

Vergaderjaar 2003–2004

29 614

Grondrechten in een pluriforme samenleving

Nr. 2

NOTA

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

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, vooral als gevolg van «11 september», de gebeurtenissen in Afghanistan en Irak, de feitelijke gegevens over de integratie van minderheden en het mede daardoor toegenomen publieke debat over integratie. Uitlatingen van imams over homoseksualiteit en de positie van vrouwen, uitspraken van politici over het karakter van de islam en de betekenis van grondrechten zoals het discriminatieverbod. Stellingen werden betrokken en standpunten verhardden zich. Zij leidden tot hevige maatschappelijke weerstand of bijval. Mede naar aanleiding van deze en andere stellingnamen ontstond een grimmig klimaat. Een rapport van maart 2004 van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) over onder andere de door een groeiend aantal moslims ervaren bejegening door opiniemakers¹ was mede aanleiding tot een publieke discussie over de verantwoordelijkheid van opinieleiders en columnisten en de vrijheid van meningsuiting. Tegelijkertijd worden het islamitische godsdienstonderwijs op openbare scholen, (bijzonder) onderwijs met de islamitische signatuur, de Arabisch Europese Liga NL en het dragen van de chador of nikaab in publieke ruimten thans met Argusogen gezien. Mede als gevolg van ontwikkelingen in de ons omringende landen is ook het dragen van de hoofddoek opnieuw ter discussie komen te staan. De weigering van enige bijzondere scholen om leerlingen van andere godsdienstige gezindte toe te laten, moet volgens sommigen aanleiding kunnen zijn om artikel 23 van de Grondwet, dat de vrijheid van onderwijs garandeert, af te schaffen of te wijzigen.

¹ Kamerstukken II 2003/04, 27 925, nr. 120.

Deze gebeurtenissen en ontwikkelingen raken rechtstreeks de betekenis van de Grondwet, in het bijzonder het discriminatieverbod, de vrijheid van godsdienst en daaruit voortvloeiend het beginsel van scheiding tussen kerk en staat, de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van vereniging en de vrijheid van onderwijs, alsmede hun onderlinge verhouding. Wat kan je zeggen over minderheidsgroepen of homoseksualiteit zonder te discrimineren? In welke mate kan een school of vereniging de eigen identiteit uitdragen zonder te discrimineren of verboden te worden verklaard? Hoe anders mag je zijn in Nederland? Hoe tolerant zijn wij? Het zijn vragen naar de kern van Nederland als democratische rechtsstaat, het individu als democratisch burger en naar de sociale cohesie binnen Nederland. Bij het zoeken naar antwoorden op zulke fundamentele vragen spelen algemeen aanvaarde en gedeelde uitgangspunten een belangrijke rol. De Grondwet is daarbij van bijzondere betekenis, en maakt dan ook mede onderwerp uit van het debat. Sommigen hebben hooggespannen verwachtingen van de Grondwet, pleiten voor de invoering van scheiding van kerk en staat en een nieuw «burenrecht» als grondrechten of pleiten juist voor afschaffing of amendering van grondwetsartikelen. Anderen zien in de Grondwet liever «geen heilige tekst» of stellen dat met discussie over artikel 1 van de Grondwet «niks mis» is. De afwezigheid van een hiërarchie tussen grondrechten kan soms op weinig instemming rekenen of op twijfels stuiten.

1.2. Doel nota

Debat over maatschappelijke vraagstukken is van cruciaal belang in een democratische rechtsstaat. Ook indien het gaat over zaken die betrekking hebben op de uitoefening van grondwettelijke vrijheden. Debat vormt zelfs de kern van het functioneren van onze democratie en is wezenlijk voor het behoud van de pluriforme samenleving. Dit betekent voor burgers en overheid onder andere dat het van groot belang is om vooral (anders)gelovigen en andersdenkenden dezelfde ruimte te geven als gelijkgestemden. Uit het debat blijkt soms echter ook ernstige onvrede en onzekerheid. Onvrede over de wijze waarop verschillende groepen in onze samenleving gebruik maken van hun grondrechten en over de rechterlijke beoordeling van dat gebruik. Onzekerheid over de grenzen van de door grondrechten gegarandeerde vrijheden en de wijze waarop verschillende grondrechten zich tot elkaar verhouden. Als er voorts ook onvrede bestaat over grondwetsbepalingen als zodanig, dringt zich de noodzaak op te bezien of in het verleden gemaakte keuzes bij het vormgeven van het grondrechtenbestel passen in de huidige pluriforme samenleving. Deze vraag raakt de grondwet als ruggengraat van de democratische rechtsstaat, voor de kwaliteit waarvan de regering een bijzondere verantwoordelijkheid draagt. Deze nota vindt mede zijn aanleiding in de motie-Dittrich c.s., waarin deze de regering verzoekt om een notitie uit te brengen over het spanningsveld tussen het discriminatieverbod, de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst (Kamerstukken II, 2001/02, 28 000 VI, nr. 34; *bijlage 4*). Daarnaast beoogt deze nota uitvoering te geven aan de toezegging van het kabinet om een standpunt uit te brengen over het dragen van kledingstukken en sieraden die uitdrukking kunnen geven aan godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen.¹ Tegen deze achtergrond heeft de nota als doelstelling een aanzet te geven voor de beantwoording van de volgende vraag, die tevens dient als probleemstelling:

Is er in onze pluriforme samenleving voldoende evenwicht in de onderlinge verhouding van grondrechten, in het bijzonder in het geval van (discriminatoire) uitlatingen die (mede) zijn gebaseerd op religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen?

¹ Kamerstukken II 2003/04, Aangangsel Handelingen nr. 1073, p. 2267–2268 en Handelingen nr. 59, p. 3880–3896.

1.3. Inhoudsopgave

In het hiernavolgende wordt in de eerste plaats ingegaan op de pluriformiteit van de samenleving als maatschappelijke achtergrond van de commotie die de afgelopen tijd in de samenleving heeft bestaan (paragraaf 2). Vervolgens wordt in paragraaf 3 stil gestaan bij de waarden van de democratische rechtsstaat, tolerantie en scheiding van kerk en staat, die een richtsnoer bieden bij de beoordeling van enkele maatschappelijke vraagstukken zoals die in paragraaf 4 aan de orde komen. Naar aanleiding van deze vraagstukken wordt de vraag opgeworpen of er, en zo ja welke, grondrechtendilemma's in het geding zijn. Tot slot zullen handvatten worden aangedragen en waar mogelijk een aanzet worden gegeven voor het accentueren of (nader) ontwikkelen van beleidsinstrumenten (paragraaf 5).

Als bijlagen zijn opgenomen (1) een beknopte uiteenzetting over de werking van grondrechten, (2) algemene achtergrondinformatie over het discriminatieverbod, de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de vrijheid van meningsuiting, (3) het juridische kader voor de onderlinge verhouding van het discriminatieverbod, de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de vrijheid van meningsuiting, en (4) de motie Dittrich c.s. (kamerstuk 29 200-VI, nr. 34; als kamerstuk verkrijgbaar)

2. Pluriformiteit als kenmerk van onze samenleving

2.1. Inleiding

De afgelopen twee en een half jaren zijn bewogen jaren geweest. Nationaal en internationaal hebben zich turbulente ontwikkelingen en gebeurtenissen voorgedaan die hun weerslag hebben gehad op de verhoudingen tussen diverse bevolkingsgroepen in onze samenleving. Relaties zijn onder druk komen te staan en latente spanningen zijn aan de oppervlakte gekomen. De multiculturele samenleving staat stevig ter discussie; het draagvlak ervoor is niet langer vanzelfsprekend.¹ Veel van de ontstane maatschappelijke commotie naar aanleiding van een aantal gebeurtenissen dat betrekking heeft op de uitoefening van grondrechten moet mede worden gezien tegen de achtergrond van deze periode waarin de aandacht voor de positie van minderheden en in het bijzonder de moslimgemeenschap sterk aanwezig is geweest.² Dit neemt niet weg dat de maatschappelijke en politieke veranderingen in Nederland zich ook anders dan ten gevolge van «11 september» en demografische ontwikkelingen in een snel tempo voltrekken. Onder andere dragen ook individualisering, secularisering en postmodernisering van de samenleving mede bij aan de pluriformiteit van de samenleving.

2.2. Pluriformiteit

Het bestaan van de pluriformiteit van de Nederlandse samenleving is geen nieuw gegeven. Al vanouds bestaan er – soms zeer – uiteenlopende en verschillende levensstijlen, godsdienstige stromingen, opvattingen, waarden en normen naast elkaar. De huidige pluriformiteit is echter, anders dan vroeger, minder ingebed in een dominante cultuur. Deze is opengebroken door verschillende ontwikkelingen vanaf de jaren zestig, zoals in de eerste plaats het individualiseringsproces dat zich sindsdien grootschaliger en intensiever manifesteerde dan voorheen. Hierdoor ontstonden onder andere meer evenwichtige machtsverhoudingen tussen individuen en hun directe sociale omgeving, waarbij het sturende vermogen van die omgeving verminderde. Secularisering, ontzuiling en de veranderde opvoeding, waarbij de eigen inbreng van kinderen toeneemt, tonen dit aan. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid

¹ Vgl. Rapportage Integratiebeleid Etnische Minderheden 2002, Kamerstukken II 2002/03, 28 612, nr. 2, Rapportage Integratiebeleid Etnische Minderheden 2003, Kamerstukken II 2003/04, 29 203, nr. 2 en het eindrapport «Bruggen bouwen» van de Tijdelijke Commissie Onderzoek Integratiebeleid (Commissie Blok), Kamerstukken II 2003/04, 28 689.

² In deze nota wordt geschreven over «de islam». Dit neemt niet weg dat er vele, soms sterk van elkaar afwijkende, stromingen binnen de islam aanwezig zijn. Een overzicht hiervan treft men bijvoorbeeld aan in: J. Waardenburg (red.), *Islam, Norm, ideaal en werkelijkheid*, Fibula, 1999.

(WRR) en Van den Brink wijzen erop dat het individualiseringsproces er toe leidt dat mensen moreel zelfstandiger worden, zelfstandig keuzes maken en zich dus minder laten beïnvloeden door hun directe sociale omgeving.¹ Vrijheid en zelfontplooiing lijken een belangrijke norm te vormen bij het aangaan van bindingen. Afhankelijkheden blijven bestaan, maar zijn verschoven naar anonieme verbanden. Volgens Van den Brink is er sprake van stijgende gevoelens van eigenwaarde ten aanzien van economische, sociale, culturele en gevoelsmatige aspecten van het dagelijkse leven. Dit uit zich onder andere in een zelfbewuste en assertieve levensstijl van veel van de hedendaagse burgers.² Welke invloeden bij het maken van keuzes prevaleren, hangt steeds nadrukkelijker af van persoonlijke voorkeuren en omstandigheden.

Verwant aan het individualiseringsproces is de postmodernisering van het culturele en maatschappelijke klimaat. Culturele tradities spelen in dat klimaat steeds minder een alomvattende en bindende rol. Zij worden als «grote verhalen» afgewezen. Wat daarvoor in de plaats is gekomen is het experimenteren met leefstijlen, het zoeken van bevredigende ervaringen en het «samenstellen» van een eigen levensbeschouwing. Gesproken wordt van een bevrijding van de knellende banden van kerk en staat, of een afscheid van «illusies». Er ligt een «smalle» ethiek of moraal aan ten grondslag; een aantal regels dat samenwerking tussen vreemden mogelijk maakt. Het accent ligt daarbij op de notie vrijheid, in het bijzonder de negatieve vrijheid: de vrijheid van overheidsbemoeienis, religieuze bemoeienis et cetera. Uiteindelijk draait het hierbij om de menselijke autonomie. In de jaren tachtig ontwikkelt zich een tegenhanger van het postmodernisme, namelijk het communitarisme. Deugd, praktijk en traditie worden weer geherwaardeerd. Een terugkeer naar de «mythe van de grote verhalen» wordt echter als voorgoed voorbij beschouwd.

Tot slot heeft ook de toegenomen migratie bijgedragen aan de pluriformer wordende samenleving. Immigratie is ook voor Nederland een fenomeen van alle tijden. Toch heeft de immigratie sinds de Tweede Wereldoorlog een ander karakter gekregen. Grotere en meer veelzijdige migratiestromen bereikten ons land. De samenstelling van de Nederlandse bevolking is daardoor fors veranderd. Mede doordat afstanden in betekenis zijn afgenomen, komen immigranten uit de meest uiteenlopende herkomstlanden en verschillen zij sterk op het gebied van cultuur, religie en opleidingsniveau, zowel onderling als ten opzichte van de hier van oudsher gevestigde bevolking.

Inmiddels heeft ruim achttien procent van de Nederlandse bevolking een niet-Nederlandse achtergrond, de helft daarvan is afkomstig uit niet-Westerse landen. De vier grootste etnische minderheidsgroepen omvatten in 2003 samen meer dan één miljoen personen. Tot deze vier groepen behoren mensen van Turkse, Surinaamse, Marokkaanse en Antilliaanse/Arubaanse afkomst. Als gevolg van de immigratie zijn momenteel ook bijna alle wereldgodsdiensten en levensovertuigingen in hun brede diversiteit in ons land vertegenwoordigd.³ De onderliggende factoren die tot immigratie aanzetten – mondialisering, grote verschillen in welvaart en veiligheid – blijven in de toekomst bestaan.

2.3. Pluriformiteit en gemeenschappelijkheid

Verskillende maatschappelijke ontwikkelingen hebben bijgedragen aan de (toegenomen) pluriformiteit van de samenleving. Het maatschappelijk debat over de pluriforme samenleving concentreert zich echter vooral op de pluriformiteit die is ontstaan vanwege de aanwezigheid van allochtonen of minderheidsgroepen, hun mate van zelforganisatie en de soms verschillende waarden en normen die groepen van hen er op na houden.⁴ Spanningen als gevolg van de uitoefening van grondrechten en onzeker-

¹ WRR-rapport, De toekomst van de nationale rechtsstaat, Den Haag: Sdu uitgevers 2003. G. van den Brink, Mondiger of moeilijker. Een studie naar de politieke habitus van hedendaagse burgers (WRR-reeks voorstudies en achtergronden, nr. V 115), Den Haag: Sdu uitgevers 2002.

² Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 362, nr. 1, p. 4 (Modernisering van de overheid).

³ Vgl. Kamerstukken II 1997/98, 25 919, nrs. 1–2, «Integratiebeleid betreffende etnische minderheden in relatie tot hun geestelijke bedienaren».

⁴ Vgl. Lucassen en De Ruijter (red.), *Sociale cohesie in Nederland. Nederland multicultureel en pluriform?*, Amsterdam: Askant 2002, p. 144–146 en B. Parekh, *Rethinking Multiculturalism, Cultural Diversity and Political Theory*, New York: Palgrave 2000, p. 3–6.

heid over de onderlinge verhouding ervan zijn mede vanwege deze pluriformiteit meer kenbaar en onderwerp van debat geworden. Dit vraagt om hernieuwde aandacht voor enkele gemeenschappelijke uitgangspunten die richtinggevend zijn in de benadering van deze vraagstukken. Zij komen aan de orde in de volgende paragraaf.

3. Democratische rechtsstaat, tolerantie en scheiding van kerk en staat

3.1. Waardepluriformiteit, democratische rechtsstaat en menselijke waardigheid

Waardepluriformiteit is een wezenskenmerk van onze democratische rechtsstaat. Zij vloeit noodzakelijkerwijze voort uit de ruimte van vrijheid die door de democratische rechtsstaat en in het bijzonder de klassieke grondrechten wordt nagestreefd en gerealiseerd. Individuele burgers en de samenleving als geheel hebben er belang bij dat burgers de vrijheid hebben hun eigen waarden te ontwikkelen en uit te dragen. Dit is een belangrijke verworvenheid van de moderne, vrije en pluriforme samenleving. Het is daarom van groot belang om spanningen die soms voortvloeien uit de pluriformiteit te bezien tegen de achtergrond van genoemde grondrechten, democratie en rechtsstaat. Zij dienen als basis van het richtsnoer om met die spanningen om te gaan. Deze basis is onomstreden en verdient actief te worden uitgedragen. Om die reden is reeds in het kabinetsstandpunt op het WRR-rapport «Waarden, normen en de last van het gedrag» gewezen op het belang van de op te richten Boulevard van het Actuele Verleden en de suggestie tot oprichting van een Huis van de Democratie en Vrijheden.¹ Daarin kan aandacht worden gegeven aan cultuurhistorische achtergronden bij actuele kwesties respectievelijk de historische dimensie van onze parlementaire democratie en de daarbij behorende vrijheidsrechten. Omwille van het behoud van genoemde waarden is ook een sterk ontwikkeld en eigentijds burgerschap noodzakelijk, onder andere te bereiken via onderwijs en inburgeringscursussen.

Grondrechten, democratie en rechtsstaat vertegenwoordigen als historische verworvenheden een immateriële waarde van grote betekenis. Dat wordt dan ook benadrukt in vele verdragen, andere documenten en rechterlijke uitspraken die tezamen mede de grondslag vormen voor de nationale en internationale rechtsorde.

Al in de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens van 1948 wordt het van het grootste belang geacht «dat de rechten van de mens beschermd worden door de suprematie van het recht, opdat de mens niet gedwongen worde om in laatste instantie zijn toevlucht te nemen tot opstand tegen tirannie en onderdrukking.» De preambule van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) van 1951 voegt daaraan onder andere toe dat «de handhaving van gerechtigheid en vrede steunt op een waarlijk democratische regeringsvorm en op het gemeenschappelijk begrip en de gemeenschappelijke eerbiediging van de rechten van de mens.» Voorts stelt de preambule van het Handvest van de grondrechten in het (ontwerp) Constitutioneel Verdrag van de Europese Unie, dat «(..) De EU is gegrondvest op de ondeelbare en universele waarden van menselijke waardigheid en van vrijheid, gelijkheid en solidariteit. Zij berust op het beginsel van de democratie en het beginsel van de rechtsstaat.» En volgens artikel 2 van dat Constitutioneel Verdrag berust de Unie op de waarden «eerbied voor de waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en door het verbod van discriminatie.» Tot slot worden het fundamentele belang van de waarden democratie, rechtsstaat en pluriformiteit

¹ Vgl. het kabinetsstandpunt «Publieke moraal» inzake het WRR-rapport «Waarden, normen en de last van het gedrag», Kamerstukken II 2003/04, 29 454, nr. 2.

sterk tot uitdrukking gebracht in vaste jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in Straatsburg; «Democracy (..) appears to be the only political model contemplated by the Convention and, accordingly, the only one compatible with it» en dat «there can be no democracy without pluralism.»¹

Het belang van de rechtsstaat neemt zelfs nog toe in een samenleving waarin levensovertuigingen en levensstijlen sterk uiteen lopen en waarin de samenstelling van de bevolking meer heterogeen wordt. De waarden van de rechtsstaat en de daaruit voortvloeiende normen en gedragsregels vormen dan de minimale binding van verschillende groepen aan elkaar.² Tot die waarden behoren vrijheid, gelijkheid en solidariteit en de beschermende waarden die zijn vervat in de grondrechten en mensenrechten, zoals in het bijzonder de menselijke waardigheid, persoonlijke autonomie en het recht van elke individu om zijn eigen keuzes te maken. Ook deze achterliggende noties vinden stevig hun weerslag en verankering in de hiervoor bedoelde documenten en uitspraken.³ Artikel 1 van het genoemde ontwerp EU-Handvest stelt zelfs voorop: «De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd.» Tegelijkertijd fungeert de rechtsstaat als bindmiddel, omdat hij aanknopingspunten biedt om talrijke onvermijdelijke conflicten over waarden en normen, alsmede botsingen tussen interpretaties en realisaties daarvan redelijk binnen de perken te houden. Dit gebeurt onder andere via rechtspraak en het democratisch proces. Dialoog speelt daarbij een cruciale rol, zoals ook het EHRM heeft onderstreept: «One of the principal characteristics of democracy (is) the possibility it offers of resolving a country's problems through dialogue, without recourse to violence, even when they are irksome».⁴ Dialoog brengt mensen en instellingen bij elkaar en draagt mede bij aan de voorkoming van vervreemding en de nadelige gevolgen daarvan. Zij vergt wel een open en positieve houding van de betrokkenen en vooronderstelt onder andere dat mensen hun identiteit inbrengen in het gesprek waarvoor de openbare ruimte idealiter een veilige plaats vormt.

3.2. Tolerantie

Aan voornoemde noodzaak tot dialoog kan worden gevoegd de noodzaak tot tolerantie in het omgaan met verschillen in religie, levensovertuiging en daarmee verbonden waarden en normen. Nederland heeft daarin een eeuwenoude traditie. Tolerantie en verdraagzaamheid zijn wezenlijke elementen voor de manier om met de tot pluriformiteit leidende vrijheid om te gaan. Wederkerigheid speelt daarbij een belangrijke rol. Zelf willen kiezen en gebruik maken van je vrijheden, maar anderen in jouw favoriete patroon dwingen of andermans vrijheden gewoonweg negeren, schendt dat principe van wederkerigheid. Erkenning van de ander als een persoon die in staat is tot het maken van keuzen, houdt de bereidheid in om ruimte te creëren voor het zelfgekozen leven van anderen. De ander dient in zijn anderszijn als gelijke te worden gerespecteerd. Dat houdt in het afzien van onnodige dwang, druk of inmenging. Zowel voor de overheid als voor burgers zelf. Voor het onderlinge verkeer tussen burgers betekent dat tolerantie in brede zin: de bereidheid tot de acceptatie van keuzen en gedrag van anderen die plaatsvinden binnen de grenzen van de Nederlandse wet, vooral ook waar men ze onbegrijpelijk vindt. In deze zin dragen ook burgers zelf bij aan de totstandkoming van vrijheid en eigentijds burgerschap; behalve vrijheidsrechten is er ook een verantwoordelijkheid tot tolerantie, positieve verdraagzaamheid en de bereidheid om de effecten van eigen gedrag onder ogen te zien en daaraan zonedig consequenties te verbinden.

¹ Zie onder andere de uitspraak EHRM 13 februari 2003, Refah Partisi e.a. vs Turkije, par. 86–89.

² Vgl. het kabinetsstandpunt «Rechtsstaat en rechtsorde» inzake het WRR-rapport «De toekomst van de nationale rechtsstaat», Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 1, alsmede het kabinetsstandpunt «Publieke moraal» inzake het WRR-rapport «Waarden, normen en de last van het gedrag», Kamerstukken II 2003/04, 29 454, nr. 2.

³ In de uitspraak EHRM 29 april 2002, Pretty vs Verenigd Koninkrijk heeft het Hof voor het eerst de persoonlijke autonomie expliciet erkent als beginsel dat invulling geeft aan de rechten van het EVRM (par. 61).

⁴ EHRM 30 januari 1998, United Communist Party of Turkey e.a. vs Turkije, par. 57 en EHRM 13 februari 2003, Refah Partisi, par. 97.

3.3. Scheiding van kerk en staat

Verschillende vraagstukken ten aanzien van conflicterende grondrechten hebben mede betrekking op de uitoefening van de godsdienstvrijheid in de (semi-)publieke ruimte en het beginsel van scheiding van kerk en staat. Gewezen kan worden op de aan- of afwezigheid van gebedsruimten of het dragen van religieuze kleding binnen openbare scholen of in ziekenhuizen. Het beginsel wordt zowel gebruikt als argument voor als tegen dergelijke gedragingen of praktijken. Om die reden is het van belang kort stil te staan bij de betekenis van het beginsel dat als historische verworvenheid van groot belang is.

Het beginsel vindt zijn oorsprong in de Bataafse omwenteling van 1795. Het grondwetgevende orgaan van de Bataafse Republiek decreeteerde in 1796 de scheiding van kerk en staat en volledige godsdienstvrijheid voor een ieder. Daarmee kwam een einde aan de sinds de Unie van Utrecht (1579) bevoorrechte status van de Nederlands Hervormde Kerk en nam de overheidsbemoeyenis met het godsdienstig leven ook overigens af. Deze ontvlechting van kerk en staat heeft zich via de Bataafse Staatsregelingen en latere constituties en wetgeving verder ontwikkeld. Zo liet de overheid geleidelijk zijn bemoeyenis met de interne organisatie van de Hervormde Kerk varen,¹ werd bij een Wet van 1861 het recht van de staat om bij een vacature een predikant voor te dragen of te benoemen opgeheven en kwam bij Wet van 1983 een einde aan de traditionele overheidsverplichtingen met betrekking tot tractementen, pensioenen e.d. van bedienaren van de eredienst.

Het beginsel van scheiding tussen kerk en staat is een fundamenteel uitgangspunt voor de inrichting van onze democratische rechtsstaat. Het is in belangrijke mate af te leiden uit artikel 6 Gw dat de vrijheid van de belijdenis van godsdienst en levensovertuiging waarborgt, mede in samenhang met art. 1 Gw. De strekking van het beginsel voor vandaag de dag houdt in dat zowel de staat als kerken en andere genootschappen op geestelijke grondslag functioneren als zelfstandige lichamen. Voor de genootschappen op geestelijke grondslag houdt dit onder meer in dat zij zelfstandig hun functionarissen kiezen en dat zij (en hun leden afzonderlijk of gezamenlijk) hun godsdienst of levensovertuiging vrijelijk kunnen bepalen of belijden. Zij bepalen naar eigen inzicht hun geestelijke en institutionele orde. De staat respecteert deze zelfstandigheid. Hij mag geen dwang uitoefenen ten aanzien van de bestuurlijke organisatie. De staat moet zich onthouden van elke bemoeyenis met de belijdenis van de godsdienst of levensovertuiging, onverminderd zijn bevoegdheid en plicht op te treden tegen wie daarbij de wet overtreedt. De genootschappen op geestelijke grondslag dienen door de staat gelijk te worden behandeld. De overheid mag aldus geen partij kiezen voor een bepaalde godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging. Zij is in de bewoordingen van het EHRM een «neutral organizer.» Anderzijds komt de zelfstandigheid van de staat ten opzichte van de genootschappen tot uitdrukking in het gegeven dat de genootschappen en hun functionarissen als zodanig geen publiek-rechtelijke bevoegdheden bezitten.²

Zolang aan voornoemde voorwaarden wordt voldaan staat het beginsel er niet dwingend aan in de weg dat de overheid zich onder omstandigheden inlaat met godsdienstige aangelegenheden of dat zij refereert aan godsdienstige bronnen dan wel zich daardoor laat inspireren. In die zin hoeft zij niet volstrekt neutraal te zijn. Internationale normen zoals van het EVRM en BUPO bieden hiervoor de ruimte. Zij schrijven niet voor hoe de scheiding tussen kerk en staat precies dient te zijn vormgegeven. Zij vooronderstellen de aanwezigheid van nationale structuren inzake religie en recht en gaan uit van een grote variatie aan verhoudingen tussen kerk en staat.³

¹ Bij de Wet op de Kerkgenootschappen (1853) werd de vrijheid van kerkelijke organisaties algemeen erkend.

² Vgl. Eindrapport van de Commissie van advies inzake de criteria voor steunverlening aan kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag, 1988, alsmede de Nota Integratiebeleid betreffende etnische minderheden in relatie tot hun geestelijke bedienaren, Kamerstukken II 1997/98, 25 919, nrs. 1–2, p. 9.

³ Vgl. EHRM 27 juni 2000, *Cha'are Shalom ve Tsedek vs Frankrijk*, waarin het Hof aangeeft: «eu égard a la marge d'appréciation qu'il faut laisser a chaque état, notamment pour ce qui est de l'établissement des délicats rapports entre les Eglises et l'Etat». Zie voorts het VN Mensenrechtencomité, Algemeen Commentaar, No. 22, par. 9 en 10.

zoals onder andere binnen Europa het geval is. Zo kennen het Verenigd Koninkrijk, Griekenland, Finland en Denemarken een staatsgodsdienst. In Duitsland, Oostenrijk en Luxemburg zijn bepaalde godsdiensten officieel erkend en in Frankrijk en Spanje is er een striktere scheiding.

Behalve het nationale recht stelt ook het internationale recht enkele minimumwaarborgen aan voornoemde stelsels, zoals het verbod van discriminatie tussen verschillende godsdiensten en levensbeschouwingen. Zo kan een verschil in behandeling tussen individuen op alle terreinen van het publiek en privaat recht niet worden gerechtvaardigd op grond van het EVRM.¹ Daarnaast blijkt verregaande overheidsbemoeienis met kerkelijke aangelegenheden of dwang ten gunste van een bepaalde godsdienst al snel te leiden tot schending van het recht op godsdienstvrijheid. Zo mag de overheid zich bij de erkenning van een bepaalde groepering niet laten leiden door het afwijzende oordeel van bepaalde kerkelijke autoriteiten.² Ook mag de overheid niet een geestelijke leider sterk begunstigen wanneer er een splitsing binnen een kerk heeft plaatsgevonden.³ Evenmin mag de overheid een geestelijke het werken onmogelijk maken omdat hij geen officiële aanstelling heeft.⁴ Het tegenwerken van bepaalde van de officiële kerk afwijkende groeperingen door het weigeren van een vergunning om een ruimte voor vieringen te gebruiken levert eveneens een schending van het EVRM op.⁵ Bovendien is de eis dat nieuwe parlementsleden eerst een eed op het Nieuwe Testament afleggen niet acceptabel.⁶ Omgekeerd dient «godsdienst» niet de verovering van de staatsmacht na te streven. Partijen die een staatsinrichting met theoretische trekken nastreven, mogen volgens het EHRM onder omstandigheden – zoals het vormen van een werkelijk gevaar voor de democratie – worden verboden.⁷ Aldus zijn er materieeldemocratische grenzen aan de politieke meningsvorming.

Facilitering van godsdienstige manifestaties

Al aangegeven is dat het beginsel van scheiding van kerk en staat niet inhoudt dat de overheid geen enkele bemoeienis kan of mag hebben ten aanzien van godsdienstige aangelegenheden. Dit brengt niet met zich dat ook steeds aanspraak kan worden gemaakt op financiering door de overheid. In samenhang met het gelijkheidsbeginsel kan een dergelijke aanspraak echter wel in het leven worden geroepen. Bekostiging van algemeen maatschappelijke activiteiten van religieuze en levensbeschouwelijke organisaties op het gebied van onderwijs (zie art. 23, lid 7, Gw), maatschappelijk werk, hulpverlening e.d. is aanvaard,⁸ evenals indirecte steun in de vorm van algemene subsidieverlening ten behoeve van monumenten, waaronder kerkgebouwen.

Soms kan actieve bemoeienis van de overheid noodzakelijk zijn om mogelijkheden en faciliteiten te creëren waardoor de vrijheid van godsdienst daadwerkelijk kan worden beleefd of beleden. Een dergelijke (positieve) (zorg)verplichting tot facilitering van godsdienstige manifestaties – zoals het bieden van geestelijke verzorging, een gebedsruimte en speciaal dieet – doet zich voor waar sprake is van bijzondere rechtsverhoudingen, zoals bij gedetineerden.⁹ Daarnaast dienen staten te voorzien in wetgeving die discriminatie op grond van (o.a.) godsdienst en levensovertuiging verbiedt. Ook dienen zij in brede zin de wederzijdse tolerantie tussen religieuze groeperingen te verzekeren.¹⁰ Voorts kan het wenselijk zijn dat staten voorzien in bijzondere regelgeving om tegemoet te komen aan buitenlandse religieuze tradities. Zo is in de Wet op de lijkbezorging een voorziening opgenomen waardoor het islamitisch gebruik om overledenen binnen 24 uur te begraven, mogelijk is geworden.

¹ EHRM 13 februari 2003, Refah Partisi e.a. vs Turkije.

² EHRM 13 december 2001, Metropolitan Church van Bessarabia e.a. vs Moldavië.

³ EHRM 26 oktober 2000, Hasan en Chaush vs Bulgarije.

⁴ EHRM 14 december 1999, Serif vs Griekenland.

⁵ EHRM 26 september 1996, Manoussakis e.a. vs Griekenland.

⁶ EHRM 18 februari 1999, Buscarini e.a. vs San Marino.

⁷ EHRM 13 februari 2003, Refah Partisi e.a. vs Turkije.

⁸ Aldus ook de Commissie Hirsch-Ballin in haar eindrapport Overheid, godsdienst en levensovertuiging, Den Haag 1988, en het instemmende kabinetsstandpunt terzake: Kamerstukken II 1989/90, 20 868, nr. 2, p. 3.

⁹ Vergelijk o.a. de artikelen 41 en 44, lid 3, van de Penitentiaire Beginselenwet, Aanbeveling R(87)3 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa inzake gevangenisregels (regels 46 en 47) (www.coe.int), Kamerstukken II 1989/90, 20 868, nr. 2, p. 4/5 en M. D. Evans, Religious liberty and international law in Europe, Cambridge University press, Cambridge, 1997, p. 216.

¹⁰ Vgl. EHRM 13 december 2001, Metropolitan Church van Bessarabia e.a. vs Moldova, par. 123.

3.4. Tussenconclusie

Grondrechten – en het daarin besloten liggende beginsel van scheiding tussen kerk en staat –, democratie en rechtsstaat vormen de ultieme basis waarbinnen de inrichting van een vreedzame samenleving mogelijk is. Sterke gemeenschappelijke waarden liggen eraan ten grondslag, zoals menselijke waardigheid, vrijheid en gelijkheid. De overheid en burgers dragen de bijzondere verantwoordelijkheid om deze basis en waarden actief uit te dragen. Het vermogen tot dialoog en tolerantie zijn daarbij onmisbaar. Binnen een samenleving die op genoemde uitgangspunten is gebaseerd spelen zij een cruciale rol bij het omgaan met verschillen en conflictsituaties.

4. De onderlinge verhouding van grondrechten

4.1. Inleiding

Wetten kunnen worden gezien als de codificatie van waarden en normen van de dominante cultuur in een groep. Dit geldt in het bijzonder voor de Grondwet. Sinds het openbreken van de dominante cultuur vanaf de jaren zestig is de fragmentatie of pluriformiteit van waarden en normen toegenomen. Ook hebben zij vanaf die tijd een minder eenduidige inbedding gekregen. Spanningen naar aanleiding van de uitoefening van bepaalde grondrechten nemen daardoor soms toe en zijn daardoor, zoals eerder aangegeven, meer kenbaar en onderwerp van debat geworden. De onderlinge verhouding van grondrechten en de soms daarmee gepaard gaande spanningen zijn vooral aan de orde (geweest) bij een aantal maatschappelijke vraagstukken. Deze werpen vanuit verschillende invalshoeken een licht op de diverse dimensies die het debat over grondrechten in een pluriforme samenleving heeft. Genoemd kunnen worden godsdienstig geïnspireerde uitlatingen over homoseksualiteit en de positie van de vrouw, uitlatingen over religie, het dragen van kledingstukken of sieraden die uitdrukking kunnen geven aan godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen, de mogelijkheid voor homoseksuelen om als docent te worden toegelaten op een bijzonder school of in een religieus ambt te worden benoemd, eerwraak, vrouwelijke genitale verminking en openbare gebedsruimten. Bij deze vraagstukken zijn grondrechten op verschillende wijzen in het geding zijn. Het kan gaan om de reikwijdte, de horizontale en verticale werking, interpretatie, beperkingen, samenloop en/of botsing van grondrechten (*bijlage 1*). Deze situaties dienen goed van elkaar te worden onderscheiden met het oog op de doelstelling van deze nota, in het kader waarvan vooral de onderlinge verhouding van grondrechten relevant is.

4.2. Horizontale werking van grondrechten en samenloop

De onderlinge verhouding van grondrechten wordt als problematisch ervaren indien sprake is van botsende grondrechten. Dit verschijnsel doet zich bij uitstek voor tussen het discriminatieverbod en de vrijheidsrechten van anderen, zoals bij de uitlatingen over homoseksualiteit en in sommige nikaab- of hoofddoekwesties. Dat ligt gedeeltelijk aan de aard van de desbetreffende grondrechten zelf. Het discriminatieverbod stelt nu eenmaal grenzen aan de gegarandeerde vrijheden of, andersom gesteld, de vrijheden bepalen mede de reikwijdte van het discriminatieverbod. Zo bezien gaat het om een spanning die veelal onvermijdelijk is.

Een botsing van grondrechten houdt in dat de grondrechtelijke belangen van burgers tegenover elkaar staan. «Botsende grondrechten» is daarmee een specifieke verschijningsvorm van de horizontale werking van grondrechten, dat wil zeggen van de werking van grondrechten van burgers ten opzichte van elkaar, en niet tegenover de overheid. Deze werking van

grondrechten is bij de algemene grondwetsherziening van 1983 expliciet aanvaard. De rechter krijgt regelmatig met dit vraagstuk van botsende grondrechten te maken. Ook bij de totstandkoming van wetgeving kan dit vraagstuk aan de orde komen, zoals bij die van de strafrechtelijke discriminatiebepalingen en de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Een en ander vergt voor de rechter en wetgever afwegingen over en weer, die vaak erg lastig zijn en gevoelig liggen. Het gaat hier om een bekend en «oud» verschijnsel, inherent aan de (horizontale en botsende) werking van grondrechten in een open en democratische samenleving.

In verband met de mogelijkheid van botsing van grondrechten is het belangrijk te constateren dat de Grondwet geen voorgegeven rangorde tussen de grondrechten kent. De objectieve criteria ontbreken daarvoor. En als bovendien al een rangorde zou kunnen worden opgesteld, doet dat nog steeds onvoldoende recht aan de bijzonderheid van afzonderlijke gevallen. Een minimale inbreuk op een hoog in de hiërarchie staand grondrecht zal immers beter aanvaardbaar kunnen zijn dan een maximale inbreuk op een laag geklasseerd grondrecht. De hiërarchie van de grondrechten als zodanig is dan met ander woorden niet gelijk aan de hiërarchie van de «verwezenlijkingintensiteit» die na de inbreuk resteert. Geconcludeerd moet worden dat hiërarchisering onwenselijk is omdat het geen bevredigende oplossing biedt voor conflictsituaties en bovendien onuitvoerbaar is. Daarnaast blijkt de rechter in het algemeen adequaat met het vraagstuk van (indirect) conflicterende grondrechten te kunnen omgaan en biedt de jurisprudentie zelfs een aardig inzicht in specifieke situaties waarin het ene grondrechtelijke belang zwaarder weegt dan het andere. Daarmee worden aldus nuttige richtsnoeren aangereikt, zoals ook hierna onder «a.» zal blijken (zie voorts *bijlage 3*). Ingeval sprake is van misbruik van grondrechten (*bijlage 1*, onder 3.3) doet het probleem zich overigens niet voor.

In een pluriforme samenleving wordt de communicatie rondom de belangenafweging in concrete gevallen van botsende grondrechten van steeds groter belang. Juist in een dergelijke samenleving bestaat de mogelijkheid dat de uitkomst van dergelijke (indirecte) grondrechtelijke belangenafwegingen als minder vanzelfsprekend worden beschouwd. Daarnaast worden kritische geluiden over dergelijke uitkomsten eerder en manifester naar voren gebracht, zo valt ook af te leiden uit de reacties vanuit de samenleving, wetenschap en politiek op de hiervoor bedoelde maatschappelijke vraagstukken. Voorkomen moet worden dat een gebrek aan inzicht in het gewicht van de factoren die bij het vervolgingsbeleid of het nemen van een beslissing door de rechter of Commissie gelijke behandeling (Cgb) een rol spelen de geloofwaardigheid van de (straf)-rechtspleging in het geding kunnen brengen. Tegen deze achtergrond is onder andere een goede uitleg en weergave van de gemaakte afwegingen door persrechters, -officiëren en de media van groot belang. Bij die uitleg geldt bijzondere aandacht voor de gelijkwaardigheid van de status van grondrechten. Daarnaast is het van belang de in de Awgb opgenomen onderlinge verhouding van het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten regelmatig te evalueren. Dit zal opnieuw gebeuren met de evaluatie van de Awgb die dit jaar een aanvang zal nemen en waarover de Kamer afzonderlijk zal worden bericht.

Grondrechten kunnen niet alleen botsen, maar ook *samenlopen* of *concurreren*. Iemand kan zich dan in een bepaalde situatie beroepen op twee of meer grondrechten. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de publieke uitlatingen van imam El Moumni en voormalig Tweede Kamerlid de heer Van Dijke over homoseksualiteit, zoals deze hierna onder a. aan de orde komen. Zowel de vrijheid van meningsuiting als de godsdienstvrijheid zijn daarbij tegelijkertijd in het geding. Ook andere gevallen van samenloop zijn mogelijk, zoals

van godsdienstvrijheid en de vrijheid van vereniging. In dergelijke gevallen dient zich de vraag aan welk grondrecht nu de doorslag geeft. Een opvatting daarover is dat dát recht voorrang heeft dat in de concrete situatie de verst strekkende bescherming biedt. Dit wordt wel het «maximaliseringvereiste» genoemd. Het is maar de vraag of de godsdienstvrijheid die maximale bescherming biedt in de gevallen van publieke uitslatingen. Maar stel dat dat zo zou zijn, dan kan de vraag worden opgeworpen of dat gerechtvaardigd is. Mag in een levensbeschouwelijke neutrale staat het maximaliseringvereiste worden gebruikt om geloofsverklaringen anders dan als gewone meningsuitingen te behandelen? Een reden voor de voorkeursbehandeling zou dan gelegen moeten zijn in het speciale karakter van het religieuze motief. Dit is niet bepaald onomstreden. In de praktijk blijkt een en ander redelijk los te lopen, aangezien de Hoge Raad bij zijn beoordeling van geloofsverklaringen behalve de godsdienstige grondslag ook de bijdrage ervan aan het maatschappelijk debat betreft en aldus voor twee ankers gaat liggen, zoals hierna nader wordt uiteengezet.

a. Non-discriminatie, godsdienstvrijheid en vrije meningsuiting

– *Praktijkvoorbeeld: op islam gebaseerde opvattingen over homoseksualiteit*

In een televisie-uitzending van het programma Nova op 3 mei 2001, noemde imam El Mounni homoseksualiteit «schadelijk voor de Nederlandse samenleving» en een «besmettelijke ziekte.» Velen reageerden in de media afkeurend en soms ook in heftige bewoordingen. Naar aanleiding van de uitslatingen van de imam kwamen 49 aangiften binnen bij het OM. Daarop stelde het OM vervolging in jegens de imam wegens overtreding van artikel 137c en 137d Sr, te weten belediging op grond van homoseksuele gerichtheid en het aanzetten tot haat of discriminatie van een groep mensen wegens hun homoseksuele gerichtheid. Op 8 april 2002 sprak de rechtbank de imam vrij. Het gerechtshof bevestigde in hoger beroep het vonnis van de rechtbank.

Zowel op de uitslatingen van imam El Mounni, het instellen van de vervolging als de vrijspraken zijn vanuit de maatschappij, wetenschap en politiek verschillende reacties gekomen. Waren de reacties op de uitslatingen overwegend kritisch, het instellen van de vervolging en de vrijspraken kregen zowel bijval als afkeuring. Vergelijkbare reacties waren er naar aanleiding van uitslatingen van het voormalig Tweede Kamerlid de heer Van Dijke en de rechterlijke uitspraken daarover.

– *Praktijkvoorbeeld: op christendom gebaseerde opvattingen over homoseksualiteit*

In het weekblad De Nieuwe Revu van 25 juni–3 juli 1996 is een interview opgenomen met het Tweede Kamerlid Van Dijke. Hem wordt gevraagd of het een goede zaak is dat de EO bewust homoseksuelen weert, zoals Andries Knevel heeft verklaard. In antwoord daarop geeft Van Dijke het volgende aan: «Ik denk dat je onderscheid moet maken tussen de homoseksuele praxis die ik afwijs en homoseksuelen als zodanig. Ik verwerp fraudeurs ook niet compleet omdat ze fraude bedrijven. Wat ik bedoel is dit «je kunt best iemand aannemen die een keer in de fout is gegaan. Zolang die persoon maar de intentie heeft om dergelijke misstappen niet te herhalen.» Vervolgens wordt Van Dijke voorgehouden dat hij ondertussen het frauderen en het praktiseren van homoseksualiteit wel op één lijn plaatst. Daarop geeft Van Dijke aan: «Wij christenen hebben een geweldig kwalijke eigenschap ontwikkeld: we brengen ten onrechte gradaties aan in Gods geboden. Alsof je erg en minder erg hebt! Maar waarom zou stelen, bijvoorbeeld uitkeringen pikken van de overheid, minder erg zijn dan zondigen tegen het zevende gebod? Ja, waarom zou een praktiserend homoseksueel beter zijn dan een dief?»

De rechtbank veroordeelt Van Dijke wegens overtreding van artikel 137c e.v. Sr. Het Hof spreekt hem echter vrij, een uitspraak die door de Hoge Raad op 9 januari 2001 in stand wordt gehouden.

Uitgesproken kritisch waren tot slot de reacties op de in juni 2002 in Nova uitgezonden uitlatingen van imams in moskeeën over onder andere de positie van de vrouw. De uitspraken leidden tot een kabinetsstandpunt waarin de zorgen zijn uitgesproken vanwege het maatschappelijke effect van de uitgezonden teksten.¹ Het openbaar ministerie concludeerde op 10 december 2002 dat er geen grond voor strafrechtelijke vervolging van deze imams aanwezig was.

Uit de genoemde casuïstiek is naar voren gekomen hoe zeer de vrijheid van meningsuiting en godsdienstvrijheid op gespannen voet kunnen staan met het non-discriminatieverbod. Hoewel de strafrechtelijke discriminatiebepalingen als zodanig de onderlinge verhouding van deze grondrechten op adequate waarborgt (zie *bijlage 3*), betekent dit niet dat de strafrechtelijke bepalingen niet aangepast kunnen worden, noch dat een veroordeling in een concrete strafzaak per definitie ook in overeenstemming is met de desbetreffende grond- en mensenrechtelijke bepalingen. De nationale rechter zal op grond van artikel 94 Gw de *toepassing* van de wettelijke voorschriften moeten toetsen op verenigbaarheid met de verdragbepalingen.

De vraag wanneer iemand zich in een concreet geval heeft schuldig gemaakt aan strafrechtelijke discriminatie en of daarbij de grenzen van het recht op vrijheid van meningsuiting en van godsdienstbelijdenis zijn overschreden, dient tegen de achtergrond van het door rechtspraak van het EHRM geschapen kader te worden gemaakt. Cruciaal daarbij is vooral of de veroordeling «in een democratische samenleving noodzakelijk» kan worden geacht. Voor de bepaling daarvan is van belang of sprake is van een «dringende sociale behoefte» en van proportionaliteit van de beperking. Daarbij heeft de nationale rechter in het algemeen een zekere beoordelingsruimte, een «margin of appreciation». Deze geldt temeer indien morele en godsdienstige standaarden in het geding zijn, aangezien daarvan geen uniform Europees concept bestaat; moraal en godsdienst verschillen van tijd tot tijd en van plaats tot plaats, aldus het Europese Hof (zie *bijlage 3*, onder 1.2.1).

In het geval dat een uitlating een bijdrage aan het publieke debat beoogt te zijn, zijn de grenzen van toegelaten kritiek ruim en bestaat er betrekkelijk weinig ruimte voor een strafrechtelijke veroordeling.² Een voorwaarde voor een dergelijk debat is dat het op enige wijze geschikt is om «de ontwikkeling of voortgang met betrekking tot aangelegenheden van het mensdom onder het voetlicht te brengen.»³ De ruimte om de vrijheid van meningsuiting in te perken is gering indien de uitlating een bijdrage aan het publiek debat over een bepaald thema beoogt te zijn, en nog geringer ingeval het gaat om uitlatingen met betrekking tot een politicus, politieke toespraken of debatten met betrekking tot vraagstukken van publiek belang. Nog kleiner is de ruimte voor een veroordeling in het geval van kritiek op regeringen. Ten aanzien van de toepassing van strafrechtelijke discriminatiebepalingen op grond van ras (artikel 137c Sr e.v.) lijken staten echter iets meer eigen beoordelingsruimte te hebben dan bij «gewone» beledigingbepalingen, gelet op de verplichtingen die voortvloeien uit het VN-antiracismeverdrag. Hiermee is voor de verschillende gevallen een zekere voorrangregeling van grondrechten gegeven.

Mede in het licht van het door het EHRM geschapen kader is het begrijpelijk dat bij de beantwoording van de vraag of iemand die bepaalde uitlatingen heeft gedaan, zich daadwerkelijk aan discriminatie heeft schuldig gemaakt, onder andere de aard en strekking van de uitlatingen, de onderlinge samenhang en de context waarbinnen de uitlatingen zijn gedaan van groot belang worden geacht.⁴ De nationale rechter zal aldus de vrijheid van meninguiting en godsdienstvrijheid, indien in het geding, meewegen

¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 006, nr. 11 en Kamerstukken II 2001/02, Handelingen nr. 90, p. 5363–5375.

² Vgl. A. L. J. Janssens, *Strafbare belediging*, 1998, met name hoofdstuk 13 en EVRM, *Rechtspraak & Commentaar*, artikel 10/3.10–31.

³ EHRM 4 december 2003, *Müslüm Gündüz vs Turkije*, par. 37.

⁴ Vgl. HR 16 april 1996, NJ 1996, 527 en HR 9 oktober 2001, NJ 2002, 76.

bij de beoordeling of in het concrete geval een strafbaar feit is gepleegd. De rechter hanteert daarbij een aantal criteria. Deze komen erop neer dat een op zich zelf kwetsende of grievende uitlating een beledigend karakter kan ontberen indien zij haar grond vindt in de geloofs- of levensovertuiging van de verdachte en bijdraagt aan het maatschappelijk debat. Daarbij mag geen sprake zijn van kennelijk misbruik van verdragsrechtelijke en grondwettelijke rechten en vrijheden (bijlage 3, onder 1.2.2) en dient de uitlating niet op zich zelf, maar in zijn context, tegen de achtergrond van het geheel, te worden begrepen. Naarmate aard en strekking van het geheel kwetsender en grievender is en naarmate de uitlating een prominenter plaats inneemt in dat geheel, zal eerder sprake zijn van een discriminatoire uitlating.¹

De kwetsbaarheid van beschermingswaardige groepen

Niet elke grond voor het maken van onderscheid ligt even gevoelig en rechtvaardigt de inzet van het strafrechtelijk apparaat. Het wettelijk systeem van de strafrechtelijke discriminatiebepalingen weerspiegelt deze opvatting: «(...) lang niet alle groepen in de samenleving (behoeven) strafrechtelijke bescherming. In elk geval is er voor die bescherming minder aanleiding naarmate de groep minder kwetsbaar is of zelf over verweermiddelen beschikt. Ook moet rekening worden gehouden met de mate waarin mogelijke aanvallen op de groep de samenleving kunnen verstoren en met de mate waarin te verwachten is dat de samenleving zelf corrigerend zal reageren.»²

Tegen deze achtergrond is het van belang te constateren dat de hiervoor aangehaalde uitspraken van de Hoge Raad betrekking hebben op discriminatie wegens homoseksuele gerichtheid. De omstandigheid dat het verbod op deze vorm van discriminatie niet is verankerd in verdragen, is mogelijk relevant voor het gewicht dat in deze zaken, waarin de Hoge Raad vrijspraken wegens discriminatie in stand liet, aan de vrijheden van meningsuiting en godsdienst is gehecht.

De noodzaak tot het maken van een inbreuk op het recht van vrije meningsuiting ter bescherming van de rechten van anderen wordt volgens de Hoge Raad geacht «des te meer» te gelden ingeval vervolging wordt geboden ter uitvoering van de bepalingen van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, aan de naleving waarvan zwaar wordt getild (*bijlage 3*, onder 2.2). Ferme kritiek op godsdiensten of geloofsopvattingen hebben zelden geleid tot een vervolging en/of veroordeling.

– Praktijkvoorbeeld: niet op godsdienst gebaseerde opvattingen over godsdienst

In een interview met dagblad de Trouw omschreef mevrouw Hirsi Ali in 2002 de islam «naar sommige maatstaven gemeten» de islam als «achterlijk». Ook noemde zij de profeet Mohammed «pervers», gezien zijn huwelijk met de minderjarige Aisja, en een «tiran». Er zijn dertien aangiftes gedaan en 600 klachten binnengekomen bij het openbaar ministerie. Op 23 april 2003 zag het openbaar ministerie af van vervolging.

Godsdienst blijkt daarmee niet snel als een beperkinggrond van de meningsuiting te gelden. Dat bevreedt ook niet nu opvattingen die zijn gebaseerd op godsdienstvrijheid en bijdragen aan het maatschappelijk debat evenmin snel kunnen worden beperkt.

Tussenconclusie

De jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt de nodige ruimte te laten voor de opvatting dat zowel opvattingen die zijn gebaseerd op godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuigingen als andersoortige opvattingen kunnen worden aangemerkt als bijdragen aan het maatschappelijk debat. De Hoge Raad lijkt aldus geen doorslaggevende keuze te maken ingeval sprake is van samenloop tussen de vrijheid van godsdienst en de vrijheid

¹ Vgl. Wedzinga in: Cleiren/Nijboer (2002), T&C, 4e druk, p. 589 en A. L. J. Janssens, *Strafbare belediging*, 1998, p. 397–398.

² Zie Kamerstukken II 1969/70, 9724, nr. 6, p. 3 en vgl. Kamerstukken II 2001/02, 27 792, nr. 6, p. 5–6.

van meningsuiting ingeval sprake is van religieus gemotiveerde bijdragen aan het maatschappelijk debat. De Raad gaat voor beide ankers liggen. Reeds vanwege het maatschappelijke debat mogen genoemde uitlatingen volgens het EHRM niet snel worden ingeperkt. Het Hof lijkt in die gevallen soms zelfs voorzichtiger te zijn dan ten aanzien van beperkingen van godsdienstig gemotiveerde uitlatingen.¹ Ingeval sprake is van bijdragen aan het maatschappelijk debat kunnen uitlatingen slechts nog onder de strafwet vallen indien zij onnodig grievend zijn. Hiermee lijkt de betekenis van artikel 137c Sr ten aanzien van de belediging van homoseksuelen en personen wegens hun godsdienst of levensovertuiging beperkt te zijn. Dit sluit aan bij de opvatting van de wetgever en rechtsgeleerden dat de verwachtingen ten aanzien van het strafrecht ten aanzien van dit artikel niet overspannen moeten zijn.² Veeleer mag worden verwacht dat dergelijke uitlatingen worden tegengesproken en dat het debat wordt aangegaan. In het geval van de aangehaalde voorbeelden is dit ook intensief gebeurd. De verantwoordelijkheid tot een volwaardige tolerantie verlangt dit ook. Voorts kunnen pas dan haatdragende opvattingen in een vroeg stadium worden gekend en weersproken. Vooroordelen kunnen dan uit de weg worden geruimd en escalatie van sluimerende conflicten worden voorkomen. Ingeval wordt aangezet tot haat (137d Sr) wordt echter een grens overschreden waarbij eerder een inperking van de meningsuiting en godsdienstvrijheid zal kunnen worden gemaakt. Een en ander laat uiteraard een actieve aanpak van racisme zoals geschetst in het Nationaal actieplan tegen racisme onverlet.³ Of en in hoeverre de strafrechtelijke discriminatiebepalingen (art.137c Sr e.v.) ook voldoende soelaas bieden en mogelijk aanscherping behoeven om radicaal fundamentalistische en tegen de rechtsstaat gerichte activiteiten strafrechtelijk te bestrijden, wordt nog nader bezien.⁴

b. Kledingstukken die uitdrukking kunnen geven aan godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen

Verschillende kledingstukken en sieraden kunnen uitdrukking geven aan godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen. Bekende voorbeelden zijn de islamitische chador, nikaab en hoofddoek, het joodse keppeltje, de sikh-tulband en kettinkjes met een christelijk kruisje of een Fatima-handje. Van deze kledingstukken en sieraden neemt de islamitische hoofddoek een belangrijke plaats in in het debat over de pluriforme samenleving, integratie en de botsing van grondrechten. Een verklaring daarvoor is dat de islam relatief nieuw is en groeit in Nederland. En het gemakkelijkst herkenbare en meest voorkomende uiterlijke kenmerk daarvan is de hoofddoek, een symbool dat bovendien sterk media-gevoelig blijkt te zijn.

Vrouwen dragen de hoofddoek vanuit verschillende godsdienstige, sociale of politieke motieven. Enerzijds zijn er (veelal jonge) moslimvrouwen voor wie het dragen van de hoofddoek een uiting is van trots, identiteit en emancipatie. Voor sommigen van hen is het dragen van een hoofddoek de poort naar onderwijs en arbeidsparticipatie. Anderzijds zijn er vrouwen voor wie de hoofddoek een uiting en element is van zeer traditionele man-vrouwverhoudingen en voor wie de keuze tot het dragen ervan veelal is genomen onder druk van een patriarchale structuur.⁵ Deze ongelijke machtsverhoudingen tussen de seksen kunnen ertoe leiden dat een recht in de praktijk verwordt tot een plicht. Vooral tegen deze achtergrond beschouwen velen de hoofddoek als beperkend en discriminerend voor vrouwen en haaks staand op de vrouwenemancipatie die in Nederland de laatste decennia een belangrijke ontwikkeling heeft doorgemaakt. In dergelijke gevallen van sociale dwang of door anderen opgelegde religieuze verplichtingen is alertheid geboden. De in Nederland door vrouwen bevochten vrijheid tot het maken van eigen en zelfstandige

¹ Vgl. EHRM 10 juli 2003, Murphy vs Ierland.

² Kamerstukken II 1969/70, 9724, nr 6 (MvA), p. 4. Zie voorts bijlage 3, onder 3.

³ Kamerstukken II 2003/04, 29 200 VI.

⁴ Vgl. toezegging van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer, Handelingen II 2003/04, nr. 72, p. 4726–4728 en Handelingen II 2003/04, nr. 66, p. 4337.

⁵ Vgl. EHRM 15 februari 2001, Dahlab vs Zwitserland, ontvankelijkheidsbeslissing nr 42 393/98, p. 12–13.

keuzes geldt immers ook voor hen. Juist om die reden doorkruist een algemeen verbod tot het dragen van dergelijke kledingstukken deze bevochten vrijheid. Het leidt tot een rechtsongelijkheid op basis van godsdienst en geslacht die doorwerkt op vele andere terreinen, zoals arbeidsparticipatie en onderwijs. Ook vrouwen die een hoofddoek dragen hebben echter het recht op onbelemmerde participatie in de samenleving. Voorzover deze kledingstukken overigens kunnen worden opgevat als symbool van bepaalde manvrouw verhoudingen leidt een algemeen verbod er bovendien toe dat het (voort)bestaan van deze verhoudingen onzichtbaar wordt. Noch betrokkenen, noch het integratiebeleid zijn daarbij gediend.

De draagster van een hoofddoek die zich beroept op de godsdienstvrijheid kan daaraan in beginsel bescherming ontnemen, ook al kan de vraag worden opgeworpen of de religieuze gebodenheid tot het dragen van een hoofddoek slechts een bepaalde interpretatie van de islam weergeeft. Vanwege de scheiding van kerk en staat moet de overheid immers zeer terughoudend zijn bij een inhoudelijk dispuut over de al dan niet godsdienstige grondslag van het dragen van kledingstukken die een uitdrukking kunnen vormen van een bepaalde godsdienst of levensbeschouwing (zie bijlage 2, onder 2.2). Dit neemt niet weg dat beperkingen kunnen worden gesteld aan de uitoefening van het recht op godsdienstvrijheid, ook in dit geval. Verschillende omstandigheden en situaties zijn daarbij van belang. Zij komen hierna aan de orde (zie ook *bijlage 1*, onder 3).

b.1. Ambtenaarschap en kledingvoorschriften

Grondrechten gelden voor een ieder, dus ook voor ambtenaren. Dit is bij de grondwetsherziening van 1983 nadrukkelijk aan de orde geweest en onderkend¹ en nadien herhaaldelijk bevestigd in jurisprudentie. Ook volgens mensenrechtenverdragen genieten ambtenaren deze bescherming, hetgeen ook door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens herhaaldelijk is benadrukt.² Het recht op een godsdienstige en levensbeschouwelijke overtuiging valt onder deze bescherming, ook als dit met bepaalde uiterlijke kenmerken gepaard gaat (zie bijlage 2, onder 2). De bijzondere rechtsverhouding van ambtenaren tot de staat doet daaraan niet af, de scheiding van kerk en staat evenmin. Waar het om gaat, is dat ambtenaren hun werkzaamheden plichtsgetrouw en nauwgezet vervullen, waarbij zij de Grondwet en alle overige wetten van ons land dienen te eerbiedigen. Goed ambtenaarschap is het uitgangspunt van de ambtelijke rechtsverhouding hetgeen nog scherper tot uitdrukking wordt gebracht in een voorstel tot wijziging van de wet dat thans bij de Tweede Kamer aanhangig is.³ Bovendien is het genoemde recht van godsdienstvrijheid, mede in relatie tot het discriminatieverbod, voor wat betreft de arbeidssituatie juist gewaarborgd en uitgewerkt in EG-richtlijn 2000/78 (PbEG L 303) en in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Op grond daarvan is bij de aanstelling tot ambtenaar of de beëindiging van het dienstverband een direct onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging verboden en is een indirect onderscheid slechts geoorloofd indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Daarvan is slechts sprake in het geval van een legitiem doel voor het bereiken waarvan de gestelde (beperkende) middelen passend en noodzakelijk zijn, voorwaarden waarin vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit liggen besloten. Voor zover deze middelen de godsdienstvrijheid beperken zal voorts moeten worden voldaan aan de vereisten die artikel 6 Gw en artikel 9 van het EVRM daaraan stellen (zie *bijlage 1*, onder 3.1). Op grond van artikel 6 Gw is bijvoorbeeld een specifiek wettelijke grondslag vereist voor het beperken van de vrije belijdenis van godsdienst of levensovertuiging, zoals door middel van het dragen van bepaalde kledingstukken.

¹ Zie o.a. Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 11.

² Onder vele anderen: EHRM 26 september 1995, Vogt tegen Duitsland en EHRM 1 juli 1997, Kalac vs Turkije.

³ Kamerstukken II 2003/04, 29 436, nrs. 1–4, in het bijzonder het daarin voorgestelde artikel 125ter.

Hoewel het dragen van kledingstukken en/of sieraden die mogelijk uitdrukking geven aan een religieuze overtuiging in beginsel aan het goed ambtenaarschap niet in de weg staan, zijn er omstandigheden waaronder dit toch het geval kan zijn.

- In de eerste plaats moet worden gedacht aan situaties waarin kledingstukken of sieraden het goede functioneren van de ambtenaar bemoeilijken of onmogelijk maken. Dit is bij een gezichts-of lichaamsbedekkende sluier al snel het geval, nu zij de communicatie en identificatie ernstig kan bemoeilijken. Bij een hoofddoek of andersoortig kledingstuk is dat echter geheel niet vanzelfsprekend.
- In de tweede plaats zijn er ambtenarenfuncties 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.

Aldus kunnen er in verband met de aard van de functie redenen zijn met betrekking tot veiligheid, functionaliteit of onpersoonlijke gezagsuitoefening die kunnen leiden tot de dringende noodzaak voor het stellen van kledingvoorschriften.

b.2. Onderwijsinstellingen en kledingvoorschriften

Voor de mogelijkheid tot het opstellen van kledingvoorschriften en voor de invulling daarvan is het relevant onderscheid te maken tussen instellingen voor openbaar en voor bijzonder onderwijs.

- *Openbaar onderwijs*

In artikel 23, lid 3 en 4, Gw heeft de grondwetgever de hoofdkenmerken van het openbaar onderwijs vastgelegd; het wordt gegeven van overheidswege en met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging. Het wezenskenmerk van het openbaar onderwijs is daarmee het neutrale karakter. De wetgever heeft dat karakter nader omschreven in de artikelen 46 van de Wet op het primair onderwijs, 49 van de Wet op de expertisecentra en 42 van de Wet op het voortgezet onderwijs.¹ Het gaat daarbij om:

- het bijdragen aan de ontwikkeling van leerlingen met aandacht voor de godsdienstige, levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden zoals die leven in de Nederlandse samenleving en met onderkenning en betekenis van de verscheidenheid van die waarden;
- de toegankelijkheid voor alle kinderen zonder onderscheid van godsdienst of levensbeschouwing;
- het geven van onderwijs met eerbiediging van ieders godsdienst of levensbeschouwing.

Het waarborgen en handhaven van het neutrale karakter van het openbaar onderwijs is een aangelegenheid van het bevoegd gezag van een school, dat wil zeggen van het gemeentebestuur dan wel het mede door de gemeenteraad ingesteld bestuur van die openbare school. Tegen deze achtergrond mag een instelling van openbaar onderwijs bepaalde eisen stellen aan onderwijzend personeel, zoals het hebben van een open instelling tegenover de verschillende levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden. Naar het oordeel van de Cgb maakt een openbare school echter verboden direct onderscheid naar godsdienst door een stagiaire niet toe te staan in de klas een hoofddoek te dragen, indien dit gebeurt vanuit de enkele vooronderstelling dat het dragen van een hoofddoek in

¹ In de Wet educatie en beroepsonderwijs en de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek is het openbare karakter niet omschreven.

de klas blijkt geeft van een bepaalde, door de schoolleiding ongewenste, godsdienstige opvatting. Het ligt dan op haar weg de stagiaire te vragen naar haar instelling tegenover levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden (Cgb-oordeel 1999/18). Wel kunnen aan docenten eisen worden gesteld die een indirect onderscheid opleveren. Daarvoor dient dan een objectieve rechtvaardiging aanwezig te zijn. Daarvoor is nodig dat:

- er een legitiem doel (zwaarwegend en niet discriminerend) bestaat en dat
- de middelen voor het bereik van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Kledingvoorschriften voor onderwijzend personeel zullen aan deze criteria moeten voldoen. Ingeval van kledingvoorschriften voor leerlingen is dat niet anders. Als legitiem doel kunnen dan onder andere worden aange-merkt: het bevorderen van de onderlinge communicatie, het kunnen vaststellen van de identiteit van de deelnemers aan de opleiding, het waarborgen van de veiligheid tijdens zwem- en gymnastieklessen en de naleving van sommige van de op de onderwijsinstelling berustende wettelijke taken.

- *Praktijkvoorbeeld: gezichtssluier op ROC*

«ROC Amsterdam verbiedt dragen gezichtssluier», zo berichtte het NRC Handelsblad van 24 januari 2003. Na een eerdere aankondiging voegde het Regionaal Opleidingen Centrum (ROC) in Amsterdam de daad bij het woord. Drie leerlingen werd de toegang tot de school geweigerd, aangezien zij met een zogenaemde nikaab of chador, een gezichtsbedekkende sluier die alleen de ogen vrijlaat, naar binnen wilden. Het verbod werd gerechtvaardigd op functionele gronden: door de gezichtsbedekkende sluier is geen open communicatie mogelijk tussen leerling en docent. Een van de meisjes in kwestie diende een klacht in bij de Cgb. Op 20 maart 2003 oordeelde de Cgb dat het verbod op het dragen van de gezichtssluier was geoorloofd (Cgb-oordeel 2003/40).

In het geval van het verbod van de ROC-instelling een leerlinge toe te laten die slechts nog in een nikaab wenste te verschijnen, achtte de Commissie gelijke behandeling (Cgb) voornoemde voorwaarden vervuld.¹ Een rechter heeft zich nog niet uitgesproken over deze kwestie. Wel heeft de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen een «Leidraad kledingvoorschriften op scholen» opgesteld waarvan de strekking overeenkomt met het oordeel van de Cgb en een door de Cgb geschreven advies (Cgb-advies/2003/01).

- *Bijzonder onderwijs*

De vrijheid tot het geven van onderwijs, gewaarborgd in artikel 23, lid 2, Gw, berust bij de aanbieder van het onderwijs. In het geval van een instelling van bijzonder onderwijs is dat in het algemeen de rechtspersoon die de desbetreffende instelling in stand houdt (het bevoegd gezag). Deze vrijheid, die nader is gespecificeerd in het vijfde en zesde lid van artikel 23 Gw, houdt onder andere in dat het bevoegd gezag op grond van de vrijheid van richting en inrichting binnen bepaalde marges de vrijheid heeft om eisen te stellen bij de selectie van (aspirant-)leerkrachten en bij de toelating en deelname van leerlingen. In dat geval zijn ook het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod in het geding.

Met het oog op het vinden van een evenwicht tussen de vrijheid van richting zoals gewaarborgd in artikel 23 Gw enerzijds en het beginsel van gelijke behandeling en het discriminatieverbod anderzijds zijn in de Awgb specifieke regelingen getroffen. Zo mag een instelling van bijzonder onderwijs eisen stellen bij de toelating en ten aanzien van de deelname van leerlingen aan het onderwijs, indien deze gelet op het doel van de instelling noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de grondslag van

¹ Overigens was deze school weliswaar van bijzondere signatuur, maar zij beriep zich niet op de wettelijke uitzondering op de gelijke behandelingsnorm voor bijzondere onderwijsinstellingen. Om die reden onderzocht de Cgb of het op functionele gronden gemaakte indirecte onderscheid naar godsdienst, objectief was gerechtvaardigd. Een dergelijke beoordeling is eveneens van toepassing op openbare scholen.

die instelling, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het *enkele feit* van onder andere ras of hetero- of homoseksuele gerichtheid (artikel 7, tweede lid, van de Algemene wet gelijke behandeling). Hierbij is wel vereist dat het beleid van het bevoegde gezag met betrekking tot de toelating en de deelname een consistent op religieuze of levensbeschouwelijke gronden berustend beleid is en dat dit consequent wordt gehandhaafd. De te stellen eisen kunnen in beginsel ook betrekking hebben op het al dan niet mogen dragen van een hoofddoek tijdens de les, zoals dat het geval was in onderstaand voorbeeld.¹

– *Praktijkvoorbeeld: hoofddoek op katholieke school*

«Leerling legt hoofddoek af na verbod», kopte NRC Handelsblad op 26 augustus 2003. In 2003 weigerde het bestuur van de 130 jaar oude katholieke Gregoriusschool in Utrecht om nog langer een moslimmeisje dat zich voortaan verplicht achtte een hoofddoek te dragen, tot de school toe te laten. Het beriep zich daarbij op zijn godsdienstvrijheid. Ook de leerlinge beriep zich daarop, mede in relatie tot haar recht niet te worden gediscrimineerd op grond van haar islamitische geloofsovertuiging. Zij diende een klacht in bij de Cgb. Deze achtte de klacht niet gegrond (Cgb-oordeel 2003/112).

Overigens laat de bijzondere grondslag van een school onverlet dat deze ook functionele eisen kan stellen die los staan van de desbetreffende grondslag (vgl. het hiervoor aangehaalde Cgb-oordeel 2003/40).

- *Tussenconclusie*

Aan het dragen van kledingstukken of sieraden die uitdrukking kunnen geven aan bepaalde religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen kunnen beperkingen worden gesteld. Zowel in het openbaar als het bijzonder onderwijs zijn deze beperkingen toegestaan onder de voorwaarde dat deze objectief te rechtvaardigen zijn. Daarnaast mag een instelling van bijzonder onderwijs eisen stellen aan kleding indien deze noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag; dergelijke eisen dienen dan wel te berusten op een consistent beleid dat berust op godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen en dat consequent wordt gehandhaafd. Op grond van de Awgb mag een instelling van openbaar onderwijs niet slechts op grond van haar neutrale identiteit de kleding verbieden. Wel mag zij van haar personeel een open instelling verwachten tegenover maatschappelijke en levensbeschouwelijke waarden. De mogelijkheid tot het stellen van kledingvoorschriften op een openbare of bijzondere school geldt temeer voor het onderwijzend personeel, dat immers op een bepalender wijze bijdraagt aan de identiteit van de school; zij vertegenwoordigt als het ware die identiteit.

c. Homoseksuele docent op een bijzondere school

De vrijheid van richting van artikel 23 Gw waarborgt vooral de vrijheid van keuze van leermiddelen en de aanstelling van onderwijzend personeel. De onderlinge verhouding van de vrijheid van richting enerzijds en het gelijkheidsbeginsel en non-discriminatieverbod anderzijds (artikel 1 Gw) is wat betreft het vervullen van een functie binnen het bijzonder onderwijs uitgewerkt in artikel 5, lid 2, sub c, Awgb. Op grond daarvan mag een instelling van bijzonder onderwijs eisen stellen aan de vervulling van een functie die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag. De eisen mogen niet leiden tot onderscheid op grond van het *enkele feit* van onder andere ras of homo- of heteroseksuele gerichtheid. De functie-eis zal bovendien gegrond moeten zijn op een vast en op het doel van de instelling berustend beleid dat consequent is gericht op het handhaven van de identiteit (Cgb-oordeel 2001/116).

¹ Vgl. Antwoorden op vragen van het Tweede Kamerlid mevrouw Azough van 14 januari 2003, Kamerstukken II 2002/03, Handelingen-Aanhangsel nr. 738, p. 1551–1552.

– *Praktijkvoorbeeld: «enkele feit van homoseksuele gerichtheid»*

Een schoolbestuur van een basisschool op Reformatorische grondslag heeft bij de vervulling van een openstaande vacature voor een leerkracht een homoseksuele kandidaat die met zijn partner samenwoonde geweigerd. Het schoolbestuur beroept zich bij deze beslissing op de in de Awgb genoemde vrijheid van instellingen op godsdienstige grondslag om nadere eisen te stellen die met het oog op de doelstelling van de instelling nodig zijn voor het vervullen van een functie. Het schoolbestuur heeft de Cgb verzocht na te gaan of zij hiermee in strijd met de gelijke behandelingswetgeving heeft gehandeld. De Commissie oordeelde dat hier inderdaad sprake was van strijd met de wet (1999/38).

Tijdens de parlementaire behandeling van de Awgb is nadrukkelijk gediscussieerd over de vraag of het een christelijke school vanwege de vrijheid van onderwijs is toegestaan om een samenwonende homoseksuele leraar te weren omdat zijn levenswijze niet met de grondslag van de school verenigbaar is. Is daarbij sprake van een «enkel-feit» op grond waarvan onderscheid in principe verboden is? Dat mag inderdaad worden aangenomen op grond van de tekst van artikel 5 Awgb en de toelichtende stukken daarop: «Het enkele feit van, bijvoorbeeld, iemands seksuele gerichtheid en het al dan niet samenwonen, homo-of heteroseksueel, is geen gerechtvaardigde grond voor het maken van onderscheid (...). Het enkele feit van hetero-of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, daaronder begrepen het enkele feit dat iemand ongehuwd samenwoont met iemand van hetzelfde of van het andere geslacht, is (...) geen rechtvaardiging voor het uitsluiten van de betrokkene.»¹ Aldus kwam ook de Cgb in het genoemde voorbeeld tot haar uitspraak dat er sprake was van strijd met de wet. Pas indien er sprake is van bijkomende omstandigheden, bijvoorbeeld gedragingen die aantonen dat betrokkene de grondslag van de school in feite verwerpt, biedt de Awgb de mogelijkheid om een belangenafweging te maken.

d. Eerwraak en vrouwelijke genitale verminking

– *Praktijkvoorbeeld: eerwraak*

De Turkse gemeenschap zou zelf actie moeten ondernemen om eerwraak tegen te gaan, aldus Turkse en Nederlandse vrouwenorganisaties en burgemeester Vreeman van Zaanstad naar aanleiding van een 32-jarige vrouw die op 12 maart 2004 voor de deur van een opvangtehuis in Koog aan de Zaan door haar man werd doodgeschoten (NRC Handelsblad van 16 maart 2004). In tien maanden tijd werd twee keer eerder een vrouw uit een Blijf-van-mijn-lijf-huis doodgeschoten, mogelijk om de familie-erf te redden. In 2003 heeft de Hoge Raad de veroordeling van de vader en moeder van een in 2001 vermoord 16-jarig Afghaans meisje tot respectievelijk tien en zes jaar gevangenisstraf voor de moord op hun dochter, in stand gelaten.² Het cassatiemiddel hield in dat er onder ander onvoldoende bewijsmateriaal was tegen de vrouw en dat zij zich «in haar ondergeschikte positie als vrouw in een niet-westerse cultuur» niet kon distantiëren van de beslissing van haar man en diens oudste broer om de dochter te doden. Dat middel, een cultureel verweer, faalde, evenals in een eerder geval van eerwraak in Nederland. Daarbij richtte op 7 december 1999 een 17-jarige jongen van Koerdisch Turkse afkomst in opdracht van zijn vader een bloedbad aan in een school in Veghel.

Eerwraak en vrouwelijke genitale verminking zijn op culturele gronden gebaseerde vormen van geweldsuitoefening die een ontoelaatbare aantasting vormen van het recht op leven respectievelijk de lichamelijke integriteit van minderjarigen. Het recht op het beleven van de eigen cultuur kent hier duidelijk zijn grenzen, evenals het recht van godsdienstvrijheid, voor zover deze overigens al in het geding kan worden geacht. In internationaal verband bestaat grote consensus over de schadelijkheid en verwerpelijkheid van deze verschijnselen en dus over de noodzaak om

¹ Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 11. Vgl. in deze zin Cgb-oordeel 1999/38, 29 april 1999, AB 2000, 71 m.nt. BPV.

² Hoge Raad, 14 oktober 2003, Elro-nummer AJ1457.

deze verschijnselen af te keuren en aan te pakken.¹ In Nederland zijn beide gedragingen strafbaar gesteld. De culturele achtergrond geldt daarbij niet als (wettelijke) strafverminderende omstandigheid. Een verhoging van het strafmaximum voor deze delicten, of het erkennen van beide motieven als strafverzwarende omstandigheid, lijkt niet aangewezen. Rechters kunnen immers nu al bij hun beoordeling rekening houden met allerlei omstandigheden waaronder het delict, moord respectievelijk mishandeling, is begaan.² Wel zal ten aanzien van meisjesbesnijdenis in het buitenland bijvoorbeeld het vereiste van dubbele strafbaarheid komen te vervallen.³ Met deze strafbaarstellingen is een juist evenwicht in de onderlinge verhouding van de betrokken grondrechten gewaarborgd. Daarnaast acht het kabinet een meer bijzondere aanpak noodzakelijk.⁴ In verband hiermee zal met de Kamer worden overlegd over de wijze waarop cultureel bepaald geweld tegen vrouwen en meisjes, inclusief genitale verminking, het meest effectief kan worden voorkomen en tegengegaan.

4.3. Grondrechten in het geding, maar geen botsing of samenloop

Evident is dat niet alle tegenstellingen of spanningen in de pluriforme samenleving grondrechtelijk kunnen worden «vertaald». Evenmin kunnen maatschappelijke vraagstukken die te maken hebben met de uitoefening van grondrechten steeds worden vertaald in botsingen tussen grondrechten. Zo heeft bijvoorbeeld de oprichting van de AEL in Nederland in beginsel «slechts» te maken met één grondrecht, namelijk de vrijheid van vereniging. Eerwraak staat vooral in relatie tot het recht op leven en de onaantastbaarheid van de lichamelijke integriteit. Ook bij het verbod van het dragen van een hoofddoek of chador op scholen hoeft niet altijd sprake te zijn van een botsing van grondrechten. Dit is het geval indien de school zich niet beroept op de onderwijsvrijheid, maar op bijvoorbeeld functionele criteria. Kortom, het gaat in deze en andere gevallen soms uitsluitend om de interpretatie van één grondrecht of de (toelaatbaarheid van) inperkingmogelijkheden van een grondrecht. Ook deze kwesties zijn overigens niet altijd gemakkelijk. Zeker niet indien het gaat om verenigingen, religies of opvattingen die ver van ons afstaan of waar maar weinig over bekend is.⁵

Facilitering van godsdienstige manifestaties: gebedsruimten in openbare instellingen

Bidden is een uitoefening van de godsdienstvrijheid. Deze vrijheid brengt niet de algemene verplichting voor de overheid of openbare instelling met zich om te voorzien in gebedsruimten.⁶ Indien al een gebedsruimte zou worden overwogen, dan brengt het openbaar karakter van de (onderwijs-)instelling met zich dat een dergelijke ruimte voor een ieder toegankelijk is voor een moment van stilte, om te mediteren of om te bidden, ongeacht godsdienstrichting of levensbeschouwing. Het ter beschikking stellen van een gebedsruimte voor een bepaalde groep kan anders gemakkelijk het beeld oproepen van een dominantie van die groep binnen de desbetreffende openbare instelling. Daardoor ontstaat vervaging van het openbare karakter van de betrokken instelling en wordt de algemene toegankelijkheid belemmerd. Het toestaan van gebedsruimten voor specifieke groepen past niet bij het karakter van openbare (onderwijs)instellingen.⁷ Het is de taak en verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag om deze brede toegankelijkheid – strikt – te waarborgen en te handhaven. Wat betreft het onderwijs zal de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap over een en ander in overleg treden met de VNG en vertegenwoordigers van de scholen in het openbaar onderwijs. Ten aanzien van personen die in een bijzondere rechtsverhouding tot de overheid staan, zoals gedetineerden, kan de godsdienstvrijheid wel degelijk een (zorg-)plicht met zich brengen om te voorzien in een gebeds- of stilleruimte (zie hiervoor paragraaf 3.3).

¹ Zie de op 19 december 2001 te New York aangenomen resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties inzake «traditional and customary practices effecting the health of women and girls» en Resolutie 57/179 van de AV.

² Zie voor de (on)mogelijkheden om eerwraak een plaats te geven in het strafrecht o.a. C.W. Maris van Sandelingenambacht, «Ik heb mijn namus gezuiverd»; over eerwraak en cultureel verweer», Culturele diversiteit, *Justitiële Verkenningen* 2002, nr. 5, p. 61 e.v.

³ Brief van de minister van justitie aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II 2003/04, 29 451, nr. 1.

⁴ Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 200 VI, nr. 21, p. 108.

⁵ Bijvoorbeeld de door de Santo Daima kerk aangehangen leer zoals aan de orde in de uitspraak van de rechtbank te Amsterdam, 21 mei 2001, ELRO-nr. 25 479.

⁶ Vgl. Cgb-oordeel 2000/51 en Kamerstukken II 2003/04, Handelingen-Aanhangsel nr. 735, p. 1557–1558.

⁷ Vgl. Kamerstukken II 2003/04, Handelingen-Aanhangsel nr. 735, p. 1557–1558.

5. Samenvatting en conclusies

De Nederlandse samenleving is open en pluriform. De door grondrechten en mensenrechten gegarandeerde vrijheid maakt dat mogelijk. Spanningen als gevolg van de wijze waarop grondrechten worden uitgeoefend en onzekerheid over de onderlinge verhouding ervan zijn mede vanwege de toegenomen pluriformiteit en enkele maatschappelijke vraagstukken meer kenbaar en onderwerp van debat geworden. Dit vraagt om hernieuwde aandacht voor enkele gemeenschappelijke uitgangspunten die richtinggevend zijn voor de omgang met vrijheid.

Meer dan ooit is van belang dat er een juridische basis is die onpartijdig is ten opzichte van conflicterende opvattingen over waarden en die bevorderlijk is voor de dialoog en een debat over die opvattingen. Deze basis vindt onder andere zijn weerslag in de waarden van de democratische rechtsstaat en daarmee verband houdende grondrechten, mensenrechten en daaruit voortvloeiende of ermee verband houdende regelgeving en het beginsel van scheiding van kerk en staat. Zij bieden de grondslag voor pluriformiteit en vormen tegelijkertijd de fundamentele kaders waarbinnen deze nader gestalte krijgt. De onderlinge verhouding van grondrechten is daarbij gewaarborgd en biedt ruimte voor oplossingen van problemen die voortvloeien uit een groeiende pluriformiteit. In jurisprudentie zijn velerlei nuttige richtsnoeren en criteria ontwikkeld voor de inkleuring van die ruimte. Indien deze rechtspraktijk echter te ver verwijderd raakt van de maatschappelijke praktijk kan zonodig het oordeel van de wetgever worden ingeroepen. De noodzaak hiertoe is voornamelijk niet aanwezig. De verhouding tussen deze praktijken is evenwel onderwerp van voortdurende aandacht.

Aldus waarborgt de Grondwet dat ook in de steeds pluriformer geworden samenleving vreedzaam kan worden samengeleefd. De Grondwet behoeft daarom geen wijziging. Evenmin is er behoefte aan een hiërarchisering van grondrechten. Het praktiseren van tolerantie, wederzijdse verdraagzaamheid en permanente dialoog zijn echter essentiële voorwaarden om aan het samenleven nadere inhoud te geven. Dat omgaan met verschillende gedragingen en praktijken in een dergelijke samenleving zal soms een aanzienlijk incasservermogen vergen van de betrokkenen. Juist dan is echter actieve deelname aan het maatschappelijk debat van groot belang. Een en ander neemt niet weg dat de overheid en maatschappelijke actoren een bijzondere verantwoordelijkheid hebben om de vrijheden uit te dragen.

- *Communicatie rondom beslissingen tot vervolging, rechtspraak en oordelen van de Cgb*

Sommige beslissingen tot vervolging, rechterlijke uitspraken of oordelen van de Cgb waarin de onderlinge verhouding van grondrechten aan de orde is, blijken soms onbegrepen. Een heldere uitleg en weergave door onder andere de media van de in die oordelen en beslissingen gemaakte afwegingen is daarom geboden. Het kabinet acht het daarom van belang dat communicatie over beslissingen en uitspraken bijzondere aandacht verdient. Zo kan bijvoorbeeld worden vermeden dat de indruk ontstaat dat bestaande rechtspraak legitimeert dat alles kan worden gezegd indien men zich maar beroept op godsdienstvrijheid. Ook kan worden gewezen op het verschil tussen de strafrechtelijke en de grondwettelijke beschermingswaardigheid van verschillende groepen tegen discriminatoire opmerkingen; niet elke discriminatieverbod dient ook strafrechtelijk te worden gesanctioneerd. Voorts mag worden verwacht dat bepaalde uitlatingen worden tegengesproken en dat het debat wordt aangegaan, in plaats van dat ogenblikkelijk de weg naar het OM wordt gevolgd. In een open samen-

leving mag verantwoordelijkheid en weerbaarheid in debat bij alle partijen worden verondersteld.

- *Evaluatie Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)*

De Awgb verplicht tot een regelmatige evaluatie ervan. Daarbij komt onder andere de in de Awgb opgenomen onderlinge verhouding van het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten aan de orde. Een dergelijke evaluatie zal opnieuw gebeuren met de evaluatie van de Awgb die dit jaar een aanvang zal nemen en waarover de Kamer afzonderlijk zal worden bericht.

- *Kledingvoorschriften*

Het dragen van kledingstukken en/of sieraden die mogelijk uitdrukking geven aan religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen staat in beginsel niet in de weg aan het goed ambtenaarschap.

Slechts in verband met de aard van de functie van ambtenaren kunnen er redenen zijn met betrekking tot veiligheid, functionaliteit of onpartijdigheid die kunnen leiden tot de dringende noodzaak voor het stellen van kledingvoorschriften. Voor onderwijzend personeel van een openbare school kunnen in beginsel kledingvoorschriften worden opgesteld, zolang daarvoor een objectieve rechtvaardiging aanwezig is. Daarvan is sprake indien er een legitiem doel (zwaarwegend en niet discriminerend) aanwezig is en dat de middelen voor het bereik van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

- *Uitdragen gemeenschappelijke waarden van de democratische rechtsstaat*

De overheid heeft de verantwoordelijkheid om de gemeenschappelijke waarden van de democratische rechtsstaat te bevorderen en onder de aandacht te brengen. Deze nota levert daaraan een bijdrage. Daarnaast wordt in dit kader de suggestie gezien om te komen tot een Huis van de Democratie en Vrijheden, waarin aandacht kan worden gegeven voor de historische dimensie van onze parlementaire democratie en de daarbij behorende vrijheidsrechten.¹ Voorts wijst het kabinet op het initiatief van het ministerie van OCW tot instelling van een Boulevard van het Actuele Verleden in Den Haag. Het betreft hier een cultuurhistorisch samenwerkingsverband waar aan een breed publiek (waaronder scholieren, studenten en nieuwe Nederlanders) historische achtergronden worden gepresenteerd bij actuele kwesties. Doelstelling daarvan is onder meer de maatschappelijke betrokkenheid van burgers te vergroten en hen te betrekken bij maatschappelijke debatten zoals over waarden en normen, integratie en pluriformiteit. Tot slot is op dit terrein ook een belangrijke rol weggelegd voor de samenleving. Daarbij kan worden gewezen op de activiteiten van het door het ministerie van BZK gesubsidieerde Forum voor Democratische Ontwikkeling (FDO), voortgevloeid uit de activiteiten die in 1998 zijn ontplooid in het kader van het 150-jarig bestaan van de Grondwet, evenals de activiteiten van (non-gouvernementele) (mensenrechten)organisaties.

- *Verplichte aandacht voor eigentijds en gedeeld burgerschap*

Omwille van het behoud van de gemeenschappelijke waarden van de democratische rechtsstaat is een sterk ontwikkeld, eigentijds burgerschap nodig als een van de noodzakelijke middelen om de uiterst pluriforme samenleving bijeen te houden. Pas met bepaalde vaardigheden en noties kunnen de abstracte waarden van de democratische rechtsstaat dagelijks in praktijk worden gebracht. In het kabinetsstandpunt «publieke moraal»

¹ Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 454, nr. 2, p. 11.

is daarop uitgebreid ingegaan.¹ Menselijke waardigheid, individuele autonomie, tolerantie en verdraagzaamheid behoren tot die kernnoties.

Verplichte aandacht voor burgerschap in het primair en voortgezet onderwijs

Een goede oefening voor actief en democratisch burgerschap in de samenleving als geheel is de actieve participatie door jongeren zelf in de school. Veel belang moet worden gehecht aan het instandhouden en in de praktijk brengen van sociale en morele waarden en het handhaven van regels binnen de school zelf. In zijn reactie op de adviezen «Onderwijs en burgerschap», «Samen leren leven» en «Vaste grond onder de voeten» van de Onderwijsraad heeft het kabinet de aanbeveling voor een doelbepaling inzake burgerschap in de verschillende sectorwetten voor het primair en voortgezet onderwijs, dan ook overgenomen.² Een dergelijke bepaling geeft een duidelijke opdracht aan de school in het onderwijs aandacht te schenken aan burgerschap en aan de waarden en normen die daaraan ten grondslag liggen. De wijze waarop scholen bijdragen aan burgerschapsvorming wordt niet door de overheid voorgeschreven. Dat is de verantwoordelijkheid van de school zelf, waarover men zich verantwoordt tegenover de omgeving en de onderwijsinspectie. In het voortgezet onderwijs wordt gedurende de hele schoolloopbaan aandacht besteed aan burgerschapsvorming, kennis van verschillende levensbeschouwingen en reflectie op waarden en normen. In de onderbouw bieden de huidige kerndoelen daar aanknopingspunten voor en eveneens het toekomstige leergebied «mens en maatschappij». In de bovenbouw van vmbo, havo en vwo biedt het vak maatschappijleer de mogelijkheid er op een goede manier vorm aan te geven. Het zal dan ook een voor alle leerlingen verplicht vak blijven.³

Gedeeld burgerschap als doel van het integratiebeleid

Het Integratiebeleid Nieuwe Stijl kenmerkt zich door aandacht voor datgene wat diverse groeperingen in onze pluriforme samenleving gemeenschappelijk hebben of zouden moeten hebben. Het kabinet onderstreept daarom het belang van aandacht voor gedeeld burgerschap en daarmee samenhangende waarden en normen in de inburgeringsprogramma's. Indien nieuwkomers wordt gevraagd zich te gedragen naar de basiswaarden die ten grondslag liggen aan de Nederlandse democratische rechtsstaat, is het noodzakelijk dat helder en inzichtelijk wordt gemaakt om welke waarden het gaat en hoe deze in de praktijk gestalte worden gegeven. Daarvoor is het noodzakelijk om ook nieuwkomers kennis bij te brengen van de historische worteling van de Nederlandse democratische rechtsstaat en de betekenis van grondrechten. Daarnaast wil het kabinet het interculturele debat over waarden en normen stimuleren als onderdeel van het integratiebeleid. Reeds eerder is aangegeven dat initiatieven vanuit de samenleving die hierop gericht zijn, zullen worden ondersteund. Meer concreet zal bij het toekennen van subsidies in het kader van het integratiebeleid voorrang worden gegeven aan initiatieven die dialoog tussen allochtonen en autochtonen bevorderen. Dit is voor het kabinet een belangrijk instrument voor de bevordering van gedeeld burgerschap.⁴ Tot slot meent het kabinet dat gedeeld burgerschap inhoudt dat burgers kiezen voor de Nederlandse samenleving en daaraan ook actief deelnemen.

Resumerend

- De Grondwet behoeft geen wijziging.
- Er is geen behoefte aan een hiërarchisering van grondrechten.
- De onderlinge verhouding van grondrechten biedt ruimte voor het aanpakken van problemen die voortvloeien uit een groeiende plurifor-

¹ Kamerstukken II 2003/04, 29 454, nr. 2.

² Vgl. ook de brief «Kerndoelen basisonderwijs», Kamerstukken II 2003/04, 29 488, nr. 1.

³ Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 454, nr. 2, p. 18.

⁴ Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 454, nr. 2, p. 19.

miteit van de samenleving, zoals discriminatie, eerwraak en vrouwelijke genitale verminking.

- Jurisprudentie biedt richtsnoeren en criteria voor de (indirecte) afwijking van grondrechtelijke belangen, zoals die van het discriminatieverbod, de vrijheid van godsdienstbelijdenis en de vrije meningsuiting.
- Wetgeving en rechtspraak tonen aan dat godsdienstvrijheid en de vrije meningsuiting geen vrijbrief zijn voor discriminatie wegens o.a. homoseksuele gerichtheid.
- Het beginsel van scheiding van kerk en staat brengt niet met zich dat op generlei wijze in het publieke domein uitdrukking mag worden gegeven aan godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen.
- Het stellen van voorschriften voor kleding die uitdrukking kan geven aan godsdienstige opvattingen is niet gewenst, tenzij het dringend noodzakelijk is om redenen van functionaliteit, veiligheid of onpersoonlijke gezagsuitoefening.
- Voor onderwijzend personeel van een openbare school kunnen kledingvoorschriften worden opgesteld indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging aanwezig is.
- De verhouding tussen rechtspraak en maatschappelijke praktijk is onderwerp van voortdurende aandacht. Indien beide te zeer uiteen lopen kan zondig het oordeel van de wetgever worden ingeroepen. De noodzaak hiertoe is vooralsnog niet aanwezig.
- Vertrouwen in uitspraken van de rechterlijke macht moet door betere communicatie daarover worden vergroot. Uitleg door persrechters en -officiëren verdient structureel aandacht.
- In een open en pluriforme samenleving mag in debat verantwoordelijkheid en weerbaarheid bij alle partijen worden verondersteld.
- Het ondersteunen en actief uitdragen van de waarden van de democratische rechtsstaat is noodzakelijk, onder meer via verplichte aandacht voor eigentijds en gedeeld burgerschap zowel in het onderwijs als via inburgeringscursussen. Ook het initiatief tot instelling van een Boulevard van het Actuele Verleden en de suggestie om te komen tot een Huis van de Democratie en Vrijheden verdienen in dit kader de aandacht.

Tussen grondrechten bestaan altijd bepaalde spanningsvelden. Voor een beter begrip hiervan is het van belang stil te staan bij de werking van grondrechten, in het bijzonder de reikwijdte en gelding (horizontale en verticale werking), interpretatie, beperkingen, samenloop en botsingen van grondrechten.

1. Reikwijdte en gelding

1.1. Wie en wat worden er beschermd?

De vraag naar de reikwijdte van grondrechten kan worden onderscheiden naar subject en naar object. Bij het subject van het grondrecht gaat het om de vraag: wie is de drager van het grondrecht? De Nederlandse Grondwet (Gw) kent een aantal grondrechten die alleen voor Nederlanders gelden. Genoemd kunnen worden het kiesrecht voor leden van de Tweede Kamer (artikelen 4 en 54 Gw) en het recht op vrije keuze van arbeid (art. 19, derde lid, van de Grondwet). De meeste andere grondrechten gelden echter voor een ieder, zoals het discriminatieverbod (art. 1 Gw), de vrijheid van godsdienst (art. 6 Gw) en de vrijheid van meningsuiting (art. 7 Gw).

Bij de vraag naar het object staat de inhoud van het grondrecht centraal: Wat wordt er door het grondrecht in kwestie beschermd? Welk handelen kan worden aangemerkt als meningsuiting of als het belijden van godsdienst? Zo nam de Hoge Raad in een uitspraak van 1960 aan dat de weigering van verplichte betaling van de AOW-premie niet onder de reikwijdte viel van de vrijheid van godsdienst. In een recentere uitspraak nam de Rechtbank Amsterdam aan dat het rituele gebruik van hallucinerende middelen in erediensten wel viel onder de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst (het ging hier om ayahuasca, die bestanddelen bevat die verboden zijn op grond van de Opiumwet).

1.2. Personen in bijzondere rechtspositie

Een belangrijke kwestie op het terrein van grondrechtenbescherming is in hoeverre personen die in een bijzondere rechtspositie ten opzichte van de overheid verkeren beroep kunnen doen op grondrechten. Hierbij valt in het bijzonder te denken aan ambtenaren, militairen en gedetineerden. Het uitgangspunt is dat deze personen ondanks hun bijzondere status aanspraak kunnen maken op volledige grondrechtenbescherming. Beperkingen op deze grondrechten moeten herleidbaar zijn tot grondwets- of verdragsbepalingen. Toch kan de bijzondere status van de betrokkene specifieke beperkingen met zich brengen. Zo kunnen personen die rechtmatig van hun vrijheid zijn beroofd, worden beperkt in de uitoefening van hun grondrechten, voor zover deze zich niet met de vrijheidsontneming verdraagt (art. 15, vierde lid, Gw). Een gedetineerde zal bijvoorbeeld niet onbeperkt gebruik kunnen maken van zijn recht om te betogen.

1.3. Gelding: verticale en horizontale werking

Grondrechten werken bij uitstek in de verhouding tussen overheid en burgers, ofwel, in verticale verhouding. Bij de algehele grondwetsherziening van 1983 is een positief standpunt ingenomen ten aanzien van de doorwerking van grondrechten in rechtsverhoudingen tussen burgers onderling. Daarbij is aangesloten bij de zogenoemde glijdende schaal van Boesjes. Deze, en in navolging van hem de grondwetgever, onderscheidt vijf niveaus waarop grondrechten in meer of mindere mate horizontale verhoudingen kunnen doorwerken. Bij de totstandkoming van de afzonderlijke artikelen is door de grondwetgever incidenteel ingegaan op de

horizontale werking van het betrokken artikel. Tijdens de parlementaire behandeling is de meest vergaande doorwerking mogelijk geacht bij artikel 6 Gw (godsdienvrijheid). Maar ook bij de artikelen 10 en 11 Gw is de mogelijkheid van doorwerking in de verhouding tussen burgers uitdrukkelijk erkend. De grondwetgever heeft de ontwikkeling in de rechtspraak op dit gebied echter vrij willen laten. De doorwerking zou per artikel per artikelonderdeel en afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kunnen verschillen. Uit het *Evaluatieonderzoek naar de grondwetsherziening* (Gerbranda & Kroes, 1993) blijkt dat in de rechtspraak sinds 1983 (tot 1993) de horizontale werking over het algemeen wordt geaccepteerd (p. 123 en 154). Het sterkst lijkt deze te zijn bij de artikelen 6 (godsdienvrijheid en levensbeschouwing), 7 (meningsuiting) en 8 Gw (vrijheid van vereniging). Geconcludeerd wordt onder andere dat «de vele rechterlijke uitspraken waarbij de eerbiediging van grondrechten door medeburgers de inzet van een geding is, laten zien dat er een behoefte bestaat deze rechten ook als norm voor de relaties tussen burgers onderling te hanteren.»

Botsing van grondrechten

Een specifieke verschijningsvorm van het vraagstuk van de horizontale werking van grondrechten is dat van botsende grondrechten. Dergelijke botsingen kunnen plaatsvinden op vele terreinen. Hierbij valt, bijvoorbeeld, te denken aan beledigende uitspraken over een bepaalde godsdienst (de vrijheid van meningsuiting versus het non-discriminatiebeginsel) of een homoseksuele onderwijzer die van een bijzondere school wordt geweerd (discriminatieverbod versus de vrijheid van onderwijs). De vraag welk grondrecht in een concreet geval prevaleert is lastig te beantwoorden. Er is geen sprake van een algemene voorrang van het ene boven het andere grondrecht. Wetgeving biedt wel zekere handvatten, denk bijvoorbeeld aan de strafrechtelijke regels inzake belediging en de Algemene wet gelijke behandeling. In dat geval geeft de wetgever, voor bepaalde categorieën van botsingen tussen grondrechten, duidelijke aanwijzingen voor de beantwoording van de vraag welk grondrecht in een concreet geval moet prevaleren. Vele botsingen van grondrechten zijn echter niet specifiek geregeld in wetgeving. In dat geval zal de rechter een oplossing moeten vinden via de regels van het onrechtmatige daadsrecht (art. 6:162 Burgerlijk Wetboek). De rechter zal dan, in het licht van de concrete omstandigheden van het individuele geval, tot een oordeel moeten komen. De uitkomst van de belangenafweging laat zich moeilijk voorspellen.

2. Interpretatie

Een belangrijke vraag is voorts wie de reikwijdte van grondrechten bepaalt. In abstracto bepaalt de staat als wetgever of sluiters van verdragen de reikwijdte van grondrechten. In concreto is het echter de taak van het bestuur en de rechter deze reikwijdte nader in te vullen. In dit verband kan worden onderscheiden tussen de subjectieve en de objectieve interpretatie. Bij een subjectieve interpretatie houdt de rechter bij de vaststelling van de reikwijdte van een grondrecht rekening met de opvattingen van de drager van het grondrecht zelf. Bij een objectieve interpretatie doen deze opvattingen van de drager van het grondrecht niet ter zake. De grondwetgever van 1983 heeft uitgesproken zich bewust te zijn van het vraagstuk van de doorwerking van de eigen opvattingen van de drager van het grondrecht op de reikwijdte ervan. Zij heeft hier overigens slechts de conclusie aan verbonden dat niet elke claim met een beroep op grondrechten kan worden gehonoreerd.

De kwestie van de reikwijdte is zeer belangrijk: in geval de rechter van oordeel is dat een bepaalde handeling niet onder de reikwijdte van een

bepaald grondrecht valt, komt hij immers niet meer toe aan de vraag of er terecht beperkingen zijn gesteld op het ingeroepen grondrecht.

3. Beperkingen

Grondrechten kunnen niet onbeperkt gelden. Beperking van de uitoefening van grondrechten is soms nodig vanwege zwaarwegende maatschappelijke belangen, zoals het opsporen en vervolgen van verdachten. Ook kunnen beperkingen worden gesteld aan de grondrechten van de een ter bescherming van die van de ander. Zo zijn bepaalde discriminerende meningsuitingen strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht. De kwestie van de beperkingen speelt vooral bij de zogenaamde klassieke grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst en niet zozeer bij de sociale grondrechten, die immers naar hun aard ruimer zijn geformuleerd (bijv. art. 21, eerste lid, van de Grondwet: «De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid«).

De overheid kan echter niet zomaar inbreuk maken op fundamentele rechten van burgers. De bevoegdheid hiertoe dient op de wet zijn terug te voeren, zo volgt uit het legaliteitsbeginsel. De grondwetgever heeft bij de Grondwetswijziging van 1983 uitdrukkelijk gekozen voor een systeem waarin de beperkingen op de grondrechten zo nauwkeurig mogelijk moeten worden aangegeven. De grondwetgever koos voor een systeem van bijzondere beperkingen en wees de leer van de algemene beperkingen af; de grondrechten opgenomen in Hoofdstuk 1 van de Grondwet 1983 kunnen slechts worden beperkt volgens in de Grondwet opgenomen voorwaarden.

3.1. Bijzondere beperkingen

Drie varianten van bijzondere beperkingen zijn (al dan niet gecombineerd) in de Grondwet terug te vinden:

(1) *Competentievoorschriften*. De bevoegdheid tot het beperken van het grondrecht wordt voorbehouden aan een bepaald overheidsorgaan. In dit verband is de door de Grondwet gebruikte terminologie van groot belang. Indien de Grondwet spreekt van «wet», wordt daar altijd wet in formele zin mee bedoeld. Als een grondrecht «bij de wet» kan worden beperkt, betekent dit dat alleen de formele wetgever deze beperking kan opleggen. De vrijheid van meningsuiting kan bijvoorbeeld alleen worden beperkt door de formele wetgever, aangezien art. 7, eerste lid, Gw spreekt van «behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet».

Indien de termen «bij of krachtens de wet» of «de wet stelt regels» (enigerlei vorm van het werkwoord regelen) worden gebruikt, is delegatie door de formele wetgever aan een lagere regelgever (bijv. de gemeenteraad) geoorloofd. De formele wetgever moet dan wel daadwerkelijk in een bijzondere wet van deze bevoegdheid hebben gebruik gemaakt. Zo kan de wet ten aanzien van het recht tot vergadering en betoging regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden (zie art. 9, tweede lid, Gw). De formele wetgever heeft in art. 4, eerste lid, van de Wet openbare manifestaties van deze bevoegdheid gebruik gemaakt.

(2) *Doelcriteria*. Deze methode houdt in dat de beperking op het grondrecht bepaalde expliciet in het grondwetsartikel genoemde doelen moet dienen, zoals de bescherming van de gezondheid en de voorkoming van wanordelijkheden. Deze twee beperkingsmethoden kunnen

ook worden gecombineerd. Zo kan het recht tot vereniging uit art. 8 Grondwet bij de wet worden beperkt in het belang van de openbare orde.

- (3) *Procedureregels*. Deze regels houden in dat de overheid bij de inbreuk op het grondrecht aan bepaalde formaliteiten moet voldoen, zoals voorafgaande legitimatie en mededeling van het doel van het binnentreden van een woning (art. 12, tweede lid, van de Grondwet).

Voorts dienen de beperkingen in het licht van het EVRM veelal te beantwoorden aan een dringende maatschappelijke behoefte en dienen zij noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving. Verder dienen zij proportioneel te zijn: dat wil zeggen dat de voorschriften waarmee een beperking op het grondrecht wordt gemaakt, in een evenredige verhouding tot het nagestreefde doel moeten staan en derhalve in dat licht niet een te zwaar middel mogen zijn. Voorts dienen de beperkende voorschriften voldoende concreet en voorzienbaar te zijn, zodat het betrokkenen helder is waarnaar zij zich hebben te richten. Ten slotte dienen de argumenten waarmee de beperking wordt onderbouwd voldoende relevant en voldoende zwaarwegend te zijn.

3.2. Algemene beperkingen

Bovenstaande beperkingsmethoden zijn met het oog op een bepaald grondrecht vastgesteld of zijn op een bepaald grondrecht gericht. Een belangrijke vraag is of naast deze bijzondere beperkingen ook nog algemene beperkingen mogelijk zijn, dat wil zeggen beperkingen die niet op de Grondwet zijn gebaseerd.

Bij de Grondwetsherziening van 1983 nam de regering het standpunt in dat beperkingen op grondrechten in beginsel slechts toelaatbaar zijn, indien zij *herleidbaar* zijn tot een grondwettelijke beperkingsclausule. Dit principiële uitgangspunt houdt in dat iedere beperking van grondrechten terug te voeren moet zijn op de Grondwet. De regering gaf wel een aantal mogelijke uitzonderingen op dit principe. Zo kan de redelijke uitleg van een grondrechtenartikel bepaalde grenzen met zich mee brengen. Het gaat hier om voorschriften die in het algemeen gelden en als neveneffect hebben dat zij grondrechten beperken, alhoewel zij niet zijn terug te voeren op een grondwettelijke beperkingsclausule. Zo kunnen brandweervoorschriften de uitoefening van de vrijheid van vergadering in een bepaalde ruimte verbieden. Daarnaast kan de vrijheid van meningsuiting worden beperkt door voorschriften ingevolge de Wet milieubeheer en de Woningwet, die de bouw en instandhouding van drukkerijen aan een vergunning binden. In de rechtspraak worden dergelijke algemene beperkingen wel aanvaard. Zo was de Hoge Raad van oordeel dat een drukkerij mag worden onderworpen aan allerlei technische eisen van de Hinderwet (onder meer in verband met geluidsoverlast) en dat deze voorwaarden geen inbreuk maken op de vrijheid van drukpers, zoals beschermd door artikel 7 Grondwet.

3.3. Misbruik van recht

Een beroep op een grondrecht kan niet worden gedaan, indien daarmee wordt beoogd de grondrechten van de ander teniet te doen. Dit uitgangspunt is onder meer neergelegd in artikel 17 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (zie ook bijlage 3, par. 1.2.2). Het verschijnsel is ook onderkend bij de Grondwetsherziening van 1983 (o.a. Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 8). Een bepaling als artikel 17 EVRM is in de Grondwet echter niet opgenomen. Een dergelijke expliciete bepaling heeft immers geen nut, nu zij een bepaalde maatschappelijke of politieke ontwikkeling niet kan tegenhouden. Daarnaast bieden de bestaande

beperkingclausules bij een aantal grondrechten al de nodige mogelijkheden om bepaalde maatregelen te treffen, indien dat ooit wenselijk mocht worden. Voorts zou met opneming van een aparte bepaling een politieke component in de rechterlijke beoordeling worden geïntroduceerd (vgl. Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 7, p. 4). Dat is onwenselijk, en waarschijnlijk ook de reden waarom artikel 17 EVRM tot op heden slechts een enkele keer is toegepast.

4. Overlap

Van overlap van grondrechten (ook wordt wel gesproken van concurrentie van grondrechten) is ten slotte sprake indien een gedraging wordt gedekt door meerdere grondrechten. Een uiting die is gebaseerd op een godsdienstige opvatting wordt bijvoorbeeld gedekt door zowel de vrijheid van meningsuiting als door de vrijheid van godsdienst.

1. Non-discriminatie

Sinds 1798 bevat de Nederlandse Grondwet gelijkheidsbepalingen. Deze beoogden primair de afschaffing van de standenmaatschappij en garandeerden de gelijkheid van iedere burger voor de wet «zonder onderscheid van rang of geboorte». Sinds 1815 bevatte de Grondwet een bepaling, inhoudende dat ieder die zich op het grondgebied van het Rijk bevond, gelijke bescherming van persoon en goederen ten deel viel. Het grondrecht is thans opgenomen in artikel 1 van de Grondwet. De huidige tekst daarvan dateert van 1983 en luidt als volgt:

«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.»

Het grondrecht houdt niet in dat alle mensen precies dezelfde rechten en plichten zouden moeten hebben. De essentie van het grondrecht is, dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en dat ongelijke behandeling gerechtvaardigd moet zijn. Het discriminatieverbod van de tweede zin van artikel 1 Gw geeft aan het gebod om gelijke gevallen gelijk te behandelen meer inhoud en concretiseert dit voor zover het verbod de genoemde kernmerken betreft. Terwijl de eerste zin met name voor de wetgever een grote beleidsvrijheid openlaat, schrijft de tweede zin voor dat discriminatie wegens de daar genoemde kenmerken in geen geval is toegestaan (Kamerstukken II, 13 872, nr 3, p. 25).

Het belang van artikel 1 van de Grondwet en het feit dat de Grondwet met deze bepaling begint, hebben de vraag doen rijzen of artikel 1 voorrang heeft boven andere grondrechten. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit niet het geval is. De minister van Binnenlandse Zaken gaf in 1976 tijdens de parlementaire behandeling van de grondwetsherziening aan dat voor de inhoud en de rechtsgevolgen van de artikelen de volgorde van geen enkel belang is (Handelingen II, 1976–1977, p. 2116–2117). Het is derhalve aan de wetgever of de rechter om in voorliggende gevallen een keuze te maken. Daarbij moeten uiteraard in concreto keuzen worden gemaakt.

Op deelterreinen is aan artikel 1 Gw een nadere uitwerking gegeven. Dit is gedaan in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) die op 1 september 1994 in werking trad. Hoofdregel van de wet is dat het maken van (een aantal met name genoemde vormen van) onderscheid verboden is op een aantal maatschappelijke terreinen en ten aanzien van een aantal in het maatschappelijke verkeer belangrijke handelingen. De wet bevat voorts een aantal (expliciete) uitzonderingen op deze hoofdregel.

Voorts zijn de strafrechtelijke discriminatiebepalingen van belang (artt 137c-g en 429 quater Sr). Zij bieden kwetsbare groepen bescherming tegen kritische opmerkingen over die groepen.

Uitlatingen kunnen er in beginsel al snel onder worden gebracht, in het bijzonder onder art. 137c Sr, belediging op grond van ras, geslacht e.d.; in uitzonderingsbepalingen is niet voorzien, in afwijking van bijvoorbeeld art. 137e Sr («anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving») of art. 266 Sr («gepaste behartiging van openbare belangen»), ook al was dat wel voorgesteld (vgl. o.a. Schimmel-Bonder, Wetgeving inzake verbod van discriminatie, Ae 1992, p. 417). De vrijheid van meningsuiting en godsdienstvrijheid werpen echter een drempel op voor een al te snelle veroordeling.

Het grondrecht is voorts opgenomen in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (o.a. in art 1, 2 en 7) en diverse mensenrechtenverdragen (o.a. art. 26 IVBPR en artikel 14 EVRM). In het kader van de VN zijn specifieke verdragen met betrekking tot non-discriminatie tot stand gekomen: het VN-verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie en het VN-verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen. Onlangs is naast artikel 14 van het EVRM, op grond waarvan het discriminatieverbod slechts kan worden ingeroepen in combinatie met andere rechten uit het EVRM, het Twaalfde Protocol bij het EVRM tot stand gekomen. Daarin is het non-discriminatiebeginsel neergelegd dat tot doel heeft de bescherming die het EVRM biedt tegen discriminatie te versterken door het een zelfstandige status te geven. Het protocol ligt momenteel ter goedkeuring bij de Eerste Kamer (Kamerstukken I 2003/04, 28 100). Ook in het gemeenschapsrecht speelt het beginsel van non-discriminatie een belangrijke rol. Artikel 13 van het EG-Verdrag biedt de Europese Gemeenschap de mogelijkheid discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden. Artikel 141 van het EG-Verdrag bevat de eis van gelijke behandeling van mannen en vrouwen voor gelijke arbeid. Aan deze verdragsartikelen is uitwerking gegeven in een aantal EG-richtlijnen. Het beginsel van non-discriminatie komt voorts tot uitdrukking in bepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers (art 39 EG-Verdrag) en van diensten (art. 49 EG-Verdrag) en in het verbod van discriminatie naar nationaliteit (artikel 12 EG-Verdrag).

2. De vrijheid van godsdienst

2.1. Korte ontstaansgeschiedenis

De vrijheid van godsdienst heeft haar wortels in de religietwisten van de zestiende en zeventiende eeuw. De overheid was veelal slechts in staat een godsdienstoorlog te voorkomen door de burger voortaan een private sfeer te laten waarin hij vrij was zijn eigen godsdienst naar eigen inzicht te belijden. De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst was in die tijd beperkt. Het bevatte het inquisitieverbod en het recht van huiselijke godsdienstbeoefening. Als (vermoedelijk) eerste juridische bepaling waarin dit is gegarandeerd, geldt artikel XIII van de Unie van Utrecht (1579), waarin is opgenomen:

«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.»

Buiten de sfeer van het eigen huis was de overheid volledig bevoegd regels te stellen ten aanzien van de godsdienst. Meestal deed zij dat ten gunste van de heersende gereformeerde religie. Aan die verstrengeling tussen kerk en staat werd in latere eeuwen een einde gemaakt. In de negentiende eeuw werd iedereen het recht op openbare godsdienstbeoefening toegekend. Alle godsdiensten hebben sindsdien gelijke bescherming.

Het recht op de belijdenis van een eigen godsdienst of levensovertuiging is thans verankerd in artikel 6 van de Grondwet. In aansluiting op de mensenrechtenverdragen werd bij de grondwetsherziening van 1983 de bescherming van de godsdienstvrijheid in artikel 6 Gw uitgebreid met die van de vrijheid van levensovertuiging, zoals het humanisme, atheïsme en de vrijmetselarij. Dit was volgens de regering ook in overeenstemming met «de overtuiging, die in de nationale sfeer gaandeweg is gegroeid, dat in de verhouding tot de overheid tussen godsdienst en levensovertuiging geen verschil dient te worden gemaakt.» (Kamerstukken II, 1975/76, n 3,

p. 28). Overigens overwoog de regering dat een afzonderlijke regeling in veel gevallen de netelige vraag kan oproepen of een bepaalde overtuiging tot de godsdienst dan wel tot de levensovertuiging moet worden gerekend. Eén grondrechtartikel voor beide voorkomt dergelijke vragen en het mogelijke daaruit voortvloeiende dispuut. Voorts onderkende de regering dat sommige overtuigingen zozeer zijn verweven met opvattingen over het maatschappelijk bestel, dat het uitdragen van de overtuiging al snel op het terrein zou kunnen komen dat door de vrijheid van meningsuiting zou kunnen worden bestreken. «Brengt men evenwel de vrijheid van levensovertuiging in nevenschikking met de vrijheid van godsdienst, dan wordt hiermee «een richtsnoer gegeven aan de interpretatie».» (Kamerstukken II, 1975/76, n 3, p. 29). Hoewel de regering erkende dat godsdienst en levensovertuiging een eigen karakter vertonen, neemt dat voor haar niet weg, «dat deze verschillen voor zover betreft de waarborging van vrijheid, bescherming en gelijkheid niet van invloed kunnen zijn» (Kamerstukken II, 1975/76, n 3, p. 29).

Behalve in artikel 6 Gw vindt de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging haar grondslag in artikel 9 van het EVRM en artikel 18 van het IVBPR. Met een verwijzing naar de ontstaansgeschiedenis van het grondrecht geeft het EHRM het belang van de godsdienstvrijheid als volgt weer:

«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 that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, inter alia, freedom to «manifest (one's) religion». Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions» (EHRM, Kokkinakis, uitspraak van 25 mei 1993, Series A, nr. 260, par. 31).

Aldus waarborgt de godsdienstvrijheid religieuze pluriformiteit en gelijkwaardigheid van religies. Tot ver in de twintigste eeuw leverde deze waarborgfunctie geen erg grote problemen op. Dit was (mede) het geval vanwege de inbedding van de pluriformiteit van religies in een systeem van overwegend christelijk waarden. Secularisatie, individualisering en de multicultureel geworden samenleving hebben de beperkte pluriformiteit echter veranderd in een radicalere pluriformiteit en de godsdienst haar theologische en transcendentale basis ontnomen. Tot op zekere hoogte heeft dit ertoe geleid dat de godsdienstvrijheid als minder vanzelfsprekend wordt ervaren en (meer) vragen is gaan oproepen, zoals ten aanzien van de reikwijdte van de godsdienstvrijheid.¹

2.2. Reikwijdte van het recht op vrijheid van godsdienst of levensovertuiging

De reikwijdte van de godsdienstvrijheid is bepalend voor het antwoord op de vraag of een bepaalde gedraging, bijvoorbeeld een uitspraak op grond van de Bijbel of de Koran, de bescherming geniet van het grondrecht. Bij het bepalen van de reikwijdte kunnen twee vragen worden onderscheiden. De eerste is die naar de vraag of er sprake is van een godsdienst(ige praktijk).² Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, speelt de vervolgvraag of een bepaalde gedraging ook als een uiting van die godsdienst of behorend tot de godsdienstige praktijk kan worden beschouwd. Pas indien ook deze vraag bevestigend wordt beantwoord, komen moge-

¹ Zie evenwel voor het belang van de vrijheid van godsdienst in het buitenlands beleid:

Kamerstukken II 1997/98, 25 992, nrs.1-2 en Kamerstukken II 2003/04, 25 992, nr. 3.

² Vgl. in deze zin ECRM, X vs. VK, 4 oktober 1977, zaaknr. 7291/75: «It is evident that such facilities (for the manifesting of his religion) are only conceivable if the religion to which the prisoner allegedly adheres is identifiable. The Commission observes that in the present case the applicant has not mentioned any facts making it possible to establish the existence of the Wicca religion.»

lijke beperkingen op het grondrecht en eventuele botsingen met andere grondrechten aan de orde.

Object van de godsdienstvrijheid: godsdienst(ige) praktijk

Beantwoording van de vraag wat het object van de vrijheid van godsdienst (of levensovertuiging) is, levert veelal geen of nauwelijks problemen op indien het gaat om gevestigde godsdiensten zoals degene behorend tot het christendom, jodendom, hindoeïsme en de islam. Bij sekten of niet-gevestigde religies ligt deze vraag problematischer. Men zal daarbij overigens zelfs voorzichtig moeten zijn met niet-erkenning, wil men zich niet zelf het verwijt van discriminatie op de hals halen.¹

De vraag of er sprake was van een godsdienst(ige) praktijk speelde onder andere in twee kwesties rondom Kloosterorde der Zusters van Sint Walburga, sectie Nederland van de Kerk van Satan. In de eerste zaak (Hoge Raad, NJ 1987, 173) wilde Sint Walburga gevrijwaard blijven van regelmatige politiecontrole en beriep zich daarbij op artikel 123, onder 2, Sv (oud; thans artikel 12, onderdeel b, van de Algemene wet op het binnentreden). Daarin is onder andere bepaald dat ruimten bestemd voor godsdienstoefeningen gedurende die oefening niet mogen worden betreden. Het Hof oordeelde echter dat art. 123 aanhef en onder 2e, Sv, hier toepassing mist. Terecht, volgens de Hoge Raad, die daartoe, voor zover hier van belang, als volgt overwoog:

«Het middel komt in zijn geheel neer op de klacht dat het hof heeft blijk gegeven van een te beperkte opvatting van het begrip «godsdienst» en daarmee van het begrip «godsdienstoefening» in de zin van art. 123 onder 2e Sv. De klacht faalt. Het hof heeft uit de door de Staat overgelegde processen-verbaal van politie afgeleid dat de activiteiten van Sint Walburga zich niet onderscheiden van die van een gewone sexclub en dat noch bij de betalende bezoekers noch bij de door Sint Walburga als «zusters» aangeduide optredende vrouwen enigerlei religieuze ervaring is waar te nemen, zulks na te hebben vastgesteld dat Sint Walburga die processen-verbaal slechts op detailpunten heeft weersproken en in hoger beroep op dit punt slechts heeft betoogd dat haar rituelen zijn ontleend aan een lange traditie van satanisme, vruchtbaarheidscultus, zwarte magie en zwarte misvieringen, heksendom en soortgelijke verschijnselen.»

De tweede Sint-Walburga-zaak (HR 22 maart 1989, BNB 1990, 161) sluit hier bij aan. In deze zaak oordeelt de Hoge Raad over de verrichtingen binnen de Kerk van Satan «, die van seksueel-erotische aard zijn en zich richten op een publiek dat is geïnteresseerd in seksclubs en wat daarmee verwant is, in het maatschappelijk verkeer niet als verrichtingen van religieuze aard worden beschouwd.»

Uit deze uitspraken blijkt dat de rechter niet afgaat op het subjectieve oordeel van de «gelovigen», maar naar aanleiding van maatschappelijke opvattingen vaststelt of er sprake is van een godsdienst(ige) praktijk. In dit verband stelt A-G Franx in zijn conclusie bij het eerste Sint-Walburga-arrest terecht: «niet alles wat zich «godsdienst» noemt (is) «godsdienst» in de zin van art. 6 Gw (...) de begrippen godsdienst en godsdienstuioefening zijn niet louter subjectief in die zin dat reeds de pretentie van «belijders» of «beoefenaren» voldoende is om van «godsdienst(oefening) te kunnen spreken».

Object van de godsdienstvrijheid: uiting van een godsdienst(ige) praktijk

Bij de bepaling of een gedraging uitdrukking geeft aan de godsdienst(ige) praktijk of levensovertuiging staat eveneens het objectieve karakter centraal. Uitgangspunt in de jurisprudentie is dat de vrijheid van godsdienst alleen betrekking heeft op «handelingen die naar (...) (hun) aard in

¹ R Emmelink in Noyon/Langemeijer, Wetboek van Strafrecht, art. 137c, aant. 4.

enigerlei vorm uitdrukking geven aan godsdienst of levensovertuiging.» (HR, 13 april 1960, NJ 1960, 436). Het moet gaan om een gedraging waardoor de betrokkene «naar objectieve maatstaven een directe uitdrukking geeft aan zijn godsdienst of levensovertuiging» (vgl. ARRvS 20 januari 1983, AB 1983, 389; ARRvS 7 april 1983, AB 1983, 430). Voorts overwoog de ECRM in de zaak Arrowsmith dat «the term «practice» as employed in art. 9.1 does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief. (...) 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.»

In de hiervoor weergegeven zaak (Sint Walburga) was er evident geen sprake van handelingen die naar objectieve maatstaven uitdrukking gaven aan een godsdienst. In een andere zaak, tegen de Santo Daime kerk, ging het echter om een twijfelgeval (Rechtbank Amsterdam, 21 mei 2001, ELRO-nummer 25 479). De rechtbank oordeelde na raadpleging van deskundigen dat de door de Santo Daime Kerk aangehangen leer moet worden aangemerkt als een geloofsovertuiging en het gebruik van de ayahuasca thee met daarin dimethyltryptamine (DMT), een stof vermeld op lijst 1, sub C van de Opiumwet, zijnde het meest belangrijke sacrament binnen de erediensten van deze kerk, als een essentieel onderdeel van de religieuze beleving van de gelovigen. Verdachte had verklaard dat de kerk haar steun en kracht geeft en dat de thee tezamen wordt gebruikt met dans en het zingen van hymnen. Om deze redenen moet volgens de rechtbank de overtuiging van de verdachte worden aangemerkt als een «religieuze overtuiging, welke overtuiging alsmede de uitoefening van het heilig sacrament waarin deze overtuiging tot uitdrukking wordt gebracht de bescherming van artikel 9 EVRM genieten.» Bij haar beoordeling baseert de rechtbank zich in deze zaak met name op (objectieve) deskundigenrapporten. Daarnaast weegt de rechtbank in bepaalde mate ook de subjectieve uitleg mee die de verdachte aan haar gedrag geeft. Prof. Vermeulen heeft dit ook wel genoemd het «recht» op zelfinterpretatie van de godsdienst(uiting) door de gelovige. Dit recht hangt weer samen met het beginsel van «interpretatieve terughoudendheid» van de rechter. Beide beginselen worden gehanteerd bij de beoordeling of iets als een godsdienstige handeling kan worden beschouwd.¹

Het beginsel van de interpretatieve terughoudendheid is gebaseerd op de overweging dat het op godsdienstig terrein niet aan buitenstaanders (inclusief overheidsorganen) is om uit te maken wat een gelovige onder (het belijden van) zijn godsdienst heeft te verstaan, een overweging die des te meer klemmt in geval van confrontatie met een «vreemde» godsdienst.²

Sinds 1957 maakt het beginsel deel uit van vaste jurisprudentie (HR 15 februari 1957, NJ 1957, 201). Het houdt onder andere in dat het tot iemands godsdienstvrijheid behoort zijn eigen interpretatie van de bronnen van die godsdienst er op na te houden. Zo besliste het Hof te Arnhem dat het evangelistenecht paar Goeree de vrijheid had een eigen interpretatie van het evangelie van Mattheüs in woord en geschrift te verkondigen (Gerechtshof Arnhem, 29 mei 1987, NJ 1987, 816; AB 1987, 199):

«Dat de overgrote meerderheid van de christelijke kerken inmiddels afwijzend zou hebben gereageerd op de interpretatie van (De Goerees) van dat evangelie – met name Mattheus 27:25 («En al het volk antwoordde en zeide: Zijn bloed kome over ons en onze kinderen!») – doet aan die vrijheid niet af. Appellanten behoeven zich geenszins te richten naar een (overgroot) meerderheidsstandpunt bij hun godsdienstverkondiging.»

¹ Vgl. Vermeulen, in: Akkermans/Koekkoek (red.), de Grondwet, Zwolle 1992, p. 113–118.

² Vgl. Vermeulen, in: Akkermans/Koekkoek (red.), de Grondwet, Zwolle 1992, p. 124, en B. C. Labuschagne, Godsdienstvrijheid en niet-gevestigde religies, Groningen, 1994, p. 52–53, 280.

Voorts komt het beginsel treffend aan de orde in een strafzaak tegen een islamitische vader die zijn dochter niet had laten deelnemen aan gemengde zwemlessen op een openbare basisschool (HR, 26 mei 1992, NJ 1992, 568). De rechtbank veroordeelde hem in hoger beroep wegens overtreding van de Leerplichtwet. Daartoe overwoog en besliste de rechtbank naar aanleiding van een gevoerd verweer onder andere dat:

«deze stelling (niet-ontvankelijkheid van het OM omdat de Leerplichtwet de vrijheid van godsdienst zou beperken, aangezien de Islam het gemengde zwemmen zou verbieden) moet worden verworpen aangezien dit laatste niet voortvloeit uit de Sura 24, in het bijzonder vers 31, zoals door de raadsman betoogd, daar in casu geen sprake is van het ontbloot zijn van de boezem of enig andere daarin vermelde omstandigheid.»

De zaak gaat door naar de Hoge Raad, waar A-G Fokkens in zijn conclusie onder meer opmerkt dat «voor zover het middel bezwaar maakt tegen de uitleg van de Koran (...) het terecht (is) voorgesteld. De rechter dient zich niet te buigen over de innerlijke waarde van de aangevoerde bezwaren.» Vervolgens verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep, «wat er zij van hetgeen de rechtbank met betrekking tot de uitleg van de Koran heeft overwogen.» Annotator 't Hart voegt daaraan toe dat hij «het ingaan door de rechtbank op de tekst van de Koran (...) ongelukkig en niet overtuigend (vindt).» Hij onderstreept ook de praktische kant van de zaak: evenals in andere strafzaken waarbij verdachten zich beriepen op hun christelijke geloof, zou een discussie tussen rechter en verdachte over bijbelteksten niets hebben uitgehaald, omdat zelfs professionele theologen er al niet uitkomen.

Ook de Commissie Gelijke Behandeling oordeelt volgens het beginsel van interpretatieve terughoudendheid. Volgens haar vallen ook geloofsopvattingen die slechts door een deel van een bepaalde geloofsgemeenschap worden gehuldigd onder de werking van de Awgb. Zij voegt daaraan echter toe dat dit (slechts) anders is indien er sprake is van een «individuele, subjectieve opvatting die niet meer algemeen als geloofsuiting van leden van de geloofsgemeenschap of een bepaalde richting daarbinnen kan worden beschouwd.»

Samenvattend komt het voorgaande er op neer dat de reikwijdte van de godsdienstvrijheid in beginsel wordt vastgesteld naar aanleiding van maatschappelijke opvattingen of objectieve criteria. Daarnaast is er in bepaalde mate ruimte voor de subjectieve geloofsopvatting van de betrokkene (zelfinterpretatie van de gelovige). Dit houdt verband met de interpretatieve terughoudendheid van de rechter. Deze terughoudendheid zal zich doorgaans met name voordoen bij minder evidente gevallen van godsdienst(uitingen). Deze gaat echter niet zover dat in de minder evidente gevallen de subjectieve opvatting van de gelovige de doorslag geeft.

Bezien tegen deze achtergrond van het recht is er principieel niets op tegen dat groepen of enkelingen binnen het christendom of de islam de Bijbel respectievelijk de Koran veel fundamentalistischer uitleggen dan de meerderheid dat doet. Een en ander is mede van belang voor de beoordeling van de proportionaliteit van bepaalde uitlatingen die zijn gebaseerd op godsdienstige opvattingen. Indien de interpretatie al te ver verwijderd staat van de brontekst, kan de interpretatie immers, hoewel vallend onder de bescherming van godsdienstvrijheid, «onnodig» grievend zijn. Een bijzondere rol bij deze beoordeling is weggelegd voor getuige-deskundigen.

In zaken waarin godsdienstkwesties aan de orde zijn, wordt regelmatig gebruik gemaakt van getuige-deskundigen. De hiervoor genoemde Daime zaak en de hierna nog te behandelen El Moumni-zaak zijn daar voorbeelden van. In de Daime zaak oordeelde de rechtbank dat op grond van deskundigenrapporten en de statuten van de Daime-kerk, deze kerk moest worden aangemerkt als een kerkgenootschap, de aangehangen leer als een geloofsovertuiging en het gebruik van de ayahuasca thee als een essentieel onderdeel van de religieuze beleving van de gelovigen. In de El-Moumni-zaak concludeerde een eerste deskundige dat «verdachte zijn uitlatingen kon baseren op teksten van de Koran en op uitspraken van de profeet, d.w.z. op fundamentele geschriften, waaraan verdachte zijn godsdienstige overtuiging (mede) ontleent. Een tweede deskundige concludeerde dat het rapport van de eerste deskundige «homoseksualiteit benadert vanuit het traditionele standpunt van de islamitische wet en van daaruit een perfecte weergave is van het traditionele standpunt van moslimjuristen.» Het Hof oordeelde dat «Mede in het licht van de conclusies van genoemde deskundigen (...) de uitlatingen zijn aan te merken als een weergave van een in de islamitische godsdienst verankerd geloofsvatting.» Aldus stellen getuige-deskundigen de rechter in bepaalde gevallen (beter) in staat de vraag te beantwoorden of een gedraging de bescherming geniet van de godsdienstvrijheid.

3. De vrijheid van meningsuiting

3.1. Korte ontstaansgeschiedenis

De vrijheid van meningsuiting heeft in Nederland een lange geschiedenis. De Republiek der Nederlanden kende een – in vergelijking tot de omliggende landen – ruime mate van drukpersvrijheid. Verboden van bepaalde drukwerken werden slechts incidenteel ten uitvoer gelegd; censuur bestond voornamelijk met betrekking tot theologische geschriften. Vanaf de inlijving van Frankrijk werd de censuur evenwel algemeen ingevoerd en toegepast. Na het verkrijgen van de onafhankelijkheid in 1814 werd de censuur afgeschaft. In 1815 werd, op verzoek van de Belgen, de vrijheid van drukpers opgenomen in de Grondwet (art. 227). Bij de grondwetshervorming van 1848 kreeg de drukpersvrijheid de formulering die zij sindsdien, behoudens tekstuele wijzigingen, heeft gehouden. In 1983 ten slotte zijn – naast de drukpersvrijheid – ook uitingen via radio en televisie en «andere middelen» (artikel 7, derde lid) onder de reikwijdte van het grondwetartikel inzake vrijheid van meningsuiting gebracht.¹

Het tweede lid van artikel 7 van de Grondwet bevat een opdracht tot wettelijke regeling van radio en televisie. Bij «radio en televisie» gaat het om het «gelijktijdig uitzenden van boodschappen aan meerdere personen, die deze door middel van de radio en televisie ontvangen» (Kamerstukken II, 1984/85, 19 136, nr 1–3, p. 53). De wetgever heeft in beginsel een grote beleidsvrijheid om de meningsuiting via radio en televisie te beperken. Censuur op de inhoud van een individuele radio- of televisie-uitzending is echter niet toegestaan. Daarnaast moet een beperking altijd zijn terug te voeren op een wet in formele zin. Artikel 7, derde lid, van de Grondwet geeft een «vangnetregeling» die slechts van toepassing is op uitingsmiddelen die niet vallen onder het eerste lid (drukpers) of het tweede lid (radio en televisie). In de memorie van toelichting bij deze bepaling worden als uitingsvormen film, toneel, expositie, concert, ballet, chanson en het gesproken woord genoemd (Kamerstukken II, 1975/76, 13 872, nr 3, p. 35). Later werden bandopnamen, grammofonplaten, videotapes en filmrollen aangeduid als onder het derde lid vallende uitingsmiddelen (Kamerstukken II, 13 872, nr 4, p. 92). Ten aanzien van de uitingsmiddelen

¹ In het Kabinetsstandpunt «Grondrechten in het digitale tijdperk» heeft de regering aangekondigd een wetsvoorstel tot wijziging van artikel 7 Grondwet voor te bereiden met het oog op de recente ontwikkelingen op het terrein van de informatie- en communicatietechnologie en de gevolgen daarvan voor de Nederlandse samenleving.

die onder dit artikellid vallen is voorafgaand verlot wegens de inhoud verboden. Vergunningenstelsels die niet de inhoud betreffen zijn wel toegestaan. Ingevolge artikel 7, vierde lid, van de Grondwet ten slotte, zijn het eerste, tweede en derde lid niet van toepassing op handelsreclame.

De vrijheid van meningsuiting is behalve in artikel 7 van de Grondwet ook opgenomen in onder andere artikel 10 EVRM en artikel 19 IVBPR. Deze internationale bepalingen wijken in een aantal opzichten af van artikel 7 van de Grondwet (uitgebreid hierover: De Meij, *Uitingsvrijheid*, 1996, p. 46–47). Ten eerste beschermen zij expliciet meer communicatieve handelingen, zoals de vrijheid om inlichtingen te vergaren en de ontvangstvrijheid. Voorts biedt artikel 10 EVRM in het tweede lid een aantal criteria voor afweging van de toelaatbaarheid van concrete beperkingen van allerlei aard, met het oog op de bescherming van een aantal specifiek genoemde belangen, waaronder het voorkomen van wanorde, lichheden en strafbare feiten, terwijl artikel 7 Gw primair gericht is op een verbod van preventieve beperkingen. Een ander verschil tussen artikel 7 Gw enerzijds en voornoemde verdragsbepalingen is, dat handelsreclame is uitgesloten van bescherming onder artikel 7 Gw, terwijl het wel onder de reikwijdte valt van de verdragsbepalingen.

3.2. Object van de vrijheid van meningsuiting

Het belang van de vrijheid van meningsuiting blijkt uit de ontstaansgeschiedenis en uit de stroom van jurisprudentie van het EHRM. Vast onderdeel van de rechtspraak van het EHRM betreft de benadrukking dat bescherming ook moet worden geboden aan ideeën «that offend, shock and disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without there is no democratic society».¹ Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM vallen kunstuitingen ook onder de werking van art. 10 van het EVRM. Het Hof sluit met deze interpretatie aan bij art. 19, lid 2, van het IVBPR, waarin expliciet is bepaald dat de meningsuiting kan geschieden in de vorm van kunst. Volgens het EHRM biedt artistieke expressie:

«the opportunity to take part in the public exchange of cultural, political and social information and ideas of all kinds (...). (...) those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society. Hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression» (EHRM, Müller, Vol. A-133, par. 27 en 33).

Dit neemt niet weg dat kunstenaars zeker niet immuun zijn voor de mogelijkheid van opgelegde beperkingen. Ook zij hebben plichten en verantwoordelijkheden, aldus het Hof.

¹ Vaste jurisprudentie sinds EHRM 7 december 1976, Handyside, par. 49.

JURIDISCH KADER VOOR DE ONDERLINGE VERHOUDING VAN HET STRAFRECHTELIJKE DISCRIMINATIEVERBOD, DE VRIJHEID VAN GODSDIENST EN LEVENSOVERTUIGING EN DE VRIJHEID VAN MENINGSUITING

Inleiding

Zowel het discriminatieverbod, de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging en de vrijheid van meningsuiting vormen een cruciaal onderdeel van de internationale en Nederlandse rechtsorde. Het eerste grondrecht waarborgt dat mensen niet mogen worden gediscrimineerd op grond van eigenschappen die inherent zijn aan hun persoon-zijn en de menselijke waardigheid betreffen. De laatste twee grondrechten zijn van essentieel belang voor het gestalte geven aan de persoonlijke identiteit en de democratische samenleving. De aard van deze laatste grondrechten leidt ertoe dat zij in botsing kunnen komen met het (strafrechtelijke) discriminatieverbod. Hier is een spanningsverhouding tussen de grondrechten aanwezig. Voor de wijze waarop daaraan in de rechtspraak inhoud wordt gegeven, wordt hierna het juridische kader aangereikt. Dit kader concentreert zich tot de strafrechtelijke invalshoek.¹

1. Beperkingen aan de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van meningsuiting: Europees kader

Hoezeer de mogelijkheid tot uitoefening van de vrijheden van godsdienst en meningsuiting ook van belang is, onbeperkt is zij niet. Beperkingen zijn toegestaan, mits is voldaan aan een aantal voorwaarden. Zo bepalen artikel 6, eerste lid, van de Grondwet (Gw) en artikel 7, eerste en derde lid, Gw dat ieder zijn verantwoordelijkheid volgens de wet behoudt. Ingevolge art. 9, tweede lid, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en artikel 18, derde lid, Internationaal Verdrag voor Burgerlijke en Politie Rechten (IVBPR), moet een beperking op de vrijheid van godsdienst zijn voorzien bij wet en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving in het belang van de openbare veiligheid, de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting gelden ingevolge artikel 10, tweede lid, EVRM en artikel 19, derde lid, IVBPR, vergelijkbare criteria.

1.1. De mogelijkheid van een (strafrechtelijk) verbod van discriminatie

De hiervoor genoemde beperkingen voorzien in de mogelijkheid van strafrechtelijke discriminatiebepalingen. In de parlementaire geschiedenis bij de discriminatiebepalingen is daar uitgebreid bij stil gestaan (o.a. Kamerstukken II, 1987/88, 20 239, nr. 5; Kamerstukken II, 1990/91, 20 239, nr. 37a, p. 5–6; Kamerstukken II, 1990–1991, 20 239, nr.76c, p. 2–6). Ook bij de grondwetsherziening van 1983 was dat het geval. Zo stelde de regering bij de bespreking van de beperkingclausule van artikel 6, tweede lid Gw: «dat een beperkingsbevoegdheid niet kan worden gemist. Het grondwetsartikel inzake de belijdenisvrijheid moet er geen twijfel over laten bestaan, dat de wetgever bevoegd is bepaalde gedragingen, die in de vorm van godsdienstig of levensbeschouwelijk belijden voorkomen, strafbaar te stellen» (Handelingen II, 1975/76, nr. 13 872, nr. 3, p. 29, en nr. 4, p. 82). In dit verband merkt Alkema in zijn noot bij HR 2 februari 1990, NJ 1991, 289 onder andere het volgende op: «Van oudsher kan een strafbepaling beperking van de godsdienstvrijheid (...) legitimeren». Met betrekking tot de inperking van het recht op vrijheid van meningsuiting kan worden gewezen op bijvoorbeeld HR 29 maart 1983, NJ 1983, 532, waarin wordt overwogen: «De veroordeling van de verdachte terzake van de aldus gekwalificeerde feiten levert geen schending op van art. 10 lid 1 Europees

¹ De inhoud van deze bijlage is in essentie ook opgenomen in Kamerstukken II 2001/02, 27 792, nr. 5, p. 4–7.

Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aangezien het tweede lid van art. 10 voorziet in de mogelijkheid van strafbepalingen als de onderhavige (137c en 137d Sr).» A-G Remmelink formuleert het nog ruimer in zijn conclusie bij deze uitspraak: «dat rekwirant aldus miskent, dat deze vrijheid krachtens het tweede lid van art. 10 o.m. ter bescherming van de openbare orde en de goede zeden, alsmede ter bescherming van de goede naam of de rechten van anderen mag worden beperkt. Dit heeft onze wetgever derhalve gedaan door de strafbaarstelling van racistische uitlatingen e.d. in art. 137c e.v.» Strafbaarstelling van discriminatie wegens diverse gronden is derhalve in overeenstemming met de desbetreffende grond- en mensenrechtelijke bepalingen.¹ In dit verband is wat betreft discriminatie wegens ras nog van bijzonder belang dat een aantal internationale documenten oproept tot strafbaarstelling daarvan. In de eerste plaats zijn van belang twee aanbevelingen van de Raad van Europa zelf: Aanbeveling no. R(97)20 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa over «le discours de haine» en Aanbeveling no. 7 van de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (CRI (2003)8. Daarnaast is op grond van het Internationaal verdrag ter bestrijding van alle vormen van rassendiscriminatie uit 1966 (CERD) zelfs sprake van een verplichting tot het strafbaar stellen van rassendiscriminatie. De vraag hoe deze verplichting uit het CERD zich verhoudt tot artikel 10 EVRM is aan de orde geweest in de zaak EHRM, Jersild, uitspraak van 23 september 1994, series A, nr. 298, met name in de paragrafen 27 en 30. In deze zaak liet het EHRM het standpunt onweersproken dat strafrechtelijke discriminatiebepalingen zodanig moeten worden geïnterpreteerd dat zij niet strijden met de ratio van het CERD, en dat artikel 10 EVRM niet aan dat verdrag derogeert. Het EHRM overweegt in dit verband:

«(the) object and purpose pursued by the UN Convention are of great weight in determining whether applicant's conviction, which (...) was based on a provision, enacted in order to ensure Denmark's compliance with the UN Convention, was «necessary» within the meaning of Article 10 par.2».

Drie «dissenters» gaan nog verder en geven aan dat het CERD:

«manifestly cannot be ignored when the European Convention is being implemented. (...) It must also guide the European Court of Human Rights in its decisions, in particular as regards the scope it confers on the terms of the European Convention and on the exceptions which the Convention lays down in general terms.»

Uit het voorgaande blijkt dat de strafbaarstelling van discriminatie in abstracto in overeenstemming is met de desbetreffende grond- en mensenrechtelijke bepalingen. Dit betekent evenwel nog niet dat een veroordeling in een concrete strafzaak dat ook per definitie is. De nationale rechter zal op grond van artikel 94 Gw de toepassing van de wettelijke voorschriften moeten toetsen op verenigbaarheid met de verdragsbepalingen.

1.2. De verhouding tussen het strafrechtelijk verbod van discriminatie en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van meningsuiting in het concrete geval

1.2.1. De beperkingengrond «noodzakelijk in een democratische samenleving»

Cruciaal bij de beantwoording van de vraag of een veroordeling wegens een strafrechtelijk discriminatieverbod in het concrete geval een schen-

¹ Vgl. naast de aangehaalde arresten ook nog HR 14 maart 1978, NJ 1978, 664 en HR 18 mei 1999, NJ 1999, 634.

ding van artikel 10 EVRM oplevert, is vooral of de veroordeling «in een democratische samenleving noodzakelijk» kan worden geacht. Voor de bepaling daarvan is van belang of sprake is van een «dringende sociale behoefte» en van proportionaliteit van de beperking. Daarbij heeft de nationale rechter in het algemeen een zekere beoordelingsruimte, een «margin of appreciation». Deze geldt temeer indien morele standaarden in het geding zijn, aangezien daarvan geen uniform Europees concept bestaat; moraal verschilt van tijd tot tijd en van plaats tot plaats, aldus het Europese Hof (EHRM, Handyside vs. VK, Vol. A-24, par. 48). In vergelijkbare zin geldt dit voor de betekenis van religie in de samenleving (EHRM, Otto-Preminger-Institut, Vol. A-295-A, par. 50, en EHRM 10 juli 2003, Murphy vs. Ierland, par. 67). De rechtspraak van het EHRM inzake de vrijheid van meningsuiting is mede vanwege deze beoordelingsvrijheid voor de lidstaten betrekkelijk casuïstisch van aard. Met name de uitspraken over veroordelingen ter zake van belediging en smaad bieden echter wel een zeker handvat voor de beoordeling van de betekenis van de vrijheden van godsdienst en meningsuiting voor veroordelingen ter zake van discriminatie.

Uit deze rechtspraak komt onder meer naar voren dat van groot belang is of de uitlating een bijdrage aan het publieke debat over een thema beoogt te zijn. In dat geval zijn de grenzen van toegelaten kritiek ruim en bestaat er betrekkelijk weinig ruimte voor een strafrechtelijke veroordeling.¹ De ruimte om de vrijheid van meningsuiting in te perken is nog kleiner ingeval het gaat om uitlatingen met betrekking tot een politicus. In dit verband overwoog het EHRM dat artikel 10, lid 2, weinig ruimte biedt voor beperkingen aan politieke toespraken of aan debatten met betrekking tot vraagstukken van publiek belang. Het Hof vervolgt:

«Moreover, the limits of acceptable criticism are wider with regard to a politician acting in his public capacity than in relation to a private individual, as the former inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deed by both journalists and the public at large, and he must display a greater degree of tolerance. A politician is certainly entitled to have his reputation protected, even when he is not acting in his private capacity, but the requirements of that protection have to be weighed against the interests of the open discussion of political issues.» (EHRM, Unabhängige Initiative Informationsvielfalt vs. Austria, 26 februari 2002, par. 36; vergelijkbaar in o.a. EHRM, Lingens vs. Oostenrijk, 8 juli 1986, NJ 1987, 901, par. 42).

Nog kleiner is de ruimte voor een veroordeling in het geval van kritiek op regeringen (o.a. EHRM, Thorgeison vs. IJsland, 25 juni 1992, Series A. vol 239, en EHRM, Castells v. Spanje, 23 april 1992, in het bijzonder par. 43, NJ 1994, 102). De arresten Jersild en Gündüz (EHRM 4 december 2003 Gündüz vs. Turkije) geven voorts enige aanleiding te veronderstellen dat staten ten aanzien van de toepassing van bepalingen als die van artikel 137 c Sr e.d. weer meer eigen beoordelingsruimte wordt gelaten dan bij «gewone» beledigingbepalingen, gelet op de verplichtingen de voortvloeiende uit het VN-antiracismeverdrag.

Bij de vaststelling of een bewering in het openbare debat geoorloofd is maakt het EHRM voorts een onderscheid tussen feitelijke en waardeoordelen. Waardeoordelen kunnen niet worden bewezen; voor feitelijke oordelen mag er een bewijslast zijn. Om die reden zijn negatieve waardeoordelen (sneller) toegelaten (zie o.a. EHRM, Schwabe vs. Oostenrijk, 28 augustus 1992, NJ 1994, 103, met noot E. J. Dommering). Dit gegeven is mede van belang voor de onthouding van de bescherming van het EVRM indien sprake is van misbruik van recht (zie paragraaf 1.2.2.). In een zaak met betrekking tot kunstuitingen heeft het Hof geoordeeld dat het in

¹ Vgl. A.L.J. Janssens, Strafbare belediging, 1998, met name hoofdstuk 13; EVRM, Rechtspraak & Commentaar, artikel 10/3.10-31.

sommige landen als noodzakelijk in een democratische samenleving kan worden beschouwd om onbehoorlijke aanvallen op voorwerpen van religieuze verering te sanctioneren of zelfs te voorkomen (EHRM, Otto-Perminger-Instituut, par. 49).

Met betrekking tot de inkleuring van het noodzakelijkheidvereiste, lijkt in de jurisprudentie van het EHRM geen aanwijzing aanwezig te zijn dat deze tot een andere benadering zou overgaan wanneer de vrijheid van godsdienstuitoefening – die een vergelijkbaar noodzakelijkheidscriterium kent – in het geding zou zijn (vgl. in deze zin A-G Jörg in zijn conclusie bij Hoge Raad, 14 januari 2003, zaaknummer 01977/01).

1.2.2. Misbruik van recht

Behalve de hiervoor onder 1.2.1. genoemde beperkingen die op de uitoefening van het recht op de vrijheden van godsdienst en meningsuiting zijn toegestaan, bestaat nog de mogelijkheid personen die activiteiten of daden verrichten die als doel hebben de rechten en vrijheden van het EVRM teniet te doen of verdergaand te beperken dan bij het verdrag is voorzien, op basis van artikel 17 EVRM uit te sluiten van EVRM-bescherming.¹

Het algemene doel van deze uitsluiting, die tot nog toe overigens slechts enkele keren is toegepast, is «to prevent totalitarian groups from exploiting in their own interest the principles enunciated by the convention» (EHRM, Lawless, uitspraak van 1 juli 1961, series A, nr. 3, par. 6). De uitsluiting is toegepast in verband met het misbruik van de vrijheid van meningsuiting door de uiting van politieke ideeën die aanzetten tot rassendiscriminatie (ontvankelijkheidsbeslissing van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) in de zaak Glimmerveen en Hagenbeek, nrs. 8348/78 en 8406/78, NJ 1980, 525, aangehaald in de hierboven aangehaalde uitspraak Jersild van het EHRM, paragraaf 35). Voorts deed het EHRM in een zaak tegen Frankrijk uitspraak over de situatie waarin artikel 17 van toepassing zou zijn. Het overwoog daartoe dat: «the denial or revision of clearly established historical facts – such as the Holocaust – (...) would be removed from the protection of Article 10 by Article 17» (EHRM, Lehideux en Isorni – Frankrijk, 23 september 1998, par. 47). In lijn hiermee overwoog het EHRM in een andere zaak dat het nationaal-socialisme een totalitaire doctrine is die onvereenigbaar is met de democratie en de rechten van de mens. Het EHRM billijkte daarbij een wettelijk verbod om nazistische ideeën uit te dragen (EHRM, Schimanek-Oostenrijk, 1 februari 2000, Appl.no. 32 307/96). Meer algemeen overweegt het EHRM later dat «expressions concrètes constituant un discours de haine (...), pouvant être insultantes pour des individus ou des groupes, ne bénéficient pas de la protection de l'article 10 de la Convention» (EHRM 4 december 2003, Müslüm Gündüz vs Turkije). Het Hof geeft daarbij aan dat «de enkele verdediging van de sharia, zonder daarbij op te roepen tot geweld om dat systeem in te voeren, niet moet doorgaan voor een «discours de haine». Wel slot billijkte het EHRM de ontbinding van een politieke partij in Turkije die onder andere als doelstelling had de sharia (de islamitische wet) in te voeren en van toepassing te laten zijn op de islamitische gemeenschap binnen Turkije. De billijking van het verbod gebeurde overigens zonder expliciete verwijzing naar artikel 17 (EHRM, Welvaartspartij-Turkije, 31 juli 2001, r.o. 46, op 13 februari 2003 bevestigd in hoger beroep).

1.3. *Beperking van de vrijheid van meningsuiting en godsdienst van volksvertegenwoordigers*

¹ Vgl. in deze zin: Artikel 4 van het Aangangsel bij Aanbeveling no. R (97) 20 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa over «hate speech», NJCM-Bulletin, 1997, p. 1118.

De beperking van de vrijheid van menings- en godsdienstuiting geldt ook voor volksvertegenwoordigers. Weliswaar genieten zij parlementaire onschendbaarheid op grond van artikel 71 van de Grondwet, hetgeen

inhoudt dat zij niet kunnen worden vervolgd voor hetgeen zij in de vergaderingen van de Staten-Generaal of van parlementaire commissie hebben gezegd of aan deze schriftelijk hebben overgelegd. Maar voor buiten het parlement gedane uitlatingen kunnen zij wel strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden. Een vergelijkbare onschendbaarheid bestaat voor gemeenteraadsleden en leden van het provinciaal bestuur op grond van respectievelijk artikel 22 van de Gemeentewet en artikel 22 van de Provinciewet.

In dit verband zijn twee uitspraken van de Hoge Raad van belang, de een met betrekking tot de onschendbaarheid van volksvertegenwoordigers, de ander met betrekking tot die van gemeenteraadsleden. De eerste betreft een uitspraak uit 1999 in een zaak tegen de (toenmalige) voorzitter van de Tweede Kamerfractie van de Centrum Democraten (Hoge Raad, 18 mei 1999, NJ 1999, 634). Deze had, in zijn hoedanigheid van fractievoorzitter, tijdens een openbare demonstratie van CP '86 en de CD onder andere gezegd: «Wij schaffen, zodra wij de mogelijkheid en de macht hebben, de multiculturele samenleving af». Door enkele andere aanwezigen waren uitspraken gedaan als «Nederland voor de Nederlanders», «Eigen volk eerst» en «Vol is vol». De betrokkene werd veroordeeld wegens het medeplegen van in het openbaar mondeling aanzetten tot discriminatie van mensen wegens hun ras (art. 137d Sr). Een klacht die zich richtte tegen een overweging van het Hof ten aanzien van de parlementaire onschendbaarheid en de daaraan te stellen grenzen leidde niet tot cassatie. De desbetreffende overweging van het Hof luidde als volgt:

«Het feit dat verdachte, anders dan voor door hem in het parlement gedane uitlatingen, geen onschendbaarheid geniet voor elders gedane uitspraken, is niet in strijd met het recht op vrije meningsuiting. Het staat de verdachte immers vrij om zonder gevaar voor strafvervolging in de Tweede Kamer het beleid van de overheid betreffende buitenlanders aan de orde te stellen. Ook buiten de Tweede Kamer kan verdachte dit beleid aan de orde stellen, waarbij hij echter zijn verantwoordelijkheid volgens de wet in acht zal moeten nemen en in casu de grenzen van de strafwet in het oog zal moeten houden. Dit vergt van verdachte, maar niet van hem alleen, terughoudendheid en bedachtzaamheid, zaken die juist bij een demonstratie extra aandacht van verdachte vergen, vanwege de met een demonstratie beoogde beïnvloeding van de publieke opinie en de daarmee doorgaans gepaard gaande vergroving van taalgebruik en woordkeus. Medeburgers hebben immers op grond van het bepaalde in artikel 137c e.v. van het Wetboek van Strafrecht aanspraak op bescherming tegen stemmingmakerij die hun menselijke waardigheid aantast.»

De tweede uitspraak van de Hoge Raad, die met betrekking tot de onschendbaarheid van gemeenteraadsleden, is gedaan in een zaak tegen een gemeenteraadslid van Dordrecht (Hoge Raad, 2 april 2002, nr. 106.01, Nieuwsbrief Strafrecht 13 mei 2002, afl. 6, nr. 139, p. 313–315). Deze had in de raadsvergadering als raadslid een voordracht gehouden, waarin volgens het Hof een beschrijving wordt gegeven van de huidige en toekomstige samenleving, onmiskenbaar gezien vanuit het perspectief van één deel van de samenleving, gekarakteriseerd als «onze eigen Nederlandse burger». Na zijn voordracht had het gemeenteraadslid de tekst van zijn redevoering ter publicatie overhandigd aan een journalist. De betrokkene werd veroordeeld wegens het in het openbaar bij geschrift aanzetten tot haat (art. 137d Sr). Een klacht die zich richtte tegen een overweging van het Hof ten aanzien van de onschendbaarheid en de daaraan te stellen grenzen leidde evenmin als in de hiervoor weergegeven uitspraak van de Hoge Raad tot cassatie. De Hoge Raad overwoog daartoe onder andere:

«De bescherming tegen vervolging in rechte, die de genoemde bepaling aan een gemeenteraadslid biedt (artikel 22 van de Gemeentewet), strekt zich niet uit tot andere handelingen dan die welke in het hiervoor weergegeven wetsvoorschrift worden genoemd (HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801). Dit brengt mee dat de verdachte geen immuniteit toekomt voor de overhandiging van zijn redevoering aan een ander dan de leden van de raad buiten de raadsvergadering.»

1.4. Tussenconclusie

Geconcludeerd kan worden dat de vrijheden van godsdienst en meningsuiting niet in de weg staan aan strafrechtelijke discriminatieverboden. Wel kan een veroordeling wegens de overtreding van dergelijke verboden door de nationale rechter en het EHRM worden getoetst aan de beperkingsgronden van de desbetreffende vrijheden van het EVRM (een toetsing door de nationale rechter van de toepassing van strafbepalingen aan de grondwettelijke vrijheden raakt al snel het in artikel 120 Gw opgenomen toetsingsverbod. Daarnaast biedt de grondwet weinig inhoudelijke toetsingscriteria). Een nationale veroordeling wegens discriminatie zal met een of meer van deze beperkinggronden in overeenstemming moeten zijn. De nationale rechter heeft daarbij een bepaalde beoordelingsruimte. Deze lijkt, evenals in kwesties waarin morele standaarden of religieuze opvattingen aan de orde zijn, relatief ruim te zijn ten opzichte van de beoordelingsruimte in gevallen waarin «gewone» beledigingbepalingen in het geding zijn (EHRM: Jersild). Een toetsing is echter niet aan de orde indien er sprake is van misbruik van recht. In dat geval onthoudt de rechter de bescherming van het EVRM aan de betrokkene. Een nationale veroordeling zal daardoor in stand blijven bij het EHRM. In de volgende paragraaf komen de criteria aan de orde die de Nederlandse rechter hanteert in strafzaken ter zake van discriminatoire uitlatingen die zijn gedaan vanuit religieuze opvattingen.

2. Beperkingen van de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van meningsuiting: nationaal kader

De vraag wanneer iemand zich in een concreet geval heeft schuldig gemaakt aan discriminatie en of daarbij de grenzen van het recht op vrijheid van meningsuiting en van godsdienstbelijdenis zijn overschreden, dient tegen de achtergrond van het door rechtspraak van het EHRM geschapen kader te worden gemaakt. Mede in dat licht is begrijpelijk dat bij de beantwoording van de vraag of iemand die bepaalde uitlatingen heeft gedaan, zich daadwerkelijk aan discriminatie heeft schuldig gemaakt, onder andere de aard en strekking van de uitlatingen – mede van belang voor de proportionaliteitsvraag – , de onderlinge samenhang en de context waarbinnen de uitlatingen zijn gedaan van groot belang worden geacht (vgl. HR 16 april 1996, NJ 1996, 527; HR 9 oktober 2001, NJ 2002, 76).

2.1. Jurisprudentiecriteria

Context; uitdragen van geloofsopvatting en bijdrage aan maatschappelijk debat

De context waarbinnen uitlatingen zijn gedaan kan zodanig zijn dat daardoor het discriminerende karakter aan een bepaalde uitlating ontbreekt. De Hoge Raad heeft in de zaak *Van Dijke* (uitspraak van 9 januari 2001, NJ 2001, 203) bepaald dat dit het geval kan zijn wanneer een uitlating niet meer is dan een illustratie ter verduidelijking van de uitgedragen geloofsopvatting. Volgens de Hoge Raad mag bij de waardering van die context bijzondere betekenis worden toegekend aan het feit dat een uitlating «de functie (heeft) om de inhoud van (de) geloofsovertuiging nader uiteen te

zetten», dan wel dient «ter aanduiding van de in de bijbelse opvattingen van de verdachte verankerde opvattingen omtrent het goede tegenover het kwade, zulks in het kader van een publiek debat (...)» (Hoge Raad, 9 januari 2001, NJ 2001, 204). Hetzelfde geldt voor een uitlating die dient «ter aanduiding van de in de islamitische geloofsovertuiging van de verdachte verankerde opvatting omtrent het zondige karakter van de homoseksuele levenswijze» (Hof te Den Haag, 18 november 2002, *El Moumni*), dan wel «ter aanduiding van de in de geloofsopvatting van de verdachte verankerde opvatting dat homofilie als een zonde moet worden aangemerkt.» (Hoge Raad, 14 januari 2003, Zaaknr. 01977/01, *Twensche Courant Turbantia*). Voorts wees de Hoge Raad in de Van Dijke-zaak erop dat het Hof in zijn oordeel mocht betrekken dat «de vrijheid van godsdienst en van meningsuiting mede bepalend zijn voor het al dan niet aannemen van een beledigend karakter van – op zichzelf beschouwd kwetsende of grievende – uitlatingen». De Hoge Raad neemt daarbij in aanmerking dat in 's Hof's overwegingen ligt besloten dat deze uitlatingen «kenbaar in direct verband stonden met de uiting van de geloofsopvatting» van de verdachte en als zodanig voor hem van betekenis zijn in het «maatschappelijk debat».

De betekenis van uitlatingen voor het maatschappelijke debat achtte de Hoge Raad ook van belang in zijn arrest van 14 januari 2003 (Zaaknr. 01977/01). De uitlatingen betroffen die van een dominee in de *Twensche Courant Turbantia*, in het bijzonder waarin deze met een uitdrukkelijke verwijzing naar de Bijbel homoseksualiteit bestempelt als een vieze en vuile zonde. De Hoge Raad achtte de betekenis van deze uitlatingen voor het debat (mede) besloten in de vaststelling van het Hof dat de «bedoeling (van de verdachte) de mensheid te waarschuwen duidelijk was.» De vraag naar de betekenis van de uitlating van El Moumni voor het maatschappelijke debat werd door het Hof niet expliciet aan de orde gesteld. Gelet op het algemene Van Dijke-criterium lijkt die betekenis ook hier wel aanwezig te zijn.

Proportionaliteit

In de uitspraken keert ook steeds de proportionaliteitsvraag terug. In de Van Dijke-zaak achtte de Hoge Raad het van belang dat de uiting, «ook als die als strafbare gedragingen in het Wetboek van Strafrecht voorkomen, binnen de grenzen van het aanvaardbare» was gebleven en daarom (in de andere zaak van 9 januari 2001) een «onnodig grievend» of beledigend karakter miste.

In de zaak El Moumni, die zei dat homoseksualiteit schadelijk is voor de Nederlandse samenleving en een besmettelijke «ziekte» is, overwoog het Hof dat de wijze waarop verdachte zijn op geloofsovertuiging stoelende opvattingen omtrent homoseksualiteit uitdroeg, «binnen de grenzen van het aanvaardbare» viel.

In de Twentse Courant Turbantia-zaak oordeelde de Hoge Raad dat het hof de door de verdachte gebruikte terminologie niet «onnodig grievend» heeft geacht, nu het hof heeft vastgesteld dat in de bijbel, zoals de raadsman heeft gesteld, homofilie wordt gezien als een «gruwel(daad)» of een «gruwelijke zonde» (Leviticus 18:22). Interessant is hier dat A-G Jörg er op wijst dat de vraag kan worden gesteld waarom de kwalificaties vies en vuil zijn meegegeven aan de zonde; zijn volgens de aangehangen opvatting niet alle zonden even vies en vuil? Dit zou betekenen dat de toevoeging extra grievend zou zijn. Jörg wijst er dan echter op dat een vertaling van de «gruwelijke zonde» door «vieze en vuile zonde» «niet zodanig vrij (is) dat daarmee te veel afstand van de tekst wordt genomen.»

Hiermee wordt overigens een belangrijk (discussie)punt aangesneden met betrekking tot het eigen karakter van godsdienstige uitingen. Een treffende weergave van dat eigen karakter treft men aan bij Schepper.¹ Volgens hem verlangt het recht van godsdienstbelijdenis dat ieders vrijheid is gewaarborgd om «onverhinderd gevestigde opinies en instellingen

¹ Prof. J. M. J. Schepper, «Het gevaar voor de vrijheid van godsdienstige belijdenis te duchten van het in art. 156 N.I. Sw omschreven «haatzaai»-delict», NJB 1936, p. 410, aangehaald in Th. Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1997.

in religieus opzicht te toetsen, te veroordelen en te bestrijden, ook met gebruikmaking van de godsdienstige terminologie, welke een volstrekte afkeuring en verwerping uitdrukt.» Volgens Schepper is het eigen aan «elk wrakend godsdienstgetuigenis (...), dat het zich de afkeuring niet aanmatig als een bloot menselijk oordeel over mensen en hun opvattingen, gezindheden, handelingen of instellingen, doch slechts pretendeert daarover een goddelijke uitspraak, het oordeel Gods, kenbaar te maken.»

Samenvattend

De arresten van de Hoge Raad en het Hof te 's-Gravenhage geven een aantal ijkpunten bij de beoordeling van discriminatoire uitlatingen die (mede) zijn gebaseerd op religieuze opvattingen. Overigens vraagt E. J. Dommering zich in zijn noot bij EHRM, Schwabe v Oostenrijk, 28 augustus 1992, NJ 1994, 103, af of de kwalificatie «onnodig grievend» die in de Nederlandse jurisprudentie is ontwikkeld, met weer een nuancering van de verkiezingsstrijd, wel past in de Straatsburgse jurisprudentie waarin met name ook negatieve waardeoordelen zijn toegelaten en nationale rechters de grenzen in het openbare (politieke) debat niet te strikt mogen trekken (vgl. F. L. J. Janssens, o.c. , p. 394). Bezien vanuit dit gezichtspunt lijkt de rechtspraak eerder te weinig dan te veel ruimte te bieden aan uitlatingen die kwetsend of grieven zijn voor bepaalde groepen. De Hullu wijst er in zijn noot bij HR 9 januari 2001, NJ 2001, 204 evenwel op dat in de twee arresten van de Hoge Raad van 9 januari 2001 kan worden gesproken van een verdragsconforme uitleg van artikel 137c Sr.

2.2. De kwetsbaarheid van beschermingswaardige groepen

Homoseksualiteit en ras

Het belang van strafrechtelijke bescherming van bepaalde groepen is mede ingegeven door hun kwetsbaarheid: «(...) lang niet alle groepen in de samenleving (behoeven) strafrechtelijke bescherming. In elk geval is er voor die bescherming minder aanleiding naarmate de groep minder kwetsbaar is of zelf over verweermiddelen beschikt. Ook moet rekening worden gehouden met de mate waarin mogelijke aanvallen op de groep de samenleving kunnen verstoren en met de mate waarin te verwachten is dat de samenleving zelf corrigerend zal reageren.»¹ Tegen deze achtergrond is het van belang te constateren dat de hiervoor aangehaalde uitspraken van de Hoge Raad betrekking hebben op discriminatie wegens homoseksuele gerichtheid. De omstandigheid dat het verbod op deze vorm van discriminatie niet is verankerd in verdragen, is wellicht relevant voor het gewicht dat in deze zaken, waarin de Hoge Raad vrijspraken wegens discriminatie in stand liet, aan de vrijheden van meningsuiting en godsdienst is gehecht (in deze zin prof. De Hullu in zijn noot onder HR NJ 2001/204). In dit verband merkt prof. Alkema in zijn noot onder HR 2 februari 1990, NJ 1991, 289, op:

«Er is evenwel een probleem met het onderscheid wegens seksuele gerichtheid. Zoals bekend heeft de bestrijding van deze vorm van discriminatie in de rest van de wereld en zelfs binnen West-Europa minder prioriteit dan bijvoorbeeld discriminatie wegens ras of geslacht. (...) In het algemeen staat het (...) vrij homoseksuelen beter te beschermen tegen discriminatie dan het internationale recht voorschrijft. Gaat die bescherming echter ten koste van andere gegarandeerde mensenrechten, dan ontbreekt die beleidsvrijheid echter.»

In dit verband zij voorts gewezen op het arrest HR 18 mei 1999, NJ 1999, 634, waarin de context niet «excuserend» werkte maar juist werd gebruikt om het discriminerende karakter van een uitlating over de multiculturele samenleving duidelijk te maken. Daarnaast geeft de Hoge Raad aan dat

¹ Kamerstukken II, 9724, 1969–1970, MvA, nr. 6, p. 3

een oordeel van het Hof, waarvan de hierna volgende overweging onderdeel uitmaakt en hier van belang is, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en toereikend is gemotiveerd:

«Die noodzaak (tot het maken van een inbreuk op het recht van vrije meningsuiting ter bescherming van de rechten van anderen als bedoeld in het tweede lid van artikel 10 EVRM dan wel het derde lid van artikel 19 IVBPR) geldt temeer nu vervolging wordt geboden ter uitvoering van de bepalingen van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, en aan de naleving van laatstbedoelde bepalingen zwaar wordt getild.»¹

Een en ander kan nog meer gewicht winnen nu het EHRM de bestrijding van rassendiscriminatie serieuzer lijkt te gaan nemen. Dit laatste lijkt te kunnen worden afgeleid uit een aantal van diens recente uitspraken met betrekking tot de artikelen 3 en 6 EVRM.² In het bijzonder de volgende overweging van het EHRM in de zaak Sander wijst daarop: «in today's multicultural European societies, the eradication of racism has become a common priority goal for all Contracting States».³ Niet eerder heeft het EHRM het belang van de aanpak van racisme zo expliciet onderkend.

Godsdienst

Al dan niet vanuit een geloofsopvatting wordt ook wel, soms ferme, kritiek geuit op godsdiensten of geloofsopvattingen. De rechter heeft zich daarover een (gering) aantal keren gebogen. Zo sprak de Hoge Raad zich in 1983 uit in een zaak tegen een redacteur van het weekblad Bazuin die daarin een artikel heeft laten plaatsen waarin felle kreek op de Joodse godsdienst werd geuit: «Hij laat zien, dat het eigen is aan gesloten religieuze gemeenschappen, aan «uitverkoren volken», dat de religie opgaat in wetten en regels en dat men bijna als vanzelf de buitenwereld naar de hel wenst en eventueel helpt. Zulk een «religie» verdient afgeschaft te worden.» De Hoge Raad liet de vrijspraak door het Hof in stand. Deze achtte het opzet joden wegens hun godsdienst te beledigen (conform art.137e Sr) niet bewezen (HR, 16 december 1986, NJ 1987, 534). Smalende godslastering, strafbaar gesteld in artikel 147 Sr, achtte de Hoge Raad niet bewezen in een proces tegen Van 't Reve (HR 2 april 1968, NJ 1968, 373) en een zaak tegen een auteur van het tijdschrift «Dialog», tijdschrift voor homofilie en maatschappij (Rb Amsterdam, 3 november 1966, NJ 1966, 450). Wel werd zij bewezen geacht in een zaak tegen een schrijver van het Amsterdams Studentenweekblad «Propria-Cures» (Rb. 23 juni 1965, NJ 1965, 282). In april 2003 zag het OM af van vervolging van Ayaan Hisri Ali wegens haar opmerkingen in dagblad de Trouw dat de profeet Mohammed naar sommige maatstaven gemeten «pervers» is, gelet op zijn huwelijk met de minderjarige Aisja. Tot slot kan in dit verband worden genoemd de eerder genoemde uitspraak Otto-Preminger-instituut vs. Oostenrijk van het EHRM. In deze uitspraak erkent het EHRM dat een gelovige niet kan verwachten van ieder kritiek op zijn godsdienst gevrijwaard te blijven. Dergelijke kritiek moet echter wel binnen proporties blijven, aldus het Hof, want in extreme gevallen kunnen ontkenningen of beschimpingen van een religie dusdanig hevig zijn, dat zij een gelovige beletten om gebruik te maken van zijn recht om zijn geloof te belijden en te uiten.

¹ Zie in het bijzonder rechtsoverwegingen 3.5.2 en 3.5.3.

² Over artikel 3 EVRM handelt: EHRM, 10 mei 2001, Cyprus-Turkije, in het bijzonder r.o. 309-311. Over artikel 6 EVRM handelen: EHRM, 23 april 1996, Remli-Frankrijk, EHRM, 25 februari 1997, Gegory-VK en EHRM, 9 mei 2000, Sander-VK. Van deze lijn wijkt echter af: EHRM, 9 april 2002, Cisse-Frankrijk

³ *Supra* noot 15, EHRM, Sander-VK, r.o. 23.

3. Conclusie

Het discriminatieverbod beoogt bepaalde minderheidsgroepen te beschermen vanwege hun kwetsbaarheid. Ten aanzien van uitlatingen vindt dit in het bijzonder zijn uitwerking in de strafrechtelijke discriminatiebepalingen. Daar staat tegenover dat de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van

godsdienst ruimte nodig hebben om ook onwelgevallige dingen te mogen zeggen en schrijven (vgl. behalve EHRM-jurisprudentie ook: A. L. J. Janssens, *Strafbare belediging*, diss. Groningen, 1998, p. 394; Th. E. Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika*, diss. VU 1997; J. A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen 1981). De aard van dergelijke grondrechten is immers dat zij tegen de verdrukking in functioneren: tegen de verdrukking door de politiek correct denkende gemeente in. Het gaat om het mogen verschaffen van inlichtingen en uiten van denkbeelden die «ergeren, shockeren en verwarring zaaien» (vaste rechtspraak EHRM): juist die verdienen bescherming. De regering heeft een en ander ook onder ogen gezien. Zij heeft er nadrukkelijk op gewezen dat de strafrechtelijke discriminatiebepalingen zeer terughoudend moeten worden toegepast: «aan kritiek op opvattingen en gedragingen, zelfs al zou die kritiek beledigend zijn, [wordt] strafrechtelijk niets in de weg gelegd» (TK 1969/70, 9724, nr 6 (MvA), p. 4). In zijn noot bij HR 9 januari 2001, NJ 2001, 204 wijst De Hullu er op dat ook de zaken die het Straatsburgse Hof in dit verband heeft gewezen tegen andere lidstaten een argument opleveren voor dit uitgangspunt van een terughoudend strafrecht.

Een nationale veroordeling wegens discriminatie zal in overeenstemming moeten zijn met het EVRM, in het bijzonder met de beperkingsgronden die gelden voor de vrijheid van meninguiting en godsdienstvrijheid. De nationale rechter zal aldus de vrijheid van meninguiting en godsdienstvrijheid, indien in het geding, meewegen bij de beoordeling of in het concrete geval een strafbaar feit is gepleegd. De rechter hanteert daarbij een aantal criteria. Samenvattend komen deze erop neer dat een op zich zelf kwetsende of grievende uitlating een beledigend karakter kan ontberen indien zij haar grond vindt in de geloofsovertuiging van de verdachte en bijdraagt aan het maatschappelijk debat. Daarbij mag geen sprake zijn van kennelijk misbruik van verdragrechtelijke en grondwettelijke rechten en vrijheden en dient de uitlating niet op zich zelf, maar in zijn context, tegen de achtergrond van het geheel, te worden begrepen. Naarmate aard en strekking van het geheel kwetsender en grievender is en naarmate de uitlating een prominentere plaats inneemt in dat geheel, zal eerder sprake zijn van een discriminatoire uitlating.¹

¹ Vgl. Wedzinga in: Cleiren/Nijboer (2002), T&C, 4e druk, p. 589; A. L. J. Janssens, *Strafbare belediging*, 1998, p. 397, 398.