op een breder terrein dan de jongensbesnijdenis. Zo kan een islamitisch meisje met haar ouders in conflict komen over het dragen van een hoofddoek of een orthodox-protestants meisje met haar ouders over het dragen van een rok. Kledingvoorschriften hebben betrekking op de integriteit van het lichaam en de identiteit van de betrokken gelovigen. Voor de ouders kan het een zaak van morele integriteit zijn hun dochter een hoofddoek respectievelijk een rok te laten dragen. Daartegenover komt het meisje een zekere keuzevrijheid toe bij het dragen van kleding. Bij uitstek zijn dit spanningsvelden, waarin de concrete omstandigheden bepalen welk recht, dat van het kind om te kiezen en dat van de ouders om het kind op te voeden, zwaarder weegt en wat daarvan de consequentie is. Daarbij vloeit uit de ontwikkeling van het maatschappelijke en zedelijke beoordelingspatroon voort dat de rechten van het kind in de loop van de tijd zwaarder zijn gaan wegen onder invloed van het toegenomen belang van waarden als keuzevrijheid van het individu en gelijkheid.

3. Welke betekenis heeft de constitutionele orde voor de verwerkelijking van een individuele of collectieve identiteit door de toepassing van religieuze voorschriften of regels binnen de verhoudingen van individu, private organisatie/religieuze gemeenschap en staat en in hoeverre erkent zij daarbij de autonomie van individu of collectiviteit door de afbakening van een levenssfeer?

De religieuze besnijdenis is *het* identiteitskenmerk van belijdende joden en moslims. Binnen de verhoudingen van individu/gezin, religieuze gemeenschap en Nederlandse samenleving zijn de ouders bevoegd hun geloof tot uiting te brengen door hun jongetjes te laten besnijden. Zij identificeren zichzelf en het kind met de religieuze gemeenschap waartoe zij (willen) behoren en tegelijkertijd vervreemden zij zich in een bepaald opzicht van de samenleving waarvan zij burgers zijn. De constitutionele orde biedt hun daarbij bescherming voor het uitoefenen van de vrijheid van godsdienst op dit specifieke onderdeel van de belijdenis door het ritueel van de jongensbesnijdenis

wettig mogelijk te maken. Zij beschermt de autonomie van het gezin en bakent deze levenssfeer af ten opzichte van de samenleving.

De rechtmatigheid van de jongensbesnijdenis als religieus ritueel impliceert dat rituelen die de lichamelijke integriteit van het kind niet schenden ook vallen onder de vrijheid van godsdienst van de ouders. Dit geldt met betrekking tot het christendom voor de doop of het doopsel die/dat in deze religieuze traditie de inlijving in het verbond met God bevestigt. Het geldt ook voor andere kerkelijke initiatierituelen die kinderen op jonge leeftijd ondergaan, zoals in de katholieke traditie de eerste communie, die de identiteit als gelovige bevestigen.

4. Voorziet de constitutionele orde in ongelijke behandeling van de betrokken (groep van) burger(s) in de zin van een redelijke aanpassing van een regel of wet indien de naleving van een geloofsvoorschrift aan de orde is en de regel of wet indirect discriminerend is jegens deze burger(s)? Of wordt de morele integriteit van de betrokken burger(s) geschonden?

Een beperking van de vrijheid van godsdienst bestaat thans op generlei wijze voor de religieuze besnijdenis. Om indirecte discriminatie van gelovigen te voorkomen hoeft de constitutionele orde dan ook niet te voorzien in ongelijke behandeling van joodse en islamitische gelovigen. Zij biedt ruimte voor een overeenstemming tussen het geloofsvoorschrift van de religieuze besnijdenis en de uitvoering van dit ritueel, zodat hun morele integriteit wordt bewaard.

5. Biedt de constitutionele orde bescherming van de kern van het grondrecht op vrijheid van godsdienst door het genot van dit grondrecht niet onmogelijk te maken in de context van de uitoefening van dit recht?

De religieuze besnijdenis is een kernonderdeel van de joodse en islamitische religie omdat het een identiteitsbepalend element is, zowel van het kind, het gezin als de gemeenschap. De constitutionele orde beschermt dit onderdeel van de joodse en islamitische religie door de verplichting van de jongensbesnijdenis toe te staan. Een verbod op de rituele besnijdenis zou het uiting geven aan dit kernonderdeel van de belijdenis onmogelijk maken. Een beperking die het genieten van de vrijheid van godsdienst niet onmogelijk maakt, zou kunnen zijn het stellen van eisen aan de besnijdenis zoals thans in Duitsland het geval is. In generieke zin beschermt de vrijheid van godsdienst het opvoedingsrecht van ouders tenminste op kernonderdelen. Bij de beantwoording van de vorige vragen wees ik erop dat het opvoedingsrecht van ouders naast initiatieriten ook de kleding van de kinderen omvat, en bijvoorbeeld ook het recht kinderen niet te laten vaccineren omdat men daar religieuze bezwaren tegen heeft.

5 Conclusie

In het vorige hoofdstuk heb ik uiteengezet dat de vrije uitoefening van godsdienst betekent dat iemand in staat is zijn eigen geweten te volgen bij wat hij gelooft en hoe hij zich gedraagt. In onze constitutionele orde vindt deze uitoefening plaats binnen de grenzen die worden gesteld door de eisen van de wet, waaronder de openbare orde en de rechten en vrijheden van medeburgers. In dit hoofdstuk heb ik de maatregel, beslissing of regeling die in een specifieke casus aan de orde is, geanalyseerd en geëvalueerd.

Als zodanig is godsdienst een gecompliceerd verschijnsel in onze democratische samenleving. Godsdienst heeft betrekking op een existentiële levensovertuiging die een individuele en een gemeenschappelijke zijde heeft. Een specifieke religie heeft een specifieke geloofsinhoud en door deze aan te hangen en te beoefenen bereikt een gelovige een gewenste religieuze identiteit. Religie heeft per definitie betrekking op identiteit en gedraging, zowel individueel als collectief. De democratische samenleving erkent de gelijkheid onder burgers. Alle burgers hebben een gelijk recht op bescherming van hun levensovertuiging. Dat vloeit voort uit hun waardigheid als mens. Uitingen van een religieuze overtuiging zijn het waard beschermd te worden. Kern- of betekenisgevende overtuigingen en verplichtingen spelen een rol in de morele integriteit van gelovigen. Hoe meer een geloofsonderdeel is verbonden met de identiteit en morele integriteit van een individuele persoon, hoe meer de uiting ervan een voorwaarde zal zijn voor zijn zelfrespect en hoe meer belang hij heeft bij de wettelijke bescherming ervan. De intensiteit van de persoonlijke beleving is in alle overtuigingen groter geworden naar de mate de gedeelde publieke religie aan betekenis inboette. Door het proces van individualisering in de samenleving is het belang van het verwerklijken van de persoonlijke identiteit de laatste vijftig jaar sterk toegenomen.

Godsdienst vraagt om beoefening en is daardoor een oorzaak van regelgeleid gedrag. De term *regels* heeft betrekking op maatstaven, criteria, normen, waarden en standaarden. Het behoren tot een religieuze gemeenschap impliceert het deelnemen aan een praxis en een gemeenschappelijke levensstijl. Een gelovige is vertrouwd met een geheel van gemeenschappelijk erkende gedragingen. Religie voorziet door het naleven van voorschriften, het onderhouden van praktijken en het in stand houden van organisaties in een gepaste wijze van verbonden zijn met dat wat wordt beschouwd als de Hoogste Heilige Werkelijkheid. Volgens elke religie is er een heilige werkelijkheid of een heilig aspect van de werkelijkheid dat de hoogste interesse, betrokkenheid en eerbied van de gelovige verdient. Een gelovige voelt zich door de verbondenheid met dit heilige gedrongen tot het onderhouden van geboden en voorschriften. Hij ervaart een verplichting, die zeer dringend en existentieel kan zijn. Elke casus is daarvan een illustratie.

Burgers ontleen mede aan hun levensovertuiging, ongeacht of deze seculier of religieus van aard is, en de uiting daarvan, hun waardigheid als mens. De casus laten zien dat een religieuze overtuiging en de uiting daarvan de waardigheid van burgers (be)vestigt. Een verhindering of beperking kunnen zij als kwetsend ervaren, zodat zij in verzet komen en bijvoorbeeld een klacht indienen bij het CRM (de Cgb) of de rechter. Voorbeelden hiervan zijn de handenschud- en hoofddoekkwesities.

De vrijheid van godsdienst beschermt de (eerbied-)waardigheid van de persoon van de gelovige en maakt zijn zelfverwerkelijking als persoon mogelijk. Zij biedt hem de ruimte te kiezen bij het realiseren van de eigen individuele identiteit en het zich daarbij al dan niet identificeren met religieuze en maatschappelijke verbanden. Een van de kernvragen van de democratische samenleving is: hoe wordt de waardigheid van de mens en het recht van de mens om mens te zijn optimaal gewaarborgd. Joas noemt de dynamiek op dit terrein de dynamiek van het geheiligd worden van de persoon. Het gewicht dat aan de waardigheid van de persoon wordt gehecht, is de laatste decennia onder meer toegenomen voor mensen met een homoseksuele gerichtheid.

De waardigheid van de individuele mens vraagt erom dat hij als persoon wordt gerespecteerd en geëerbiedigd en dat zijn individuele uitingen worden beschermd. Het beschermen van de waardigheid van de persoon speelt in elke kwestie die ik bespreek, een rol. Een gevolg is dat in elke casus de belangen van het individu een zeker gewicht hebben en worden gewogen tegen de andere in het geding zijnde belangen. Het past bij het wezen van een democratische rechtsstaat die gelijke rechten en vrijheden voor alle burgers erkent, om te zoeken naar een evenwichtige bescherming van de waardigheid van alle betrokken burgers. Dit impliceert dat een bepaalde waarde of een specifiek belang niet moet worden verabsoluteerd en tolerantie bij het wege van de belangen een vereiste is.

Alle mensen zijn in dit opzicht gelijk dat zij beschikken over het vermogen te zoeken naar de uiteindelijke betekenis van het leven. Omdat alle mensen dit vermogen hebben, zijn zij grenzeloos respect waardig. Deze gedachte is fundamenteel voor vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en voor het beginsel dat alle burgers de publieke ruimte betreden op gelijke voorwaarden. De uitoefening van een vrijheidsrecht is enerzijds echter nooit absoluut maar vereist een zekere inschikkelijkheid. Anderzijds kan een aanpassing van een regel of wet gerechtvaardigd zijn om burgers niet te discrimineren. In onze democratische samenleving erkent de staat het recht op de unieke levensbeschouwelijke identiteit van ieder individu en van elke levensbeschouwelijke groepering. Soms vraagt gelijke erkenning door de overheid erom rekening te houden met de levensbeschouwelijke verschillen tussen burgers. Omwille van de gelijke erkenning behoort de overheid niet blind te zijn voor de

verschillen en vormen deze de basis voor een gedifferentieerde benadering. Een liberale rechtsstaat is aan zich verplicht niet op een achteloze of nauwelijks opmerkelijke wijze geen rekening te houden met de gevoeligheden van religieuze minderheden. Een werkelijk gelijke erkenning van de burgers vraagt om een ruimhartige dispensatie voor burgers met gewetensproblemen.⁸³⁵ Een overtuiging of voorkeur die bijdraagt aan het betekenis en richting geven aan het leven van de individuele persoon en die zijn zelfrespect bevestigt, vraagt in beginsel om aanpassing om burgers in hun individuele waardigheid te respecteren. Daarom staat Nederland bijvoorbeeld de religieuze slacht toe en kent onze rechtsstaat de vrijheid van onderwijs.

Het gewicht dat de samenleving hecht aan het gewetensbezwaar van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar is in de laatste tien jaar sterk afgenomen. Zijn religieuze bezwaar wordt thans nog door een relatief kleine minderheid in de politieke sfeer en het openbaar bestuur erkend. In de vervulling van zijn ambt is de identiteit van de trouwambtenaar afgeleid van die van de staat. De identiteit van de staat is neutraal en seculier. Dit impliceert dat de constitutionele orde levenssferen onderscheidt, waarbij de sfeer van de religieuze gemeenschap is gescheiden van de sfeer van de staat. De constitutionele orde vereist dat in de vervulling van het ambt de wet wordt uitgevoerd. Zij voorziet principieel niet in ruimte voor gewetensbezwaren. Een uitzondering maken voor de gewetensbezwaarde trouwambtenaar is in strijd met de neutraliteit van de staat en de scheiding van levenssferen.

De casus hebben betrekking op een inmenging in de vrijheid van godsdienst. De criteria voor een gerechtvaardigde inmenging liggen niet vast maar ondergaan veranderingen onder invloed van de ontwikkeling van het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon. Het EVRM is een levend instrument van onze rechtsorde. De interpretatie van het grondrecht op vrijheid van godsdienst is onderhevig aan maatschappelijke veranderingen. Dit geeft soms spanningen of leidt tot een publieke discussie, over bijvoorbeeld de religieuze besnijdenis en de religieuze slacht. Uit de spanningen vloeien rechtszaken voort, waarbij de interpretatie van de vrijheid van godsdienst resulteert in een zich vernieuwende jurisprudentie, of die leiden tot wetgeving. De constitutionele orde heeft een grote betekenis voor de vrijheid van godsdienst. Dit beeld is wel gevarieerd. Zij biedt bescherming maar legt ook beperkingen op. Zij heeft veranderingen ondergaan waardoor op diverse gebieden de vrijheid van godsdienst is beperkt dan wel is verruimd, of een beperking of verruiming onderwerp van discussie is.

De uitoefening van de vrijheid van godsdienst vindt plaats in een samenleving met een gecompliceerde pluriformiteit. De casus laten daar iets van zien. In dit verband is een

⁸³⁵ M. Nussbaum, *Liberty of Conscience*.

relevante factor dat mensen ernaar streven een geïndividualiseerde levenswijze te verwerkelijken en zij er daarbij toe neigen eigen rechten en vrijheden te verabsoluteren. Burgers voelen zich dan ook enerzijds snel gediscrimineerd. Een voorbeeld daarvan is de moslima die wilde werken bij de rechterlijke macht en meende dat zij recht had op het dragen van haar hoofddoek. Een ander voorbeeld is de homodocent die op de gereformeerde school wilde blijven werken ondanks zijn breuk met de geloofsleer die in de grondslag van de school was opgenomen. Anderzijds heeft het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon een ontwikkeling doorgemaakt. Bepaalde beperkingen van rechten beschouwt men vandaag als discriminatie van vrouwen of homo's. Enige decennia terug had men daar een andere opvatting over en onderkende men niet het aspect van discriminatie of tilde daar althans niet zo zwaar aan. Dit geldt bijvoorbeeld voor het huwelijk van paren van gelijk geslacht. De omgekeerde ontwikkeling komt ook voor. Bepaalde beperkingen zag men in het verleden als discriminatie en als onacceptabel, terwijl men deze thans rechtmatig vindt. We zien dit bijvoorbeeld ten aanzien van de religieuze slacht bij een deel van de politiek.

Onder invloed van diverse ontwikkelingen, namelijk secularisatie, ontzuiling, ontkerkelijking, migratie en het uit de gratie raken van het concept van de multiculturele samenleving, zijn de rechten van orthodox-religieuze groeperingen onder druk komen te staan. Het grondrecht op vrijheid van godsdienst waarborgt burgers dat zij hun persoonlijke identiteit kunnen verwerkelijken. Dit grondrecht is niet absoluut maar aan beperkingen onderhevig om de democratische rechtsstaat naar behoren te kunnen laten functioneren, dat wil zeggen, om de rechten en vrijheden van medeburgers en andere maatschappelijke waarden te beschermen. Het praktiseren van religieuze geboden en voorschriften staat onder de bescherming van het grondrecht op godsdienstvrijheid. Alle burgers hebben gelijke rechten op vrijheid van godsdienst. Het uitoefenen van vrijheidsrechten vereist dan ook het respecteren van de vrijheidsrechten van andere burgers. Dit impliceert een spanningsveld van rechten en vrijheden, waarin voortdurend gezocht moet worden naar (nieuwe) evenwichten tussen belangen van burgers bij het uitoefenen van hun vrijheidsrechten. Er is sprake van een zekere dynamiek. De dynamiek van de grondrechten richt zich op het zoeken naar nieuwe evenwichten. Dit houdt in dat de constitutionele orde de rechten beperkt van de SGP, van moslims (m/v) om personen van het andere geslacht niet de hand te schudden, van het bijzonder onderwijs om docenten met een afwijkende identiteit te weren en van de trouwambtenaar om paren van gelijk geslacht niet van dienst te zijn. In het zoeken naar nieuwe evenwichten opent de constitutionele orde de mogelijkheid van vrouwelijke leden van de SGP om zich te laten verkiezen, verruimt zij de rechten van de islamitische advocaat, en van het kind in de waardering van de religieuze besnijdenis. In dit kader is boerkaverbodswetgeving een onderwerp van politieke en maatschappelijke discussie en heeft de constitutionele orde het belang van

dierenwelzijn een groter gewicht gegeven en de regelgeving rond de religieuze slacht aangescherpt. Nog open staat de mogelijkheid dat de staat multireligieuze variatie van de ambtseed wettelijk toestaat voor rijks- en politieambtenaren.

De casus bevestigen dat vrijheid van godsdienst vraagt om een seculiere staat. Dat wil zeggen dat de overheid zich neutraal dient op te stellen en een zekere distantie dient te bewaren ten opzichte van uitingen van religie. De seculariteit van de staat is echter een gecompliceerd vereiste. Zij behoort te voldoen aan de criteria van vrijheid, gelijkheid, het niet buiten de democratie plaatsen van religieuze of andere gemeenschappen en het bewaren van harmonie tussen burgers en gemeenschappen. De seculiere staat beschermt burgers in hun aanhangen en in praktijk brengen van welke overtuiging dan ook, waarbij de staat mensen gelijk behandelt in het nastreven van hun keuzes, en hen allen gehoor geeft. Het past bij de seculariteit van de staat in religieuze kwesties zich neutraal op te stellen en een onafhankelijke positie in te nemen, en waar mogelijk regels aan te passen of uitzonderingen op algemene bepalingen te maken. Het al dan niet toestaan van uitzonderingen blijkt afhankelijk te zijn van het heersende zedelijke en levensbeschouwelijke beoordelingspatroon. Het voorbeeld *par excellence* is de religieuze slacht.

De gelijkwaardigheid van de burgers impliceert wederkerigheid in de uitoefening van rechten. Seculariteit en neutraliteit van de staat zijn dan ook belangrijke kenmerken van de Nederlandse constitutionele orde. Emancipatie van (groepen van) burgers is daardoor een lastige opgave. De Nederlandse overheid geeft in haar beleid een groot gewicht aan vrouwen- en homo-emancipatie. Dit kan leiden tot een beperking van de rechten van andere (groepen van) burgers. In het bijzonder orthodoxe gelovigen worden hiermee geconfronteerd. Voorbeelden zijn de casus van de SGP en orthodoxe moslims die personen van het andere geslacht niet de hand willen schudden. Om de emancipatie van de ene groep burgers te bevorderen en hun rechten te beschermen, worden de rechten van andere burgers beperkt. Maatregelen die een beperking van de uitoefening van een religieuze overtuiging vormen, leveren indirect onderscheid op.

Een complicatie voor een seculiere staat is dat een uiting van een religieuze overtuiging altijd ook een culturele dimensie heeft. In de praktijk van het belijden van een religie kunnen groepsdruk en cultuur belangrijk zijn. Het culturele element valt als zodanig niet onder de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in tegenstelling tot het religieuze element. De verhouding tussen het religieuze en het culturele element is echter lang niet altijd duidelijk. De meningen daarover kunnen ook verschillen. Wat door de betrokken gelovige als een religieuze uiting wordt ervaren, kan door een buitenstaander worden gezien als een culturele uiting. Binnen religieuze gemeenschappen voeren gelovigen discussies of een bepaald godsdienstig voorschrift een door hun religieuze boek – de Thora voor de joden, de Bijbel voor de christenen,

de Koran voor de moslims – of door de cultuur bepaald voorschrift is. Uit de casus blijkt dat de rechter vermijdt om een bepaalde uiting als cultureel te beschouwen en buiten de bescherming van het recht op godsdienstvrijheid te plaatsen. In de jurisprudentie geldt het beginsel van de interpretatieve terughoudendheid. De rechter geeft bijvoorbeeld geen oordeel over de vraag of de islamitische hoofddoek een geloofsuiting is, of dat de afwijzing van het passieve kiesrecht voor de vrouw een uiting van geloof is. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter een positieve grondhouding aanneemt.

Veelal heeft een religieus voorschrift een handelingsaspect. Het onderhouden van praktijken is wezenlijk voor een religie. Praktijken ontlene een bijzondere betekenis aan de daarvoor geldende regels. Door het onderhouden ervan maakt men in de geloofsgemeenschap en naar buiten toe kenbaar dat men als gelovige wil leven. Praktijken dienen ter bevestiging van een individuele en een gemeenschappelijke identiteit. De constitutionele orde beschermt in beginsel het onderhouden van praktijken als een onderdeel van de uitoefening van de vrijheid van godsdienst. Ze heeft echter haar eigen praktijken en verzet zich tegen contrapraktijken. Daardoor ligt de bescherming die zij biedt niet vast en kan deze worden verruimd of beperkt. In discussie is thans bijvoorbeeld of de constitutionele orde het dragen van de niqaab (en boerka) dient te beschermen en in welke omstandigheden dit niet zou moeten. De Cgb en de rechter hebben uitspraken gedaan over het dragen van de islamitische hoofddoek en het niet schudden van handen. De conflicten op deze gebieden van uitoefening van grondrechten resulteren meestal in een uitspraak die het recht op het uitvoeren van de religieuze praktijk niet erkent in de publieke ruimte. De constitutionele orde erkent thans niet het recht van de rijks- of politieambtenaar die de ambtseed wil afleggen met een niet-christelijke formulering en handeling. De wet biedt op dit onderdeel niet de ruimte die past bij de religieuze pluriformiteit van de samenleving en de seculariteit van de staat.

De casus van de vrijheid van onderwijs laat een gemengd beeld zien. De vrijheid van het bijzonder onderwijs een eigen identiteitsbeleid te voeren wordt goed beschermd bij de toelating van leerlingen: individuele leerlingen kunnen zich niet op hun rechten beroepen als de school een legitiem en consistent identiteitsbeleid voert. Het identiteitsbeleid ondervindt ernstige belemmeringen bij het in dienst nemen en hebben van docenten. Een docent wien die niet past bij de identiteit van de school wordt door de Awgb weliswaar toegestaan maar de overheersende uitleg van deze wet maakt het uiterst lastig zo niet onmogelijk. De overheersende opinie in de samenleving lijkt onvoldoende het belang te erkennen van de waarden loyaliteit, betrouwbaarheid en integriteit van de docent als identiteitsdrager van de school. De bijzondere school wordt gehinderd door veranderingen in de heersende seksuele moraal bij het uitoefenen

van de vrijheid van onderwijs. Daarmee worden de ouders belemmerd in het collectief uitoefenen van de vrijheid van godsdienst.

In dit onderzoek is een casus over de religieuze opvoeding van kinderen opgenomen. Deze casus is geagendeerd door buitenstaanders van de betreffende religieuze gemeenschappen. Daaruit blijkt dat het respect voor de persoon van het kind is toegenomen. De waardering van de religieuze besnijdenis heeft hierdoor een wijziging ondergaan. Minder gewicht heeft gekregen dat deze handeling een religieus voorschrift is dat de ouders wensen na te leven en meer gewicht heeft gekregen dat zij onomkeerbaar is en achteraf door de jongen kan worden afgekeurd. Hij heeft recht op bescherming van zijn lichamelijke integriteit. De voorstanders van beëindiging van de religieuze besnijdenis zien deze handeling als een ongewenste medische ingreep, maar onderkennen dan niet in welke mate de religieuze besnijdenis een vorm van regelgeleid gedrag is en betekenisgevend voor de identiteit van de ouders, de jongen en de religieuze gemeenschap. Indien men dit gedrag wil veranderen zonder de rechten van de ouders en het kind te schenden, zal men dit gedrag eerst moeten begrijpen door met de regels vertrouwd te worden. Voor zover men deze ouders kan begrijpen, kan men hen aanvaarden en erkennen als gelijkwaardige burgers. Men zal dan niet zo gemakkelijk spreken van een medisch gezien zinloze ingreep. Men zal dan streven naar (meer) onderling begrip. Dit hoeft geen goedkeuring van de religieuze besnijdenis te betekenen. Maar dit is wel noodzakelijk om tot een evenwichtige beoordeling te komen van de belangen die in het spel zijn. Kennis van de betekenis van de besnijdenis is een vereiste om de argumenten pro en contra deze religieuze praktijk op hun waarde te schatten en de proportionaliteit van een maatregel te bepalen.

De casus laten zien dat we voortdurend zoeken naar nieuwe evenwichten tussen belangen van burgers om hun vrijheidsrechten uit te oefenen. Aangezien de burgers gelijke vrijheidsrechten hebben, komt een pregnante rol toe aan de wederkerigheid van rechten in de aanvaarding van bijzondere *praxeis*. Om recht te spreken met toepassing van de idee van afweging is echter een complexe aangelegenheid. Want hoe bepaalt men het gewicht van een recht of een belang en wat weegt men eigenlijk tegen elkaar af? Het resultaat van het afwegingsproces moet daarom op zijn eigen verdiensten worden beoordeeld.

Bij elke casus heb ik de vraag aan de orde gesteld of uit de casus een gewijzigd zedelijk en levensbeschouwelijk beoordelingspatroon blijkt. Het antwoord is haast onvermijdelijk altijd of bijna altijd bevestigend. Hoe kan het ook anders? Van belang is om vast te stellen wat essentieel is voor deze verandering. Tot een vijftig jaar geleden kende Nederland een gezamenlijk, voor de Nederlandse samenleving kenmerkend waarden- en normenpatroon. Sedertdien heeft een ontwikkeling plaatsgevonden naar een variëteit van beoordelingspatronen die deels religieus en deels seculier van aard

zijn. Of een bepaald soort gedrag moet worden beschouwd als primair behorend tot een religieuze praxis dan wel tot een seculiere (bijvoorbeeld politieke of educatieve) praxis is afhankelijk van het gekozen of aangehangen beoordelingspatroon. Daarvan hangt af of dit gedrag moet worden beschermd of niet. Dit impliceert dat voor elke casus geldt dat de uitkomst van wat men als een gerechtvaardigde oplossing beschouwt, mede afhankelijk is van het specifieke heersende beoordelingspatroon.

In de praktijk zien we hoe de staat vaak zoekt naar een soort verzoening op operationeel niveau. Hij kiest dan voor een pragmatische oplossing van geven en nemen. Dit bevredigt echter niet. Want het gaat uiteindelijk om de waardigheid van de individuele mens en om zijn grondrechten. De seculiere staat dient religie als een persoonlijke keuze te accepteren. Hij dient een neutrale uitleg van grondrechten toe te passen. Met de actuele diversiteit aan maatschappelijke geleidingen én van religieuze keuzes als vertrekpunt dienen de antwoorden voor de concrete gevallen te worden gevonden op het constitutioneel niveau met eerbiediging van de mensenrechten. Dit impliceert dat de staat heel ver moet gaan met het vrijlaten van religieuze uitingen. Maar er is een grens, die is gelegen in de eerbiediging van de grondrechten van alle burgers en in het bestaansrecht van de staat. De staat dient daarnaast de onderlinge tolerantie te bevorderen en mag deze ook van de burgers verwachten. In de publieke sfeer mag daarbij van burgers een zekere inschikkelijkheid bij het aanvaarden van een beperking van religieuze uitingen worden gevraagd, omdat de samenleving van alle burgers gezamenlijk is en geen enkele overtuiging een exclusief recht kan laten gelden. Met het opleggen van beperkingen in de private sfeer moet de staat uiterst terughoudend zijn. Alleen als elementaire rechtsbeginselen worden geschonden, mag de staat interveniëren.

Als zich een conflict voordoet, zal de staat bij het zoeken van een oplossing zo nodig de kern van het grondrecht opnieuw moeten overwegen. De staat dient te waken over het bewaren van deze kern, die niet vastligt maar mede door de context wordt bepaald. De casus bevestigen dat er geen absolute waarborg is. Er is ten principale ruimte voor een afweging van belangen en voor een toepassing van het beginsel van proportionaliteit. De rechter dient zich bij een conflict dan ook te richten op een proportionaliteitsanalyse met een zorgvuldige interpretatie van de beperkingsclausule. Een dergelijke analyse biedt de beste garantie voor de staatsrechtelijk noodzakelijke bescherming van de kern. De kern van een recht is in een specifieke situatie die inhoud waarvoor een inmenging niet kan worden gerechtvaardigd op grond van de uitgevoerde afweging van belangen.

Slotbeschouwing

In deze slotbeschouwing rond ik de behandeling van de onderzoeksvraag af. Daarbij bespreek ik aspecten, of licht ik aspecten toe, die relevant zijn voor de beantwoording van de onderzoeksvraag, maar waarvan de behandeling in de voorgaande hoofdstukken de opbouw van het betoog zou hebben verstoord.

1 Een fundamenteel beginsel

De constitutionele orde waarborgt vrijheid van godsdienst. Het grondrecht op vrijheid van godsdienst is fundamenteel voor een democratische en pluriforme samenleving, zowel in constituerende als in beschermende zin. Godsdienst heeft primair een individuele dimensie. Een individuele persoon maakt eigen keuzes en heeft de vrijheid zich al dan niet bij een religieuze gemeenschap aan te sluiten. Burgers organiseren zich in sociale verbanden om hun religie te belijden, zij treden tot bestaande of nieuw opgerichte verbanden toe, of zij verlaten zulke private organisaties. De mogelijkheid om in vrijheid individueel en collectief godsdienstige keuzes te kunnen maken is een fundamenteel beginsel van de democratische rechtsstaat. Het verwerklijken van het beginsel van de vrijheid om te kiezen op religieus terrein heeft geleid tot een historisch gezien ongekende diversiteit in levensovertuigingen, levensstijlen en gemeenschappen.

De gelijkheid die de eerste bepaling van de Grondwet tot uitdrukking brengt, wordt gefundeerd op vrijheid. Juist omdat alle mensen vrij zijn, zijn ze gelijk. Wie vrij is, tracht zijn zichzelf-zijn te verwerklijken. Gelijkheid wortelt daarom in wederzijdse erkenning, in de erkenning van de ander als een wezen dat zijn vrijheid tracht te verwerklijken.⁸³⁶ Als deze erkenning ontbreekt, of als onvoldoende wordt ervaren, ontstaan er problemen die binnen de rechtsorde moeten worden opgelost.

Het beginsel dat eenieder vrij is in het kiezen van zijn levensbeschouwelijke overtuiging en dat eenieder recht heeft om naar deze overtuiging te leven is fundamenteel voor onze rechtsorde. De eis van vrijheid van godsdienst speelde al een rol in de afzetting van de katholieke Heer der Nederlanden, tevens Koning van Spanje. Vroom wijst erop dat Willem van Oranje zich daarnaast beriep op algemeen zedelijk inzicht. Het was in zijn ogen een gedeeld menselijk inzicht dat iedereen zich het lot aantrok van de burgers die leden onder de tirannie. Iedereen behoorde te vinden dat mensen niet worden vervolgd om hun geloof. Beide motieven – vrijheid van religie en beroep op algemene zedelijke maatstaven – staan met elkaar op gespannen voet, omdat

⁸³⁶ Paul Cobben, 'Kan religie in de multiculturele samenleving slechts privé-zaak zijn?', p. 78-79.

de godsdienstvrijheid van de een zowel door die van de ander als door ‘wat iedereen moet vinden’ wordt ingeperkt. Vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving impliceert dat men over de godsdienst van anderen oordeelt.⁸³⁷ Wat Vroom beroep op algemene zedelijke maatstaven noemt, heb ik in dit onderzoek aangeduid als maatschappelijk en zedelijk beoordelingspatroon. Uit de casus is gebleken welke invloed dit heeft op het gewicht van waarden en de afweging van belangen.

Gemeenschappen ontwikkelen en onderhouden tradities. Dit geldt mede voor godsdienstige gemeenschappen. Godsdienst is nooit alleen persoonlijk, maar altijd ook groepsgebonden. Het gaat in de godsdienst niet alleen om privé-overtuigingen maar ook om de gezamenlijke vormgeving van het gehele leven door verscheidene mensen en meestal door groepen mensen. Gelovigen claimen zowel individueel als collectief de vrijheid afwijkende regels in acht te nemen inzake onder meer onderwijs en opvoeding. Ze betreden daarbij het terrein van de samenleving. In de publieke sfeer is het aan de overheid om te besluiten hoeveel ruimte een religieuze uiting krijgt. Vroom merkt terecht op dat het simpele feit van aanvaarding van levensbeschouwelijke pluriformiteit zelf al een oordeel over het geloof van de ander impliceert. De ander mag privé voor bron van inspiratie of voor waarheid houden wat hij wil. Dit geloof wordt echter binnen de samenleving niet zonder meer aanvaard en de consequenties van dit geloof moeten worden getoetst aan maatstaven van de democratische samenleving.⁸³⁸ Deze toetsing heeft zowel betrekking op de verhouding tussen de individuele gelovige of de religieuze gemeenschap enerzijds en de samenleving of de staat anderzijds maar ook op de verhouding tussen de individuele gelovige en de gemeenschap waarvan hij deel uitmaakt.

Religieuze gemeenschappen kennen voorschriften hoe hun leden zich behoren te gedragen en huldigen opvattingen over hoe zij over bepaalde zaken behoren te denken. Dit kan leiden tot spanningen en conflicten met de Nederlandse samenleving. Een democratische samenleving als de Nederlandse stelt deze gemeenschappen voor de vraag of zij in staat zijn om het ‘onderhouden van geboden en voorschriften’ te plaatsen in een eenduidig vrije context, en zich te realiseren dat geloof en leven als gelovige niet uit dwang kan voortkomen. Vrijheid van godsdienst is in de maatschappelijke en politieke context waarin wij leven, de vrijheid van iedere mens zich al dan niet aan te sluiten bij de belijdenissen, praktijken en rituelen van de godsdienstige gemeenschap waartoe hij of zij zich in vrijheid verhoudt.

Het praktiseren van religieuze geboden en voorschriften is dan ook geen eendimensionale aangelegenheid. Het gaat aan de ene kant om de vrijheid zich te

⁸³⁷ Henk Vroom, *Religie als ziel van cultuur. Religieus pluralisme als uitdaging*, Zoetermeer: Meinema 1996, p. 41-42.

⁸³⁸ Henk Vroom, *Religie als ziel van cultuur*, p. 44-46.

identificeren als religieuze persoon in een gemeenschappelijke religieuze praxis, maar het gaat óók om de vrijheid dat niet te doen zonder bloot te staan aan onoorbare druk.⁸³⁹ Dit is van fundamenteel belang, omdat een religieuze gemeenschap een collectieve identiteit onderhoudt waarbij spanningen kunnen optreden met de identiteit van de individuele gelovige. De constitutionele orde beschermt primair de individuele identiteit, maar zij doet dat nooit in exclusieve of absolute zin. In diverse casus is dit ook gebleken. Welke beperking van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd is, verschilt per geval. Maar de kern van dit recht moet te allen tijde worden bewaard. Of dit zo is, daarover kunnen de meningen verschillen, en is mede contextueel bepaald.

In vergelijking met de periode van de verzuiling is voor veel mensen hun uit vele dimensies samengestelde persoonlijke identiteit veel belangrijker geworden dan een aan groepsonderscheidingen ontleende collectieve identiteit.⁸⁴⁰ Niettemin is het zich identificeren met anderen voor elke individuele persoon van grote betekenis, zo merkt Sen op.⁸⁴¹ Iedereen wordt beïnvloed door mensen met wie en gemeenschappen waarmee hij zich identificeert. Elke gemeenschap waartoe iemand behoort, geeft hem een onderscheiden identiteit. Iedereen is daardoor drager van een verscheidenheid aan identiteiten. Geen enkele identiteit is iemands enige identiteit. De identiteiten die iemand heeft, hangen samen met zijn geslacht en afkomst en met de rollen of functies die men in de samenleving vervult. Iemands identiteit is daardoor een meervoudige identiteit. Het belang van een specifieke identiteit wordt vanzelf mede bepaald door de specifieke context waarin men zich bevindt. Het belang bijvoorbeeld van het feit dat iemand vegetariër is, is volstrekt gering in vele situaties, maar hoogst belangrijk als men de maaltijd gebruikt. Het gewicht van een onderscheiden identiteit ligt niet bij voorbaat en onder alle omstandigheden vast. Ten principale heeft iedereen de vrijheid aan een specifieke identiteit, of specifieke dimensie van zijn identiteit, meer of minder gewicht toe te kennen. Tot de identiteit van een moslim kan behoren dat hij geen varkensvlees eet. Toch kan hij beslissen op een receptie van varkensvlees bereide bitterballen te eten, omdat hij zich niet wil buitensluiten of gewoon trek heeft. Het is aan hem om te bepalen dat het eten van de bitterballen in deze situatie zijn identiteit al dan niet schaadt. De individuele gelovige heeft de vrijheid zichzelf iets toe te staan dat de religie of de religieuze gemeenschap verbiedt, omdat hij van mening is dat dit in de gegeven situatie zijn identiteit als gelovige niet schendt.

⁸³⁹ Ernst Hirsch Ballin, *Religieuze en seculiere rituelen in het publieke domein*, p. 1, 2, 4, 7.

⁸⁴⁰ Vergelijk: K. Schuyt, *Over het recht om 'wij' te zeggen*; zie ook: Jan De Groof e.a., 'Reflecties op de omgang met religieus en levensbeschouwelijk verschil in het onderwijs in Vlaanderen en Nederland', *Tijdschrift voor onderwijsrecht & onderwijsbeleid*, september-december 2010, p. 3-35, zie p. 7.

⁸⁴¹ Amartya Sen, *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, New York (NY): W.W. Norton & Company 2007, p. 1-38.

Gegeven het feit dat iemand een veelvoud aan identiteiten draagt, moet hij in elke specifieke situatie over het relatieve belang van de verschillende verbindingen en loyaliteiten beslissen en prioriteiten stellen. Daartoe heeft men ook de vrijheid. Sen rekent deze keuzevrijheid tot de kern van het menselijk leven. Hij betoogt dat niemand slechts één identiteit heeft of slechts tot één gemeenschap behoort. Een sterke en exclusieve band met één groep zal echter vaak leiden tot het afstand nemen van andere groepen.⁸⁴² Orthodoxe gelovigen lopen bijvoorbeeld dit risico. Dat kan hen brengen tot de overtuiging dat zij geen keuzemogelijkheden hebben om te beslissen over het betrekkelijke belang van het behoren tot een specifieke gemeenschap. De vrijheid van godsdienst waarborgt dat eenieder de vrijheid heeft te beslissen over het relatieve belang van een specifieke identiteit. Dit inzicht kan iemand helpen eigen keuzes te maken en daarbij de rechten en vrijheden van andere burgers te respecteren en vreedzaam samen te leven met anderen en loyaal te functioneren in diverse verbanden. Om een voorbeeld te geven, een orthodoxe gelovige kan bezwaar hebben tegen een huwelijk van personen van gelijk geslacht. Zijn identiteit als orthodoxe gelovige eindigt echter niet als hij als trouwambtenaar fungeert bij een dergelijk huwelijk. Maar als hij als trouwambtenaar fungeert, maakt hij een keuze tussen welke identiteit prioriteit krijgt, die van de orthodoxe gelovige of die van de trouwambtenaar, hij kiest dan voor de laatste. Juist als zich een conflict voordoet, dient men keuzes te maken. Ook al zou men dat willen, dan is dit vaak niet te vermijden. Het is inherent aan het menselijk (samen-)leven. Een democratische samenleving als de Nederlandse verzekert daarbij eenieder enerzijds van de mogelijkheid in vrijheid keuzes te maken over het relatieve belang van een specifieke identiteit in onderscheiden situaties, maar vraagt anderzijds ook van eenieder om diezelfde keuzemogelijkheid van anderen te respecteren.

De pluriforme, democratische samenleving legt beperkingen op aan de reikwijdte van de aanspraken die gelovigen aan hun bron van inspiratie kunnen ontleen om een specifieke identiteit te verwerkelijken, en daardoor aan de ruimte voor gehoorzaamheid aan het onderhouden van religieuze geboden. De problemen die hieruit voortvloeien, moeten in wetgeving en rechtspraak worden opgelost. De overheid moet steeds besluiten voor welke specifieke godsdienstige regels zij ruimte schept en voor welke niet. Daarbij dwingt de staat religieuze gemeenschappen soms op bepaalde onderdelen tot een herinterpretatie van hun traditie die hun leefwijze meer in overeenstemming brengt met die van de samenleving als geheel.⁸⁴³ Een voorbeeld daarvan biedt het SGP-vrouwenstandpunt. In de besluitvorming speelt de machtsfactor een aanzienlijke rol. Meerderheden hebben de neiging te heersen over minderheden. Zij zijn van mening dat zij dit mogen doen omdat zij een superieur zedelijk inzicht hebben of de waarheid in bezit hebben. In een pluriforme, democratische samenleving als de Nederlandse vallen

⁸⁴² Amartya Sen, *Identity and Violence*, p. 1-38.

⁸⁴³ Henk Vroom, *Religie als ziel van cultuur*, p. 46.

er onvermijdelijk besluiten over welke ruimte de diverse groepen elkaar gunnen om zoveel mogelijk naar hun geloof te leven.

Als de staat een interventie overweegt in een religieuze praktijk, is een belangrijk aspect daarvan of de oorsprong van deze praktijk een religieus gebod of een culturele norm is. De houding van mensen tegenover religieuze geboden verschilt van hun houding tegenover culturele normen. Gelovigen beschouwen religieuze geboden als voorschriften die hun oorsprong hebben in God en die daarom een hoogste waarheid uitdrukken en de hoogste eerbied verdienen. Overtreding van een religieus gebod beschouwen gelovigen als een oorzaak van Gods straf over hen. De status van een culturele norm is anders. Zo'n norm is het product van mensen en daarom beschouwt men deze noch als een uitdrukking van de hoogste waarheid noch als een norm waarvan de schending goddelijke vergelding over hen brengt. Daarom vereist het respecteren van mensen de uiterste behoedzaamheid in geval van een praktijk die een religieus gebod belichaamt.⁸⁴⁴ De omstandigheid dat de kwalificatie van een bepaalde praktijk als religieus wordt betwist, doet hier niet aan af.

Nederland is hierin niet uniek. Het Duitse Bundesverfassungsgericht neemt als uitgangspunt een staat waarin menselijke waardigheid de hoogste waarde is en waarin vrije individuele zelfbeschikking wordt erkend een gemeenschapvormende waarde te hebben. Vrijheid van godsdienst waarborgt individuen een wettige ruimte vrij van interventie door de staat waarin zij hun leven kunnen leiden op een wijze die overeenstemt met hun geloof. De staat erkent en waarborgt niet slechts de (innerlijke) vrijheid te geloven of niet te geloven maar ook de (uiterlijke) vrijheid geloof te manifesteren, te belijden en te verspreiden, waarbij hij individuen toestaat hun gehele gedrag te ontwerpen op de leer van hun geloof en te handelen in overeenstemming met hun innerlijk geloof.⁸⁴⁵

Door Europa heen kunnen praktijken en het onderhouden van voorschriften een verscheidenheid van gedragingen omvatten: kledinggewoonten zoals het dragen van een religieuze hoofddoek,⁸⁴⁶ eetgewoonten,⁸⁴⁷ het voorzien in en ontvangen van pastorale zorg, godsdienstig onderwijs en prediking, de ouderlijke overdracht van een religieuze overtuiging aan hun kinderen, de invulling van hun religieuze gewoonten of plichten, de uitvoering van rituelen, zoals begrafenisrituelen, en de praktijk zich te verenigen op religieuze grondslag in organisaties. Bovenal is vrijheid van godsdienst

⁸⁴⁴ Menachem Mautner, 'From "Honor" to "Dignity": How should a liberal state treat non-liberal cultural groups?', p. 618-619.

⁸⁴⁵ Norman Doe, *Law and Religion in Europe. A Comparative Introduction*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 43. Doe verwijst naar: BVerfGE, 98 (106).

⁸⁴⁶ BVerfGE, 108 (282).

⁸⁴⁷ Lord Walker, House of Lords 24 februari 2005, UKHL 15 [2005] 2 A.C. 246, par. 62 (*R. (on the application of Williamson) v. Secretary of State for Education and Employment*).

de vrijheid in de praktijk te leven en te handelen in overeenstemming met het geloof dat iemand aanhangt. In beginsel hebben in Europa de ouders een recht hun kinderen op te voeden in overeenstemming met hun eigen godsdienst. Een fundamenteel beginsel is dat de religieuze vrijheid van de ouders van minder gewicht is dan het welzijn van het kind. Als het kind bijvoorbeeld bloedtransfusie nodig heeft, wordt het recht van ouders dit te weigeren ontkend. Een principiële beperking op de rechten van de ouders hun kinderen religieus op te voeden is de religieuze autonomie van het kind. Dit is een grondbeginsel van het internationale recht. Nationale wetten kunnen de besnijdenis van jongens toestaan, maar daar ook toezicht op uitoefenen door regulering als dit noodzakelijk is om het welzijn van het kind.⁸⁴⁸

Een beginsel van Europese wetgeving is de bijzondere bescherming van godsdienst door middel van privileges en uitzonderingen. Dit geldt onder meer op het terrein van het onderwijs. Artikel 14 lid 3 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*Charter of fundamental rights of the European Union* (C2010/C83/02)) bepaalt:

The freedom to found educational establishments with due respect for democratic principles and the right of parents to ensure the education and teaching of their children in conformity with their religious, philosophical and pedagogical convictions shall be respected, in accordance with national law governing the exercise of such freedom and right.

Doe stelt vast dat bijzondere bescherming van de vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd is wanneer mensen hun godsdienst niet vrij kunnen beoefenen, omdat regels die algemeen van toepassing zijn, hen op een bepaalde wijze benadelen bij de vervulling van hun religieuze behoeften.⁸⁴⁹ Deze bescherming vrijwaart burgers van discriminatie en van een behandeling die fundamenteel in strijd is met het karakter van de democratische samenleving.

2 Subjectieve of objectieve verplichting

Bij kwesties over de vrijheid van godsdienst kan het zinvol zijn onderscheid te maken tussen kernovertuigingen en kernverplichtingen enerzijds en meer perifere overtuigingen en verplichtingen anderzijds. Wat iemand tot de onopgeefbare kern rekent van zijn geloof en zijn verplichtingen is een persoonlijke aangelegenheid. Dit hoeft echter niet te impliceren dat een kern zuiver subjectief en individualistisch van aard is, want gelovigen maken normaliter deel uit van een religieuze gemeenschap. Als

⁸⁴⁸ Norman Doe, *Law and religion in Europe*, p. 51, 228-233.

⁸⁴⁹ Norman Doe, *Law and religion in Europe*, p. 254-255.

een gelovige een beroep doet op de vrijheid van godsdienst, is een juridisch relevante vraag of de gedraging die in geding is een subjectieve of een objectieve verplichting betreft. Een conflict waarin dit uitdrukkelijk aan de orde is, is de *Amselem*-casus.

Het joodse *Soekot* (Loofhuttenfeest) vereist het bouwen van een *soeka* (loofhut) om dit feest te kunnen vieren. De *soeka* bestaat uit vier wanden en een dak dat afgedekt is met takken of loof, vandaar de term loofhut. De hut kan overal gebouwd worden, aan een serre, op het balkon, in de tuin of op een plat dak. Gedurende het negen dagen durende feest verblijft men in deze hut om de maaltijden te gebruiken. Moise Amselem is een orthodoxe joodse gelovige die woont in een appartementengebouw, Le Sanctuaire, in Montreal. Hij bouwde de *soeka* op zijn balkon, maar dit werd hem verboden door de vereniging van eigenaren van het appartementengebouw. Hij spande daarop met enige andere orthodoxe joden uit hetzelfde appartementengebouw die ook een eigen loofhut wilden bouwen, een geding aan. Le Sanctuaire had zijn recht op vrijheid van godsdienst geweld aangedaan. Hij verloor de rechtszaak en ging in beroep en verloor opnieuw. In appèl won hij de zaak. De vraag in deze casus is of de joodse wet van de gelovige eist een eigen *soeka* te bouwen, en niet gebruik te maken van een gemeenschappelijke *soeka*.

In appèl deed het Supreme Court uitspraak. De rechter die in de uitspraak de mening van de meerderheid verwoordde, maakte een onderscheid tussen twee definities van religie, een uiterlijke en een wezenlijke. De uiterlijke definitie houdt in dat religie omvat een specifiek stelsel van geloof en aanbidding. De wezenlijke definitie is dat het in religie gaat om vrije en diep gewortelde persoonlijke geloofsovertuigingen die verbonden zijn met het spirituele geloof van de individuele persoon en die integraal verbonden zijn met zijn zelfverstaan en zijn religieuze praktijken.⁸⁵⁰ Volgens Sharma is deze laatste definitie die de meerderheid van het Supreme Court hanteert, zowel subjectief als individualistisch. Naar zijn mening verwijst religie naar objectieve waarheden en heeft ze altijd een dimensie van gemeenschappelijkheid. Het Supreme Court lijkt te hebben gekozen voor de weg van de minste weerstand door het standpunt in te nemen dat het niet aan de rechter is om te bepalen wat een gelovige behoort te geloven.⁸⁵¹

De Canadese rechters verantwoordden zich echter uitvoerig. Zij zetten uiteen dat vrijheid van godsdienst bestaat uit de vrijheid praktijken te onderhouden en geloof te koesteren in overeenstemming met een persoonlijk of subjectief verstaan van vrijheid van godsdienst, ongeacht of dit wordt geëist door een officieel dogma of in overeenstemming is met het standpunt van religieuze leiders. Een burger die een beroep doet op de vrijheid van godsdienst, hoeft geen objectieve religieuze verplichting

⁸⁵⁰ 2004 SC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, par. 39 (*Syndicat Northcrest v. Amselem*).

⁸⁵¹ Arvind Sharma, *Problematizing Religious Freedom*, Dordrecht: Springer 2011, p. 39.

aan te tonen, een vereiste of een voorschrift. Het is de religieuze of spirituele essentie van een handeling die bescherming krijgt. De staat is niet in de positie om als scheidsrechter op te treden. Een rechtbank dient zich te richten op het onderzoeken van de oprechtheid van de gelovige. De vaststelling daarvan kan worden bepaald met criteria als geloofwaardigheid van de burger en consistentie met andere religieuze praktijken van deze burger. De Canadese rechters wijzen erop dat vrijheid van godsdienst in werking wordt gezet wanneer degene die er een beroep op doet, aantoont dat hij oprecht gelooft in een praktijk die, of een geloof dat, een band heeft met religie. Religieus gedrag dat potentieel schade veroorzaakt aan anderen of dat hun rechten aantast, wordt niet automatisch beschermd. De uiteindelijke bescherming moet worden afgemeten in verhouding tot andere rechten en zonder de context te veronachtzamen, waarbinnen het gebleken conflict is ontstaan.

In de *Amselem*-casus komen de orthodoxe joden die een soeka willen oprichten in conflict met de mede-eigenaren van het appartementengebouw. Het Supreme Court oordeelt dat de uitoefening van hun rechten het verbieden van de soeka's op het balkon niet rechtvaardigt. De rechters vinden het dubieus, ongerechtvaardigd en onredelijk beperkend om binnen het kader van een analyse van vrijheid van godsdienst onderscheid te maken tussen verplichting en gewoonte, tussen objectieve en subjectieve verplichting of tussen objectief en subjectief geloof. Amselem en de andere joodse gelovigen geloven oprecht dat zij verplicht zijn een soeka te bouwen op hun eigen balkon. Het verbieden de soeka te bouwen is een schending van hun recht op vrijheid van godsdienst. Zij geloven dat het een religieus voorschrift is gedurende negen dagen gebruik te maken van hun eigen soeka. Het te verhinderen hun soeka te realiseren vormt een niet te verwaarlozen inmenging in en aldus een ernstig te nemen inbreuk op hun door de constitutionele orde beschermde rechten.

De beslissing in appèl van het Supreme Court houdt naar de mening van Sharma in dat het subjectieve verstaan van religie wordt bevoordeeld: 'From the point of view of the legal definition of religion, what this decision did was to privilege the subjective understanding of religion'.⁸⁵² Dit rechtcollege stelde vast dat de verklaring van experts niet in de plaats mag treden van persoonlijke bevestigingen van religieus geloof. Naar mijn mening is echter geen sprake van het bevoordelen van de interpretatie van de betrokken joden. De orthodoxe joden beroepen zich op een officieel joods voorschrift. Terecht stelde het Supreme Court zich terughoudend op bij het interpreteren van dit voorschrift. Het neemt geen *intern* theologisch standpunt in over de vraag of de gegeven uitleg van het voorschrift de juiste is. De neutraliteit van de overheid impliceert dat zij oordeelt vanuit een *extern* seculier-juridisch standpunt, en in het theologisch debat geen partij kiest.⁸⁵³ Dat het tenminste niet om een individuele

⁸⁵² Arvind Sharma, *Problematizing Religious Freedom*, p. 38.

⁸⁵³ HR 15 februari 1957, NJ 1957/201.

interpretatie van een religieus voorschrift gaat, blijkt ook uit de informatie op de website van het Joods Historisch Museum, die vermeldt dat men een soeka op zijn balkon kan bouwen.⁸⁵⁴ In hoofdstuk 1, paragraaf 3.1, is behandeld dat de constitutionele orde een subjectieve interpretatie van een religieus voorschrift in beginsel beschermt. De interpretatie van Amselem als rechtssubject komt aantoonbaar voort uit zijn religieuze overtuiging. Hij geeft er rechtstreeks uitdrukking aan. Het bouwen van zijn eigen soeka is een religieuze uiting die als zodanig dan ook onder de bescherming van het recht op vrijheid van religie valt.

Het onderscheid objectief/subjectief zal de oplossing van een conflict over een religieuze uiting in het algemeen niet verder helpen. In deze casus is het bouwen en verblijven in een soeka een erkend religieus gebruik. Of het per se moet zoals Amselem en de andere orthodoxe joden in het appartementengebouw willen, is niet objectief te bepalen. Het is denkbaar dat er joodse gelovigen zijn, die tevreden zijn met de door Le Sanctuaire voorgestelde oplossing van een gemeenschappelijke soeka. Amselem en de medegelovigen zijn er echter van overtuigd dat zij op deze wijze niet voldoen aan hun religieuze verplichting. Uit alles blijkt dat het gaat om een identiteitsbepalende gewoonte, die ‘een zekere mate van structuur, historische inbedding en herkenbaarheid’ heeft.⁸⁵⁵ De godsdienstige uiting is bepaald niet louter subjectief. Daarom is het enige dat de rechter kan doen, met inachtneming van het beginsel van interpretatieve terughoudendheid dat het Supreme Court toepast, de belangen te wegen. In deze casus weegt het belang van Amselem c.s. zwaarder dan dat van de mede-eigenaren en staat de rechter de soeka op het balkon toe. Daarbij stelt hij wel enige beperkende voorwaarden, zoals dat brandveiligheidsvoorschriften worden nageleefd. De Canadese rechter laat zijn oordeel terecht niet bepalen door experts.

In een zaak die door het Britse House of Lords werd behandeld, gaf Lord Nicholls van Birkenhead als zijn mening dat religieuze en andere overtuigingen een deel zijn van het mens-zijn van ieder individu. Zij zijn een integraal onderdeel van iemands persoonlijkheid en individualiteit. Het respecteren door burgers van het geloof van ieder ander stelt hun in staat in harmonie te leven. Dit is een van de waarmerken van een beschaafde samenleving. Lord Nicholls stelde vervolgens dat vrijheid van godsdienst het subjectieve geloof van een individu beschermt. Hij verwees naar de uitspraak van het Canadese Supreme Court in de zaak van Amselem c.s. Religieus geloof is uiterst persoonlijk en kan gemakkelijk variëren van het ene individu tot het andere. Elk individu staat in de vrijheid zijn eigen religieus geloof te realiseren, hoe irrationeel of inconsistent het voor een ander ook mag lijken. Naar zijn mening heeft het EHRM terecht opgemerkt dat ‘in principle, the right to freedom of religion as understood in the Convention rules out any appreciation by the state of the legitimacy

⁸⁵⁴ www.jhm.nl/cultuur-en-geschiedenis/woordenlijst/s/soeka.

⁸⁵⁵ C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, p. 433.

of religious beliefs or of the manner in which these are expressed'.⁸⁵⁶ De relevantie van objectieve factoren is hoogstens dat ze licht kunnen werpen op de vraag of het beleden geloof oprecht wordt beoefend. Iedereen heeft daarom het recht welk gewenst geloof dan ook te aanvaarden. Maar als er problemen ontstaan over het zich manifesteren van dat geloof, moet een geloof voldoen aan bescheiden objectieve minimumvereisten. De drempelwaarden zijn impliciet aanwezig in artikel 9 EVRM. Het geloof moet stroken met basale standaarden van menselijke waardigheid en integriteit.⁸⁵⁷ Artikel 9 EVRM zegt dat het recht een geloof te hebben een absoluut recht is, het recht religie tot uiting te brengen is een te beperken recht.

De Canadese rechter past geen restrictieve interpretatie toe, hoewel deze volgens Vermeulen wel veelal onvermijdelijk is. Het antwoord op de vraag of een persoon met zijn handeling uiting geeft aan een godsdienstige overtuiging die valt binnen het bereik van artikel 9 EVRM, mag de staat niet overlaten aan de subjectieve interpretatie van de betreffende persoon. Het juridische systeem moet zelf de antwoorden op deze vraag geven, gebaseerd op objectieve criteria en primair gerelateerd aan de uitwendige verschijning van de uiting. Voor nog niet lang gevestigde minderheden houdt deze benadering evenwel het gevaar in dat hun religieuze handelingen slechts als uiting van een godsdienst of overtuiging wordt aangemerkt indien voldoende gelijkenis wordt geconstateerd met herkenbare gedragspatronen van meer bekende godsdienstige tradities. Dit bergt het risico in zich dat handelingen die deze minderheden beschouwen als essentiële elementen van hun godsdienst buiten het bereik van de garanties van de godsdienstvrijheid vallen. Dit risico kan men afzwakken door aan de justitiabele die claimt dat een bepaald type gedrag een uiting is van zijn godsdienst of overtuiging, het voordeel van de twijfel te gunnen. Zo kan het enkele feit dat een vrouw stelt dat zij om religieuze redenen een hoofddoek moet dragen, al voldoende zijn om dit te beschouwen als een godsdienstige uiting. Een dergelijke openheid voor de persoonlijke definiëring door een gelovige is vereist, vooral om minderheidsreligies eenzelfde mate van vrijheid te verzekeren als de traditionele godsdiensten. Het zal vaak echter wel onmogelijk zijn de subjectieve interpretatie van het individu als doorslaggevend criterium te aanvaarden. Een restrictief-objectieve interpretatie zal in een meerderheid van zaken onvermijdelijk zijn, aldus Vermeulen.⁸⁵⁸

Bij de juridische toetsing of een beperking van de godsdienstvrijheid gerechtvaardigd is, gaat het in essentie om twee stappen. De eerste stap is de beantwoording van de

⁸⁵⁶ EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99, 35 EHRR 306, 335, par. 117 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*).

⁸⁵⁷ [2005] UKHL 15, par. 15, 22, 23 (House of Lords opinions of the lords of appeal for judgment in the cause *Regina v. Secretary of State for Education and Employment and others (Respondents) ex parte Williamson (Appellant) and others*).

⁸⁵⁸ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, p. 79.

vraag of er sprake is van een godsdienstige manifestatie die überhaupt bescherming verdient. Als het antwoord positief is, is de tweede stap de beantwoording van de vraag of het gerechtvaardigd is om die manifestatie te beperken. Om dat te bepalen vereist het EVRM dat deze beperking noodzakelijk en proportioneel is. In de heersende juridische benadering gaat de rechter uit van het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid. Hij treedt niet in theologische discussies en hij gaat in beginsel uit van de subjectieve claim van betrokkene dat er sprake is van een uiting van godsdienst, tenzij blijkt dat het om een wel zeer individuele invulling daarvan gaat die niet door andere geloofsgenoten wordt gedeeld. Naar de mening van Loenen hoeft dit leerstuk niet te leiden tot oeverloze claims, zolang de toepassing wordt beperkt tot de eerste fase van de toetsing. Bij de tweede stap moet in het kader van de belangenafweging aan de orde komen hoe ernstig de gewraakte beperking is ten opzichte van het met die beperking te dienen belang. Daarbij is voor de beoordeling van de ernst van de beperking van betekenis of deze afhangt van de subjectieve beleving van betrokkene of dat een meer geobjectiveerde benadering geoorloofd is. Het beginsel van interpretatieve terughoudendheid geldt in deze tweede fase van de toetsing niet of in ieder geval in aanzienlijk minder sterke mate. Het gaat hier immers niet meer om de vraag óf een bepaalde praktijk een godsdienstige manifestatie is of niet, maar hoe het toestaan van deze praktijk afgewogen moet worden tegen andere belangen. Bij een belangenafweging kan het per definitie niet zo zijn dat een van de te wegen belangen absoluut wordt gesteld. Dat zou echter wel gebeuren als de rechter ook in deze fase van de toetsing van de subjectief ervaren ernst van een beperking van de godsdienstvrijheid zou moeten uitgaan.⁸⁵⁹

Het Canadese Supreme Court kiest een vergelijkbare benadering als in Europa gebruikelijk is door de subjectieve claim van de zoekabouwers te aanvaarden en vervolgens de belangen af te wegen en een redelijke oplossing te kiezen zonder inhoudelijk de argumenten voor en tegen het bouwen van een soeka op het balkon te beoordelen. In de casus die ik heb besproken, kan ook altijd de vraag worden gesteld of het per se nodig is dat de gelovige zijn overtuiging tot uiting brengt op de wijze die in geding is. Door deze vraag bij voorbaat ontkennend te beantwoorden kan het resultaat zijn dat de uitoefening van het grondrecht op vrijheid van godsdienst (nagenoeg) onmogelijk wordt gemaakt. Er moeten wel sterke argumenten zijn om zo ver te gaan, bijvoorbeeld dat het een uiterst individuele uiting van godsdienst betreft. Het toetsingskader zoals dat door het EHRM is ontwikkeld en zoals dat ook in Nederland door de rechterlijke macht wordt toegepast, biedt de mogelijkheid de relevante aspecten van een conflict op een staatsrechtelijk verantwoorde wijze te beoordelen.

⁸⁵⁹ *Multiculturaliteit en recht*. Verslag van de op 13 juni 2008 te Dordrecht gehouden algemene vergadering. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging. 138^e jaargang/2008-2, Deventer: Kluwer 2009, p. 60-61.

3 Neutraliteit van de staat

Vrijheid van godsdienst vereist scheiding van staat en kerk. Dit is een institutionele scheiding: zij is een scheiding van bevoegdheden en verantwoordelijkheden. De overheid mengt zich niet in kerkelijke aangelegenheden en heeft geen bestuurlijke bevoegdheden binnen religieuze organisaties. De kerk bepaalt de wet- en regelgeving van de staat niet en heeft geen rol in het openbaar bestuur en de rechtspraak. De scheiding van staat en kerk bepaalt enerzijds niet meer, maar ook niet minder, dan dat kerkelijke en religieuze organisaties in het publieke en politieke debat geen andere plaats innemen dan bijvoorbeeld werkgevers- of werknemersorganisaties of verenigingen. Deze mogen trachten invloed uit te oefenen door middel van overleg, maatschappelijk debat en zelfs door te lobbyen, zolang de uitkomst daarvan maar getoetst blijft worden conform de formele procedures van de parlementaire democratie.⁸⁶⁰ De scheiding van kerk en staat betekent anderzijds dat de overheid niet bevoegd is burgers en private organisaties dwingend een specifiek waarden- en normenstelsel op te leggen. De overheid stelt zich onpartijdig op ten opzichte van godsdienst en levensovertuiging en garandeert daarmee de neutraliteit van de staat en de pluriformiteit van de publieke ruimte. Neutraliteit van de staat impliceert dat de overheid niet een groepering met een bepaalde overtuiging bevoordeelt of benadeelt. Zij geeft ruimte aan een veelvormige aanwezigheid van godsdienstige uitingen in de samenleving. De scheiding van staat en kerk of de neutraliteit van de staat vereist echter niet dat de overheid zich niet inlaat met levensbeschouwing of dat de staat godsdienst beschouwt als een strikte privé-aangelegenheid. Zij betekent niet dat de staat zich onverschillig moet opstellen ten opzichte van religie of dat hij een houding moet aannemen met de kerk of met religie niets te maken te hebben.⁸⁶¹ Die houding zou de bescherming door de staat van de rechten en vrijheden van *alle* burgers kunnen schaden, en daarmee het functioneren van de democratie.

Burgers hebben het recht hun levensovertuiging in vrijheid te kiezen en tot uitdrukking te brengen. Dit is echter geen absoluut recht. De burgers zijn gelijkwaardige individuen die gelijke vrijheidsrechten hebben. De staat beschermt burgers tegen de aantasting van hun rechten. De staat dient het genieten van de rechten en vrijheden van burgers te waarborgen. Dat dient hij op een onpartijdige wijze te doen. De staat kan daarbij echter niet waardenvrij optreden. Hij moet belangen afwegen. Dat is niet mogelijk zonder een waardenstelsel te hanteren. Een fundamentele waarde is de neutraliteit van de staat,

⁸⁶⁰ Ger Groot, 'Tweeslachtige neutraliteit. Godsdienst, onderwijs en het uniform van de staat', in: Marcel ten Hooven & Theo de Wit, *Ongewenste goden. De publieke rol van religie in Nederland* (p. 294-301), Amsterdam: Sun 2006, p. 296.

⁸⁶¹ S. van Bijsterveld, 'Scheiding van kerk en staat: een klassieke norm in een moderne tijd', p. 227 e.v.

waarbij de overheid in haar beleid geen voordeel toekent aan of voorkeur heeft voor welke specifieke overtuiging dan ook. Het oogmerk van de neutraliteit van de staat is bij uitstek de vrijheid van individuen in hun gemeenschappen welke religieuze leer of welk beginsel dan ook te aanvaarden, daar bezwaren tegen te maken of te wijzigen.

De Nederlandse verhouding tussen staat en kerk duidt Vermeulen aan als *pluralistische coöperatie*. In dit model heeft religie niet enkel betrekking op een afgescheiden private sfeer zonder dat zij relevantie heeft voor de publieke zaak. Religie kan en mag integendeel van betekenis zijn voor het hele maatschappelijke leven. In dit model staat de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging hoog in het vaandel. Dat betekent enerzijds dat de staat zich niet in de religieuze privésfeer mengt. Anderzijds kan het soms zo zijn dat de staat religieuze en andere levensbeschouwelijke organisaties en manifestaties actief faciliteert. Kerkgenootschappen kunnen een niet onbelangrijke bijdrage leveren aan een taak die de overheid vanwege het daarmee verbonden algemeen belang direct of ordenend aan zich heeft getrokken. Het dienen van het algemeen belang door religieuze organisaties kan een reden zijn voor de overheid financiële ondersteuning te verlenen. De overheid kan ook de situatie willen voorkomen dat de uitoefening van het grondrecht op vrijheid van godsdienst illusoir wordt. Zij beschouwt dit recht dan mede als een sociaal grondrecht. Dit kan bijvoorbeeld impliceren dat de overheid het onderhoud en gebruik van kerkgebouwen financieel ondersteunt.⁸⁶² De overheid heeft, zoals in hoofdstuk 1, paragraaf 3.1 is opgemerkt, een positieve verplichting. Dergelijke overheidsondersteuning wordt in het model van pluralistische coöperatie niet strijdig geacht met de scheiding van kerk en staat, mits zij maar op voet van gelijkwaardigheid wordt verleend aan religieuze groeperingen.⁸⁶³ De scheiding van kerk en staat is in Nederland niet zeer strikt. Kerk en staat komen elkaar op veel terreinen tegen zonder dat dit strijdig wordt geacht met de neutraliteit van de overheid, maar ook zonder dat dit conflicteert met de kernwaarden en principes van een moderne samenleving zoals onder meer neergelegd in de mensenrechtenverdragen.⁸⁶⁴

De vorm van neutraliteit waar Van der Burg de voorkeur aan geeft, noemt hij *inclusieve neutraliteit*. Inclusieve neutraliteit houdt in dat iedereen in beginsel vrijuit zijn religie en cultuur kan beleven en in politieke discussies een beroep mag doen op levensbeschouwelijke argumenten. Zij is verbonden met de idee van proportionaliteit: de overheid geeft iedere burger evenveel steun voor het beleven van zijn religieuze en

⁸⁶² *Overheid, godsdienst en levensovertuiging*, p. 47-48; E.M.H. Hirsch Ballin, 'Werking en verwerkelijking van grondrechten', in: L. Heyde e.a. (red.), *Begrensde vrijheid* (p. 128-145), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 134-135; *Kamerstukken II 1976/77*, 13 873, nr. 7, p. 8 en 9.

⁸⁶³ B.P. Vermeulen & M.J. Kanne, 'Kerk en staat en de mensenrechten', p. 70-71.

⁸⁶⁴ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, p. 10-13.

culturele identiteit. Dat kan onder meer worden gerealiseerd doordat religieuze en culturele organisaties steun krijgen in verhouding tot het aantal leden of aanhangers. Er komen dan bijvoorbeeld in verhouding tot de behoefte onder gedetineerden en militairen protestantse, katholieke, joodse en islamitische geestelijk verzorgers en humanistische raadslieden. Naar de mening van Van der Burg is inclusieve neutraliteit de dragende gedachte in de Nederlandse traditie. Zij komt onder meer tot uitdrukking in de financiële gelijkstelling van bijzonder en openbaar onderwijs.⁸⁶⁵ Van der Burg gaat op grond van het beginsel van inclusieve neutraliteit ver met toestaan van religieuze uitingen in de publieke ruimte, waaronder de islamitische hoofddoek en de gezichtssluier.⁸⁶⁶

Het meest voorkomende model in Europa is volgens Doe het hybride of samenwerkingsmodel, dat we ook in Nederland kennen. Daarbij is er wel een grote verscheidenheid van invulling van dit model. De scheiding van kerk en staat wordt gecombineerd met samenwerking op diverse terreinen. Deze samenwerking komt tot stand in de vorm van formele of informele contracten tussen overheidsinstellingen en religieuze organisaties, de bescherming van godsdienstige vrijheid en het verbieden van discriminatie vanwege godsdienst.⁸⁶⁷

Neutraliteit is een kernconcept in de verhouding van de Duitse staat tot religie. Dit concept houdt in dat de Duitse staat zich niet identificeert met een religie of levensovertuiging en met daarop gefundeerde instituties, maar integendeel deze instituties in vrijheid hun zelfbeschikking laat verwerklijken. De staat fundeert geen levensbeschouwelijk monopolie, want hij is de thuisstaat van alle burgers en hij maakt geen onderscheid naar geloof of levensovertuiging. Het Duitse Bundesverfassungsgericht heeft het grondbeginsel van neutraliteit afgeleid van een gezamenlijk overwegen van de algemene (Art. 3(1) GG (Grundgesetz)) en de bijzondere gelijkheidsstellingen (Art. 3(3), 33(3) GG), van de garanties van godsdienstvrijheid (Art. 4(1,2) GG, 140 GG/136(1), IV WRV (Weimarer Reichsverfassung)) en van het verbod op de staatskerk (Art. 140 GG/137(1) WRV).⁸⁶⁸

De Duitse neutraliteit van de staat omvat vier aspecten: noninterventie, nonidentificatie, gelijkheid en samenwerking. Noninterventie vereist dat de staat de

⁸⁶⁵ Wibren van der Burg, *Het ideaal van de neutrale staat. Inclusieve, exclusieve en compenserende visies op godsdienst en cultuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 38 e.v.

⁸⁶⁶ W. van der Burg, 'Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat', in: W. van der Burg, C.J.M. Schuyt & J.H. Nieuwenhuis, *Multiculturaliteit en recht* (preadviezen), Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging (p. 1-620, 138^e jaargang/2008-1, Deventer: Kluwer 2008, p. 53-56.

⁸⁶⁷ Norman Doe, *Law and religion in Europe*, p. 35, 259.

⁸⁶⁸ Christoph Link, 'Stat Crux?', 'Die "Kruzifix"-Entscheidung des Bundesverfassungsgericht', *Neue Juristische Wochenschrift* 1995, p. 3353-3357.

autonomie van religieuze organisaties erkent. Fundamenteel in de verhouding tussen kerk en staat is het recht op zelfbestemming, op autonomie, zoals dat wordt gevonden in artikel 140 GG in samenhang met artikel 137(3) WRV. In overeenstemming met dit beginsel kan elke religieuze organisatie zijn eigen zaken regelen binnen de beperkingen van de wet. In wezen is deze grondwettelijke voorziening zuiver de logische consequentie van de seculariteit en neutraliteit van de staat. Het Duitse Bundesverfassungsgericht beschouwt het recht van autonomie en de vrijheid van religie als complementair en aanvullend.⁸⁶⁹ Nonidentificatie vereist dat de staat afziet van het innemen van standpunten in religieuze conflicten en van het steunen of onderschrijven van welke religie of levensbeschouwing dan ook. Nonidentificatie impliceert daarmee niet onverschilligheid tegenover religieuze aangelegenheden. Gelijkheid vereist dat de staat kerken en religieuze gemeenschappen op gelijke wijze laat delen in de publieke voordelen en lasten. Samenwerking houdt in dat gezamenlijke actie op diverse terreinen is toegestaan.⁸⁷⁰

Het Duitse publieke kerkrecht – *Staatskirchenrecht* – is gefundeerd in het constitutionele recht op vrijheid van godsdienst.⁸⁷¹ De verhouding tussen de staat en de verscheidene religieuze genootschappen beïnvloedt de inhoud van deze constitutionele waarborg.⁸⁷² Tot het *Staatskirchenrecht* behoren onder meer het recht op autonomie van kerken (artikel 140 GG in samenhang met artikel 137(3) WRV,), hun status als publiekrechtelijke onderneming (*Körperschaft*) (art 140 GG in samenhang met artikel 137(5) WRV),⁸⁷³ en het recht op belastingheffing (art 140 GG in samenhang met art 137(6) WRV. In de context van de grondwet is de status van onderneming een middel om religieuze vrijheid te verwerklijken en de autonomie en onafhankelijkheid van de verscheidene religieuze gemeenschappen aan te moedigen.⁸⁷⁴ In Duitsland hebben kerken dus een publieke status terwijl in de Nederlandse constitutionele orde kerken privaatrechtelijke organisaties zijn. In beide landen geldt dat hun autonomie is gefundeerd in de vrijheid van godsdienst en dat de constitutionele orde hun eigen rechtssfeer waarborgt.

De staat die zich neutraal opstelt ten opzichte van godsdienst, heeft een seculier karakter. Williams maakt het principiële onderscheid tussen procedureel en

⁸⁶⁹ BVerfGE 42, 312, 332.

⁸⁷⁰ Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham (NC): Duke University Press 2012, p. 466-467; Christoph Link, 'Stat Crux?'

⁸⁷¹ Stefan Mückl, 'Relationship between State and Church – Public Church Law versus Religious Constitutional Law', in: Herman Pünder & Christian Waldhoff, *Debates in German Public Law* (p. 159-177), Oxford: Hart Publishing 2014.

⁸⁷² S. Mückl, *Religions- und Weltanschauungsfreiheit in Europarecht*, Heidelberg: Universitätsverlag Winter 2002, p. 32.

⁸⁷³ S. Magen, *Körperschaft und Religionsfreiheit: Zur Bedeutung des Art. 137 Art. 5 WRV im Kontext des Grundgesetzes*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004.

⁸⁷⁴ BVerfGE 102, 370, 389 (*Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas*).

programmatisch secularisme. Procedureel secularisme is de seculariteit afgekondigd als een waarde door een overheid die in haar beleid weigert een voordeel te geven aan of een voorkeur te hebben voor enige religieuze groepering boven de andere. In overeenstemming met dit beginsel definieert de staat zijn rol als het houden van toezicht over een verscheidenheid van gemeenschappen met een religieuze overtuiging en, waar noodzakelijk, als het hen bijstaan bij het samen bewaren van de vrede, zonder dat hij enige specifieke publieke confessionele trouw vereist van zijn ambtenaren of enige groepering een wettelijk bevoorrechte positie waarborgt ten opzichte van andere. Bij programmatisch secularisme kan men denken aan het Franse paradigma. Deze vorm van secularisme staat geen enkele publieke manifestatie van een bepaalde religieuze trouw toe, zodat iedereen een duidelijke publieke loyaliteit aan de staat met elkaar deelt, die niet wordt verduisterd door private overtuigingen. Elk teken van een private overtuiging is rigoueus verbannen uit de publieke ruimte. Programmatisch secularisme definieert een exclusieve publieke orthodoxie van een eigen type, en heeft invloed op de veronderstelling dat slechts één soort van loyaliteit werkelijk mogelijk is. Loyaliteit aan het geloof is daarbij een zaak van private voorkeur. Het programmatisch secularisme creëert daardoor een probleem, doordat het wat voor veel mensen hun intiemste en beslissende morele inspiraties is, reduceert tot het niveau van private keuzes, tot levensstijlkeuzes, zo merkt Williams afkeurend op.⁸⁷⁵ Procedureel secularisme zoals omschreven door Williams impliceert dat de neutraliteit van de staat inclusief is, terwijl programmatisch secularisme neerkomt op exclusieve neutraliteit van de staat. Het EHRM maakt daartussen geen keuze. De vrijheid van godsdienst dwingt het daar niet toe. Dat blijkt uit twee uitspraken die het heeft gedaan en waaraan ik in dit onderzoek heb gerefereerd.

In de reeds besproken zaak van Leyla Şahin maakt zij bezwaar tegen het feit dat op Turkse universiteiten een verbod geldt om religieuze symbolen te dragen. Het verbod raakt de hoofddoek waarmee zij uiting geeft aan haar geloofsovertuiging. Het Turkse Constitutionele Hof acht het verbod geheel in overeenstemming met het beginsel van scheiding van kerk en staat dat in de Turkse grondwet is vastgelegd. De klacht van Şahin dat de regeling in strijd is met haar recht op vrijheid van godsdienst wijst het af. De Grote Kamer van het EHRM keurt het verbod van de islamitische hoofddoek op Turkse universiteiten goed. Het EHRM aanvaardt het argument dat dit verbod noodzakelijk is met het oog op de handhaving van de openbare orde, in het bijzonder van het bewaren van het seculiere karakter van de Turkse staat.⁸⁷⁶ In deze casus keurt het EHRM een vorm van programmatisch secularisme goed. De Turkse vorm van secularisme valt binnen de *margin of appreciation* die het EHRM aan de Turkse staat toekent.

⁸⁷⁵ Rowan Williams, *Faith in the Public Square*, p. 3.

⁸⁷⁶ EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 114 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

In de *Lautsi*-zaak heeft de Grote Kamer van het EHRM de Italiaanse vorm van secularisme goedgekeurd.⁸⁷⁷ Het EHRM handhaaft de beslissing van de Italiaanse overheid kruisbeelden te plaatsen in de klaslokalen van Italiaanse openbare basis- en middelbare scholen. Een van de beginselen van de Italiaanse constitutionele orde is *laicità*, dat gewoonlijk wordt omschreven als inclusieve neutraliteit van de staat of het bewaren van gelijke afstand van de overheid met betrekking tot alle vormen van geloof en ongelooft.⁸⁷⁸ Italië is een seculiere staat die expliciet het katholicisme erkent als een onderdeel van de historische erfenis van Italië.⁸⁷⁹ Het EHRM redeneert dat in de context van het klaslokaal van de openbare school het kruisbeeld een ‘essentially passive’ symbool is dat op de kinderen geen religieuze invloed heeft. Het is derhalve niet in strijd zijn met het beginsel van *laicità*.⁸⁸⁰ Het EHRM aanvaardt de visie van de Italiaanse staat dat de Italiaanse openbare scholen een open, religieus neutrale en pluriforme omgeving voor het onderwijs bieden.⁸⁸¹ De Italiaanse vorm van secularisme valt binnen de *margin of appreciation* die het EHRM aan de Italiaanse staat toekent. De uitleg die de Italiaanse overheid geeft aan de Italiaanse vorm van secularisme houdt in dat zij geen voorkeur heeft voor enige religieuze groepering. Dit zou betekenen dat Italië een vorm van procedureel secularisme kent.

In de Inleiding heb ik de door velen als problematisch ervaren verhouding tussen onze democratische samenleving en de islam aangestipt. Ik heb erop gewezen dat men niet op een verantwoorde wijze over *de islam* kan spreken vanwege de stromingen daarbinnen en de verscheidenheid aan houdingen tegenover de moderne rechtsstaat. De islam wordt van oudsher gekenmerkt door allerlei tradities en uiteenlopende interpretaties. Men onderkent binnen de islam dat elke interpretatie van de Koran contextueel en sociaal-historisch is bepaald. Loose onderscheidt twee diametraal aan elkaar tegengestelde perspectieven op de moderne samenleving. Er is enerzijds een politieke ideologie opgekomen, te weten het islamisme, de politieke islam. Zij streeft

⁸⁷⁷ EHRM (GK) 18 maart 2011, nr. 30814/06 (*Lautsi and others v. Italy*).

⁸⁷⁸ Zie: Marco Ventura, ‘Italy’, in: Rik Torfs (red.), *International Encyclopaedia of Laws: Religion* 17, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2013, p. 74, 50. Hij definieert *laicità* als een [s]upreme principle of Italian constitutional law (...) implying the equidistance and neutrality of the State towards all religious denominations’ en afleidbaar van constitutionele beginselen van ‘equality, non-discrimination on grounds of religion, and independence of the State from the Catholic Church’.

⁸⁷⁹ Zie: Andrea Pin, *Public Schools, the Italian Crucifix, and the European Court of Human Rights: The Italian Separation of Church and State*, 25 *Emory International Law Review* 95 (2011), p. 97-149. Pin stelt dat *laicità* oorspronkelijk werd gekenmerkt door een ‘strong connection and collaboration’ tussen kerk en staat die het tonen van katholieke symbolen door de staat ondersteunde en slechts later ontwikkelde in een mandaat van een vorm van scheiding van kerk en staat, zie p. 134-35.

⁸⁸⁰ EHRM 18 maart 2011, nr. 30814/06, par. 72 (*Lautsi and others v. Italy*).

⁸⁸¹ Frederick Mark Gedicks & Pasquale Annicchino, *Cross, Crucifix, Culture: An Approach to the Constitutional Meaning of Confessional Symbols*, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361260 (30 november 2013).

een islamitische staat na, waarin de islam als staatsgodsdienst de wetgevende, rechterlijke en uitvoerende macht in zich verenigt. In dit perspectief komen de rechten van de mens en de democratische grondrechten als westers en corrumperend over. De fundamentele westerse grondrechten zijn immers liberale individuele grondrechten die zijn verleend aan het autonome individu tegen de overmacht van de staat. Voor het islamisme is godsdienstvrijheid niets anders dan de vrijheid die de islam verleent om deze godsdienst positief te beleven. Er is anderzijds een religieuze en culturele islam die de hermeneutische interpretatieve denkkaders van het westen en de autonome politieke structuur onderschrijft en benut om de kern van de religieuze openbaring in de moderne cultuur en samenleving te bewaren. Deze opvatting impliceert dat de islam het bestaan van een zelfstandige, autonome, historisch evoluerende *civil society* naast de religie erkent en de mogelijkheid aanvaardt om de religie op een persoonlijke wijze te beleven in de maatschappij. De politieke ordening valt dan niet langer integraal samen met de religieuze organisatie. Ditzelfde onderscheid heeft in het christendom na een lange strijd tussen kerk en staat uiteindelijk geleid tot een scheiding tussen die twee, waarin de afstand door de rechtsstaat wordt erkend en gewaarborgd.⁸⁸²

In hoofdstuk drie heb ik gewezen op de visie van An-Na'im, een moslim die hoogleraar is in de Verenigde Staten. Deze expert van het islamitisch recht en de islamitische theologie pleit voor een seculiere staat. Hij maakt duidelijk dat het tot het wezen van de islam als religie behoort de liberale rechtsstaat te erkennen. In beginsel is de islam geen grotere bedreiging voor de democratische rechtsstaat dan welke andere levensbeschouwing dan ook. Het verabsoluteren van de waarden van een levensbeschouwing leidt tot een totalitaire staat waarin de dwang om deze levensbeschouwing aan te hangen de vrijheidsrechten van de burgers ernstig beperkt.

De vrijheid van godsdienst is gebaat bij een seculiere staat. Als men echter seculier-individualistische waarden als grondslag van de samenleving ziet, zal men de rol van religie beperkt willen zien tot de zuiver private sfeer.⁸⁸³ Dan dreigt een programmatisch secularisme dat de betekenis van religie en geloof voor mensen miskent en de vrijheid van godsdienst schendt. Daarentegen voorziet procedureel secularisme in een inclusieve neutraliteit van de staat die uitingen van religie in de publieke ruimte respecteert en beschermt.

De neutraliteit van de staat is een thema in alle in dit boek besproken casus. Deze neutraliteit is direct of indirect en openlijk of bedekt aan de orde. Het gevaar bestaat dat de staat zelf een stelsel van waarden gaat vertegenwoordigen en de hoeder ervan

⁸⁸² Donald Loose, 'Het belang van het christelijke paradigma voor de verhouding samenleving en religie', in: Donald Loose (red.), *Religie in het publieke domein. Fundament en fundamentalisme* (p. 140-171), Vught: Damon 2007, p. 142-143.

⁸⁸³ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, p. 103-104.

wordt.⁸⁸⁴ Als de staat deze houding aanneemt, ligt paternalisme op de loer. De paternalistische staat, die meent te weten welke waarden zijn onderdanen behoren aan te hangen, bedreigt de vrijheden van de burgers. Daarom dient de overheid zich zoveel mogelijk te onthouden van identificatie met een bepaald mensbeeld, en dient zij zich verre te houden van vereenzelving met een bepaalde levensbeschouwing of politieke ideologie.⁸⁸⁵ Dit impliceert dat zij bereid moet zijn om de spanningen die het gevolg zijn van de uitoefening door burgers van hun vrijheidsrechten te tolereren en bij de oplossing van conflicten de beginselen van de democratische rechtsstaat in acht te nemen, in het bijzonder dat burgers gelijke rechten hebben.

De overheid heeft sterke benen nodig om de weelde van de staatsmacht te dragen en de beginselen van de liberale rechtsstaat te onderhouden. Zij heeft geen monopolie op soevereiniteit, maar zij dient de soevereiniteit van maatschappelijke en sociale verbanden, waaronder kerken en gezinnen, te respecteren en te beschermen, als hun rechten worden beperkt zonder dat hiervoor een rechtvaardiging bestaat. De kern van de liberale democratie vat Stuurman samen in de formule *vrijheid + gelijkheid + garanties tegen de dictatuur van een meerderheid*. De uitwerking van deze formule biedt hoofdstuk 1 van de Grondwet met zijn lijst van grondrechten. Door de individuele en collectieve verschillen in waarden, normen en gedragingen die er bestaan, is de consequentie dat onze samenleving een grote pluriformiteit kent. De opgave aan de overheid en de samenleving is deze pluriformiteit niet te onderdrukken maar er, zoals Stuurman het uitdrukt, verstandig mee om te gaan. Dat betekent niet dat alles moet mogen, maar dat restricties op vrijheden van minderheden alleen legitiem en redelijk zijn als ze tot het noodzakelijke minimum beperkt blijven.⁸⁸⁶ De essentie van een democratie is dat de meerderheid de rechten en vrijheden van minderheden waarborgt. Daarin ligt een beproeving van haar democratische gezindheid.

Met deze opdracht voor de democratie is strijdig dat de staat zichzelf een beschavingsmissie oplegt. Stuurman betoogt dat de Verlichting de mensheid in twee kampen verdeelt: zij die reeds verlicht zijn en zij die het nog niet zijn. De eerste groep is geroepen de tweede groep op te voeden, te *verlichten*. Dat is de beschavingsmissie van de Verlichting.⁸⁸⁷ Deze past echter niet bij een staat in een democratische samenleving. De staat moet niet de pretentie hebben (groepen) burgers op te nemen in de vaart der volken en op te voeden tot gelijkwaardige deelgenoten van de moderne samenleving. Diverse casus die ik heb besproken, zijn niet vrij van het aspect van de

⁸⁸⁴ Dit is onder meer de situatie in Frankrijk, zie: C. Samkalden 'De staat van de godsdienstvrijheid – de staat vrij van godsdienst? Godsdienstvrijheid en scheiding van kerk en staat in rechtstheorie en rechtsvergelijking', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 581-595, zie: p. 592-593.

⁸⁸⁵ M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 20.

⁸⁸⁶ Siep Stuurman, *De uitvinding van de mensheid. Korte wereldgeschiedenis van het denken over gelijkheid en cultuurverschil*, Amsterdam: Bert Bakker 2009, p. 499-500.

⁸⁸⁷ Siep Stuurman, *De uitvinding van de mensheid*, p. 483.

beschavingsmissie of hebben hun bestaan eraan te danken. Dit geldt onder meer voor het boerkaverbod. De beschavingsmissie speelt een rol in de emancipatie van vrouwen en homo's. Ze kan een dermate groot gewicht krijgen dat de rechten en vrijheden van minderheden niet meer worden gerespecteerd. Dit raakt onder meer het bijzonder onderwijs en zou kunnen inhouden dat onder geen enkele voorwaarde bij de aanstelling en in dienst hebben van docenten de seksuele oriëntatie of de burgerlijke staat in de beoordeling van de geschiktheid mag worden betrokken. Andere casus waarin de beschavingsmissie betekenis heeft, zijn een verbod op de religieuze slacht en de religieuze besnijdenis van jongetjes.

In de casus is de vraag aan de orde in hoeverre de staat, of een door de staat erkende instelling, organisatie of gemeenschap zich mag mengen in de vrijheid van godsdienst van een drager van dit grondrecht. Artikel 9 lid 1 EVRM garandeert dat iedereen recht heeft op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst in de private en in de openbare sfeer. Artikel 9 lid 2 EVRM bepaalt dat inmenging in deze bescherming slechts gerechtvaardigd kan zijn als zij wordt voorgeschreven door de wet, een legitiem doel dient en noodzakelijk is in een democratische samenleving. De zinsnede 'in een democratische samenleving' impliceert dat de meerderheid de rechten en vrijheden van de minderheden respecteert en niet haar opvatting van wat het goede leven is, dwingend oplegt.

De casus die ik heb besproken, maken duidelijk dat de Nederlandse samenleving en religieuze tradities op gespannen voet met elkaar leven. De moderne, westerse samenleving wil niet blijvend worden herinnerd aan de christelijke religieuze traditie, waaraan zij zich vergaand heeft onttrokken, maar waaraan zij historisch gezien gelieerd blijft,⁸⁸⁸ of worden geconfronteerd met de islamitische traditie die haar vreemd is. De moderne democratische staat profileert zich met het nieuwe rechtendiscours als religieus neutraal en onafhankelijk. Toch staat de godsdienstvrede onder druk. De erkenning van godsdienstvrijheid gaat gepaard met een tendens tot verbanning van religie naar de privésfeer onder invloed van afkeuring van de multiculturele en multireligieuze samenleving en met een vermindering van het gewicht van religieuze waarden onder invloed van secularisatie. De les van het verleden is dat geen godsdienstvrede mogelijk is zonder godsdienstvrijheid en tolerantie. Dit zijn belangrijke waarden van een democratische samenleving. Een dergelijke samenleving is gebaseerd op menselijke waardigheid, gelijk(waardig)heid en vrijheid.⁸⁸⁹ Het past bij een democratische gezindheid om afwijkende opvattingen en gedragingen tenminste te

⁸⁸⁸ Donald Loose, 'Politiek en de publieke rol van religie', in: Donald Loose (red.), *Religie in het publieke domein. Fundament en fundamentalisme* (p. 19-45), Vught: Damon 2007, p. 19

⁸⁸⁹ Gerhard van der Schyff, *Limitation of Rights. A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 262.

dulden, tolerantie wederkerig te beoefenen en verschillen in tempo van veranderingen in opvattingen te aanvaarden. Soms zal men zich een beperking moeten opleggen bij het uitoefenen van zijn vrijheidsrechten om de onderlinge tolerantie niet in gevaar te brengen. Wederzijds respect en gelijke behandeling is nodig voor de bescherming van minderheden en voorkomt dat mensen worden uitgesloten. Daarentegen bevordert gebrek aan onderling respect de integratie van minderheden niet, maar werkt het eerder de verharding van tegenstellingen in de hand. Gevoelens van superioriteit zijn te allen tijde misplaatst, omdat vooruitgang altijd een schaduwzijde heeft.

Men kan religie wel als een privé-overtuiging opvatten, maar dat neemt niet weg dat zij zich wel degelijk publiek manifesteert. Gelovigen willen in het publieke domein hun religieuze identiteit niet alleen uitdrukken in gedrag, kleding en herkenbare symbolen, zij willen ook hun normen en morele overtuigingen laten gelden. Terecht stelt Loose dat het tot privé-aangelegenheid verklaren van religie nog niet betekent dat burgers als privépersonen in de publieke sfeer van de *civil society* niet voortdurend uiting geven aan die privé-overtuiging in de eisen die ze aan de samenleving stellen, zoals ten aanzien van het onderwijs, en in het weerstaan van verschuivingen in opvatting. Een meerderheid in de samenleving kan bijvoorbeeld de mogelijkheid van een huwelijk van twee mensen van hetzelfde geslacht een vereiste vinden voor de rechtsstaat, of de homoseksuele oriëntatie als een gewone seksuele variant beschouwen, voor veel orthodoxe gelovigen vormen dergelijke standpunten niets anders dan een modern seculier wetboek dat conflicteert met hun religieuze overtuiging.⁸⁹⁰

In de publieke sfeer verhouden individuen zich als vrije en gelijke personen tot elkaar. Deze vrijheid en gelijkheid hangen innerlijk samen. De individuen zijn als personen gelijk omdat ze vrij zijn. In deze vrijheid zijn de individuen absoluut, zijn ze heilig. Een vrije persoon is doel in zich en mag niet worden gereduceerd tot een bijzonderheid waarin hij functioneel is voor iets anders. Tegelijk echter kunnen vrije personen zich in werkelijkheid slechts tot elkaar verhouden in zoverre ze zich in een bepaalde bijzonderheid manifesteren. Aan beide condities moet tegelijkertijd zijn voldaan: als een werkelijk individu verschijnt de ander voor mij in allerlei bijzondere bepalingen, en als vrij individu valt hij met geen van die bijzondere bepalingen samen. Wanneer de beide momenten van de vrije persoon niet in verhouding tot elkaar tot hun recht komen, dan treedt er een pervertering op die het de persoon onmogelijk maakt zijn vrijheid in het publieke domein tot uitdrukking te brengen. De illusie kan bestaan dat de bijzondere uitdrukkingswijze van de persoon onmiddellijk samenvalt met de absolute waarde die hij als vrije persoon heeft. Deze vorm van pervertering is overal aan de orde waar personen zich in de openbare ruimte niet primair als personen manifesteren die alle anderen als vrije personen erkennen, maar een bepaalde invulling

⁸⁹⁰ Donald Loose, 'Politiek en de publieke rol van religie', p. 20, 22

van hun persoon-zijn verabsoluteren, waardoor zij anderen diskwalificeren. Daarbij kan men zich bijvoorbeeld presenteren als christen, als humanist, als feminist, of als homo. De levensbeschouwelijke betekenis van de identiteit leidt door haar presentatie tot uitsluiting van anderen. Het onvermogen van een individuele persoon om in de publieke ruimte de verhouding tussen vrijheid en bijzonderheid op een evenwichtige wijze tot uitdrukking te brengen, wijst op een gebrek aan constitutioneel inzicht, meent Cobben.⁸⁹¹ Dit gezichtspunt verdient zeker overweging. Het kan gelovigen ervoor behoeden in conflict te raken over de uitoefening van hun recht op vrijheid van godsdienst. Iemands houding is dan ‘ik ben vrij *omdat* ik ...’. De vrijheid van de persoon, die in principe de gelijkheid met alle anderen impliceert, wordt dan een grond om de rechten van anderen aan te tasten. In uiteenlopende casus die in dit boek zijn besproken, speelt dit element een rol.

In diverse zaken heeft het EHRM uitgesproken dat de rol van de staat is te zijn ‘(...) the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society. It also considers that 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 or the ways in which those beliefs are expressed (...)’.⁸⁹² Deze rol en verplichting van de staat zijn echter lang niet altijd gemakkelijk vast te stellen, zoals de behandeling van de casus in dit onderzoek laat zien: er vindt een voortgaande interpretatie en herinterpretatie van het constitutionele kader plaats. Dit spoort met de stelling van Van Bijsterveld dat de overheid geen *neutral organiser of religions* kan zijn. Zij wijst daarbij op veranderingen in de rol van de overheid, onder meer gericht op nationale identiteit en sociale cohesie.⁸⁹³ Hiernaast wijs ik op veranderingen die in dit onderzoek aan de orde zijn gekomen, waaronder de emancipatie van bepaalde categorieën burgers zoals vrouwen en homoseksuelen. Veranderingen in de rol van de overheid maken niet alleen deel uit van de discussie over de verhouding tussen overheid en religie, zoals Van Bijsterveld betoogt, de overheid is, en dat is onvermijdelijk, zelf partij in de beoordeling van de inhoud en betekenis van godsdienst in de samenleving. Dat scheidt hoe dan ook verplichtingen.

⁸⁹¹ Vergelijk: Paul Cobben, ‘Kan religie in de multiculturele samenleving slechts privé-zaak zijn?’, in: Donald Loose (red.), *Religie in het publieke domein. Fundament en fundamentalisme* (p. 71-83), Vught: Damon 2007, p. 80-81.

⁸⁹² EHRM (GK) 10 november 2005, nr. 44774/98, par. 107 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

⁸⁹³ Sophie van Bijsterveld, ‘Koninkrijk in verandering. De EU als inspiratie voor een moderne verhouding tussen staat en religie’, p. 400. Zie ook: Sophie van Bijsterveld, ‘De staat als “neutral organiser of religions”?’ Een analyse van de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens (I)’, in *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2013 (4), nr. 1, P. 44-64 en id. (II), in: *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2013 (4), nr. 2, p. 34-58.

⁸⁹³ Henk Post, *Godsdienstvrijheid aan banden*, p. 57-61.

4 Afschaffing vrijheid van godsdienst?

Met zekere regelmaat klinkt een pleidooi de vrijheid van godsdienst als grondwetsartikel te schrappen.⁸⁹⁴ Een betoog dat nogal wat aandacht kreeg van juristen, was dat van De Beer. Anderen zijn hem voorgegaan.⁸⁹⁵ Zo hechtten enkele leden van de staatscommissie Cals-Donner die de grondwetsherziening van 1983 heeft voorbereid, geen belang aan een afzonderlijke waarborg voor de vrijheid van godsdienst.⁸⁹⁶ De Beer poneert dat het artikel van de godsdienstvrijheid in strijd is met de scheiding van kerk en staat. Hij stelt dat hoewel het artikel mede is bedoeld om de scheiding van kerk en staat te garanderen, het de overheid juist keer op keer dwingt zich nadrukkelijk met godsdiensten en levensovertuigingen bezig te houden. De vrijheid van godsdienst wordt al voldoende gewaarborgd door drie andere grondwetsartikelen die de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van vereniging en de vrijheid van vergadering garanderen.⁸⁹⁷

Hebben we werkelijk behoefte aan specifieke bescherming van religieuze vrijheid als een grondrecht? Wordt deze vrijheid niet voldoende beschermd door de vrijheid van meningsuiting? Sharma stelt eveneens de vraag: ‘do we really need specific guarantees of religious freedom in terms of human rights? Is such freedom not sufficiently protected by freedom of expression?’. De vraag is of religieuze vrijheid specifieke bescherming nodig heeft. Sharma vraagt zich dit af omdat religie een zeer breed concept is geworden onder invloed van secularisatie en individualisering. Als men religie ziet als een levensbeschouwing, vervaagt het specifieke van religie. En als de definiëring van religie in toenemende mate subjectief wordt, dan voldoet naar de mening van Sharma de vrijheid van meningsuiting en van geweten.⁸⁹⁸

⁸⁹⁴ Henk Post, *Godsdienstvrijheid aan banden*, p. 57-61.

⁸⁹⁵ Zie: R.E. de Winter, ‘De vrijheid van godsdienst’, in: M.B.W. Biesheuvel & C. Flinterman, *De rechten van de mens* (p. 23-32), Amsterdam: Meulenhoff 1983, p. 24-31. Zie ook: A.P. Jonkers, ‘Hoe zal de rechter dat oplossen?’, p. 497. Jonkers stelt: ‘De afschaffing van de vrijheid van godsdienst zou een radicale oplossing zijn, die echter niet op voorhand moet worden afgewezen gezien de fundamentele transformatie van de manifestatie van religie in de samenleving.’

⁸⁹⁶ Zie: S.C. den Dekker-van Bijsterveld, *De verhouding tussen kerk en staat in het licht van de grondrechten*, p. 89.

⁸⁹⁷ Paul de Beer, ‘De overheid moet principieel weigeren zich uit te laten over godsdienst’, *NRC Handelsblad* 27 oktober 2007; zie ook: Paul de Beer, ‘De paradox van de godsdienstvrijheid’, in: H.M.A.E. van Ooijen, L.F. Egmond, Q.A.M. Eijkman, F. Olujic & O.P.G. Vos (red.), *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?* (p. 5-9), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008. Dit betreft een publicatie naar aanleiding van het NJCM-symposium ‘Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?’, gehouden op 8 mei 2008 te Leiden

⁸⁹⁸ Arvind Sharma, *Problematizing Religious Freedom*, p. 53.

Tot een pleidooi tot het afschaffen van het recht op vrijheid van godsdienst komt ook Sullivan door haar betrokkenheid bij de *Warner*-casus (voluit: *Warner v. City of Boca Raton*-casus).⁸⁹⁹ In deze zaak ging het om een geschil over het plaatsen van allerlei gedenktekens op de graven van overledenen. De regeling van de gemeentelijke begraafplaats is dat een gedenkteken een horizontale gedenkplaat of -steen mag zijn. Op een aantal graven zijn toch religieuze symbolen geplaatst die boven het gras uitsteken, zoals beelden en kruisen. De gemeente is hier aanvankelijk niet tegen opgetreden. Toen zij gebod deze gedenktekens te verwijderen, was er een groep van burgers die dit weigerden. Ze beriepen zich op de vrijheid van godsdienst. De rechter beoordeelde of het plaatsen van de verticale gedenktekens onder de bescherming van de vrijheid van godsdienst viel. Hij vroeg zich onder meer af of de gedraging wordt voorgeschreven door een heilige tekst, of deze voorkomt in de geloofsleer, deel uitmaakt van de traditie en hoe wijd verspreid de gedraging is. De rechter verdiepte zich in deze casus uitvoerig in de theologische aspecten van de gedenktekens op de graven.⁹⁰⁰

Terecht wijst Sullivan er in haar boek over deze casus op dat het zo niet zou moeten gaan. De rechter moet niet inhoudelijk willen beoordelen of een bepaalde gedraging een uiting van religie is. Althans, hij moet zich terughoudend opstellen en zich niet mengen in interpretaties van religieuze teksten. Ook op dit terrein geldt: zoveel hoofden, zoveel zinnen. Als de rechter zich begeeft op het pad van het keuren van uitingen van religie, dan leidt dit tot het maken van ongerechtvaardigd onderscheid. In deze casus worden niet-religieus geïnspireerde gedenktekens zonder meer niet beschermd door de wetgeving op vrijheid van godsdienst. Terecht ziet Sullivan dit als een vorm van discriminatie. Zij pleit dan ook voor gelijkwaardigheid van alle burgers en in harmonie brengen van verschillen. Daarbij ontkomt een democratische staat er niet aan te beoordelen hoeveel ruimte hij geeft aan burgers om te doen wat voor hen belangrijk is. Religie is een persoonlijke zaak, zoals Sullivan zegt in een interview: ‘Constitutionally speaking, religion is whatever an individual says it is’.⁹⁰¹ Op grond van deze gedachte is zij van mening dat vrijheid van godsdienst onmogelijk is. Niet dat het onmogelijk is dat mensen vrij zijn te geloven wat zij willen geloven, of dat mensen vrij zijn open te spreken over religieuze kwesties; maar wat onmogelijk is, is het invoeren van wetten die mensen rechten waarborgen die zijn ontworpen met betrekking tot hun religieuze overtuigingen en praktijken. Het opgeven van vrijheid van godsdienst als een in de wet vastgelegd recht zal leiden tot grotere gelijkheid onder mensen en meer duidelijkheid en zelfbeschikking voor religieuze individuen en

⁸⁹⁹ Supreme Court van Florida, 2 september 2004, nr. SC01-2206 (*Warner v. City of Boca Raton*).

⁹⁰⁰ Winnifred Fallers Sullivan, *The Impossibility of Religious Freedom*, Princeton (NJ): Princeton University Press 2005, p. 147.

⁹⁰¹ Lewis I. Rice, ‘When Laws Define Religion’, *University of Chicago Magazine* 98, nr. 1, oktober 2005.

gemeenschappen. Er zou een eind mee komen aan het discrimineren van hen die zich niet definiëren als godsdienstig of van wie de godsdienst wordt afgekeurd, aldus Sullivan.⁹⁰²

De Beer stelt dat de geloofsovertuiging een individuele keuze is die niet valt te onderscheiden van andere keuzes, zoals de aanschaf van een *smart phone*. De individuele keuzevrijheid valt in zijn optiek niet goed te rijmen met het toekennen van bepaalde (voor)rechten. Zij behoort daarom geen speciale, grondwettelijke bescherming te verdienen. Peters en Van Ooijen vragen zich af of De Beer daarmee niet te veel nadruk op de individuele keuze legt en het gemeenschapsaspect enigszins miskent. De Beer betoogt dat artikel 6 Gw overbodig is in het licht van de overige vrijheidsrechten en dat als dit niet wordt onderkend, het in elk geval strijdig is met artikel 1 van de Grondwet. Voor hem is daarmee de cirkel rond: artikel 6 kan én behoort te worden afgeschaft. Tegen het vertoog van De Beer brengen zij in dat seculiere overtuigingen niet minder bescherming genieten dan religieuze. Of dit wordt bereikt door de vrijheid van godsdienst of andere grondrechten, is secundair.⁹⁰³

De Beer betoogt dat het in strijd is met de scheiding van kerk en staat dat de overheid zich in verband met godsdienstvrijheid moet bezighouden met de pluriformisering en subjectivering op religieus terrein. Vermeulen erkent dat religieuze eisen niet zover mogen gaan en ook niet zover hoeven te gaan dat een overheidsorgaan zich zou moeten uitlaten over bijvoorbeeld wat de ware godsdienst is. Mede met behulp van het beginsel van zelfinterpretatie door gelovigen en het daarmee corresponderende principe van interpretatieve terughoudendheid van overheid en rechter weet de rechtspraak zich heel goed te onthouden van theologiseren,⁹⁰⁴ en accepteert ze bijvoorbeeld terecht dat binnen religies grote variaties en een verscheidenheid aan stromingen mogelijk zijn. Zo voorkomt de staat dat hij een keurmerk geeft aan wat als de ware stroming binnen een religie geldt.⁹⁰⁵ Ten onrechte gaat De Beer er vanuit dat er sprake is van een zwart/witkeuze. Het is in de praktijk goed mogelijk bij de bepaling van de reikwijdte een middenpositie in te nemen. Andere grondrechten, zo stelt Vermeulen bovendien, kunnen de functie van de godsdienstvrijheid niet overnemen. Godsdienstvrijheid omvat

⁹⁰² Winnifred Fallers Sullivan, *The Impossibility of Religious Freedom*, p. 8.

⁹⁰³ Jit Peters & Hana van Ooijen, 'Voorwoord', in: H.M.A.E. van Ooijen e.a., *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?* (Publicatie naar aanleiding van het NJCM-symposium 'Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?') (p. 1-3), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008.

⁹⁰⁴ C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, p. 434.

⁹⁰⁵ De Hoge Raad oordeelde in 1957 dat de rechter juist gezien de vrijheid van godsdienst 'geen partij mag kiezen in (...) geschillen omtrent geloof en belijdenis en met name ook niet (...) zijn uitspraak omtrent enig rechtspunt afhankelijk mag stellen van zijn oordeel met betrekking tot theologische leerstellingen, omtrent welke juistheid, onjuistheid of gewicht aldaar verdeeldheid bestaat', zie: HR 15 februari 1957, *NJ* 1957/201; in dezelfde zin: *Kamerstukken II* 1987/88, 19 427, nr. 8, p. 9.

meer uitingen en gedragingen, of ieder geval andere, dan de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vergadering.⁹⁰⁶

Cliteur wijst het voorstel van De Beer eveneens af. Hij vestigt de aandacht op het universele aspect van de godsdienstvrijheid. Artikel 18 van de *Universele verklaring van de rechten van de mens* van 10 december 1948 dat deze vrijheid verwoordt, spreekt tevens van de vrijheid van godsdienst te veranderen. Omdat het recht om van geloof te veranderen een onderdeel is van de vrijheid van godsdienst, is Cliteur niet voor de afschaffing ervan. De vrijheid van godsdienst is de basis voor geloofsafval. De pretentie van de Universele verklaring is dat het mogelijk is waarden te formuleren die wereldomvattend zijn. Dat betekent dat ze niet religie als fundament hebben. De pretentie van mondiale algemeenheid van de Universele verklaring hangt nauw samen met het seculiere karakter ervan. Zij komt tot uitdrukking in de eerste zin van de preambule van deze verklaring, waarin wordt gesproken van de ‘inherente waardigheid en van de gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de mensengemeenschap’ als ‘grondslag voor de vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld’. De Universele verklaring is de eerste grootse afkondiging van waarden, stelt Cliteur, die op niets anders is gebaseerd dan de ‘waardigheid en de waarde van de mens’. Het is alleen dankzij deze seculiere grondslag dat zij haar pretentie om werkelijk een *universele* verklaring te zijn waarmaakt.⁹⁰⁷ Vermeulen en Cliteur, en ook anderen, hebben er in de discussie over de afschaffing van godsdienstvrijheid terecht op gewezen dat dit recht niet zuiver een Nederlandse aangelegenheid is maar een mondiale. Nederland maakt deel uit van een Europese en een mondiale rechtsorde.

Uit wat ik eerder heb betoogd, vloeit ook voort dat het afschaffen van het recht op vrijheid van godsdienst de problematiek rond de uitoefening van dit recht niet oplost, want het gaat niet slechts om een mening. Het gaat om een overtuiging waaruit zowel een mening als een gedraging voortvloeit. Van belang is bij de uitoefening van het recht op vrijheid van godsdienst dat de staat zich onafhankelijk en onpartijdig opstelt en geen onderscheid maakt naar de aard van de levensovertuiging. De staat dient het spanningsveld tussen de individuele gelovige, de religieuze gemeenschap en de democratische samenleving te onderkennen en te respecteren op een zodanige wijze dat voor geen enkele burger het recht op vrijheid van godsdienst onmogelijk wordt gemaakt. Dit is althans de minimumnorm.

⁹⁰⁶ Ben Vermeulen, ‘Waarom de vrijheid van godsdienst niet geschrapt mag worden’, in: H.M.A.E. van Ooijen e.a., *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?* (p. 11-25), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008, p. 17-18.

⁹⁰⁷ Paul Cliteur, ‘De vrijheid van geweten, godsdienst en expressie en de Europese identiteit’, in: H.M.A.E. van Ooijen e.a., *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?* (p. 101-108), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008.

Een staat die zich werkelijk onafhankelijk en onpartijdig opstelt, zal de ambitie hebben verder te gaan en te willen bevorderen dat burgers over en weer erkennen dat zij gelijke vrijheidsrechten hebben. De staat stelt zich dan niet paternalistisch op, en heeft geen beschavingsmissie, maar hij stimuleert tolerantie en hij waarborgt de rechten en vrijheden van individuele burgers en minderheden. De staat waakt erover dat het grondrecht op vrijheid van godsdienst als recht van de mens wordt geëerbiedigd, waarbij de individuele persoon in vrijheid zijn keuzes kan maken en zich in vrijheid kan verhouden tot verbanden als het gezin en tot religieuze gemeenschappen. Dit omvat de vrijheid een religieuze overtuiging te aanvaarden of te verwerpen en zich aan te sluiten bij een gemeenschap of deze te verlaten. Op deze wijze bevordert de staat een democratische gezindheid bij de burgers die noodzakelijk is voor de voortgaande verwerkelijking van het recht op vrijheid van godsdienst en de eerbiediging van de menselijke waardigheid.

Een complicerende factor is dat wat Durkheim het collectieve bewustzijn noemt, is afgenomen door ontzuiling, secularisatie, migratie en individualisering. Het collectieve bewustzijn is het geheel van opvattingen en sentimenten dat de burgers van eenzelfde samenleving met elkaar delen. Dit bewustzijn is voor hem een belangrijke voorwaarde voor onderlinge solidariteit waarmee sociale cohesie kan worden bereikt. Doordat het collectieve bewustzijn is afgenomen, is de sociale pressie afgenomen, maar dit geldt ook de sociale cohesie en het delen van waarden en normen. Het belang van het individuele bewustzijn is daartegenover toegenomen, waardoor de verhouding tussen individu en gemeenschap en tussen individu en samenleving in toenemende mate een bron van spanning en conflict is geworden. Dit uit zich in conflicten over de uitoefening van vrijheidsrechten, waaronder de vrijheid van godsdienst.

5 Tot besluit

Onze democratie moet iets waarmaken dat op het eerste gezicht onmogelijk lijkt, namelijk dat burgers met sterk uiteenlopende overtuigingen, normen en levensstijlen op een vreedzame wijze met elkaar samenleven op basis van een gezamenlijk goedgekeurde rechtsorde binnen het gebied van de staat. Het spanningsveld rond de uitoefening van de vrijheid van godsdienst laat zien dat democratie en rechtsstaat in de woorden van Hirsch Ballin ‘niet los verkrijgbaar zijn’. Wij hebben democratisch zelf beoogd dat ons rechtsstelsel gebonden zou zijn aan universele, op mondiaal en Europees niveau aanvaarde rechtsnormen op het gebied van de rechten van de mens. De waarborgen van het recht zijn democratisch besloten en democratisch gewenst en dus ook iets waar we achter staan. Het feit dat ze democratisch tot stand zijn gekomen, betekent dat we ze niet buiten toepassing kunnen verklaren als ze niet conformeren met onze mening over wat fatsoenlijk, behoorlijk of normaal is. Uitingen van religie mogen

niet een speelbal zijn van de politiek, de publieke opinie of bepaalde antigodsdienstige sentimenten. Dat geldt heel in het bijzonder omdat grondrechten in het geding zijn. Bij het oplossen van rechtsconflicten is het van groot belang te blijven zien dat instellingen zoals het EHRM en onze Grondwet het resultaat zijn van een politiek besluitvormingsproces. Wij hebben het zelf zo bedoeld. Onze democratische rechtsstaat wint aan houdbaarheid en overtuigingskracht door die binding aan de grondrechten die de democratie zelf heeft gewild en heeft aanvaard.⁹⁰⁸

De wijze waarop onze constitutionele orde de vrijheid van godsdienst waarborgt, is dynamisch en complex. De individuele persoon oefent dit recht uit in een spanningsveld van rechten en vrijheden. Dit is inherent aan het samenleven in een democratische samenleving met gelijke vrijheidsrechten voor iedereen. Het recht op vrijheid van godsdienst te claimen voor de eigen positie vereist dat men dit ook aanvaardt van de ander. Daarin ligt de spanning die onze rechtsorde moet oplossen binnen het kader dat door zijn eigen instellingen wordt bewaakt. In elk rechtsconflict op het terrein van de vrijheid van godsdienst is het cruciaal dat het grondrecht een kern bevat die absoluut is, ook al hangt het mede van de context af wat deze kern is. Uiteindelijk wordt deze kern bepaald door het eerbiedigen van de waardigheid van de mens. De individuele persoon heeft als mens recht op bescherming van zijn levensovertuiging, ongeacht welke inhoud deze overtuiging heeft, en uiteraard voor zover deze overtuiging de rechten en vrijheden van andere burgers respecteert. Wij leven in een tijdsgewricht waarin de individuele persoon als rechtssubject met een radicale verscheidenheid aan interpretaties van zijn rechten en vrijheden zijn grondrecht op vrijheid van godsdienst tracht te verwerklijken. Dit doet een stevig beroep op onze democratische rechtsstaat. Het is dan ook van groot belang dat overheid en burgers zich gezamenlijk inzetten voor het waarborgen van de beginselen van de rechtsstaat opdat dat wat ons is toevertrouwd in stand wordt gehouden.

Een van de beginselen van de democratische rechtsstaat is dat hij zich niet identificeert met een bepaalde ideologie en principieel uitgaat van een niet-absoluut, slechts relatief waarheidsbegrip. Waarheid is in constitutioneel-juridische zin niet meer dan datgene wat feilbare mensen als waarheid menen te onderkennen. Besluiten van de democratische rechtsstaat zijn in die zin juist, dat de desbetreffende meerderheid van mening is dat ze juist zijn. Hieronder vallen ook rechterlijke oordelen. Deze juistheid is voorlopig van aard; in de toekomst kan men anders besluiten. Daardoor zijn besluiten naar de toekomst open.⁹⁰⁹ Dit impliceert dat minderheden met respect dienen te worden behandeld en dat hun rechten te allen tijd dienen te worden gewaarborgd bij de uitoefening van de vrijheid van godsdienst, hoe lastig dit ook is.

⁹⁰⁸ *Kamerstukken I* 2013/14, 33 750 VI, O, p. 31-32 (Verslag van een deskundigenbijeenkomst, 8 april 2014).

⁹⁰⁹ M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, p. 29-30.

Literatuur

Akkermans, Bax & Verhey, Grondrechten

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993

Aleinikoff, Constitutional Law in the Age of Balancing

T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 Yale L.J. 943 1987

Alexander, The Civil Sphere

J.C. Alexander, *The Civil Sphere*, Oxford: Oxford University Press 2006

Algehele grondwetsherziening eerste lezing

Algehele grondwetsherziening eerste lezing, deel 1a Grondrechten (Tweede Kamer), 's-Gravenhage 1979

Alkema, 'De Europese conventie: begin van een Europese constitutie?'

E.A. Alkema, 'De Europese conventie: begin van een Europese constitutie?', in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde, *40 jaar Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Opstellen over de ontwikkeling van het EVRM in Straatsburg en in Nederland 1950-1990*, Leiden: NJCM 1990

Alkema, 'De reikwijdte van fundamentele rechten

E.A. Alkema, 'De reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en internationale dimensies (preadvies)', in: E.A. Alkema e.a., *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, jg. 125, 1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Alkema, 'Gewetensbezwaren in het Nederlandse en internationale recht'

Evert Alkema, 'Gewetensbezwaren in het Nederlandse en internationale recht – met speciale aandacht voor gewetensbezwaren van militairen', in: J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?* (p. 19-44), Leiden: NJCM-Boekerij 2008

An-Na'im, Islam and the Secular State

Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Islam and the Secular State. Negotiating the Future of Shari'a*, Cambridge (MA): Harvard University Press 2008

Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR

Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2002

Augustijn e.a., Reformatorica

C. Augustijn e.a., *Reformatorica. Teksten uit de geschiedenis van het Nederlandse protestantisme*, Zoetermeer: Meinema 1996

Barak, Proportionality

Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press 2012

Barber, 'Secularism, Immanence, and the Philosophy of Religion'

Daniel Colucciello Barber, 'Secularism, Immanence, and the Philosophy of Religion', in: Anthony Paul Smith & Daniel Whistler, *After the Postsecular and the Postmodern: New Essays in Continental Philosophy of Religion* (p. 152-171), Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing 2011

Barkhuysen, Van Emmerik & Loof, '50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht'

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, '50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht – ontwikkelingen en vooruitzichten', in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM. 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000*, Leiden: St. NJCM-Boekerij 2000

Barlas, 'Believing Women' in Islam

Asma Barlas, *'Believing Women' in Islam: Unreading Patriarchal Interpretations of the Qur'an*, Austin: University of Texas Press 2002

Bassiouni, The Sharī'a and Islamic Criminal Justice in Time of War and Peace

M. Cherif Bassiouni, *The Sharī'a and Islamic Criminal Justice in Time of War and Peace*, New York (NY): Cambridge University Press 2014

Battjes, 'Unie van Utrecht (1579)'

H. Battjes, 'Unie van Utrecht (1579)', in: H. Battjes & B.P. Vermeulen, *Constitutionele klassiekers* (p. 31-49), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007

Beatty, The Ultimate Rule of Law

D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press 2004

- De Beer, 'De overheid moet principieel weigeren zich uit te laten over godsdienst'*
Paul de Beer, 'De overheid moet principieel weigeren zich uit te laten over godsdienst', *NRC Handelsblad* 27 oktober 2007
- De Beer, 'De paradox van de godsdienstvrijheid'*
Paul de Beer, 'De paradox van de godsdienstvrijheid', in: H.M.A.E. van Ooijen, L.F. Egmond, Q.A.M. Eijkman, F. Olujic & O.P.G. Vos (red.), *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?* (p. 5-9), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008
- Beginselprogramma van de Volkspartij voor Vrijheid en Democratie*
Beginselprogramma van de Volkspartij voor Vrijheid en Democratie, opgenomen in: *Parlement en kiezer 1959-1960* (jaarboekje samengesteld door F.K. van Iterson en P. Goossen), Den Haag: Martinus Nijhoff 1959, p. 154-159
- Bellekom, 'Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM'*
Th.L. Bellekom, 'Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM', in: A.W. Heringa e.a., *40 jaar EVRM* (p. 59-74), Leiden: NJCM 1990
- Benhabib, Another Cosmopolitanism*
Seyla Benhabib, *Another Cosmopolitanism*, New York (NY): Oxford University Press 2006
- Berger, Sharia*
Maurits Berger, *Sharia. Islam tussen recht en politiek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006
- Berger, 'Nederland en zijn islam'*
Maurits Berger, 'Nederland en zijn islam. Een kijkje in de spiegel', in: Koen Holtzapffel, Johannes Magliano-Tromp & Marijke Talsma (red.), *Kerk en buitenwereld. Opstellen over de kerk in de samenleving voor Marius van Leeuwen* (p. 15-31), Zoetermeer: Meinema 2012
- Berlin, 'Two Concepts of Freedom'*
Isaiah Berlin, 'Two Concepts of Freedom' (1958), in: Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Londen: Oxford University Press 1969
- Bessems, 'Hennis (VVD): Religieus symbool niet achter de balie'*
Kustaw Bessems, 'Hennis (VVD): Religieus symbool niet achter de balie', *De Pers* 15 maart 2011

Van Bijsterveld, Godsdienstvrijheid in Europees perspectief

S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998

Van Bijsterveld, Overheid en godsdienst

S.C. van Bijsterveld, *Overheid en godsdienst. Herijking van een onderlinge relatie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009

Van Bijsterveld, Burger tussen religie, staat en markt

Sophie van Bijsterveld, *Burger tussen religie, staat en markt* (Inaugurele rede uitgesproken bij de openbare aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar Religie, rechtsstaat en samenleving aan Tilburg University), Tilburg: Tilburg University 2012

Van Bijsterveld & Vermeulen, 'Artikel 6 – Vrijheid van godsdienst en levensovertuiging'

S.C. van Bijsterveld & B.P. Vermeulen, 'Artikel 6 – Vrijheid van godsdienst en levensovertuiging', www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=6##artikel6 2013

Van Bijsterveld, 'De staat als "neutral organiser of religions"?'

Sophie van Bijsterveld, 'De staat als "neutral organiser of religions"?' Een analyse van de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens (I)', in *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2013 (4), nr. 1, P. 44-64 en id. (II), in: *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2013 (4), nr. 2, p. 34-58.

Van Bijsterveld, 'Koninkrijk in verandering. De EU als inspiratie voor een moderne verhouding tussen staat en religie'

Sophie van Bijsterveld, 'Koninkrijk in verandering. De EU als inspiratie voor een moderne verhouding tussen staat en religie', in: Sophie van Bijsterveld & Richard Steenvoorde (red.), *200 jaar Koninkrijk: Religie, staat en samenleving* (p. 377-401), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013

De Blois, 'Godsdienst, levensovertuiging en opvoedingsvrijheid'

Matthijs de Blois, 'Godsdienst, levensovertuiging en opvoedingsvrijheid', *NJCM-Bulletin*, 29-8, december 2004, p. 1084-1100

De Blois, 'Vóór godsdienstvrijheid'

Matthijs de Blois, 'Vóór godsdienstvrijheid', in: H.M.A.E. van Ooijen e.a., *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?* (p. 27-42), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008

De Blois, 'Jongensbesnijdenis en het recht'

Matthijs de Blois, 'Jongensbesnijdenis en het recht', *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht*, 6 (2012), p. 51-71

De Boer, C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht

J. de Boer, *C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010

Bolkestein, 'Integratie van minderheden moet met lef worden aangepakt'

Frits Bolkestein, 'Integratie van minderheden moet met lef worden aangepakt', *de Volkskrant* 12 september 1991

Bonger, De motivering van de godsdienstvrijheid bij Dirck Volckertszoon Coornhert

H. Bongers, *De motivering van de godsdienstvrijheid bij Dirck Volckertszoon Coornhert*, Arnhem: Van Loghum Slaterus 1954

Bonhoeffer, Navolging

D. Bonhoeffer, *Navolging*, Amsterdam: Ten Have 1964

Borgman, Van den Brink & Jansen, 'De waarheid zal u vrijmaken'

Erik Borgman, Gabriël van den Brink & Thijs Jansen, 'De waarheid zal u vrijmaken. Elf stellingen over geloof en democratie', in: *Zonder geloof geen democratie* (Christen Democratische Verkenningen, zomer 2006), Amsterdam: Boom Tijdschriften 2006, p. 18-34

Borgman, Overlopen naar de barbaren

Erik Borgman, *Overlopen naar de barbaren. Het publieke belang van religie en christendom*, Kampen: Klement/Pelckmans 2009

Borgman, Metamorfosen

Erik Borgman, *Metamorfosen. Over religie en moderne cultuur*, Kampen: Klement/Pelckmans 2010

Borgman e.a., 'Naar een heruitvinding van de civil society'

E. Borgman e.a., 'Naar een heruitvinding van de *civil society*', in: G. van den Brink (red.), *De lage landen en het hogere: De betekenis van geestelijke beginselen in het moderne bestaan* (p. 519-538), Amsterdam: Amsterdam University Press 2012

Bos, Soevereiniteit en religie

Emo Bos, *Soevereiniteit en religie. Godsdienstvrijheid onder de eerste Oranjevorsten*, Hilversum: Verloren 2009

- Van Boven, De volkenrechtelijke bescherming van de godsdienstvrijheid*
Th.C. van Boven, *De volkenrechtelijke bescherming van de godsdienstvrijheid*, Assen:
Van Gorcum 1967
- Bovend'Eert, Inleiding constitutioneel recht*
P.P.T. Bovend'Eert, *Inleiding constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2010
- Bovend'Eert e.a., Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*
P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden : de tekst van
de Grondwet, voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2009
- Boyarin, A Radical Jew: Paul and the Politics of Identity*
Daniel Boyarin, *A Radical Jew: Paul and the Politics of Identity*, Berkeley: University
of California Press 1994
- Bremmer, Gereformeerde kerk in de storm (1568-1579)*
R.H. Bremmer, *Gereformeerde kerk in de storm (1568-1579)*, Enschede: Boersma 1979
- Brems, 'The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of
Human Rights'*
E. Brems, 'The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European
Court of Human Rights', *ZaöRV* 1996, p. 240-314
- Van der Burg, Het democratisch perspectief*
W. van der Burg, *Het democratisch perspectief. Een verkenning van de normatieve
grondslagen der democratie*, Arnhem: Gouda Quint 1991
- Van der Burg, 'Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat'*
W. van der Burg, 'Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat', in: W. van der
Burg, C.J.M. Schuyt & J.H. Nieuwenhuis, *Multiculturaliteit en recht* (preadviezen),
Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging (p. 1-620, 138^e jaargang/2008-1,
Deventer: Kluwer 2008
- Van der Burg, Het ideaal van de neutrale staat*
Wibren van der Burg, *Het ideaal van de neutrale staat. Inclusieve, exclusieve en
compenserende visies op godsdienst en cultuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers
2009
- Burkens, Beperking van grondrechten*
M.C. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 1971

- Burkens, Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*
M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989
- Burkens, Kummeling & Vermeulen, Beginselen van de democratische rechtsstaat*
M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling & B.P. Vermeulen, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001
- Burkens e.a., Beginselen van de democratische rechtsstaat*
M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012
- Calvijn, Institutie*
Johannes Calvijn, *Institutie. De onderwijzing in de christelijke godsdienst*, Houten: Den Hertog 2009
- The Catholic Encyclopedia*
The Catholic Encyclopedia, www.newadvent.org
- Chaudron, 'Duitsland wil met wet verbod op besnijdenissen voorkomen'*
Janne Chaudron, 'Duitsland wil met wet verbod op besnijdenissen voorkomen', *Trouw* 11 oktober 2012
- Cliteur, De neutrale staat*
P.B. Cliteur, *De neutrale staat, het bijzonder onderwijs en de multiculturele samenleving* (Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in de encyclopedie van de rechtswetenschap aan de Universiteit van Leiden op 28 mei 2004), Leiden: Universiteit Leiden 2004
- Cliteur, Moreel esperanto*
Paul Cliteur, *Moreel esperanto. Naar een autonome ethiek*, Amsterdam: De Arbeiderspers 2007
- Cliteur & Ellian, Encyclopedie van de rechtswetenschap II*
P.B. Cliteur & A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap II. Positief recht*, Deventer: Kluwer 2007

- Cliteur, 'De vrijheid van geweten, godsdienst en expressie en de Europese identiteit'*
 Paul Cliteur, 'De vrijheid van geweten, godsdienst en expressie en de Europese identiteit', in: H.M.A.E. van Ooijen e.a., *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?* (p. 101-108), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008
- Cobben, 'Kan religie in de multiculturele samenleving slechts privé-zaak zijn?'*
 Paul Cobben, 'Kan religie in de multiculturele samenleving slechts privé-zaak zijn?', in: Donald Loose (red.), *Religie in het publieke domein. Fundament en fundamentalisme* (p. 71-83), Vught: Damon 2007
- Cohen, Scheiding van kerk en staat in de 21ste eeuw*
 Job Cohen, *Scheiding van kerk en staat in de 21ste eeuw* (Willem van Oranjelezing 2004), Delft 1 juni 2004
- Cohen, 'Binden'*
 M.J. Cohen, 'Binden', in: B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat? Godsdienst, overheid en civiele religie in een post-geseculariseerde samenleving* (p. 17-30), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004
- Costa, 'Opening Address by the President of the European Court of Human Rights'*
 J.-P. Costa, 'Opening Address by the President of the European Court of Human Rights', in: *Proceedings of the High-Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, Interlaken, 18-19 Feb. 2010, Straatsburg: Raad van Europa 2010
- Croquet, 'The Right of Silence and not to Self-Incriminate under the ECHR'*
 N.A.J. Croquet, 'The Right of Silence and not to Self-Incriminate under the ECHR', *Cambridge SLR* 2008
- Van Dam, Staat van verzuiling*
 Peter van Dam, *Staat van verzuiling. Over een Nederlandse mythe*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2011
- Den Dekker-van Bijsterveld, De verhouding tussen kerk en staat in het licht van de grondrechten*
 S.C. den Dekker-van Bijsterveld, *De verhouding tussen kerk en staat in het licht van de grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988
- Den Dekker-van Bijsterveld, 'De consequenties van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging voor het recht'*
 S.C. den Dekker-van Bijsterveld, 'De consequenties van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging voor het recht: ontwikkelingen en perspectieven', in: J.A.F. Peters

(red.), *Kerk en staat. Actuele ontwikkelingen belicht* (Verslag van het gelijknamige symposium op 3 oktober 1989) (p. 39-46), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

Dekkers, Heffer & Wils, Besnijdenis, lichamelijke integriteit en multiculturalisme
Wim Dekkers, Cor Heffer & Jean-Pierre Wils, *Besnijdenis, lichamelijke integriteit en multiculturalisme*, Budel: Damon 2006

Dengerink, Critisch-historisch onderzoek naar de sociologische ontwikkeling van het beginsel der 'sovereiniteit in eigen kring' in de 19^e en 20^e eeuw
J.D. Dengerink, *Critisch-historisch onderzoek naar de sociologische ontwikkeling van het beginsel der 'sovereiniteit in eigen kring' in de 19^e en 20^e eeuw*, Kampen: Kok 1948

Doe, Law and Religion in Europe
Norman Doe, *Law and Religion in Europe. A Comparative Introduction*, Oxford: Oxford University Press 2011

Doek e.a., 'Rechten van jeugdigen en gezag van ouders'
J.E. Doek, e.a., 'Rechten van jeugdigen en gezag van ouders', *NJB* 1975

Van de Donk & Plum, 'Begripsverkenning'
W. van de Donk & R. Plum, 'Begripsverkenning', in: W.B.H.J. van de Donk e.a. (red.), *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie* (p. 27-53), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006

Donner, 'Grondrechten als constitutionele rechten'
A.M. Donner, 'Grondrechten als constitutionele rechten', in: *Speculum Langemeijer. 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973

Donner, 'Object en methode van het staatsrecht'
A.M. Donner, 'Object en methode van het staatsrecht', in: *Object en methode van de staatsrechtswetenschap: staatsrechtconferentie 1982*, Nijmegen: Ars Aequi 1982

Dudok van Heel, 'Druggebruik binnen religieuze organisaties'
F.A. Dudok van Heel, 'Druggebruik binnen religieuze organisaties: wordt het recht op vrijheid van godsdienst gebruikt als dekmantel voor crimineel gedrag?', *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht* 7 (2013), p. 60-68

Duintjer, Rondon regels
O.D. Duintjer, *Rondon regels. Wijsgerige gedachten omtrent regel-geleid gedrag*, Meppel: Boom 1977

'Duits parlement staat besnijdenis toe'

'Duits parlement staat besnijdenis toe', *Reformatorisch Dagblad* 14 december 2012
(bron: ANP/DPA)

Durkheim, 'Individualism and the Intellectuals'

E. Durkheim, 'Individualism and the Intellectuals', in: *Durkheim on Religion*, edited by W.S.F. Pickering, p. 59-73, Londen: Routledge 1975, p. 61. Oorspronkelijk gepubliceerd als 'L'individualisme et les intellectuels' (1898)

Eisgruber & Sager, Religious Freedom and the Constitution

Christopher L. Eisgruber & Lawrence G. Sager, *Religious Freedom and the Constitution*, Cambridge (MA): Harvard University Press 2007

Eissen, 'The Principle of Proportionality'

M.A. Eissen, 'The Principle of Proportionality', in: R. Macdonald e.a. (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993

Elzinga & De Lange, Van der Pot

D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006

Enno van Gelder, Vrijheid en onvrijheid in de Republiek

H.A. Enno van Gelder, *Vrijheid en onvrijheid in de Republiek: geschiedenis der vrijheid van drukpers en godsdienst van 1572 tot 1798*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1947

Eshleman (red.), Readings in Philosophy of Religion

Andrew Eshleman (red.), *Readings in Philosophy of Religion. East Meets West*, Malden (MA): Blackwell Publishing 2008

Evans, Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights

Carolyn Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2001

Evans, 'Synthesis Report: The European Convention on Human Rights and Domestic Courts. The Case of Freedom of Religion'

Malcolm D. Evans, 'Synthesis Report: The European Convention on Human Rights and Domestic Courts. The Case of Freedom of Religion', in: Achilles Emilianides (red.), *Religious Freedom in the European Union: The Application of the European Convention on Human Rights in the European Union*, Leuven: Peeters 2011

Equal Treatment Bench Book

Equal Treatment Bench Book, bron: www.judiciary.gov.uk

Freeman, 'A Child's Right to Circumcision'

M.D.A. Freeman, 'A Child's Right to Circumcision', *British Journal of Urology International* (1999), 83 Suppl. 1, p. 74-78

Gallie, 'Essentially Contested Concepts'

W.B. Gallie, 'Essentially Contested Concepts', *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56 (1956), p. 167-198

Garver, 'Rhetoric and Essentially Contested Arguments'

E. Garver, 'Rhetoric and Essentially Contested Arguments', *Philosophy and Rhetoric*, vol. 11, no.3 (1978), p. 156-172

Gedicks & Annicchino, Cross, Crucifix, Culture: An Approach to the Constitutional Meaning of Confessional Symbols

Frederick Mark Gedicks & Pasquale Annicchino, *Cross, Crucifix, Culture: An Approach to the Constitutional Meaning of Confessional Symbols*, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361260 (30 november 2013)

Gerards, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel: een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (diss. Universiteit Maastricht), Maastricht 2002

Gerards & Heringa, Wetgeving gelijke behandeling

J.H. Gerards & A.W. Heringa, *Wetgeving gelijke behandeling*, Deventer: Kluwer 2003

Gerards, 'Grondrechten en het recht op gelijke behandeling'

Janneke Gerards, 'Grondrechten en het recht op gelijke behandeling', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten* (p. 97-120), Deventer: Kluwer 2004

Gerards, Judicial Review in Equal Treatment Cases

J.H. Gerards, *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Leiden: Nijhoff 2005

Gerards, Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten

J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006

Gerards, EVRM

Janneke Gerards, *EVRM. Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011

Giebels & Meerhof, 'Kees van der Staaij: "Wij vinden níét dat alle godsdiensten gelijk zijn"'

Robert Giebels & Ron Meerhof, 'Kees van der Staaij: "Wij vinden níét dat alle godsdiensten gelijk zijn"', *de Volkskrant* 22 augustus 2012

Goldschmidt & Hendriks, 'Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving'

J. Goldschmidt & A. Hendriks, 'Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten* (p. 19-38), Deventer: Kluwer 2004

Greer, The Margin of Appreciation

S. Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Human Rights Files, nr. 17, 2000

Van der Grinten, Discriminatie en burgerlijk recht

W.C.L. van der Grinten, *Discriminatie en burgerlijk recht* (Afscheidscollege, 25 mei 1984, bij het neerleggen van het ambt van gewoon hoogleraar burgerlijk recht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984

Groen, 'De kracht van symbolen'

J.R. Groen, 'De kracht van symbolen', *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht* 7 (2013), p. 1-16

Groen van Prinsterer, Archives ou correspondance inédite de la nation D'Orange-Nassau

G. Groen van Prinsterer, *Archives ou correspondance inédite de la nation D'Orange-Nassau*, Leiden: S. en J. Luchtmans 1841, vindplaats: www.historici.nl/retroboeken/archives/#source=8&page=442&size=800&accessor=toc1d, serie 1, deel 8, 1581-1584

De Groof e.a., 'Reflecties op de omgang met religieus en levensbeschouwelijk verschil in het onderwijs in Vlaanderen en Nederland'

Jan De Groof e.a., 'Reflecties op de omgang met religieus en levensbeschouwelijk verschil in het onderwijs in Vlaanderen en Nederland', *Tijdschrift voor onderwijsrecht & onderwijsbeleid*, september-december 2010, p. 3-35

Groot, 'Tweeslachtige neutraliteit. Godsdienst, onderwijs en het uniform van de staat'

Ger Groot, 'Tweeslachtige neutraliteit. Godsdienst, onderwijs en het uniform van de staat', in: Marcel ten Hooven & Theo de Wit, *Ongewenste goden. De publieke rol van religie in Nederland* (p. 294-301), Amsterdam: Sun 2006

Harinck, De tucht van de democratie

G. Harinck, *De tucht van de democratie. Over pluriformiteit en burgerschap* (Mr. G. Groen van Prinsterer-lezing), Amersfoort: Mr. G. Groen van Prinsterer-stichting 2005

Harris e.a., Law of the European Convention on Human Rights

D.J. Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009

De Hart & Dekker, 'Religie: hoeksteen of steen des aanstoots?'

Joep de Hart & Paul Dekker, 'Religie: hoeksteen of steen des aanstoots?', *Religie & samenleving* 2012, nr. 1, p. 8-21

Hartkamp, 'Europese mensenrechten en nationaal dwingend recht – De Nederlandse rechter en het EVRM'

A.S. Hartkamp, 'Europese mensenrechten en nationaal dwingend recht – De Nederlandse rechter en het EVRM', in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM. 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000*, Leiden: St. NJCM-Boekerij 2000

Hartkamp, C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht

A.S. Hartkamp, *C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht II*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

Van Hasselt, Verzameling van Nederlandse staatsregelingen en grondwetten

Van Hasselt, *Verzameling van Nederlandse staatsregelingen en grondwetten*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1987

Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse

G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821), Berlijn: Suhrkamp Verlag 1969

Henrard, 'Botsende grondrechten en het EHRM: een pleidooi voor meer zorgvuldige argumentatie en minder "margin of appreciation" voor staten'

Kristin Henrard, 'Botsende grondrechten en het EHRM: een pleidooi voor meer zorgvuldige argumentatie en minder "margin of appreciation" voor staten', in: Eva Brems, Kristin Henrard & Roel de Lange, *Botsing van grondrechten*. Erasmus law lectures 13 (p. 29-61), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008

Heyde, 'Mens en recht'

L. Heyde, 'Mens en recht', *Wijsgerig perspectief op maatschappij en wetenschap* 2, 1982/1983, p. 21-26

Heyde, De verwerkelijking van de vrijheid

Ludwig Heyde, *De verwerkelijking van de vrijheid. Een inleiding in Hegels rechtsfilosofie*, Leuven: Universitaire Pers 1987

Hirsch Ballin, 'Staat en kerk, kerk en staat'

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Staat en kerk, kerk en staat', in: S.C. den Dekker-van Bijsterveld, *Kerk en staat. Hun onderlinge verhouding binnen de Nederlandse samenleving*, Baarn: Amboboeken 1987

Hirsch Ballin, 'Samenhang, werking en waarborgen van de grondrechten inzake de onschendbaarheid van de woning en het post- en telecommunicatiegeheim'

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Samenhang, werking en waarborgen van de grondrechten inzake de onschendbaarheid van de woning en het post- en telecommunicatiegeheim', in: M.C. Burkens & M.J. Sluijs, *De wetgeving ter uitvoering van hoofdstuk 1 van de Grondwet. Staatsrechtconferentie 1987* (p. 87-95), Zwolle: Tjeenk Willink 1988

Hirsch Ballin, 'Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm'

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Staatsrecht en bestuursrecht, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm', in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht* (p. 127-156), Deventer: Van Loghum Slaterus 1988

Hirsch Ballin, Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm

E.M.H. Hirsch Ballin, *Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988

Hirsch Ballin, 'Werking en verwerkelijking van grondrechten'

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Werking en verwerkelijking van grondrechten', in: L. Heyde e.a. (red.), *Begrensde vrijheid* (p. 128-145), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

Hirsch Ballin, 'Gelijkheid in waardigheid'

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Gelijkheid in waardigheid', *RM Themis* 2003, p. 196 e.v.

Hirsch Ballin, 'Eenheid in waardigheid – verscheidenheid in gelijkheid'

Ernst Hirsch Ballin, 'Eenheid in waardigheid – verscheidenheid in gelijkheid', in: R. Holtmaat e.a., *Gelijkheid en (andere) grondrechten. Bundel opstellen ter gelegenheid van het tienjarig bestaan van de AWGB* (p. 39-52), Deventer: Kluwer 2004

Hirsch Ballin, 'Continuïteit en perspectief van het Nederlandse koningschap'

Ernst Hirsch Ballin, 'Continuïteit en perspectief van het Nederlandse koningschap', in: *Preadviezen 2011* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011

Hirsch Ballin, Religieuze en seculiere rituelen in het publieke domein

Ernst Hirsch Ballin, *Religieuze en seculiere rituelen in het publieke domein* (Kardinaal Willebrandslezing, uitgesproken ter gelegenheid van het zestigjarig bestaan van de Katholieke Raad voor Israël), Utrecht 10 mei 2012

Hirsch Ballin, Christianity and the Future of Christian Democracy

Ernst Hirsch Ballin, *Christianity and the Future of Christian Democracy. Salting Politics with Compassion* (3rd Annual 'Christianity and Society' Lecture by Ernst Hirsch Ballin on February 21, 2013 at Tilburg University), Tilburg: Tilburg University 2013

Hirsch Ballin, 'Hoofdstuk 1'

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Hoofdstuk 1', www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?hoofdstuk=1, 2013

Hirsch Ballin, Citizens' Rights and the Right to Be a Citizen

Ernst Hirsch Ballin, *Citizens' Rights and the Right to Be a Citizen*, Leiden: Brill/Nijhoff 2014

Van der Hoeven, Botsing van grondrechten

J. van der Hoeven, *Botsing van grondrechten*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitg. Mij. 1983

Van der Hoeven, De plaats van de grondwet in het constitutionele recht

J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988 (heruitgave proefschrift, oorspronkelijk 1958)

Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation

W. Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation: Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Berlijn: Duncker & Humblot 1987

Holtmaat, De grenzen van gelijkheid

H.M.T. Holtmaat, *De grenzen van gelijkheid* (Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar International non-discrimination law op 1 oktober 2004 te Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

'Homoleraar vertrekt alsnog bij gereformeerde school'

'Homoleraar vertrekt alsnog bij gereformeerde school', *ANP/Trouw* 14 december 2011

'Homoseksuele docent vertrekt van gereformeerde school'

'Homoseksuele docent vertrekt van gereformeerde school', *Reformatorisch Dagblad* 14 december 2011

Ten Hooven & De Wit, Ongewenste goden

Marcel ten Hooven & Theo de Wit, *Ongewenste goden. De publieke rol van religie in Nederland*, Amsterdam: Sun 2006

Den Houdijker, Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem

F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012

'How to ensure greater involvement of national courts in the Convention system?'

Seminar Background Paper on 'How to ensure greater involvement of national courts in the Convention system?' (prepared by Judges Tulkens, Bianku, Raimondi, Nußberger, Laffranque and Sicilianos, assisted by R. Liddell, 27 januari 2012)

Huisman & Mentink, 'Constitutionele principes rond toegankelijkheid en selectie voor openbaar en bijzonder onderwijs'

Pieter Huisman & Dick Mentink, 'Constitutionele principes rond toegankelijkheid en selectie voor openbaar en bijzonder onderwijs', in: P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector*, Deventer: Kluwer 2009

Huizinga, Herfsttij der middeleeuwen

J. Huizinga, *Herfsttij der middeleeuwen. Studie over levens- en gedachtenvormen der veertiende en vijftiende eeuw in Frankrijk en de Nederlanden*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1973

Hunter-Henin, 'Why The French Don't Like The Burqa: Laïcité, National Identity and Religious Freedom'

Myriam Hunter-Henin, 'Why The French Don't Like The *Burqa: Laïcité*, National Identity and Religious Freedom', *International and Comparative Law Quarterly* 61, juli 2012, p. 613-639

Janse, 'Identiteitsbesef wezenlijk voor refozuil'

C.S.L. Janse, 'Identiteitsbesef wezenlijk voor refozuil', *Reformatorisch Dagblad* 7 maart 2009

Jenkins, Gods werelddeel

Philip Jenkins, *Gods werelddeel. Christendom, islam en de religieuze crisis in Europa*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2010

Joas, The Sacredness of the Person

Hans Joas, *The Sacredness of the Person. A New Genealogy of Human Rights*, Washington (DC): Georgetown University Press 2013

Joas, Glaube als Option

Hans Joas, *Glaube als Option. Zukunftsmöglichkeiten des Christentums*, Freiburg: Herder 2013

De Jong, 'Unie en religie'

O.J. de Jong, 'Unie en religie', in: S. Groenveld & H.L.Ph. Leeuwenberg (red.), *De Unie van Utrecht. Wording en werking van een verbond en een verbondsacte* (p. 155-181) Den Haag: Martinus Nijhoff 1979

Piet H. de Jong, 'Kerk is geen staatje in Staat der Nederlanden'

Piet H. de Jong, 'Kerk is geen staatje in Staat der Nederlanden', *Nederlands Dagblad* 16 januari 2008

De Jong, De identiteitsgebonden werkgever in het arbeidsrecht

S. de Jong, *De identiteitsgebonden werkgever in het arbeidsrecht*, Apeldoorn: De Banier 2012

Jonkers, 'Hoe zal de rechter dat oplossen? Lastige kwesties rond godsdienst'

A.P. Jonkers, 'Hoe zal de rechter dat oplossen? Lastige kwesties rond godsdienst', in: W.B.H.J. van de Donk e.a. (red.), *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie* (p. 473-505), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006

Kennedy & Valenta, 'Religious Pluralism and the Dutch State: Reflections on the Future of Article 23'

J. Kennedy & M. Valenta, 'Religious Pluralism and the Dutch State: Reflections on the Future of Article 23', in: W.B.H.J. van de Donk e.a. (red.), *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie* (p. 337-351), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006

Kennedy, Verlicht Den Haag of verdacht geloof? Over de politieke grenzen van religie

J. Kennedy, *Verlicht Den Haag of verdacht geloof? Over de politieke grenzen van religie* (Groen van Prinsterer Lezing 29 mei 2008), Amersfoort: Wetenschappelijk Instituut ChristenUnie 2008

Kennedy, Bezielende verbanden

James C. Kennedy, *Bezielende verbanden. Gedachten over religie, politiek en maatschappij in het moderne Nederland*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2009

Klink, Opstand, politiek en religie bij Willem van Oranje 1559-1568

H. Klink, *Opstand, politiek en religie bij Willem van Oranje 1559-1568. Een thematische biografie*, Heerenveen: Groen 1997

Knippenberg, Cuius regio, eius religio? Over godsdienst, staat en territorium

Hans Knippenberg, *Cuius regio, eius religio? Over godsdienst, staat en territorium*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2002

Koekkoek, 'De onderlinge verhouding van grondrechten'

A.K. Koekkoek, 'De onderlinge verhouding van grondrechten' (Preadvies Calvinistische Juristen Vereniging, mei 1985), *Tijdschrift voor openbaar bestuur* 12, 1986, nr. 14, p. 283-291

Koekkoek, De Grondwet

A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet: een systematisch en artikelgewijs commentaar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

Koenis, Het verlangen naar gemeenschap

Sjaak Koenis, *Het verlangen naar gemeenschap. Over moraal en politiek in Nederland na de verzuiling*, Amsterdam: Van Gennep 1997

Kok, We laten niemand los

Wim Kok, *We laten niemand los* (Den Uyl-lezing 11 december 1995), Amsterdam: Weekbladpers 1995

- Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*
Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham (NC): Duke University Press 2012
- De Koning, Zoeken naar een 'zuivere' islam*
M. de Koning, *Zoeken naar een 'zuivere' islam. Geloofsbeleving en identiteitsvorming van jonge Marokkaans-Nederlandse moslims*, Amsterdam: Bert Bakker 2008
- Kortmann, De grondwetsherziening 1983*
C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherziening 1983*, Deventer: Kluwer 1983
- Kortmann, 'De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging in de nieuwe Grondwet'*
C.A.J.M. Kortmann, 'De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging in de nieuwe Grondwet', in: *Godsdienstvrijheid* (Handelingen van het Thijmgenootschap), Deventer: Kluwer 1983
- Kortmann, De grondwetsherzieningen 1983 en 1987*
C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987
- Kortmann, 'Grondrechten in de nieuwe Grondwet: vijf jaren toepassing in wetgeving en rechtspraak'*
C.A.J.M. Kortmann, 'Grondrechten in de nieuwe Grondwet: vijf jaren toepassing in wetgeving en rechtspraak', in: L. Heyde e.a., *Begrensde vrijheid* (Opstellen over mensenrechten aangeboden aan Prof. dr. D.F. Scheltens bij zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989
- Kortmann, Constitutioneel recht*
C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2001
- Kortmann & Bovend'Eert, Inleiding constitutioneel recht*
C.A.J.M. Kortmann & P.P.T. Bovend'Eert, *Inleiding constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2006
- Kortmann e.a., Constitutioneel recht*
C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012
- Kottman, 'Verbod op hoofddoek juridisch niet haalbaar'*
Pieter Kottman, 'Verbod op hoofddoek juridisch niet haalbaar', *NRC Handelsblad* 27 februari 2010

- De Kruijf, 'Godsdienst: een onbehaaglijke factor in het multiculturalisme-debat'*
Gerrit de Kruijf, 'Godsdienst: een onbehaaglijke factor in het multiculturalisme-debat',
in: Jos Kole & Gerrit de Kruijf (red.), *Het ongemak van religie. Multiculturaliteit en
ethiek* (p. 22-31), Kampen: Kok 2005
- Kuiken, 'Geschorste homoleraar vecht voor baan'*
Alwin Kuiken, 'Geschorste homoleraar vecht voor baan', *de Volkskrant* 1 oktober 2011
- Küng, De islam*
Hans Küng, *De islam. De toekomst van een wereldreligie*, Kampen: Uitgeverij Ten
Have 2006
- Labuschagne, Godsdienstvrijheid en niet-gevestigde religies*
B.C. Labuschagne, *Godsdienstvrijheid en niet-gevestigde religies. Een grondrechtelijk-
rechtsfilosofische studie naar de betekenis en grenzen van religieuze tolerantie*,
Groningen: Wolters-Noordhoff 1994
- De Lange, Botsing van grondrechten voor de rechter*
R. de Lange, *Botsing van grondrechten voor de rechter*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
1994
- Lawson, '50 jaar EVRM in vogelvlucht'*
R. Lawson, '50 jaar EVRM in vogelvlucht', in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar
EVRM. 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000*, Leiden: St.
NJCM-Boekerij 2000
- 'Leerkracht Oegstgeest trekt zaak bij CGB in'*
'Leerkracht Oegstgeest trekt zaak bij CGB in', *Reformatorisch Dagblad* 10 januari
2012
- Lijphart, Verzuiling, pacificatie en kentering in de Nederlandse politiek*
A. Lijphart, *Verzuiling, pacificatie en kentering in de Nederlandse politiek*, Amsterdam:
De Bussy 1968
- Link, 'Stat Crux?', 'Die "Kruzifix"-Entscheidung des Bundesverfassungsgericht'*
Christoph Link, 'Stat Crux?', 'Die "Kruzifix"-Entscheidung des
Bundesverfassungsgericht', *Neue Juristische Wochenschrift* 1995, p. 3353-3357
- Loenen, Geloof in het geding*
T. Loenen, *Geloof in het geding. Juridische grenzen van religieus pluralisme in het
perspectief van de mensenrechten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006

Loose, 'Politiek en de publieke rol van religie'

Donald Loose, 'Politiek en de publieke rol van religie', in: Donald Loose (red.), *Religie in het publieke domein. Fundament en fundamentalisme* (p. 19-45), Vught: Damon 2007

Loose, 'Het belang van het christelijke paradigma voor de verhouding samenleving en religie'

Donald Loose, 'Het belang van het christelijke paradigma voor de verhouding samenleving en religie', in: Donald Loose (red.), *Religie in het publieke domein. Fundament en fundamentalisme* (p. 140-171), Vught: Damon 2007

Macdonald, 'The Margin of Appreciation'

R.St.J. Macdonald, 'The Margin of Appreciation', in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993

Maclure & Taylor, Secularism and Freedom of Conscience

Jocelyn Maclure & Charles Taylor, *Secularism and Freedom of Conscience*, Cambridge (MA): Harvard University Press 2011

Magen, Körperschaft und Religionsfreiheit

S. Magen, *Körperschaft und Religionsfreiheit: Zur Bedeutung des Art. 137 Art. 5 WRV im Kontext des Grundgesetzes*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004

Mahoney, 'Universality versus Subsidiarity'

P. Mahoney, 'Universality versus Subsidiarity', *European Human Rights Law Review* 1997, p. 364-379

Mahoney, 'Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism'

P. Mahoney, 'Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism', *Human Rights Law Journal* 1998, p. 1-6

Matscher, 'Methods of Interpretation of the Convention'

F. Matscher, 'Methods of Interpretation of the Convention', in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993

Mautner, 'From "Honor" to "Dignity": How Should a Liberal State Treat Non-Liberal Cultural Groups?'

Menachem Mautner, 'From "Honor" to "Dignity": How Should a Liberal State Treat Non-Liberal Cultural Groups?', *Theoretical Inquiries in Law* 9, 2008 nr. 2

Meijering, Hoe God verdween uit de Tweede Kamer

Eginhard Meijering, *Hoe God verdween uit de Tweede Kamer. De ondergang van de christelijke politiek*, Amsterdam: Balans 2012

Mellink, 'Christelijke scholen en homo's verliezen allebei'

Bram Mellink, 'Christelijke scholen en homo's verliezen allebei', *Trouw* 9 april 2014

Mendelts, Interpretatie van grondrechten

P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten. Grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten*, Utrecht: Universiteit Utrecht (Instituut voor staats- en bestuursrecht) 2002

Mentink, Het bijzondere van het onderwijsrecht

D. Mentink, *Het bijzondere van het onderwijsrecht*, Utrecht: Algemeen Pedagogisch Studiecentrum PSC 1998

Mentink & Vermeulen, Artikel 23 Grondwet

D. Mentink & B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet. Toelichting op het grondwetsartikel over onderwijs, mede aan de hand van ontwikkelingen in wetgeving, jurisprudentie en verdragsrecht*, Den Haag: Elsevier 2004

Merks, 'Seculier en functioneel beperkt: theologische overwegingen bij de moderne staat en zijn rechtsorde'

Karl-Wilhelm Merks, 'Seculier en functioneel beperkt: theologische overwegingen bij de moderne staat en zijn rechtsorde', in: Jos Kole & Gerrit de Kruijf (red.), *Het ongemak van religie. Multiculturaliteit en ethiek* (p. 72-94) Kampen: Kok 2005

'Moderne geschiedschrijving te seculier'

'Moderne geschiedschrijving te seculier', *Reformatorisch Dagblad* 11 september 2009

Moors, Gezichtssluiers

Annelies Moors, *Gezichtssluiers. Draagsters en debatten*, Amsterdam: Amsterdam School for Social Science Research 2009

Mowbray, The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights

Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing 2004

Mückl, Religions- und Weltanschauungsfreiheit in Europarecht

S. Mückl, *Religions- und Weltanschauungsfreiheit in Europarecht*, Heidelberg: Universitätsverlag Winter 2002

Müickl, 'Relationship between State and Church'

Stefan Müickl, 'Relationship between State and Church – Public Church Law versus Religious Constitutional Law', in: Herman Pünder & Christian Waldhoff, *Debates in German Public Law* (p. 159-177), Oxford: Hart Publishing 2014

Multiculturaliteit en recht

Multiculturaliteit en recht. Verslag van de op 13 juni 2008 te Dordrecht gehouden algemene vergadering. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging. 138^e jaargang/2008-2, Deventer: Kluwer 2009

Ten Napel, 'Een Nederlandse Taliban?'

H.-M.Th.D. ten Napel, 'Een Nederlandse Taliban?', in: N.F. van Manen (red.), *De multiculturele samenleving en het recht* (p. 151-157), Nijmegen Ars Aequi Libri 2002

Nieuwenhuis, 'De kernrechtbenadering bij de grondrechten'

A.J. Nieuwenhuis, 'De kernrechtbenadering bij de grondrechten', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, vol. 3, 2012, p. 138-159

Nieuwenhuis, 'Over schillen en sferen: het wisselende gewicht van de vrijheid van godsdienst'

Aernout Nieuwenhuis, 'Over schillen en sferen: het wisselende gewicht van de vrijheid van godsdienst', in: Henk Post & Gerhard van der Schyff (red.), *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven* (p. 105-124), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014

'Niet-therapeutische circumcisie bij minderjarige jongens'

'Niet-therapeutische circumcisie bij minderjarige jongens', www.knmg.nl/jongensbesnijdenis

Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary

Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl am Rhein: Engel Verlag 2005

Nussbaum, Liberty of Conscience

Martha C. Nussbaum, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York: Basic Books 2008

Oldenhuis, Schurende relaties tussen recht en religie

F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Van Gorcum 2007

Oldenhuis, Religie op de werkvloer

F.T. Oldenhuis, *Religie op de werkvloer*, Heerenveen: Protestantse Pers 2013

Oldenhuis, 'Ontslag van een weigerambtenaar'

Fokko Oldenhuis, 'Ontslag van een weigerambtenaar', *Nederlands Juristenblad* 2013/2508

Onderwijsraad, Het recht op toelating nogmaals bezien

Onderwijsraad, *Het recht op toelating nogmaals bezien. Advies bij het initiatiefwetsvoorstel regeling toelatingsrecht (scholen)*, Den Haag 2010, nr. 20100151/988

Van Ooijen, 'Gewetensbezwaren van ambtenaren'

Hana van Ooijen, 'Gewetensbezwaren van ambtenaren – de gulden middenweg of de weg van de minste weerstand? Een column', in: J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden: NJCM-Boekerij 2008, p. 92-93

Overbeeke & Vermeulen, 'Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid'

A.J. Overbeeke & B.P. Vermeulen, 'Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid', in: J.H. Gerards, P.J.J. Zoontjens e.a., *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008* (p. 95-113), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009

Overdijk-Francis, Tweeluik religie en publiek domein

J.E. Overdijk-Francis e.a. (eindred.), *Tweeluik religie en publiek domein. Handvatten voor gemeenten*, Den Haag: Vereniging van Nederlandse Gemeenten, ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Instituut voor Publiek en Politiek 2009

Overheid, godsdienst en levensovertuiging

Overheid, godsdienst en levensovertuiging. Eindrapport van de Commissie van advies inzake de criteria voor steunverlening aan kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag (ingesteld bij ministerieel besluit van 17 februari 1986, *Stcrt.* 1986, nr. 51), Den Haag, 28 maart 1988

'Pastoor ziet af van ophangen foto's kerkverlaters'

'Pastoor ziet af van ophangen foto's kerkverlaters', *ANP* 11 januari 2013

Pel, Geestelijken in het recht

P.T. Pel, *Geestelijken in het recht. De rechtspositie van geestelijke functionarissen in het licht van het eigen recht van kerken en religieuze gemeenschappen in de Nederlandse rechtsorde*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013

Persverklaring GPO-WN

Persverklaring GPO-WN van 14 oktober 2011

Peters & Van Ooijen, 'Voorwoord'

Jit Peters & Hana van Ooijen, 'Voorwoord', in: H.M.A.E. van Ooijen e.a., *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?* (Publicatie naar aanleiding van het NJCM-symposium 'Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?') (p. 1-3), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008

Peters & Boogaard, 'De rechter en religieuze vragen'

Jit Peters & Geerten Boogaard, 'De rechter en religieuze vragen', in: A.J. Nieuwenhuis & C.M. Zoethout, *Rechtsstaat en religie* (p. 89-116), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009

Petzold, 'The Convention and the Principle of Subsidiarity'

Herbert Petzold, 'The Convention and the Principle of Subsidiarity', in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993

Pierik, 'Het EHRM en het Europese rechtsstatelijk deficit'

R. Pierik, 'Het EHRM en het Europese rechtsstatelijk deficit – Een analyse van de Lautsi-zaak', *NJB* 2012, 1170, p. 1382-1389

Pierik, 'State Neutrality and the Limits of Religious Symbolism'

R. Pierik, 'State Neutrality and the Limits of Religious Symbolism', in: Jeroen Temperman (red.) *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, (Leiden: Brill/Martinus Nijhoff 2012

Pin, Public Schools, the Italian Crucifix, and the European Court of Human Rights

Andrea Pin, *Public Schools, the Italian Crucifix, and the European Court of Human Rights: The Italian Separation of Church and State*, 25 *Emory International Law Review* 95 (2011), p. 97-149

Van der Ploeg, Vrijheid gelijkheid en redelijkheid

T.J. van der Ploeg, *Vrijheid gelijkheid en redelijkheid (Libertas et aequitas)* (Rede ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar privaatrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit op 7 september 2012), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013

Poorthuis, Dialoog tussen de religies

Marcel Poorthuis, *Dialoog tussen de religies: Toekomst of verleden tijd? Over het belang van de dialoog voor theologie en samenleving*. Tilburg: Tilburg University 2011

Poorthuis, 'Ontmoedigingsbeleid jongensbesnijdenis verdere inperking van godsdienstvrijheid'

Marcel Poorthuis, 'Ontmoedigingsbeleid jongensbesnijdenis verdere inperking van godsdienstvrijheid'

bron: www.tilburguniversity.edu/nl/thema/zingeving/besnijdenis/

Post, In strijd met de roeping der vrouw

Henk Post, *In strijd met de roeping der vrouw. De Staatkundig Gereformeerde Partij en het vrouwenkiesrecht*, Heerenveen: Groen 2009

Post, Gelijkheid als nieuwe religie

Henk Post, *Gelijkheid als nieuwe religie. Een studie over het spanningsveld tussen godsdienstvrijheid en gelijkheid*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010

Post, Godsdienstvrijheid aan banden

Henk Post, *Godsdienstvrijheid aan banden. Een essay over het probleem van de godsdienst in het publieke domein*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011

Post & Van der Schyff, 'De spanning tussen de margin of appreciation en de universele waarde van godsdienstvrijheid'

Henk Post & Gerhard van der Schyff, 'De spanning tussen de margin of appreciation en de universele waarde van godsdienstvrijheid', in: Henk Post & Gerhard van der Schyff (red.), *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven* (p. 79-104), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014

Van der Pot & Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht

C.W van der Pot & A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001

Raad voor het openbaar bestuur, Verschil moet er zijn

Raad voor het openbaar bestuur, *Verschil moet er zijn. Bestuur tussen discriminatie en differentiatie*, Den Haag: Raad voor het openbaar bestuur 2006

Rice, 'When Laws Define Religion'

Lewis I. Rice, 'When Laws Define Religion', *University of Chicago Magazine* 98, nr. 1, oktober 2005

Rieter, Het beginsel van de moderne staten

A.W.W. Rieter, *Het beginsel van de moderne staten. Een hoofd stuk over Hegel en de mensenrechten*, Berkel-Enschot 1983

Rimanque, De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige

Karel Rimanque, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, deel 1, Brussel: Bruylant 1980

Rivers, 'Proportionality and Variable Intensity of Review'

J. Rivers, 'Proportionality and Variable Intensity of Review', *CLJ* 2006, p. 174-207

Roex, Van Stiphout & Tillie, Salafisme in Nederland

Ineke Roex, Sjef van Stiphout & Jean Tillie, *Salafisme in Nederland. Aard, omvang en dreiging*, Amsterdam: Instituut voor Migratie- en Etnische Studies, Universiteit van Amsterdam 2010

De Rooy, 'Zes studies over verzuiling'

Piet de Rooy, 'Zes studies over verzuiling', in: *BMGN* 110, (1995) 3, p. 380-392

De Rooy, Openbaring en openbaarheid

Piet de Rooy, *Openbaring en openbaarheid*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2009

Sacks, 'The European's Skewed View of Circumcision'

Jonathan Sacks, 'The European's Skewed View of Circumcision', *The Jerusalem Post* 5 juli 2012

Samenvatting studierapport homoseksualiteit en homoseksuele relaties

Samenvatting studierapport homoseksualiteit en homoseksuele relaties, bron: www.cgk.nl/index.php?generalesynode

Samkalden, 'De staat van de godsdienstvrijheid – de staat vrij van godsdienst?'

C. Samkalden, 'De staat van de godsdienstvrijheid – de staat vrij van godsdienst? Godsdienstvrijheid en scheiding van kerk en staat in rechtstheorie en rechtsvergelijking', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 581-595

Scheffer, 'Het multiculturele drama'

Paul Scheffer, 'Het multiculturele drama', *NRC Handelsblad* 29 januari 2000

Scheltens, Mens en mensenrechten

D.F. Scheltens, *Mens en mensenrechten*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1981

Schenk, Prins Willem van Oranje

M.G. Schenk (ed.), *Prins Willem van Oranje: geschriften van 1568*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 1933

Van Schie, 'Liberalisme, rationalisme en individualisme'

Patrick van Schie, 'Liberalisme, rationalisme en individualisme', in: W.P.S. Bierens (red.), *Liberaal licht op de toekomst*, Den Haag: Prof. mr. B.M. Teldersstichting 2005

Schneider, 'De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (artikel 1.6)'

J.W. Schneider, 'De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (artikel 1.6)', in: A.K. Koekkoek, Willem Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns, *Grondrechten : commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene grondwet* (aangeboden aan H. J. M. Jeukens in verband met zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool Tilburg) (p. 151-166), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982

Scholten, Algemeen Deel

Paul Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954

Schoof, 'Commissie moet gelijkheid afdwingen'

Rob Schoof, 'Commissie moet gelijkheid afdwingen', *NRC Handelsblad* 23 februari 1994

Schuyt, 'Publiekrecht in een multiculturele samenleving'

C.J.M. Schuyt, 'Publiekrecht in een multiculturele samenleving', in: W. van der Burg, C.J.M. Schuyt & J.H. Nieuwenhuis, *Multiculturaliteit en recht* (preadviezen), Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 138^e jaargang/ 2008-1, p. 65-123, Deventer: Kluwer 2008

Schuyt, Over het recht om 'wij' te zeggen

Kees Schuyt, *Over het recht om 'wij' te zeggen. Groepstegenstellingen en de democratische gemeenschap*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009

Van der Schyff, Limitation of Rights

Gerhard van der Schyff, *Limitation of Rights. A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005

Van der Schyff, 'Cutting to the Core of Conflicting Rights'

Gerhard van der Schyff, 'Cutting to the Core of Conflicting Rights: the Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective', in: Eva Brems (red.), *Conflicts between Fundamental Rights* (p. 131-147), Antwerpen: Intersentia 2008

Van der Schyff & Overbeeke, 'Exercising Religious Freedom in the Public Space'

Gerhard van der Schyff & Adriaan Overbeeke, 'Exercising Religious Freedom in the Public Space: a Comparative and European Convention Analysis of General Burqa Bans', *European Constitutional Law Review* 7, 2011, p. 424-452

Sen, Identity and Violence

Amartya Sen, *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, New York (NY): W.W. Norton & Company 2007

Sharma, Problematizing Religious Freedom

Arvind Sharma, *Problematizing Religious Freedom*, Dordrecht: Springer 2011

Slingerland, 'Rituelen hebben ook hun logica'

Monic Slingerland, 'Rituelen hebben ook hun logica', *Trouw* 14 december 2011

Snel, 'Het misverstand over kerk en staat'

J.D. Snel, 'Het misverstand over kerk en staat', in: G.R. Rutgers & G. Molijn (red.), *Het multiculturele debat. Integratie of assimilatie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

Sociaal-Economische Raad, Advies inzake gewetensbezwaren in dienstbetrekking

Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake gewetensbezwaren in dienstbetrekking* (uitgebracht aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), publikatie nr. 10 – 29 juni 1990, Den Haag: SER 1990

Spielmann, Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine

Dean Spielmann, *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, CELS Working Papers Series, University of Cambridge, 2012

‘Streng gereformeerde school schorst homoleraar’

‘Streng gereformeerde school schorst homoleraar’, *Trouw* 30 september 2011

Stuurman, De uitvinding van de mensheid

Siep Stuurman, *De uitvinding van de mensheid. Korte wereldgeschiedenis van het denken over gelijkheid en cultuurverschil*, Amsterdam: Bert Bakker 2009

Sullivan, The Impossibility of Religious Freedom

Winnifred Fallers Sullivan, *The Impossibility of Religious Freedom*, Princeton (NJ): Princeton University Press 2005

Sunier, ‘Interests, identities, and the public sphere: representing islam in the Netherlands since the 1980s’

T. Sunier, ‘Interests, identities, and the public sphere: representing islam in the Netherlands since the 1980s’, in: J. Cesari & S. McLoughlin (red.), *European Muslims and the Secular State* (p. 85-98), Aldershot: Ashgate 2005

Swaine, The Liberal Conscience, Politics and Principle in a World of Religious Pluralism

L. Swaine, *The Liberal Conscience, Politics and Principle in a World of Religious Pluralism*, New York (NY): Cambridge University Press 2006

Taylor, Hegel

Charles Taylor, *Hegel*, Cambridge: Cambridge University Press 1975

Taylor, Multiculturalism and ‘the Politics of Recognition’

Charles Taylor, *Multiculturalism and ‘the Politics of Recognition’*. An Essay, Princeton (NJ): Princeton University Press 1992

Taylor, A Secular Age

Charles Taylor, *A Secular Age*, Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press 2007

Taylor, ‘The meaning of secularism’

Charles Taylor, ‘The meaning of secularism’, *The Hedgehog Review* fall 2010, p. 23-34

Taylor, Freedom of Religion

Paul M. Taylor, *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2005

'Te weinig aandacht voor homo in kerk'

'Te weinig aandacht voor homo in kerk', *Reformatisch Dagblad* 28 november 2013

Van Teeffelen, 'Als christen ken ik maar één huwelijk'

Kristel van Teeffelen, 'Als christen ken ik maar één huwelijk', *Trouw* 27 oktober 2011

Temperman, 'Het recht op geloofsvrijheid'

Jeroen Temperman, 'Het recht op geloofsvrijheid. Historische mijlpalen en eigentijdse uitdagingen', in: Steven Dewulf & Didier Pacquéé (red.), *60 jaar Universele verklaring van de rechten van de mens 1948-2008*, Antwerpen: Intersentia 2008

Terlouw, Gelijkheid en diversiteit in de multiculturele samenleving

A. Terlouw, *Gelijkheid en diversiteit in de multiculturele samenleving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010

Thomassen, Fundamentele waarden in het recht

Wilhelmina Thomassen, *Fundamentele waarden in het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

Tjeenk Willink, 'Algemene beschouwingen van de Vice-President van de Raad van State'

H.D. Tjeenk Willink, 'Algemene beschouwingen van de Vice-President van de Raad van State', *Jaarverslag 2008*, Den Haag: Raad van State 2009

Tulkens & Donnay, 'L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme'

F. Tulkens & L. Donnay, 'L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?', *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006

Uitz, Freedom of Religion

Renáta Uitz, *Freedom of Religion*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2007

Vandenhole, 'Het kind en het badwater: de kruisbestuiving van kinderrechten en mensenrechten'

Wouter Vandenhole, 'Het kind en het badwater: de kruisbestuiving van kinderrechten en mensenrechten', in: Wouter Vandenhole (red.), *Kinderrechten als mensenrechten: een multidisciplinaire verkenning* (p. 25-49), Antwerpen: Intersentia 2007

Vellenga, *'Islam in Nederland: trends en toekomst'*

Sipco Vellenga, 'Islam in Nederland: trends en toekomst', in: Sipco Vellenga e.a. (red.), *Mist in de polder. Zicht op ontwikkelingen omtrent de islam in Nederland* (p. 13-30), Amsterdam: Aksant 2009

Ventura, *'Italy'*

Marco Ventura, 'Italy', in: Rik Torfs (red.), *International Encyclopaedia of Laws: Religion 17*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2013

Verhellen, *'Implementatie van kinderrechten: ook een academische verantwoordelijkheid'*

Eugeen Verhellen, 'Implementatie van kinderrechten: ook een academische verantwoordelijkheid', in: Wouter Vandenhole (red.), *Kinderrechten als mensenrechten: een multidisciplinaire verkenning* (p. 1-24), Antwerpen: Intersentia 2007

Verhey, *Horizontale werking van grondrechten*

L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

Vermeulen, *De vrijheid van geweten*

B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten. Een fundamenteel rechtsprobleem*, Arnhem: Gouda Quint 1989

Vermeulen, *'De Goerees en de kardinaal'*

B.P. Vermeulen, 'De Goerees en de kardinaal, ofwel: vrijheid van godsdienst versus discriminatieverbod', in: L. Heyde e.a., *Begrensde vrijheid. Opstellen over mensenrechten aangeboden aan prof. dr. D.F. Scheltens bij zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen* (p. 258-278), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

Vermeulen, *'De betekenis van de grondrechten en mensenrechten voor de Algemene wet gelijke behandeling'*

B.P. Vermeulen, 'De betekenis van de grondrechten en mensenrechten voor de Algemene wet gelijke behandeling, met name met betrekking tot de positie van homoseksuele leerkrachten in het bijzonder onderwijs', in: B.P. Vermeulen, T.E. Rosier & A.A.M. Mattijssen, *De Algemene wet gelijke behandeling* (Bundel preadviezen ter gelegenheid van gezamenlijke vergadering Rechtskundige afdeling Thijmgenootschap en Calvinistische Juristen Vereniging), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

Vermeulen, *'Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?'*

B.P. Vermeulen, 'Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?' (preadvies), *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie & rechtstheorie* 21, 1992, afl. 1, p. 16-46

Vermeulen, 'Artikel 6'

B.P. Vermeulen, 'Artikel 6', in: A.K. Koekkoek, *De Grondwet: een systematisch en artikelgewijs commentaar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

Vermeulen, 'Religieus pluralisme als uitdaging aan de rechtsorde'

B. Vermeulen, 'Religieus pluralisme als uitdaging aan de rechtsorde. De plaats van de vrijheid van godsdienst in de levensbeschouwelijk-neutrale staat', in: K.-W. Merks & H.L. Beck, *Religieus pluralisme, dynamiet of dynamiek?; bedreiging of verrijking van de Nederlandse samenleving?*, Amsterdam: Ambo 1997

Vermeulen, Witte en zwarte scholen

B.P. Vermeulen, *Witte en zwarte scholen. Over spreidingsbeleid, onderwijsvrijheid en sociale cohesie*, Den Haag: Elsevier 2001

Vermeulen, 'Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid'

B.P. Vermeulen, 'Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid', in: D.J.B. de Wolff e.a., *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2001* (p. 69-72), Deventer: Kluwer 2002

Vermeulen & Kanne, 'Kerk en staat en de mensenrechten'

B.P. Vermeulen & M.J. Kanne, 'Kerk en staat en de mensenrechten', in: L.C. van Drimmelen & T.C. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht* (p. 69-92), Utrecht: Lemma 2004

Vermeulen, 'Een schets en evaluatie van de kritiek op de overheidsfinanciering van het bijzonder onderwijs'

Ben Vermeulen, 'Een schets en evaluatie van de kritiek op de overheidsfinanciering van het bijzonder onderwijs', in: W.B.H.J. van de Donk e.a. (red.), *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie* (p. 353-366), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006

Vermeulen, 'Freedom of thought, conscience and religion'

B.P. Vermeulen, 'Freedom of thought, conscience and religion', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006

Vermeulen, Loof e.a., Overwegingen bij een boerka verbod

B.P. Vermeulen, J.P. Loof e.a., *Overwegingen bij een boerka verbod. Zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding*, Den Haag: www.justitie.nl 2006

Vermeulen, Vrijheid, gelijkheid, burgerschap

B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap. Over verschuivende fundamenteën van het Nederlandse minderhedenrecht en -beleid: immigratie, integratie, onderwijs en religie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007

Vermeulen, 'Waarom de vrijheid van godsdienst niet geschrapt mag worden'

Ben Vermeulen, 'Waarom de vrijheid van godsdienst niet geschrapt mag worden', in: H.M.A.E. van Ooijen e.a., *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?* (p. 11-25), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008

Vermeulen, 'Gewetensvrijheid en godsdienstvrijheid in een neutrale staat'

Ben Vermeulen, 'Gewetensvrijheid en godsdienstvrijheid in een neutrale staat', in: F.T. Oldenhuis (eindred.), *Een neutrale staat: kreet of credo?* (p. 78-107), Heerenveen: Protestantse Pers 2009

Vermeulen & Aarrass, 'De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving'

Ben P. Vermeulen & Bahija Aarrass, 'De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving', in: A.J. Nieuwenhuis & C.M. Zoethout, *Rechtsstaat en religie* (p. 59-87), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009

Vermeulen, 'The freedom of religion in article 9 of the European Convention on human rights'

B.P. Vermeulen, 'The freedom of religion in article 9 of the European Convention on human rights: historical roots and today's dilemma's', in: A. van de Beek, E.A.J.G. Van der Borght & B.P. Vermeulen (red.), *Freedom of Religion* (p. 9-29), Leiden: Brill 2010

Verwey, 'En nu ook de kinderbesnijdenis verbieden'

J.P. Verwey, 'En nu ook de kinderbesnijdenis verbieden', jpverwey.blogspot.com/2011/04/en-nu-ook-kinderbesnijdenis-verbieden

Visienota (homo)seksualiteit

Visienota (homo)seksualiteit, Ridderkerk: Vereniging voor Gereformeerd Schoolonderwijs 2008

Vlaardingerbroek, 'Het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst'

Paul Vlaardingerbroek, 'Het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst', in: Majorie Kaandorp, Beata Stappers & Dick Schoonenwolf (red.), *Liber amicorum 'Kinderrechten beginnen thuis'*, Amsterdam: Defence for Children International 2008

Vlemminx, Het moderne EVRM

F.M.C. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013

Voogt, Godsdienstvrijheid bedreigd?

S.O. Voogt, *Godsdienstvrijheid bedreigd? Van vermeend gelijke monniken en verkapte discriminatie*, Nunspeet: Stichting Wetenschappelijk Studiecentrum RPF 1988

Vrielink & Brems, 'Boerkaverbod is het product van een paternalistische overheid'

Jogchum Vrielink & Eva Brems, 'Boerkaverbod is het product van een paternalistische overheid', *Trouw* 27 juli 2011

Vroom, Religie als ziel van cultuur

Henk Vroom, *Religie als ziel van cultuur. Religieus pluralisme als uitdaging*, Zoetermeer: Meinema 1996

Walker, Rv SoS for Education, ex p Williamson

Lord Walker, [2005] UKHL, 15, § 62 (*Rv SoS for Education, ex p Williamson*)

Wallet, 'Hoe voor- en tegenstanders van de rituele slacht van rol wisselden'

Bart Wallet, 'Hoe voor- en tegenstanders van de rituele slacht van rol wisselden', *Trouw* 16 mei 2011

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, De toekomst van de nationale rechtsstaat

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002

- Wigersma & De Jong, 'Tijd om het besnijden van jongens de wereld uit te helpen'*
Lode Wigersma & Tom de Jong, 'Tijd om het besnijden van jongens de wereld uit te helpen', *Trouw* 14 september 2011
- Williams, Faith in the Public Square*
Rowan Williams, *Faith in the Public Square*, Londen: Bloomsbury 2012
- Winch, The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*
Peter Winch, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Londen: Routledge 1990
- De Winter, 'De vrijheid van godsdienst'*
R.E. de Winter, 'De vrijheid van godsdienst', in: M.B.W. Biesheuvel & C. Flinterman, *De rechten van de mens* (p. 23-32), Amsterdam: Meulenhoff 1983
- Van Wissen, Grondrechten*
G.J.M. van Wissen, *Grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992
- Witteveen, Overheid en nieuwe religieuze bewegingen*
T.A.M. Witteveen, *Overheid en nieuwe religieuze bewegingen*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1984
- Woldring, Pluralisme, integratie en cohesie*
Henk E.S. Woldring, *Pluralisme, integratie en cohesie*, Budel: Damon 2006
- Yourow, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*
Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Den Haag: Kluwer 1996
- Van Zeven & Sterk, Arresten burgerlijk procesrecht, met annotaties*
C.J. van Zeven & T.A.W. Sterk, *Arresten burgerlijk procesrecht, met annotaties*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

Jurisprudentie

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM)

- 12 oktober 1978, D & R 19, 1980 (*Arrowsmith v. the United Kingdom*)
- 29 april 1982, nr. 8811/79, 29 D&R 104 (*Seven Individuals v. Sweden*)
- 15 december 1983, nr. 10358/83, 37 D&R 142 (*C. v. the United Kingdom*)
- 5 juli 1984, nr. 10678/83, 39 D&R 267 (*V. v. the Netherlands*)
- 13 maart 1986, nr. 11308/84 (*Vereniging Rechtswinkels Utrecht v. the Netherlands*)
- 9 mei 1989, nr. 11581/85 (*Darby v. Sweden*)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)

- 7 december 1976, nrs. 5095/71, 5920/72, 5926/72, 1 EHRR 711 (*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*)
- 7 december 1976, nr. 5493/72, 1 EHRR 737, NJ 1978/236 (*Handyside v. the United Kingdom*)
- 18 januari 1978, nr. 5310/71, (*Ireland v. the United Kingdom*)
- 25 April 1978, Series A nr. 26, (*Tyrer v. the United Kingdom*)
- 26 april 1979, nr. 6538/74 (*The Sunday Times v. the United Kingdom*)
- 13 augustus 1981, nrs. 7601/76, 7806/77 (*Young, James and Webster v. the United Kingdom*)
- 25 februari 1982, nrs. 7511/76, 7743/76, 4 EHRR 293 (*Campbell and Cosans v. the United Kingdom*)
- 25 mei 1993, nr. 14307/88 NJCM-Bulletin 1994, p. 699-709, m.nt. Labuschagne (*Kokkinakis v. Greece*)
- 23 maart 1995, nr. 15318/8, NJCM-Bulletin 1995, p. 801, m.nt. J. van der Velde (*Loizidou v. Turkey*)
- 26 september 1996, nr. 18748/91, 23 EHRR 387 (*Manoussakis and others v. Greece*)
- 22 oktober 1996, nrs. 22083/93, 22095/93, NJ 1997/449, m.nt. JdB (*Stubbings and others v. the United Kingdom*)
- 23 oktober 1996, nr. 21920/93, NJ 1998/343, (*Levages Prestations Services v. France*)
- 3 december 1996, nr. 24949/94 (*Konttinen v. Finland*)
- 18 december 1996, nr. 21787/93 (*Valsamis v. Greece*)
- 18 december 1996, nr. 24095/94 (*Efstratiou v. Greece*)
- 1 juli 1997, nr. 20704/92 (*Kalaç v. Turkey*)
- 30 januari 1998 (GK), nr. 19392/92 (*United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*)
- 18 februari 1999, nr. 24645/94 (*Buscarini v. San Marino*)

29 april 1999 (GK), nrs. 25088/94, 28331/95, 28443/95 (*Chassagnou and Others v. France*)

8 december 1999 (GK), nr. 23885/94 (*Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*)

14 december 1999, 31 *EHRR* 561, *AB* 2000, 73, m.nt. Sewandono (*Serif v. Greece*)

6 april 2000 (GK), nr. 34369/97 (*Thlimmenos v. Greece*)

27 juni 2000 (GK), nr. 27417/95, *AB* 2001, 116, m.nt. BPV (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*)

26 oktober 2000 (GK), nr. 30985/96, 24 *EHRR* 55, *EHRC* 2000/90, m.nt. Gerards; *AB* 2001, 183, m.nt. M.J. Kanne (*Hasan and Chaush v. Bulgaria*)

15 februari 2001, nr. 42393/98 (*Dahlab v. Switzerland*)

2 oktober 2001, nr. 49853/99 (*Pichon and Sajous v. France*)

12 december 2001 (GK), nr. 52207/99 (*Bankovic v. Belgium*)

13 december 2001, nr. 45701/99, 35 *EHRR* 306 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*)

13 februari 2002, nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, *EHRC* 2003, 28, m.nt. Janssen (*Refah Partisi and others v. Turkey*)

29 april 2002, nr. 2346/02 (*Pretty v. the United Kingdom*)

11 juli 2002 (GK), nr. 28957/95 (*Christine Goodwin v. the United Kingdom*)

15 juli 2003, nr. 33400/96 (*Ernst and Others v. Belgium*)

17 februari 2004, nr. 44158/98, *NJ* 2005/420 (*Gorzelik v. Poland*)

29 juni 2004, nr. 44774/98, *AB* 2004, 338, m.nt. Vermeulen (*Leyla Şahin v. Turkey*)

16 december 2004, nr. 39023/97 (*Supreme Holy Council of the Muslim Community v. Bulgaria*)

19 oktober 2005 (GK), nr. 32555/96 (*Roche v. the United Kingdom*)

10 november 2005 (GK), nr. 44774/98; *EHRC* 2006, 15, m.nt. L.F.M. Verhey; *NJ* 2006/170, m.nt. E.A. Alkema; *RvdW* 2006, 68; 41 *EHRR* 8, 115 (*Leyla Şahin v. Turkey*)

24 januari 2006, nr. 65500/01, *NJ* 2007, 616, m.nt. Alkema (*Kurtulmus v. Turkey*)

5 oktober 2006, nr. 72881/01 (*The Moscow branch of the Salvation Army v. Russia*)

7 december 2006, nr. 17582/05, *EHRC* 2007, 65 (*Artyomov v. Russia*)

11 januari 2007, nr. 184/02 (*Kuznetsov and others v. Russia*)

10 april 2007 (GK), nr. 6339/05 (*Evans v. the United Kingdom*)

19 april 2007 (GK), nr. 63235/00 (*Vilho Eskelinen and others v. Finland*)

22 januari 2008 (GK), *EHRC* 2008/44, m.nt. Gerards (*E.B. v. France*)

12 november 2008 (GK), nr. 34503/97, *EHRC* 2009, 4, m.nt. Dorssemont & Gerards (*Demir and Baykara v. Turkey*)

2 februari 2010, nr. 21924/05, *NJB* 2010, 860 (*Sinan Isik v. Turkey*)

10 juni 2010, nr. 302/02 (*Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia*)

1 juli 2010, nr. 25551/05 (*Korolev v. Russia*)

18 januari 2011, nr. 39401/04 (*MGN Limited v. the United Kingdom*)

3 februari 2011, nr. 18136/02 (*Siebenhaar v. Germany*)

18 maart 2011 (GK), nr. 30814/06, *EHRC* 2011/86, m.nt. C. Samkalden & P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselst; *NCJM-Bulletin* 36 (2011), nr. 4, m.nt. Titia Loenen (*Lautsi and others v. Italy*)

7 juli 2011 (GK), nr. 23459/03 (*Bayatyan v. Armenia*)
12 september 2011 (GK), nrs. 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06 (*Palomo Sánchez and others v. Spain*)
7 februari 2012 (GK), nrs. 40660/08 en 60641/08 (*Von Hannover v. Germany (no.2)*)
7 februari 2012 (GK), nr. 39954/08 (*Axel Springer AG v. Germany*)
15 mei 2012, nr. 56030/07, *EHRC* 2012/168, m.nt. A.J. Overbeeke, *ArA* 2013/12, m.nt. S. de Jong (*Fernandez Martinez v. Spain*)
10 juli 2012, nr. 58369/10 (*Staatkundig Gereformeerde Partij against the Netherlands*)
15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *EHRC* 2013/67, m.nt. Gerards (*Eweida and others v. the United Kingdom*)
12 juni 2014 (GK), nr. 56030/07, *Vaan AR Updates* 2014/0685, m.nt. W.L. Roozendaal (*Fernandez Martinez v. Spain*)
1 juli 2014 (GK), nr. 43835/11 (*S.A.S. v. France*)

Hof van Justitie EU

4 februari 1988, *NJ* 1990/88 (*gelijke beloning*)

Hoge Raad

3 maart 1919, *NJp.* 371
28 november 1950, *NJ* 1951/137
15 februari 1957, *NJ* 1957/201
13 april 1960, *NJ* 1960/436, m.nt. Röling; *BNB* 1960, 222, m.nt. Hellema; *AA* 1960-1961, 70, m.nt. Prins(*Aow*)
20 mei 1967, *NJ* 1968/64
31 oktober 1969, *NJ* 1970/57, m.nt. G.J. Scholten
9 april 1976, *NJ* 1976/409, m.nt. W.F. Prins
1 juli 1982, *NJ* 1983/201, m.nt. Alkema/Schultsz, *RvdW* 1982, nr 151
30 maart 1984, *RvdW* 1984, 74, *AB* 1984, 366, m.nt. FHvdB, *NJCM-Bulletin*, p. 253 e.v., m.nt. Biesheuvel, *NJ* 1985/350, m.nt. EAA, *Ars Aequi* 1985, p. 273 e.v., m.nt. Akkermans
30 mei 1986, *NJ* 702
5 juni 1987, *NJ* 1988/702, m.nt. EAA; *AB* 1988, 276, m.nt. J.A. Hofman & B.M.J. van der Meulen
22 januari 1988, *LJN:AD0151*, *NJ* 1988/891, m.nt. EAA, *AB* 1988, 96, m.nt. FHvdB; *NJCM-Bulletin* 13-3 (1988), p. 214, m.nt. R. de Winter; *AA* 1988, 391, m.nt. P.W.C. Akkermans (*Maimonides*)
22 maart 1989, *BNB* 1990, 161
10 november 1989, *NJ* 1990/628, m.nt. EAAL en EAA
2 februari 1990, *NJ* 1991/289, m.nt. EAA
20 oktober 1995

10 mei 1996, *NJ* 1996/578, m.nt. EJD
12 september 1997, *RvdW* 1997, nr. 168
26 april 2000, *NJB* 2000, p. 1300
9 januari 2001, *ECLI:NL:HR:2001:AA9368*, *NJ* 2001/203, m.nt. JdH, *NJ* 2001/204, m.nt. J. Hullu, *AB* 2001, 303, m.nt. BPV, *JOL* 2001, 31
9 januari 2007, *ECLI:NL:HR:2007:AZ2497*, *AB* 2007, 181, m.nt. L.C. Groen (*Santo Daime II*)
9 april 2010, *ECLI:NL:HR:2010:BK4547*; *AB* 2010, 190, m.nt. F.J. van Ommeren; *JB* 2010, 115, m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen; *JBPr* 2010, 32, m.nt. M.O.J. de Folter; *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema; *NJB* 2010, 862; *RvdW* 2010, 506
9 april 2010, *ECLI:NL:HR:2010:BK4549*; *JB* 2010/115, *JBPR* 2010/32, *AB* 2010/190, *GST* 2010, 63, *NJ* 2010/388, *NJB* 2010, 862, *RvdW* 2010, 506
5 juli 2011, *NJ* 2011/466

Gerechtshof

's-Hertogenbosch 13 januari 1984, *AB* 1984, 417; *AA* 1985
's-Gravenhage 20 december 2007, *ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619*, *GST* 2008, 18, m.nt. J.L.W.; *JB* 2008, 37, m.nt. R. Nehmelman & M. Kanne, m.nt. R.J.N.S.; *NJ* 2008/133; *NJF* 2008, 213; *NJCM-Bulletin* 2008, p. 203 e.v., m.nt. Ten Napel & Castermans
Amsterdam 24 juli 2007, *JA* 2007, 140; *NJF* 2007, 389
Amsterdam 6 september 2011, *NJF* 2011, 400
Amsterdam 24 februari 2012, *ECLI:NL:GHAMS:2012:BV6888*
's-Gravenhage 10 april 2012, *JAR* 2012, 130, m.nt. E.L.J. Bruyninckx

Rechtbank

Pres. Alkmaar 22 januari 1982, *NJCM-Bulletin* 1982, 134
Pres. Arnhem 16 september 1987, *LJN:AH1900*, *KG* 1987, 431
Pres. Alkmaar 22 januari 1982, *NJCM-Bulletin* 1982, 134
Pres. Amsterdam 18 september 1986, *LJN:AH1352*; *AB* 1987, 84, m.nt. F.H. Burg; *KG* 1986, 431
Pres. Amsterdam 28 augustus 1987, *LJN:AM9488* *AB* 1987, 412; *KG* 1987, 409
Arnhem (President), 24 februari 1989, nr. KG1989/131, *ECLI:NL:RBARN:1989:AH2585*
Amsterdam 21 mei 2001, *ECLI:NL:RBAMS:2001:AB1739*, *AB* 2001, m.nt. Vermeulen 342 (*Santo Daime*)
Zwolle 10 oktober 2003, *ECLI:NL:RBZWO:2003:AL8382*
's-Gravenhage 7 september 2005, *ECLI:NL:RBSGR:2005:AU2088*, *AB* 2005, 398, m.nt. M.J. Kanne; *NJ* 2005/473, *NJF* 2005, 316
's-Gravenhage 30 november 2006, *ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ5393*
Pres. Amsterdam 24 mei 2007, *AB* 2007, 306, m.nt. Groen & Vermeulen

Utrecht 30 augustus 2007, *AB* 2007, 307, m.nt. L.C. Groen & B.P. Vermeulen; *PRG* 2007, 143; *TAR* 2007, 197, m.nt. J.H.G.E. van Hedel
Rotterdam 6 augustus 2008, *ECLI:NL:RBROT:2008:BD9643*
's-Gravenhage 23 oktober 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:14133*, *NJB* 2013/2508, m.nt. Oldenhuis

Rechtbank, team Kanton (Kantonrechter)

Amersfoort 29 juli 1987, *LJN:AI8001*, *PRG* 1988, 2942
Zwolle 7 maart 1991, rolnr. 430/91, *NJCM-Bulletin* 1991, 302
Alphen aan den Rijn 22 maart 1994, *NJCM-Bulletin* 1994, p. 569 e.v.
Apeldoorn 30 november 1994, *PRG* 1995, 4271
Haarlem 4 april 2011, *ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ0063*
's-Gravenhage 2 november 2011, *JAR* 2011, 305, m.nt. W. Lindeboom; *PRG* 2012, 8; *RAR* 2012, 21

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

20 januari 1983, *AB* 1983, 389
7 april 1983, *AB* 1983, 430, m.nt. P.J. Boon
16 januari 2001, *ECLI:NL:RVS:2001:AD8743*; *AB* 2002, 77
6 april 2005, *AB* 2005, 225
5 december 2007, *ECLI:NL:RVS:2007:BB9493*, *AB* 2008, 35, m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen; *GST* 2008, 17, m.nt. J.L.W.; *JB* 2008/24, m.nt. R. Nehmelman & M. Kanne, m.nt. R.J.N. Schlössels; *Ars Aequi* AA20080291; *NJB* 2007, 2360

Centrale Raad van Beroep (CRvB)

4 juni 1986, *RSV* 1987, 16

7 mei 2009, *ECLI:NL:CRVB:2009:BI2440*; *AB* 2009, 280, m.nt. L.C. Groen & B.P. Vermeulen; *JAR* 2009, 146; *JB* 2009, 169; *TAR* 2009, 127

Raad van Discipline

4 mei 2009, nr. R.3136/08.168

Hof van Discipline

11 december 2009, nr. 5499

College voor de Rechten van de Mens (voorheen: Commissie gelijke behandeling (Cgb))

7 augustus 1995, *RV* 1995, 100

3 februari 1997, oordeel 1997-14

4 februari 1997, oordeel 1997-15

9 februari 1999, oordeel 1999-18

20 juli 1999, oordeel 1999-76

22 december 1999, oordeel 1999-103, *AB* 2000, 72, m.nt. B.P. Vermeulen

6 september 2000, oordeel 2000-63

22 juni 2001, oordeel 2001-53, *AB* 2001, 308, m.nt. B.P. Vermeulen

30 oktober 2001, oordeel 2001-96

5 februari 2002, oordeel 2002-04

15 maart 2002, oordeel 2002-25

15 maart 2002, oordeel 2002-26

20 maart 2003, oordeel 2003-40

1 december 2003, oordeel 2003-145

23 juli 2004, oordeel 2004-95

21 december 2004, oordeel 2004-168

23 februari 2005, oordeel 2005-28

20 mei 2005, oordeel 2005-86

5 oktober 2006, oordeel 2006-202

10 november 2006, oordeel 2006-220

10 november 2006, oordeel 2006-221

15 november 2006, oordeel nr. 2006-147

15 juni 2007, oordeel 2007-100
15 april 2008, oordeel 2008-40
7 januari 2011, oordeel 2011-2
1 juli 2011, oordeel 2011-102
7 augustus 2014, oordeel 2014-93

Advies 2008-04, *Trouwen? Geen bezwaar!*

Buitenlandse jurisprudentie

BVerfGE, 98, 106
BVerfGE, 108, 282
BVerfGE 42, 312, 332
BVerfGE 102, 370, 389 (*Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas*)

Landgericht Köln, 7 mei 2012, 151 Ns 169/11, *NJW* 2012, 2128

2004 SC 47, [2004] 2 S.C.R. 551 (*Syndicat Northcrest v. Amselem*)

Supreme Court van Florida, 2 september 2004, nr. SC01-2206 (*Warner v. City of Boca Raton*)

[2005] UKHL 15, § 15, 22, 23 (House of Lords opinions of the lords of appeal for judgment in the cause *Regina v. Secretary of State for Education and Employment and others (Respondents) ex parte Williamson (Appellant) and others*)

Parlementaire en overige documenten en bronnen

Tweede Kamer

Handelingen

1976/77, 2116-2117
1981/82
1985/86, UCV nr. 67
1992/93, nr. 47, 3508, 3510
1999/2000, 98-6393
Aanhangsel 2000/01, nr. 1652
2004/05, nr. 50, 3231-3261
2005/06, 36-2546
Aanhangsel 2008/09, nr. 1104 en 1105
2010/11, nr. 69
2011/12, nr. 50, p. 18-85; nr. 91, p. 13-24
2011/12, nr. 94, item 4
2012/13, 88-4-8-37
2012/13, 91-6-41-61
2012/13, 93-21-40

Kamerstukken

1975/76, 13872, 1-5
1976/77, 13872, 7
1978/79, 14496, 22 (*Nota Emancipatie, proces van verandering en groei*)
1983/84, 18100 VII, 36, bijlage: *De ambtenaar met gewetensbezwaren*
1985/86, 19427, 3
1987/88, 19427, 8
1990/91, 22014, 3, 5, B
1991/92, 22014, 5
1999-2000, 26672, 5
2000/01, 1652
2000/01, 26672, 12
2001/02, 28187, A
2003/04, 29614, 2 (*Grondrechten in een pluriforme samenleving*)
2005/06, 29754, 41, 71, 91
2005/06, 30316, 6
2006/07, 30891, 4
2007/08, 27017, 33
2007/08, 31108, 4
2007/08, 31200 VII, 48

2007/08, 31200 VIII, 209
2007/08, 31331, 1-4
2007/08, 31200 VII, 48
2007/08, nr. 1428
2009/10, 27017, 6
2009/10, 28481
2009/10, 29614, 2, 15, 16, 17, 19
2009/10, 31571, 4
2010/11, 27017, 74, 77
2010/11, 32824, 1
2010/11, 31289, 100, 103
2010/11, 32824, 1 (*Integratie, binding, burgerschap*)
2011/12, 29614, 29
2011/12, 31571, 22
2011/12, 32550, 34, 35, 40
2011/12, 33165, 2, 3, 4
2011/12, 33344, 1, 3
2012/13, 31571, 23
2012/13, 32476, 5, 6
2012/13, 33344, 4
2013/14, 32476, 9

UCV 1985-1986, nr. 67

Eerste Kamer

Handelingen

19-12-2000, nr. 15, p. 656 e.v.
2010/11, 12-2
2010/11, 12-7
2010/11, 12-9
2011/12, 32-5, p. 7-48
2011/12, 33-5, p. 24-26

Kamerstukken

2010/11, 31571, A, F, I, O, Q
2013/14, 33750 VI, O

Overige overheidsdocumenten

Koninklijk besluit van 20 oktober 1916, nr. 30 (Legerorders 1916, nr. 130)

Bruggen slaan. Regeerakkoord VVD-PvdA, 29 oktober 2012

Brief van minister Plasterk van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties d.d. 26 maart 2013, kenmerk 2013-0000171386, betreffende: Tenuitvoerlegging arrest Hoge Raad in SGP-zaak

Europese Commissie, 'Met redenen omkleed advies' van 31 januari 2008, betreft: ingebrekestelling, inbreuk nr. 2006/2444

Raad van State, 's-Gravenhage, Advies no. W04.08.0593/1

Internationale documenten

Universele Verklaring van de Rechten van de Mens

Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie jegens vrouwen, *Tractatenblad 1980*, 146 en *Tractatenblad 1981*, 61

Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van de Europese Unie van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Publicatieblad Nr. L 303* 2 december 2000, p. 0016-0022

Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen, 18.12.2000, C 364/13-14

Internetbronnen

www.nationaalarchief.nl/content/jaartal/1500-1600/1579UnievanUtrecht.asp

www.santodaime.nl/

www.joodsleven.nl/Encyclopedie/BritMila/Brit-mila.htm.

www.algitaan.nl/islamitisch.asp

<http://raadvaneuropa.nl/vertegenwoordiging.org/nieuws/2013/oktober/nederland-ondertekent-protocol-nr.-15-bij-het-evrm.html>; Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Strasbourg, 24.VI.2013

en.wikipedia.org/wiki/Quran_oath_controversy_of_the_110th_United_States_Congress#cite_note-TJ_Quran_used-7

en.wikipedia.org/wiki/Ummah

www.beliefnet.com/Faiths/Islam/2006/12/Keith-Ellison-A-Quranic-Oath.aspx

www.jhm.nl/cultuur-en-geschiedenis/woordenlijst/s/soeka

Bundesregierung, Beschneidung von Jungen, 20 juli 2012,
www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2012/07/2012-07-17-beschneidung
m.bundesregierung.de/Content/Archiv/DE/Archiv17/Artikel/2012/07/2012-07-17-beschneidung.html?nn=634632
Deutscher Bundestag, nr. 17/11295

www.faz.net/aktuell/politik/inland/abschliessende-debatte-bundestag-billigt-gesetz-zur-beschneidung-11991251

Summary

Freedom of religion in a democratic society – The right of the individual in a field of tensions of rights and freedoms

Introduction

Freedom of religion is a fundamental right in the Dutch constitutional law. In the international law, relevant for the Netherlands, freedom of religion is an important norm of law. As every fundamental right it has its limitations. Dependent of time and place, limitations may vary. Limitations of freedom of religion must be proportionate because of the principle of proportionality. Thereby is a crucial question, what has precedence over what, which interest gets priority. All sorts of specific aspects play a role within a specific context. To this context belong the convictions, insights and opinions in the society, in the political domain, and of the jurisdiction, which are, moreover, in a process of evolution. The pattern of judgments of citizens' rights and freedoms is subject to change.

The effect of the fundamental right of freedom of religion has become complicated and dynamic. Every citizen has the right on freedom of religion or philosophy. Its exercise is not to be determined universally and a citizen is not in the position to appeal to it always and under all circumstances. Compelling arguments may plead for limiting this right's scope. The exercise of the fundamental right of freedom of religion is not fixed as a consequence of changes in the conviction how the dignity of the person may or should be respected. Guaranteeing the exercise of freedom of religion, the core question is how the constitution optimally guarantees the dignity of the human being and the right of the human being to be a human being.

The dignity of the human being is the foundation of the law. The freedom of thought, conscience and religion or philosophy is as a citizen right of fundamental importance to protect the dignity of man and to offer him the possibility to realise his personal identity. Every human being has a unique personality, and a unique identity. Religion is primarily the freedom of the individual. In principle every person has the freedom to realise his life in conformity with his own conscience. Striving for that, he lives in communities, enters into communities and leaves communities. A community has a collective identity. Between the individual and the collective identity a field of tension exists, by which the realisation of the individual or the collective identity may occur tensions which may lead to conflicts.

Freedom of religion means the freedom to choose and realise a religious identity. This identity has an individual and a collective dimension. For the community of believers

the collective identity is a fundamental value, which is not primarily protected by the rule of law. The rule of law recognises the primacy of the individual freedom and identity. A community of believers recognises the principle of equality, however not in the same way as a rule of law. Within a religious community a hierarchical relationship also exists.

An individual lives in various communities and societies, everyone with a distinct collective identity and a characterising practice. Through living in a variety of communities somebody's identity is a layered one and has a multiple nature. The relationship between the individual and the collective freedom may result in a tension. This tension may lead to suppression of the individual freedom and frustration of its realisation.

The interaction between the individual and the community is a core question of observance of fundamental rights. The individual orientation of the classic human rights does not preclude that this observance occurs within a community. The observance of fundamental rights affects the community and is affected itself by the societal and political circumstances.

The Dutch rule of law is a democracy. It is a community of citizens who all have equal rights. They differ, however, fundamentally in their way of living and their convictions about a good living. Differences between individuals and communities of individuals are a cause of conflicts citizens exercising their rights.

In a democratic society, citizens struggle about the rules and norms of the society. Entitling rights and freedoms to citizens is an important component of this contest. A democracy based on the rule of law guards being religious. The question which role religion may or should occupy in a democracy, is a laden one. In the public and political debate a negative treatment of the right of freedom of religion appears to dominate. This is a consequence of the assumption that neutrality of the state implies a secular public sphere, or of the idea that the Netherlands are or ought to be a secular nation. Neutrality however just does not mean a banishment of religion from the public sphere. Neutrality implies an impartial attitude of the state towards various religious and non-religious dispositions, and gives space to manifestations of religion. The state protects these manifestations unless the rights and freedoms of other citizens are harmed disproportionately. In a democracy based on the rule of law neutrality implicates paying respect to minorities, and the smallest minority is the individual. Fundamental for freedom of religion is the recognition of the dignity and equality of every human being.

An individual practising his rights and freedoms identifies himself both with a variety of collectivities and the Dutch state. Either direction of identification implies a sphere of tension for the individual. An association as well as the nation offers opportunities to an individual to manifest his religion, but membership may also involve restrictions.

In any of the cases I discuss in this study the spheres of tension between the poles are manifest. An individual who thinks strictly from an individual standpoint, considers his rights at any rate more important than the rights of an association of which he is a member and the state of which he is a citizen. If one thinks from the standpoint of an association, the rights of this collective whole are more important than the individual rights. If one thinks from the viewpoint of the political whole of the state one will consider individual and collective rights subordinate to the neutrality of the state, in that sense, that the state should not favour individuals or groups, and apply universal norms.

In a specific case the position of a person concerned with respect to the three poles determines his definition of the problem primarily or to a high degree. When practising a right of freedom an individual may have the opinion being restricted wrongly by an association that appeals to its rights, by the state or one of its institutions or organisations. The state may keep a citizen to his or an association to its legal obligations or it may promote the rights of other citizens.

The state as a political organisation is based to a certain degree on social cohesiveness, solidarity and loyalty. Cohesiveness is caused by orientation on and identification with the state as a national bond. The state values the notion of citizenship. Citizenship means that citizens participate in and contribute to the societal and political life. Citizens have rights and obligations. Citizenship as the core concept of a democratic society is protected by the European Court of Human Rights (ECtHR). It confirms in its jurisprudence that a point of resemblance between many religions is their adherents' keeping rules of behaviour in their personal lives. Religious prescriptions which determine the behaviour of people regularly comprise visiting religious services, pursuing certain rituals, keeping to religious holidays and days of rest,⁹¹⁰ wearing specific dress⁹¹¹ and food restrictions.⁹¹² By maintaining these rules religious people prove that they wish to profess in daily life the religion which they adhere to. In doing so the resemblance between individual and collective identity is promoted and

⁹¹⁰ Among others: ECtHR 3 December 1996, appl. no. 24949/94 (*Konttinen v. Finland*).

⁹¹¹ Among others: ECtHR [GC] 10 November 2005, appl. no. 44774/98), par. 78 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

⁹¹² ECtHR [GC] 27 June 2000, appl. no. 27417/95, par. 73 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*).

preserved. Their freedom to act in this way is protected by Article 9 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR).⁹¹³

The ECtHR emphasises that neutrality and impartiality forbid the state to ascertain the legitimacy of a religion or the ways on which it is expressed or manifested.⁹¹⁴ A consequence is that the state has a narrow policy space and should put forward serious and compelling reasons to limit the choices people make within the sphere of their personal or collective autonomy to behave in conformity with a religious standard. A limitation will be a legitimate one in the light of paragraph 2 of Article 9 of the Convention when a choice of religious people is conflicting with the human rights as they underlie the ECHR, including a break with the equality of gender,⁹¹⁵ or when this choice is imposed against their will.⁹¹⁶

The research question of this study is:

In the field of tensions of rights and freedoms of the democratic society, which meaning has the constitutional law for the freedom of religion as the right of the individual to realise his identity through observing a specific practice.

To answer this question, I address the next questions:

1. What encompasses the Dutch constitutional order, of which freedom of religion is a distinguishing mark?
2. What encompasses the right of freedom of religion as primarily an individual right with as a deduction a collective right?
3. What is the importance for the judgment of cases in the field of the freedom of religion?
4. Which answer gives a selection of cases on the research question?

These questions are answered by studying the next cases.

⁹¹³ Among others: ECtHR 10 June 2010, appl. no. 302/02, § 118 (*Jehovah's witnesses of Moscow and others v. Russia*).

⁹¹⁴ Among others: ECtHR [GC] 10 November 2005, appl. no. 44774/98, § 107 (*Leyla Şahin v. Turkey*); ECtHR [GC] 26 October 2000, appl. no. 30985/96, § 78 (*Hasan and Chaush v. Bulgaria*).

⁹¹⁵ Among others: ECtHR [GC] 10 November 2005, appl. no. 44774/98, § 115 (*Leyla Şahin v. Turkey*).

⁹¹⁶ ECtHR 10 June 2010, appl. no. 302/02, § 119 (*Jehovah's witnesses of Moscow and others v. Russia*).

Cases

The women standpoint of the political party named SGP

From its formation in 1918 this political party does not give the woman an equal position with the man. Important for the case is, that the party does not recognise the eligibility of the woman for its female members. From the beginning of the years 1990 the party got involved in law suits because of this standpoint. In 2010 the highest Dutch court judged that the government should take measures against the SGP, so that the SGP would no longer treat women unequally. After that the SGP submitted an appeal against this arrest at the ECtHR. The ECtHR rejected this appeal in 2012. It concluded from Article 7 of the Women Convention and from Articles 2 and 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights taken together that the SGP's position was unacceptable regardless of the deeply-held religious conviction on which it had been based. After that, in 2013, the SGP changed its internal rules so that female members have equal rights with male members to be elected to represent the party in a public office.

Islamic prescriptions

Within Islam, movements and coalitions exist observing specific prescriptions which concern the relationship between man and woman. These prescriptions regard among others the clothing of women or man and shaking hands of people of the other gender. Concerning a number of questions judgments have been issued by the Netherlands Institute for Human Rights (*College voor de Rechten van de Mens, acronym CRM*), in the past: Commission for Equal Treatment (*Commissie Gelijke Behandeling*), the court, or another authority. The Rutte I ministry submitted a law proposal to forbid Islamic, face-covering clothing in 2012. A religious prescription on the man/woman relationship is conceived by opponents of such prescriptions as discriminating for women, and as a form of suppression of women. Opponents of this standpoint conceive forbidding a religious prescription as a violation of the freedom of religion of Muslims, and therefore as discriminating.

Two cases I discuss concern the refusal shaking hands for greeting people of the other gender. The first case is of an Islamic female teacher at a school for secondary education. Initially, because of her refusal she was suspended, and afterwards dismissed. The CRM agreed with the vision of the Moslima. The court judged in a different way twice. It gave more importance to the interest of the school. The second case is that of a Muslim who was rejected for a job at the government because he refused shaking hands with women as a way of greeting. The CRM agreed with him, but he lost his case twice at the court. Two other cases concern Islamic clothing and

behaviour towards the judicial authority in the court room. One case is that of a Moslima who wanted to wear a head scarf in the office of clerk of court. The other is that of a Muslim who as a lawyer wore an Islamic hat and who refused to arise for the court when it entered the court room. The Moslima lost her case. The Islamic lawyer got reprimanded by the Council of Discipline. The Court of Discipline agreed with his appeal however. In cases which regard the court room, the neutrality of the state or the authority of the court is under scrutiny. In general sense is the matter which limitations of the freedom of religion are legitimate when believers appeal to their religion for the observance of religious prescriptions. The essence of cases in this field is the question what the content of freedom of religion of the individual believer is, if his conviction deviates of that of the secular society, of the state or of the religious community of which he is a member and with which he has a conflict.

The religious slaughter in conformity with Jewish and Islamic prescription

Religious, ritual, non-stunned slaughtering is forbidden per law, but the Dutch law supplies an exception for the ritual Jewish and Islamic slaughter. The Party for the Animals (*Partij voor de Dieren*, acronym PvdD) wants to end this position because, according to its opinion, animals experience unnecessary pain. In 2011 the Second Chamber of the Dutch Parliament (House of Representatives) accepted a law proposal of this political party to forbid the religious slaughter. In 2012 the First Chamber (Senate) rejected this law proposal, because it implied a disproportionate infringement of the freedom of religion of Jews and Muslims. In that year the government and religious organisations of Jews and Muslims signed a covenant that regulates the slaughter more stringently than in the past on behalf of the animal welfare. This case deals with the question whether the religious practice of the non-stunned slaughter is protected by the right of freedom of religion. More specific is the question in what degree this prescription is a part of the essence of the religion of the Jewish and Islamic believer, and to what extent the preparation and eating of food by the believer together with other believers is a practice which belongs to the observance of religion, and how this must be weighed against the welfare of the slaughtered animals.

The civil servant with a religious objection

Since April 2001 the Dutch law has allowed two women or two men to contract a marriage. The civil marriage that was only open for persons of different gender, was opened then for couples of the same gender. The concerning law, the Law Opening marriage (*Wet Openstelling huwelijk*), took effect on 1 April 2001. The Dutch marriage of two men or two women in principle has the same conditions and consequences of justice as the marriage of a man and a woman. During the process of parliamentary decision making the government promised that the religious objection of officials to

cooperate with a marriage of a couple of the same gender, would be accepted. The law would not demand that a civil servant was obligated to register a partnership or contract a marriage of two people of the same gender.

Since the law is valid the policy of municipalities varies. A large number does not offer a job to the applicant with a religious objection against a marriage of two people of the same gender. In 2011 the Second Chamber accepted a resolution to end, by a legal regulation, the possibility that municipalities offer a job to civil servants with such a religious objection. All civil servants should practise their legal tasks. This means that the individual civil servant with a religious objection comes in conflict with the government as employer. The question is whether the right of freedom of religion as the right of an individual means, that an individual servant has the right to refuse the exercise of a specific task, with as a consequence the unequal treatment of citizens, which is against the law. In 2013, in a conflict between a dismissed civil servant and a municipality the court judged that the municipality was right in dismissing the civil servant.

The multi-religious oath of office

Regarding the oath of office, political office bearers, government officials and police officials are allowed to call 'God' only. In 2009 the Second Chamber accepted a resolution of the political party CDA (the Christian Democratic party) that this must also be valid for officials at municipalities and provinces. The intention was that the government should fight against the multi-culturalising of the oath of office. The government has refused to exercise the resolution, its argument is that it does not want to impair the autonomy of municipalities and provinces. The current situation is however that non-Christians are treated unequally by the government. Officials of one of the three mentioned categories do not have the right to confess their religion taking the oath of office.

The freedom of education of a religious school

A school on a religious foundation enjoys freedom of education. However, the individual student and teacher have the fundamental right of freedom of religion. The tension between the collective and the individual freedom right may lead to conflicts. I discuss several cases. Some cases concern a teacher. One is the case of a homosexual teacher at a religious school. When in the 1990s the Dutch Parliament accepted the law for equal treatment (*Algemene wet gelijke behandeling*), the position of this type of person was the subject on which the debate was concentrated. The formulation of the law became a compromise and has been discussed continually since then. At this moment the Second Chamber has accepted a proposal of several political parties to

change it with the intention to restrict the freedom of a school to refuse or dismiss a homosexual teacher.

Firstly in 2011 a court has issued a decision in a concrete conflict between a school on a religious foundation and a homosexual teacher. The court did not permit the school to dismiss the teacher at that moment. It had failed in exercising the procedure rightly. A second case is that of an unmarried gym teacher who went on holidays with her boyfriend. That was the reason not to be accepted when she applied. The CRM judged that the school made a distinction on the ground of her civil state. The law for equal treatment forbids this. Also cases exist which concern a student. I discuss two cases. The first one is the refusal of a school to accept a student whose parents and the family have a religious conviction that deviates in some respect from the school. The second one is the refusal of a Catholic school to allow an Islamic student to wear a head scarf in the class room. In the first case the court agreed with the parents, in the second case with the school.

The religious circumcision of boys

The debate on the religious circumcision of boys in conformity with Jewish or Islamic prescription is at hand in the Netherlands and Germany. In the Netherlands, a federation of physicians named KNMG has declared to be an opponent of the traditional circumcision of Jewish and Islamic boys. Its opinion is that this circumcision does not have any positive effect on the health. In Germany a court has forbidden the circumcision. In 2012 however the German government has given a legal foundation to the religious circumcision. In this case the individual believer, the father as the head of the family, and in its extension the religious community, comes in conflict with the secular society on a praxis which is a mark of the identity.

Analysis and evaluation

In chapter 1 I discuss the Dutch constitutional law and in chapter 2 the freedom of religion. In chapter 3 I develop the framework for the analysis and evaluation of the cases. The framework has the purpose to analyse and evaluate the tensions between individual and collective freedom, with the society, and with the rule of law. I describe, analyse and evaluate the specific cases in chapter 4.

Conclusion

I conclude in chapter 4 that religion is a complex phenomenon in our democratic society. Religion is an existential philosophy which has an individual and a collective side. A specific religion has a specific content and by adhering to and practising this

content a believer achieves a desired religious identity. By definition religion relates to identity and behaviour, both individually and collectively. The democratic society recognises the equality among citizens. All citizens have an equal right of protection of their philosophy. This arises from their dignity as a man. Expressions of a religious conviction are worthy to be protected. Core or meaning giving convictions and obligations play a role in the moral integrity of believers. The more an element of a belief is connected with the identity and moral integrity of an individual, the more the expression of it will be a condition for his self-esteem and the larger the interest he has in the legal protection of it. The intensity of the personal experience has become larger for all convictions to the degree that the common public religion has lost some of its importance. Through the process of individualisation in the society the importance of realising the personal identity has increased strongly during the last fifty years.

Citizens derive from their philosophy, regardless whether it is of a secular or religious nature, and the expression of it, their dignity as a human being. The cases prove that a religious conviction and the expression of it develop and confirm the dignity of citizens. They may experience an impediment or limitation as abusive, so that they resist and submit an appeal at the CRM or the court.

The freedom of religion protects the respectability of the person of the believer and allows his self-realisation as a person. It offers him space to choose realising his own individual identity and to identify himself whether or not with religious or societal communities. One of the core questions of the democratic society is how the dignity of the man and the right of man to be a man is guaranteed in an optimal way in a field of tensions that is continually changing. The dynamics in this field are the dynamics of the sacredness of the person.

The individual's dignity requires that he is respected and highly valued as a person and that his individual expressions are protected. The protection of the person's dignity plays a role in every case which I discuss. A consequence is that in every case the interest of the individual has some importance and is weighed against the other interests which are under scrutiny. It is in accordance with the nature of a democratic rule of law which recognises equal rights and freedoms for all citizens, to strive for a proportionate protection of the dignity of all involved citizens. This implies that a certain value or a specific interest should not be absolutized and that tolerance is a requirement weighing the concerned interests.

Every human being has the competence to search for the ultimate meaning of life. That is why he or she absolute esteem is worthy. This idea is fundamental for freedom of religion and philosophy and for the principle that all citizens enter the public space on equal conditions. However, the exercise of a right of freedom is never limitless on one

hand, but requires some accommodation. On other hand an adjustment of a rule or law may be justified to prevent the discrimination of citizens. In our democratic society the state recognises the right of a unique philosophical identity of every individual and of every philosophical group. Sometimes equal recognition by the state requires to pay attention to the philosophical differences between citizens. For the sake of equal recognition the government should not be blind for the differences, and constitute these differences the basis for a differentiated approach. A democratic rule of law is indebted its nature not to pay attention to the sensibilities of religious minorities in an arrogant way. A truly equal recognition of the citizens asks for a generous exemption for citizens with religious objections. A conviction or preference which contributes to giving meaning and direction to the life of the individual and which confirms his self-esteem, asks in principle for adjustment to respect the individual dignity of citizens.

The cases in this study treat an interference in the freedom of religion. The criteria for a justified interference are not fixed but are subjected to changes affected by the evolution of the prevailing cultural and philosophical pattern of judgment. The ECHR is a living instrument of our constitution. The interpretation of the fundamental right of freedom of religion is subject to societal changes. Sometimes this will lead to tensions or to a public debate. From tensions and conflicts, law suits, a re-interpretation of the freedom of religion, an adjustment of a law, or a new law arise. The constitution has a large impact on the freedom of religion. This picture is differentiated. The constitution offers protection but also imposes limitations. It is subject to changes by which the freedom of religion in several domains has been limited or enlarged, or a limitation or enlargement is a subject of debate.

The exercise of the freedom of religion occurs in a society with a complex plurality. The cases give some insights in it. Relevant is that citizens strive to realise an individualised way of living, and are inclined to give absolute priority to their own rights and freedoms. As a result citizens experience discrimination quickly. The prevailing pattern of judgment undergoes an evolution too. Certain limitations of rights are considered as discrimination of women or homosexual citizens today. The other way around may also occur. Certain limitations were considered as discrimination in the past, while these are considered as legitimate today.

The fundamental right of freedom of religion guarantees citizens the realisation of their personal identity. This right is not absolute but subject to limitations for the proper functioning of the democratic rule of law, that means, for protecting the rights and freedoms of all citizens and other societal values. The practising of religious commandments and prescriptions is protected by the fundamental right of freedom of religion. All citizens have equal rights of freedom of religion. The exercising of freedom rights therefore requires respect of freedom rights of other citizens. This

implies a field of tensions of rights and freedoms, in which (new) balances between interests of citizens must be searched for continually. The society has to do with a certain dynamic.

The cases confirm that freedom of religion asks for a secular state. That means that the government must adapt a neutral attitude and must keep a certain distance towards expressions of religion. The secularity of the state is a complex requirement however. It must meet the criteria of freedom, equality, non-exclusion of religious or other communities and the preservation of harmony between citizens and communities. The secular state protects citizens believing and practising which conviction whatever, whereby the state treats people equally striving for their choices, and listens to all. The secularity of the state means that it has a neutral attitude in religious questions and an independent position, and that it adjusts general rules if somewhat possible or that it makes exceptions for general regulations. The allowance of exceptions appears to be dependent of the prevailing cultural and philosophical pattern of judgment.

Analysing the cases I have asked every time whether a changed cultural and philosophical pattern of judgment becomes apparent. The answer is nearly unavoidably always or nearly always affirmative. How could it be different? It is important to notice what is essential for the change. Until about fifty years ago, a common, for the Dutch society characterising pattern of values and norms prevailed in the Netherlands. Since then this pattern has evolved into a variety of patterns of judgments which have partly a religious nature and partly a secular one. A specific behaviour may be considered as primarily belonging to the field of religious practices or to that of the secular practices. The choice is dependent of the chosen pattern of judgment. This determines whether the specific behaviour must be protected or not. This implies that for each case is valid that the solution which is considered as a legitimate one, is also dependent on the specific prevailing pattern of judgment. However, expressions of religion should not be a toy of politics, the public opinion or certain anti-religious feelings, especially because fundamental rights are here under scrutiny.

The state often looks for a kind of reconciliation at the operational level. It then chooses for a practical solution of giving and taking. This does not satisfy however. For, ultimately, the question is the dignity of the individual and his fundamental rights. The secular state ought to accept religion as a personal choice. It ought to apply a neutral interpretation to fundamental rights. Taking into account the current diversity of societal movements and religious choices, the point of departure of the answers for concrete cases must be found at the constitutional level with esteem of the fundamental rights. This implies that the state must legitimise religious expressions to a large extent. There is a limit however, which is found in the esteem of the fundamental rights of all citizens and the reason for existence of the state. Furthermore the state should promote

the mutual tolerance. The state may also expect this of its citizens. In the public space the state may ask a certain pliability of the citizens accepting a limitation of a religious expression, because the society belongs to all citizens together and not any conviction has an exclusive valid right. The state must be extremely considerate to issue limitations in the private sphere. Only the violation of elementary principles of law justifies an intervention of the state.

When a conflict occurs, the state must re-consider the core of the fundamental right to reach a solution if necessary. The state is responsible for the protection of this core, which is not fixed, but which is also defined by the context. The cases confirm that an absolute guarantee does not exist. Important is that the state has the space to balance the interests and to apply the principle of proportionality. The judiciary judging a conflict should orient on the proportionality analysis with a careful interpretation of the limitation clause at hand. Such an analysis offers the best guarantee for the protection of the core of the right the rule of law must offer. The core of a right is in a specific situation that content for which an infringement cannot be justified on the base of the exercised balancing of interests.