

Vrijheid van godsdienst: overbodige luxe, onhanteerbaar recht of een vaste grond?

mr.drs. J.R. Groen

1. Inleiding

In een recent artikel problematiseert Koo van der Wal de vrijheid van godsdienst in de moderne multiculturele samenleving.¹ Zijn slotconclusie luidt: de vrijheid van godsdienst is in de moderne pluriforme samenleving hard op weg een onhanteerbaar recht te worden, als zij dat eigenlijk al niet is. Enige jaren geleden pleitte Paul de Beer op een aantal plaatsen zelfs actief voor het afschaffen van de vrijheid van godsdienst, mede vanwege de vermeende onmogelijkheid van de vrijheid van godsdienst. Het academische debat over de houdbaarheid van de vrijheid van godsdienst lijkt thans overgeslagen te zijn naar de politieke arena sinds Jeanine Hennis in een artikel in de Pers pleitte voor het openen van de discussie over de afschaffing van godsdienstvrijheid.²

Doel van dit artikel is om via een kritische bespreking van de opvattingen van Van der Wal en De Beer te komen tot een herwaardering van de betekenis van de vrijheid van godsdienst in de Nederlandse (en internationale) rechtsorde.

Voordat we het debat voeren moeten we de vraag juist begrijpen: het gaat bij het ter discussie stellen van de vrijheid van godsdienst niet om het waarden van concrete religieuze handelingen. De vraag is of de rechtsorde beter af zou zijn wanneer de vrijheid van godsdienst niet als richtinggevend kader wordt beschouwd in het oplossen van onvermijdelijk opkomende maatschappelijke conflicten over de aanvaardbaarheid van handelingen met een religieus karakter. Deze maatschappelijke conflicten zullen immers geenszins verdwijnen met het schrappen van de vrijheid van godsdienst.

¹ Koo van der Wal, 'Is de vrijheid van godsdienst in de moderne multiculturele samenleving nog een hanteerbaar recht?' in: Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, 2010, nr. 2

² Na te lezen op <http://www.depers.nl/binnenland/551962/Doe-niet-zo-hysterisch.html>

Hiertoe bespreek ik allereerst beknopt de positiefrechtelijke kaders van de vrijheid van godsdienst in Nederland en in internationale rechtsnormen. Vervolgens zal ik de belangrijkste kritiek op de vrijheid van godsdienst bespreken. In de kern zijn de bezwaren mijns inziens te herleiden tot twee vragen:

- Is godsdienst een hanteerbaar, voldoende af te bakenen begrip om in de rechtsorde te beschermen?
- Is er voldoende grond om de vrijheid van godsdienst te beschermen?

Beide auteurs beantwoorden ten minste één van deze vragen negatief. Ik zal echter betogen dat beide vragen nog steeds met een positief antwoord kunnen worden beantwoord.

2. Positiefrechtelijk kader

De vrijheid van godsdienst is neergelegd in artikel 6 van de Grondwet. Daarnaast is het recht neergelegd in diverse verdragen, zoals in artikel 9 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 18 van het Internationaal verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (BUPO). Ik concentreer mij hier op artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM, dat thans voor de rechtspraktijk van het meeste belang is.

Artikel 6, eerste lid, Grondwet bepaalt dat een ieder het recht heeft zijn godsdienst of levensovertuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. Het tweede lid bepaalt dat de wet regels kan stellen ter uitoefening van dit recht buiten gebouwen en besloten plaatsen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden. Onder het eerste lid is de formele wetgever exclusief bevoegd om beperkingen te stellen aan de godsdienstvrijheid. Er is verder geen inhoudelijke afbakening voor deze beperking gegeven. Dit betekent dat er, anders dan bij artikel 9 EVRM, geen inhoudelijke maatstaven zijn waaraan de beperking dient te voldoen. Op grond van het tweede lid mogen ook lagere wetgevers beperkingen stellen aan godsdienstuitingen. Hiervoor moet voldaan zijn aan twee voorwaarden:

- er moet sprake zijn van een openbare godsdienstuiting; en
- het oogmerk moet vallen het belang van gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden beperkingen.

Lagere regelgevers mogen dus geen enkele beperking stellen aan de godsdienstvrijheid. De ratio van dit verschil tussen openbare manifestaties van godsdienst en besloten godsdienstige bijeenkomsten is dat binnen besloten gebouwen de inbreuk van de overheid ernstiger is, omdat het hier tevens om een soort 'privacy-recht' gaat.³ Tevens kan beargumenteerd worden dat het risico op schending van rechten van anderen of de openbare orde vele malen kleiner is wanneer religie in de beslotenheid wordt uitgeoefend dan wanneer het in de openbaarheid wordt uitgeoefend.

Het eerste lid van artikel 9 EVRM bepaalt (in enige mate) de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst. Deze formulering is zeer ruim. Er is vrijwel niets a priori uitgesloten van de reikwijdte van artikel 9. Vooral de laatste zin, het tot uitdrukking brengen van de overtuiging in de praktische toepassing en het onderhouden van geboden en voorschriften, geeft veel ruimte om in allerlei verschillende situaties een beroep te doen op de vrijheid van godsdienst. Er is immers vrijwel geen gedraging die niet potentieel door betrokkene beschouwd kan worden als een praktische toepassing van zijn godsdienst, of het nu gaat om het praktiseren van (eenvoudige) lijfstraffen,⁴ of om het drinken van een kop hallucinerende thee.⁵

In de rechtspraak heeft zich ten aanzien van de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst de leer van de 'zelf-interpretatie' ontwikkeld. Deze leer houdt in, dat de rechter terughoudendheid in acht neemt ten aanzien van hetgeen door een belanghebbende wordt gesteld als uiting van godsdienst. Zo zal een rechter in beginsel niet zelfstandig toetsen aan de hand van Islamitische dogmatiek of het dragen van een hoofddoek een religieus voorschrift is of niet.⁶ Aan deze ruimte voor zelf-definitie is wel een grens:

³ B.P. Vermeulen, B. Aarraas, De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving, Bijdrage Staatsrechtconferentie, 17 december 2008, p. 14. Zie ook het Commentaar bij artikel 6 Gw in De Grondwet, onder redactie van A.K. Koekkoek.

⁴ Christian Education South Africa versus Minister of Education, 18 augustus 2000, Constitutional Court of South Africa. In deze zaak erkende het Constitutionele Hof van Zuid Afrika dat het praktiseren van eenvoudige lijfstraffen kon behoren tot een religieus ethos, maar bepaalde tevens dat het handhaven van het verbod op lijfstraffen zwaarder woog.

⁵ Rechtbank Amsterdam 21 mei 2001, *Santo Daime*, AB 2001, 342. Zie ook Hoge Raad 9 januari 2007, AB 2007, 181, die tot de conclusie komt dat er in casu sprake is van een rechtmatige beperking van de vrijheid van godsdienst. Meer recent heeft de Rechtbank Haarlem (uitspraak van 26-03-2009, LJN BH9844) overigens in weerwil van dit arrest overwogen dat het recht op vrijheid van godsdienst in dit geval toch dient te prevaleren. Ook in bijvoorbeeld de VS speelt dit dilemma, de bekende zaak hierover is *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

⁶ B.P. Vermeulen, B. Aarraas, De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving, Bijdrage Staatsrechtconferentie, 17 december 2008

in het beruchte Sint-Walburga-arrest is aangegeven dat het louter pretenderen dat er sprake is van een religieuze cultus onvoldoende is.⁷

Als tegenhanger van het eerste lid bepaalt het tweede lid van artikel 9 dat de vrijheid van godsdienst aan beperkingen mag worden onderworpen, mits deze bij wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn. Het tweede lid is ruim geformuleerd: hoewel de bepaling begint met ‘geen andere beperkingen dan die’, laat hetgeen volgt vrij veel ruimte voor een belangenafweging van de overheid in concrete gevallen, omdat de doelen die vervolgens genoemd worden weinig inhoudelijke beperking geven. De overheid mag hierbij echter niet willekeurig te werk gaan: er moet een wettelijke grondslag zijn voor de beperking. Dit hoeft geen wet in formele zin te zijn, maar het moet wel een kenbare, vooraf gestelde regel zijn.

Met het beroep op de vrijheid van godsdienst kan een voorbehoud worden gemaakt op de toepassing van de voor een ieder geldende rechtsorde in het concrete geval. Een dergelijke uitzondering kan bij wet reeds verdisconteerd zijn, maar ook pas bij de toepassing van het recht in het concrete geval door een rechter worden bepaald. Een voorbeeld van het eerste vinden we in artikel 44 van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren. In dit artikel wordt het slachten van dieren geregeld, waarbij op de algemene regel (verdoofd slachten) direct een uitzondering is opgenomen voor het slachten van dieren volgens de israëlitische of de islamitische ritus, zonder voorafgaande bedwelming. Een voorbeeld van het tweede vinden we in de reeds hierboven genoemde Santo Daime-uitspraak. Hierbij ging het om het gebruiken van een bepaald soort thee, ayahuasca thee, die een hallucinerende werking heeft. In de thee zit een bestanddeel, DMT, een middel waarvan het verboden is om in te voeren op grond van de Opiumwet. De rechtbank Haarlem vond hierbij dat vrijheid van godsdienst zwaarder woog dan de gezondheidsrisico's die met het gebruik van het middel verbonden waren.⁸

⁷ HR 31-10-1986, NJ 1987, 173.

⁸ De rechtbank Haarlem overwoog hier: “In dit geval dient een afweging te worden gemaakt tussen enerzijds het belang van verdachte en de andere leden van de Santo Daime kerk dat geen inbreuk wordt gemaakt op het hun door het EVRM gewaarborgde recht op godsdienstvrijheid en anderzijds het belang van de Staat om zijn uit het Verdrag voortvloeiende verplichting tot het verbieden van DMT na te komen. Gezien het grote gewicht dat moet worden toegekend aan de vrijheid van godsdienst en de omstandigheid dat de invoer van de ayahuasca thee door het kerkgenootschap met waarborgen omkleed is en aan het rituele gebruik van de ayahuasca binnen de beslotenheid van het kerkgenootschap Santo Daime te Amsterdam geen noemenswaardige gezondheidsrisico's kleven, is de rechtbank van oordeel dat aan de bescherming van de godsdienstvrijheid in dit geval groter gewicht moet worden toegekend. Dit leidt ertoe dat in dit geval artikel 2 van de Opiumwet buiten toepassing dient te blijven.”

Samenvattend komt het positiefrechtelijk kader hier op neer: met een beroep op de vrijheid van godsdienst kunnen bepaalde rechtsregels buiten toepassing gelaten worden. Er dient dan wel sprake te zijn van een handeling die als godsdienstige handeling is te kwalificeren. Daarbij wordt voor wat betreft de definiëring van godsdienstige handeling ruimte gelaten bij de zelf-definitie van de betrokkene in kwestie. Artikel 9 EVRM biedt de meest ruime bescherming voor het individu in geval van beperkingen door de formele wetgever. De vrijheid van godsdienst kan niettemin beperkt worden bij wet, indien dit noodzakelijk is in een democratische samenleving. De beperking moet aan de eisen van proportionaliteit voldoen. In geval van een beperking die gesteld is door een lagere overheid, dient tevens te worden bezien of deze voldoet aan de voorwaarden van artikel 6, tweede lid, van de Grondwet, omdat deze bepaling meer bescherming biedt voor het individu dan artikel 9 EVRM.⁹

3. Subjectivering en het probleem van de reikwijdte van godsdienst

3.1 Probleemschets

Wil een grondrecht hanteerbaar zijn, dan moet er een afbakening mogelijk zijn van het soort handelingen dat het grondrecht beoogd te beschermen. Als dit niet het geval is, zou iemand zich immers onbeperkt kunnen onttrekken aan de rechtsorde met een beroep op dit grondrecht.

Voor de vrijheid van godsdienst betekent dit dat zal moeten worden bepaald of een bepaalde handeling is aan te merken als een handeling die onderdeel is van de uitoefening van een godsdienst of niet. Is een godsdienst echter wel af te bakenen? Wie is de overheid om te bepalen wat wel of niet als godsdienstige handeling is te kwalificeren? Paul de Beer schetst in zijn kritiek een klassiek dilemma voor het definiëren van de vrijheid van godsdienst:¹⁰

- Als de overheid een objectieve definitie hanteert van religie, dan zullen bepaalde handelingen die voor de betrokkenen zelf onder uitoefening van hun godsdienst vallen, niet onder de reikwijdte

⁹ Interessant in dit verband: ABRvS, Uitspraak van 6 april 2005, Zaaknummer 200406278/1 over een Mariaverschijning. De Afdeling toetst hier aan artikel 9 EVRM, terwijl een toets aan artikel 6 Gw mogelijk tot de conclusie had kunnen leiden dat de lokale overheid in dit verband geen bevoegdheid had tot beperken van de godsdienstvrijheid, omdat het ging over godsdienstbeleving in een besloten ruimte, nl. een kapelletje.

¹⁰ B.P. Vermeulen heeft deze twee benaderingen van het bepalen van de reikwijdte van grondrechten eerder in algemene zin nader uitgewerkt in B.P. Vermeulen, *Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?*, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 1992, p. 16-46. En B.P. Vermeulen, *Wat maakt godsdienst zo speciaal?*, in *S&D* 2008, nr. 3. Zie ook: P. Mendelits, *Interpretatie van grondrechten, grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten*, Deventer, 2002, p. 58-64.

van de beschermende werking van de godsdienstvrijheid vallen. Hiermee is er echter geen sprake meer van godsdienstvrijheid, maar hooguit van bescherming van enkele geprivilegieerde uitingen van godsdienst.

- Als de overheid daarentegen een subjectieve definitie hanteert van godsdienst, dat wil zeggen, dat de definitie van wat een religieuze gedraging is wordt bepaald door de betrokken persoon zelf, wordt religie een vrijbrief voor het overtreden van wetten, hetgeen zou leiden tot volstrekte willekeur en onverenigbaar met andere belangen zou zijn.

Ditzelfde argument vinden we in historische vorm bij Koo van der Wal. Door wat door Van der Wal subjectivering en verinnerlijking wordt genoemd, is religie in toenemende mate vaste vormen verloren. De persoonlijke beleving van religie wordt zo sterk voorop gesteld, dat noodzakelijkerwijs een enigszins objectieve definitie van religie steeds lastiger wordt. Wanneer een ieder zelf definieert wat godsdienst is, dan is er nauwelijks meer sprake van een 'object' dat kan worden afgebakend. Voor Van der Wal is het niet zo zeer wenselijk of onwenselijk om vrijheid van godsdienst af te schaffen, maar een onvermijdelijke uitkomst van historische ontwikkeling dat godsdienst in toenemende mate minder definieerbaar wordt.

Valt de vrijheid van godsdienst nog te redden? Van der Wal ziet twee mogelijkheden, die hij vervolgens allebei afwijst:

- Allereerst is het mogelijk om de vrijheid van godsdienst te richten naar het beschermen van de traditionele vormen van religie. Het nadeel hiervan is dat aan religieuze dynamiek zelf beperkt ruimte wordt geboden: nieuwe religieuze stromingen en uitingen hebben een achtergestelde positie ten opzichte van bestaande culti. Hiermee krijgt de bescherming van godsdienst een arbitrair karakter.
- Ten tweede is het mogelijk om het recht te richten op een functionele definitie van religie. Het probleem van een dergelijke functionele benadering is echter dat er, evenals bij de gewetensvrijheid, geen inhoudelijke afbakening meer mogelijk is. Hiermee wordt de vrijheid van godsdienst in juridische zin onhanteerbaar.

Met de onaanvaardbaarheid van deze beide mogelijkheden is de vrijheid van godsdienst hard op weg om een onhanteerbaar recht te worden.

Op de achtergrond bij dit argument speelt de angst dat iemand zich met een beroep op de vrijheid van godsdienst onbepert kan onttrekken aan de geldende rechtsorde.¹¹ Deze angst wordt benoemd door Van der Wal, wanneer hij aangeeft dat paal en perk moet worden gesteld aan bepaalde ongewenste handelingen die worden verricht in naam van godsdienstige overtuiging, zoals vrouwenbesnijdenis.

3.2 Naar een werkbare definiëring van godsdienst

Is godsdienst wel zinvol te definiëren? En leidt vrijheid van godsdienst niet tot een onbeperkte mogelijkheid voor het individu om zich te onttrekken aan de objectief geldende rechtsorde? Ten diepste gaat het hier om een zelfde probleem als eerder speelde rond de vrijheid van geweten, die, hoewel via het EVRM nog onderdeel van onze rechtsorde, slechts een beperkte rol speelt, omdat het geweten elke objectieve inhoud heeft verloren.¹²

De innerlijke vrijheid van het geweten kan nimmer door een externe macht als de staat beperkt worden. ‘In foro interno’ geldt een onbeperkte vrijheid. Zodra echter aan het innerlijke geweten vorm wordt gegeven door naar dit geweten te handelen, kan dit niet zonder meer worden aanvaard. De plicht van iemands subjectieve geweten kan immers in strijd zijn met het objectieve recht. Ook kan de oprechtheid van het geweten worden betwist. Iemand kan wel beweren dat er sprake is van een gewetenskwesie, maar hoe is dit kenbaar voor de rechter die zijn zaak moet beoordelen?¹³

De enige wijze waarop een gewetensbezwaar kan worden bewezen is door de gevolgen van het volgen van het geweten te dragen, en af te wachten of alsnog de erkenning volgt.¹⁴ Dit plaatst de staat die de vrijheid van geweten wil erkennen echter voor een onoverkomelijk dilemma: de staat kan het geweten slechts erkennen wanneer kenbaar is dat er in casu sprake is van een zaak van het geweten. Om te bewijzen dat er sprake is van een zaak van het geweten zal het individu in casu de kwade gevolgen van het volgen van het geweten moeten dragen. Wanneer er echter kwade gevolgen verbonden zijn aan het

¹¹ Zoals de formulering van *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878) luidt: Permit this would be to make the professed doctrines of religious belief superior to the law of the land, and in effect to permit every citizen to become a law unto himself. Government could exist only in name under such circumstances.

¹² B.P. Vermeulen, *Vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, Gouda Quint, 1989.

¹³ We vinden eenzelfde these reeds bij Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, par. 137 en toelichting: “Der Staat kann deswegen das Gewissen in seiner eigentümlichen Form, d. i. als *subjektives Wissen* nicht anerkennen, sowenig als in der Wissenschaft die subjektive *Meinung*, die *Versicherung* und *Berufung* auf eine subjektive Meinung, eine Gültigkeit hat.”

¹⁴ Zie hiervoor o.a. A.F. de Savornin Lohman, *Onze constitutie*, Kemink en Zoon, 1926 (eerste druk 1901), p. 312 en B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, 1989.

volgen van het geweten, is er geen sprake van volledige erkenning van de vrijheid van geweten. Hiermee is de vrijheid van geweten een onmogelijk recht: ofwel de staat erkent de vrijheid van het geweten niet volledig door kwade rechtsgevolgen in stand te houden, ofwel de staat kan niet weten of er sprake is van een gewetenskwesie, en beschermt elk willekeurig beroep op het geweten. Wanneer elk beroep op de vrijheid van geweten wordt gehonoreerd, is echter elke mogelijkheid van een objectief geldende rechtsorde verdwenen, aangezien een ieder steeds op grond van zijn subjectief gestelde gewetensbezwaar een uitzonderingspositie in de rechtsorde kan verwerken.

In de tijd dat de vrijheid van geweten ontstond als eerste grondrecht, had het geweten een strikt religieuze betekenis. Politieke overtuigingen golden niet als zaken van het geweten. De betekenis van het geweten is echter steeds verder opgerekt, waardoor uiteindelijk alle mogelijke overtuigingen tot gewetensovertuigingen kunnen behoren. Met het wegvallen van deze religieuze inhoud, is het recht onhanteerbaar geworden.

Als godsdienst volledig gesubjectieerd wordt, dan valt zij ten prooi aan hetzelfde probleem als de gewetensvrijheid, en verwordt ook de godsdienstvrijheid tot een niet te hanteren recht. Enige objectieve invulling van het begrip godsdienst is dus noodzakelijk, wil de vrijheid van godsdienst enige afbakening hebben.

Zijn er betekenisvolle criteria om te bepalen of een bepaalde handeling onder de noemer godsdienst is te kwalificeren? Hier is het van belang om godsdienst te zien in historische ontwikkeling. Van oudsher overgeleverde religieuze riten en gebruiken zijn goed als zodanig identificeerbaar, en zullen zelden een definitieprobleem opleveren. Voor minder herkenbare vormen van godsdienstuitingen is mijns inziens de benadering die interpretatieve terughoudendheid combineert met een terughoudende objectieve toetsing.¹⁵ Het uitgangspunt dient te zijn: indien iemand zelf een bepaalde gedraging als onderdeel van zijn godsdienst beschouwt, dan dient de overheid dit in beginsel ook te zien als een godsdienstige gedraging, tenzij er evidentie is die op het tegendeel wijst. Deze evidentie kan bijvoorbeeld gelegen zijn in het feit dat de persoon of religieuze gemeenschap in kwestie contradictoire uitingen doet over het karakter van de handeling,¹⁶ volstrekt willekeurig handelt,¹⁷ een volstrekt individuele religie aanhangt of

¹⁵ B.P. Vermeulen, Aarraas, Functie en reikwijdte van de vrijheid van godsdienst en B.P. Vermeulen, Wie bepaalt de reikwijdte van grondrechten.

¹⁶ Zie de eerder genoemde arresten over de Sainte Daimo gemeenschap.

een beroep doet op godsdienstvrijheid louter en alleen met het kennelijke oogmerk om hierdoor een betere rechtspositie te verkrijgen.¹⁸

Aldus kan godsdienstvrijheid vorm krijgen met enerzijds voldoende ruimte om recht te doen aan subjectiviteit in de verscheidenheid van godsdienstige handelingen en anderzijds voldoende objectivering om 'oeverloosheid' van dit grondrecht te voorkomen. Dit leidt tot een dynamische afbakening, waarbij de vraag of een bepaalde handeling een religieus karakter heeft door de tijd heen kan veranderen. Dit dynamische karakter is in mijn ogen niet kwalijk, maar juist een kracht van een grondrecht. Juist wanneer een grondrecht 'verstart' verliest het zijn betekenis voor de rechtsorde.

Hiermee biedt het bovenstaande kader voldoende ruimte om zowel religieuze uitingen te beschermen als volledig gesubjectieerde religieuze opvattingen uit te zonderen van deze bescherming. Het feit dat dit enigszins bevoordelend werkt ten aanzien van bestaande religies is mijns inziens een onvermijdelijke prijs die moet worden betaald. Ook dit is overigens niet uniek voor vrijheid van godsdienst. Recht is bijna altijd enigszins in het voordeel van bestaande organisaties en structuren, simpelweg omdat de kenbaarheid van deze belangen groter is dan voor nieuwere bewegingen. Hiermee kan in ieder geval een voor de rechtspraak hanteerbare definiëring van godsdienst worden gegeven.

Als religie zelf een ontwikkeling ondergaat van volledige subjectivering, dan zal het niet langer mogelijk zijn om vrijheid van godsdienst te erkennen in de rechtsorde.

Het is echter de vraag of het reeds zo ver is. Een niet te verwaarlozen deel van de bevolking is nog steeds op enige wijze aangesloten bij een religieuze stroming.

4 Fundering van godsdienstvrijheid en gelijke behandeling

4.1 Probleemschets

Bescherming van de vrijheid van godsdienst leidt onvermijdelijk tot ongelijkheid. In essentie gaat het er immers om dat bepaalde gedragingen, wanneer zij in het kader van een godsdienst worden gedaan

¹⁷ Doorgaans zal dit niet voor een rechter komen, omdat de persoon in kwestie het ofwel niet serieus genoeg zal menen om de proef op de som te nemen, ofwel volstrekt ontoerekeningsvatbaar is. Het voorbeeld dat Paul de Beer noemt, geloven in kabouters, komt in de buurt.

¹⁸ Zie naast het reeds genoemde arrest van de zusters sint walburga, het initiatief tot een rokerskerk, www.rokerskerk.nl.

bescherming genieten, zelfs wanneer dit tegen de algemeen geldende rechtsorde in gaat. Zo is het mogelijk om met een beroep op de godsdienstvrijheid uitgezonderd te worden van de verplichting tot verdoofd slachten. Is deze ongelijkheid gerechtvaardigd? Op grond van het positieve recht zal per geval moeten worden bepaald of de algemene regel een noodzakelijke en proportionele beperking van de godsdienstvrijheid inhoudt.

Paul de Beer ziet echter in alle bescherming van religieuze gedragingen die verder gaat dan de bescherming van seculiere gedragingen door de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van vereniging en de vrijheid van vergadering strijdigheid met het discriminatieverbod van artikel 1 van de grondwet.¹⁹ Deze uitzonderingssituaties voor gelovigen zijn vanuit het oogpunt van gelijke behandeling niet te rechtvaardigen: gelijke monniken, gelijke kappen, of het nu gaat om hoofddoekjes of piercings, kledingvoorschriften zijn kledingvoorschriften.

In wezen komt de kritiek die stelt dat de vrijheid van godsdienst overbodig is, omdat de vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging en vrijheid van vergadering voldoende garantie bieden voor het belijden van een religie, ook neer op een pleidooi voor een zwaarder gewicht voor het gelijkheidsbeginsel ten koste van godsdienstvrijheid. Het is misleidend om te stellen dat de vrijheid van godsdienst overbodig is. Er zijn immers allerlei religieuze handelingen die niet langer toegestaan zouden zijn wanneer de vrijheid van godsdienst niet langer gelding heeft. Als de vrijheid van godsdienst werkelijk overbodig zou zijn, zou er niets veranderen aan de rechtspositie van gelovigen, en heeft het afschaffen van deze vrijheid geen zin. Wat men met deze kritiek eigenlijk bedoelt, is: in zoverre godsdienstige gedragingen niet vallen onder de drie genoemde vrijheden, verdienen zij geen bescherming, omdat dit leidt tot rechtsongelijkheid tussen gelovigen en niet-gelovigen.

4.2 Gronden voor godsdienstvrijheid

De conclusie van De Beer is dat de overheid dient zich niets aan godsdienst dient gelegen te laten. De vrijheid van godsdienst dient te worden geschrapt uit de Grondwet. Een belangrijke vraag die voor een voorstander van godsdienstvrijheid moet worden beantwoord, is dus waarom de ongelijke behandeling gerechtvaardigd is.

¹⁹ Paul de Beer, *Waarom vrijheid van godsdienst uit de grondwet kan*, in: *Socialisme & democratie*. Zie daarnaast: *De paradox van de godsdienstvrijheid*, in: *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?*. "Wat maakt godsdienst zo speciaal?" *S&D* 2008, nr. 3. En: *Waarom de overheid principieel moet weigeren zich over godsdienst uit te laten*.

Allereerst is ook hier het historisch karakter van dit grondrecht van belang. Het recht is geen ‘tabula rasa’ waarop de grondrechten naar believen kunnen worden ingekleurd. Grondrechten zijn historisch ontwikkelde vrijheden, die vaak voortkomen uit grote politieke strijd. Het bekende citaat van A.M. Donner hierover: “Het zijn slechts de gevoeligste littekens, welke de strijd tussen mens en gemeenschap heeft achtergelaten; deze rechten zijn aan de hand van harde ervaringen en onaangename herinneringen geselecteerd en omschreven.”²⁰

De vrijheid van godsdienst is hierin geen uitzondering. De verschrikkelijke ervaringen in Europa van de godsdienstoorlogen die volgden op de reformatie hebben hun stempel gedrukt op het rechtsbewustzijn, in het bijzonder in de Nederlanden.²¹ Uit het eerste grondrecht van de vrijheid van geweten ontwikkelde zich, eveneens na een lange politieke strijd in de negentiende eeuw, een volwaardig grondrecht op openbare uitoefening van godsdienst.²²

De historische ontwikkeling van de vrijheid van godsdienst leidt op zichzelf nog niet tot een voldoende fundering. Naast een historische verklaring voor het ontstaan van de vrijheid van godsdienst is er mijns inziens een aantal argumenten die nog steeds pleiten voor de bijzondere positie die godsdienst inneemt in de rechtsorde. Ik bespreek er hier vier.

4.2.1 De transcendente natuur van de mens

*“Het recht op godsdienstvrijheid wortelt in de waardigheid zelf van de menselijke persoon. Diens transcendente natuur mag niet worden ontkend of buiten beschouwing blijven. God schiep man en vrouw naar zijn beeld en gelijkenis. Daarom heeft ieder mens het heilige recht op een volwaardig leven, ook vanuit spiritueel oogpunt”*²³

In de visie van Paus Benedictus XVI staat de transcendente natuur van de mens centraal, waarin het geestelijk leven, mede vormgegeven in relaties tot anderen, een essentieel onderdeel is van menselijke

²⁰ A.M. Donner, ‘Grondrechten als constitutionele rechten’, in ID., Tussen het echte en het gemaakte. Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, p. 211.

²¹ Zie hiervoor uitgebreider B.P. Vermeulen, De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem, Gouda 1989.

²² Zie hiervoor uitgebreider ‘Mijlpalen van het verleden, wegwijzers voor de toekomst

De vrijheid van godsdienst in Nederland van de Unie van Utrecht tot nu.’ Toespraak van minister van justitie Hirsch Ballin bij In vrijheid verbonden, te vinden op <http://www.raadvankerken.nl/?b=1008>.

²³ Boodschap van paus Benedictus XVI bij de viering van Wereldvredeesdag 1 januari 2011

waardigheid. In het respect voor menselijke waardigheid zal dus ook het godsdienstige karakter van de mens moeten worden gerespecteerd.

De vrijheid van godsdienst krijgt op deze wijze een stevige verankering: het is een essentieel kenmerk van de mens dat hij godsdienstig is. Omdat deze geestelijke kant van het leven zich pas in relatie met anderen ontwikkelt, dient godsdienstvrijheid ook de realisatie van de vrijheid van godsdienst in religieuze gedragingen te omvatten. Het blijft met andere woorden niet beperkt tot een volstrekt individuele vrijheid van geweten, of vrijheid van denken, maar ook de realisatie van godsdienstige rituelen in gemeenschap.

Het op gelijke hoogte stellen van religieuze opvattingen met andere meningen en gedragingen miskent het transcendente karakter van deze handelingen. Het willen beperken van de bescherming voor deze handelingen miskent het innerlijke streven van de mens naar een zinvol leven in spiritueel opzicht.

Het argument van de religieuze natuur van de mens gaat mijns inziens te zeer uit van een essentialistische opvatting van de menselijke natuur. Hierdoor zal het alleen voor wie bereid is deze essentialistische visie op de menselijke natuur te aanvaarden, sterke overtuigingskracht hebben. Voor wie deze visie niet deelt, zal dit argument minder overtuigingskracht hebben. Daar komt bij dat het risico aanwezig is dat dit mensbeeld zelf intolerantie in de hand kan werken naar mensen die persoonlijk geen enkele neiging bij zichzelf bemerken om religieus actief te zijn.

4.2.2 De opdracht van de rechtstaat als respect voor subjectiviteit

Zolang er mensen zijn die het naleven van godsdienstige voorschriften als verwerkelijking van hun vrijheid beschouwen, dient een staat die de vrijheid van haar burgers voor ogen staat, hiermee rekening houden. Godsdienstvrijheid is het respect voor wat door haar burgers als wezenlijk wordt ervaren voor het verwerkelijken van hun vrijheid. Respect voor de godsdienstuitoefening is aldus een noodzakelijke voorwaarde in een rechtstaat, omdat godsdienstvrijheid noodzakelijk is voor het verwerkelijken van een staat van vrijheid die zijn naam waardig is.

Als een staat in willekeurige voorschriften de godsdienstuitoefening zou bemoeilijken, dan zou deze staat niet langer kunnen volhouden een rechtstaat te zijn. De staat miskent hiermee ofwel dat godsdienstuitoefening een wezenlijk onderdeel is van de verwerkelijking van de vrijheid van haar burgers, ofwel dat deze vrijheid geen bescherming behoeft. In het eerste geval ontkent de staat het

evidente gegeven dat er godsdiensten zijn en dat er burgers zijn die hier waarde aan hechten. In het tweede geval neemt de staat haar roeping tot het respecteren van de vrijheid van haar burgers niet serieus, en kan zij niet langer een rechtstaat heten.

In de hypothetische situatie waarin niemand religie ervaart als verwerkelijking van vrijheid, vervalt de noodzaak tot het beschermen van godsdienstvrijheid. Dit is echter een hypothetische situatie die voor Nederland geen werkelijkheid is, en ook niet kan worden bereikt door handelen van de overheid. De reeds genoemde A.M. Donner zegt hierover:

“De Overheid heeft de geestelijke situatie, die zij vindt, in zekeren zin te aanvaarden en haar beleid daarnaar in te richten. Eenheid van denken en handelen kan zij niet scheppen, er zijn te veel factoren, waartegenover zij met al haar machtsmiddelen toch machteloos staat. Wie hier de ontwikkeling der geesten tracht te forceeren, bevordert veelal een precies omgekeerde ontwikkeling en werkt een ontbinding van gezag in de hand.”²⁴

De wijze waarop Paul de Beer spreekt over kledingvoorschriften is hierin exemplarisch voor hoe het niet moet: door een religieus symbool en een sieraad op één lijn te stellen onder het mom ‘kledingvoorschriften zijn kledingvoorschriften’, wordt volledig voorbij gegaan aan het verschil in persoonlijke waardering van het betreffende kledingstuk. Een sieraad zal zelden zo identiteitsbepalend zijn als een religieus symbool is voor de gelovige. Dit betekent niet dat een verbod op het dragen van een religieus symbool nooit gerechtvaardigd is. Het betekent echter wel dat wanneer een rechtstaat haar naam waardig wil zijn, zij op enige wijze recht moet doen aan de subjectieve emotionele waarde die gelovigen hechten aan religieuze symbolen. Dit gebeurt niet wanneer dit op één lijn wordt gesteld met andere kledingstukken of sieraden die deze lading niet hebben.²⁵

4.2.3 Risico van vervreemding en eigenrichting

Doorgaans worden voorstellen tot het afschaffen van de vrijheid van godsdienst gedaan met het oog op bepaalde gepercipieerde maatschappelijke misstanden. Meestal wordt daarbij echter niet voorgesteld hoe vervolgens onvermijdelijke maatschappelijke tegenstellingen die rondom religie ontstaan dienen te

²⁴ A.M. Donner, ‘relativisme en geestelijke vrijheid’, in ID., Tussen het echte en het gemaakte. Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, p. 15.

²⁵ Overigens zal, paradoxaal genoeg, in het formuleren van een wettelijk voorschrift dat een beperking van de vrijheid van godsdienst inhoudt, wel moeten worden gezocht naar een neutrale formulering en een objectieve rechtvaardiging, waardoor deze fenomenen in de formulering van het voorschrift wél op een lijn worden gesteld, omdat er anders sprake is van discriminatie op grond van godsdienst.

worden opgelost. Paul de Beer lijkt uit te gaan van een idealistische vooronderstelling dat zolang de staat zich geen oordeel aanmeet over godsdienst, aan allerlei reële problemen beter het hoofd geboden kan worden. Met het betrekken van vrijheid van godsdienst hierbij worden deze problemen onnodig gecompliceerd.

De vraag is natuurlijk: *onnodig* gecompliceerd in wiens ogen? Wellicht is het in ogen van Paul de Beer het meest eenvoudig om allerlei religieuze praktijken gewoon maar te verbieden, maar dat zal voor betrokkenen weliswaar een verheldering zijn van hun rechtspositie, maar geen verbetering. Een belangenafweging, die weliswaar complexer is dan zwart-wit-oplossingen, zal beter recht doen aan alle in het geding zijnde belangen.

Aan deze oplossing kleeft het risico van het in de hand werken van vervreemding van de bestaande rechtsorde. Als de maatschappelijke orde niet erkent wat voor jou wezenlijk is, waarom zou jij je dan nog iets van die maatschappelijke orde aantrekken? Er zou juist een sterkere vervreemding plaatsvinden, omdat men zich helemaal niet meer herkent in de bestaande maatschappelijke orde. Erkenning van de waarde van de religieuze gedraging voor de belijder, zou omgekeerd juist kunnen betekenen dat de belijder van de godsdienst zich gekend weet in de bestaande rechtsorde, en daarmee ook de waarde erkent van het in stand houden van de bestaande rechtsorde.

Ook kan het niet erkennen van de vrijheid van godsdienst eigenrichting in de hand werken.²⁶ Als de staat deze vrijheid niet erkent, zullen religieuze groeperingen deze claimen, en ten opzichte van elkaar verdedigen. Dit werkt eerder maatschappelijke onrust in de hand, dan dat het vreedzaam samenleven bevordert. De staat moet hier normerend optreden, de grenzen van het aanvaardbare aangeven, omdat dit anders wordt overgelaten aan ieders eigen oordeel.

4.2.4 Vooringenomenheid van neutraliteit

Paul de Beer brengt rechtsongelijkheid als doorslaggevend argument naar voren, en stelt dat de staat volledige neutraliteit past in religieuze aangelegenheden. Een vervolgvraag die opkomt is: hoe komt deze neutrale rechtsorde, waarin iedereen gelijk behandeld moet worden, er dan uit te zien? Neutraliteit is in zichzelf geen neutraal begrip. Ook wanneer een strikt seculier uitgangspunt wordt

²⁶ B.P. Vermeulen, waarom de vrijheid van godsdienst in de grondwet moet blijven, S&D, nr. 3 2008.

genomen, is dit nog niet neutraal. Dit geldt ook voor de analyse van Van der Wal wanneer hij het autonome mensbegrip verkiest boven het religieuze mensbegrip.

Een noodzakelijke consequentie van dit uitgangspunt is dat het autonome persoonsbegrip zelf leidt tot een normatief mensbeeld dat heteronoom is aan de concrete persoon in kwestie. Het ideaalbeeld van de autonome (seculiere) mens wordt dan in zichzelf een norm waaraan een ieder moet voldoen, en een maatstaf waarmee alle verwijzingen naar een heteronome bepaaldheid verworpen worden, ook in de situatie waarin de persoon zelf aangeeft deze (voor de seculiere mens) heteronome bepaaldheid vrijwillig te verkiezen.

Het steeds prefereren van de seculiere mensvisie leidt in uiterste consequentie tot een seculiere dictatuur, waar de dwang van de vrijheid alomvattend aanwezig is. Een ieder zal vrij zijn, en indien je dit nog niet bent, zullen wij je wel bevrijden, desnoods tegen je eigen wil in. De paradox van deze gedachtegang is dat met een beroep op het abstracte recht op zelfbepaling van de persoon volledig wordt voorbij gegaan aan de concrete zelfbepaling van deze persoon in kwestie. Het autonome persoonsbegrip kan aldus leiden tot onderdrukking in naam van de vrijheid.

Een voorbeeld ter verduidelijking: gesteld dat iemand een hoofddoekje draagt uit een besef van religieuze plicht. Daarbij stelt zij dat ze dit uit vrije wil doet. Vanuit een zuiver autonoom persoonsbegrip zou kunnen worden gesteld dat het dragen van een hoofddoek bij definitie een teken van onderdrukking van de vrouw. Het kan aldus nooit zo zijn dat zij dit uit vrije wil doet. Zij moet 'bevrijd' worden van deze onderdrukking door de hoofddoek te verbieden. Het resultaat van de bevrijding van de hoofddoek zou echter zijn dat de vrouw in kwestie niet langer vrij is een hoofddoek te dragen en een voor haar wezenlijke religieuze plicht na te leven.

5. Conclusie

Het bovenstaande is een negatieve apologetiek van de godsdienstvrijheid. Het is een poging om argumenten die genoemd worden voor het afschaffen van de vrijheid van godsdienst te weerleggen. Daarnaast zijn er mijns inziens belangrijke positieve argumenten voor een waardering van godsdienstvrijheid. Meer dan de liberale rechtsstaat zelf is religie in staat tot het overbrengen van

normen en waarden, het bieden van houvast, het bevorderen van onderlinge solidariteit en maatschappelijke cohesie en zingeving.

Het definitieprobleem is ten principale een onoplosbaar probleem, maar dat betekent niet dat er geen werkbare definitie kan worden gevonden voor de rechtspraak. Bij van oudsher bestaande religieuze culten en riten zal de reikwijdte geen probleem vormen. Bij nieuwere vormen van religieuze uitingen, kan worden aangesloten bij de zelf-interpretatie van het individu. De rationalistische benadering van De Beer schiet te kort, omdat het de historische realiteit van het recht miskent. De benadering van Van der Wal is wat dat betreft interessant, maar concludeert ten onrechte dat religie reeds zodanig gesubjectiveerd is, dat bescherming niet langer mogelijk is. Het is niet uit te sluiten dat de maatschappij zich in deze richting zal ontwikkelen, hoewel ik ook daar twijfels bij heb. Vooralsnog zie ik in de huidige maatschappij weinig aanleiding voor deze conclusie.

Ten aanzien van het funderingsprobleem en het verwijt van ongelijke behandeling heb ik een aantal redenen onderscheiden waarom religieuze handelingen aanspraak kunnen maken op extra bescherming. Daarbij heb ik gewezen op het belang van een historische lezing van dit grondrecht. Het argument van de religieuze natuur van de mens gaat te zeer uit van een essentialistische opvattingen van de menselijke natuur, en loopt daarmee het risico om intolerant te zijn naar mensen die persoonlijk geen enkele neiging bij zichzelf bemerken om religieus actief te zijn. Een sterke rechtvaardiging, die ook vanuit een meer seculier perspectief aanvaard kan worden, ligt mijns inziens in de opdracht van de rechtstaat om de subjectieve gevoelens van haar burgers zo veel mogelijk te respecteren.

Een meer pragmatische rechtvaardiging is gelegen in het feit dat het afschaffen van de vrijheid van godsdienst geen maatschappelijke problemen oplost, maar eerder vervreemding en eigenrichting in de hand werkt. Het argument dat neutraliteit geen neutraal begrip is, laat zien dat maatschappelijke onenigheid over godsdienstige kwesties in zekere zin onvermijdelijk is: ook het autonome mensbegrip kan in de naam van de vrijheid worden gebruikt als een instrument van onderdrukking.

Het is niet noodzakelijk om de godsdienstvrijheid af te schaffen. De onaanvaardbare excessen die door Koo van der Wal worden genoemd kunnen zonder meer worden bestreden, zonder dat grondwettelijke bescherming van godsdienstvrijheid hoeft te worden geofferd. Met de huidige vormgeving van de vrijheid van godsdienst is er binnen de rechtsorde een evenwichtig afwegingskader waarbinnen

bescherming geclaimd kan worden door het individu en om gegronde redenen beperkt kan worden door de overheid.

Daarbij is zowel het beschermen van godsdienst als het beperken van godsdienst een taak van de staat. Religieuze praktijken die een bedreiging vormen voor de individuele vrijheid van personen binnen een religieuze gemeenschap dienen te worden bestreden. Alleen indien de overheid paal en perk weet te stellen aan onderdrukkende praktijken die in de naam van religie plaatsvinden, kan er maatschappelijk draagvlak zijn voor tolerantie en godsdienstvrijheid. Dit vraagt een krachtige, motiverende overheid, die religieuze praktijken niet volledig op zijn beloop hoeft te laten, maar wel terdege onderbouwt waarom een bepaalde gedraging verboden dient te worden.