

RADICALE MOSLIMS EN HET BEWAKEN VAN RELIGIEUZE TOLERANTIE

Jos Vleugel *

Samenvatting | Dit artikel is geschreven naar aanleiding van Paul Scheffers essay in *NRC Handelsblad* van 24 januari 2020. Daarin uit Scheffer zijn zorgen over de religieuze tolerantie in Nederland vanwege zoals hij zelf zegt, ‘de problematiek rond de islam’. Dit artikel bespreekt wat deze religieuze tolerantie juridisch gezien is en of zij beter moet worden ‘bewaakt’ en zo ja, hoe dit dan moet gebeuren. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen vier domeinen: het intern-religieuze domein, het openbare domein, het domein van particuliere instellingen en het overheidsdomein. Elk van deze domeinen lijkt te worden gekenmerkt door een eigen invulling van religieuze tolerantie. De voor elk domein typerende invulling van religieuze tolerantie noopt tot eigensoortige maatregelen ter bewaking ervan.

Trefwoorden | radicale islam, religieuze tolerantie, belangenafweging, neutraliteit, godsdienstvrijheid, discriminatie.

[artikel 9 EVRM, artikel 6 Grondwet, AWGB]

Navigator van Wolters Kluwer | NTM-NJCM Bull. 2020/13

1 Inleiding

Twintig jaar na zijn geruchtmakende essay ‘Het multiculturele drama’¹ blikt Paul Scheffer terug en bespreekt hij hoe de huidige multiculturele maatschappij zich sindsdien heeft ontwikkeld.² Onomwonden stelt hij dat hij de ‘problematiek rond de islam’ heeft onderschat. Hij uit over verschillende thema’s zijn zorgen. Hij noemt onderzoek waaruit blijkt dat meer dan de helft van alle Marokkanen en Turken in Amsterdam en Rotterdam het op grond van een islamitische overtuiging een probleem vindt als er een homoseksuele leraar voor de klas staat.³ Ook maakt Scheffer zich druk om de zich steeds maar weer herhalende discussie over het dragen van islamitische hoofddoeken bij de politie. Voor hem is het duidelijk: aan politieagenten, die het recht hebben om anderen hun vrijheid te ontnemen, moeten hoge eisen van neutraliteit kunnen

■ Mr. dr. A. Vleugel is universitair docent aan de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht.

1 P. Scheffer, ‘Het multiculturele drama’, *NRC Handelsblad*, 29 januari 2000.

2 P. Scheffer, ‘Migratie is maakbaar’, *NRC Handelsblad* 24 januari 2020.

3 Scheffer presenteert deze onderzoeksresultaten in zijn krantenartikel zonder daarbij te verwijzen naar bronnen. Ik heb dit dus niet kunnen verifiëren. Het lijkt erop dat hij zich vooral heeft laten leiden door het onderzoek van het SCP uit 2018: ‘De religieuze beleving van moslims in Nederland’.

worden gesteld. Verder wijst Scheffer op de opkomst van een salafisme⁴ dat overhelt naar een fundamentalistische, agressieve afkeer van de westerse cultuur. Ten slotte uit Scheffer zijn zorgen over de houdbaarheid van de godsdienstvrijheid en de democratie. De godsdienstvrijheid zou onder druk staan, omdat er te veel Nederlanders binnen en buiten de moslimgemeenschap zouden zijn die het uitgangspunt van wederkerigheid afwijzen: ze eisen een monopolie voor hun eigen overtuigingen. De democratie zou eveneens onder druk staan, omdat er te veel Nederlanders zouden zijn die menen dat de islam niet in de democratie en de democratie niet in de islam past. Vanwege zijn zorgen doet Scheffer in zijn artikel een oproep om de religieuze tolerantie beter te bewaken.

Dit artikel is een reactie op de oproep van Scheffer. Aangezien Scheffer zijn pijlen uitsluitend richt op, zoals hij het zelf zegt, 'de problematiek rond de islam' beperkt dit artikel zich ook daartoe. Het evalueert – mede aan de hand van actuele ontwikkelingen zoals moskeefinanciering door het buitenland, salafistisch onderwijs, et cetera – hoe tolerant Nederland vandaag de dag volgens het geldende recht voor (radicale) moslims is en in hoeverre radicale moslims een bedreiging kunnen zijn voor de geldende religieuze tolerantie. Daarbij wordt ingegaan op de vraag of het recht de religieuze tolerantie beter tegen radicale moslims zou moeten bewaken, en zo ja, hoe dit dan kan gebeuren.

Om de huidige religieuze tolerantie genuanceerd weer te geven worden er vier maatschappelijke domeinen onderscheiden waarbinnen religieuze uitingen kunnen plaatsvinden: het intern-religieuze domein, het openbare domein, het domein van particuliere instellingen en het overheidsdomein.⁵ Deze onderverdeling volgt uit de wetsgeschiedenis, de systematiek (structuur en samenhang) van het geldende recht en de jurisprudentie. In de volgende paragraaf wordt deze onderverdeling toegelicht. Uit de ratio achter deze onderverdeling worden bovendien criteria afgeleid op basis waarvan per domein (par. 3-6) de mate van religieuze tolerantie wordt geëvalueerd. Met deze evaluatie kan antwoord worden gegeven op de vraag of de religieuze tolerantie in het betreffende domein juridisch beter moet worden bewaakt en zo ja, op welke manier dit dan kan gebeuren. Dit artikel sluit in paragraaf 7 af met een conclusie.

2 Neutraliteit en belangenafweging

Ten behoeve van een overzicht van de verschillende te onderscheiden domeinen en het inzicht in de consequenties die dit onderscheid met zich brengt voor de mate van religieuze tolerantie, wordt in deze paragraaf een abstracte schets gegeven van de verschillende domeinen. In de overige paragrafen wordt elk domein afzonderlijk aan de hand van wetsbepalingen en de wetsgeschiedenis nader gedefinieerd.

4 In dit artikel wordt uitgegaan van de volgende in de literatuur breed gedeelde definitie van salafisme: een 'brede stroming', of 'spectrum van stromingen' binnen de islam die 'conservatief', of 'ultra-orthodox' is en streeft naar een 'zuivere' islam waarbij letterlijke interpretatie van de basisbronnen centraal staat. Zie M. Berger e.a., *Salafisme in Nederland belicht*, Utrecht: Verwey Jonker Instituut 2018, p. 3. Omdat de term salafisme vooral wordt geassocieerd met het soennisme wordt er in dit artikel ook wel gesproken van 'radicale' of 'fundamentele' moslims wanneer er meer in het algemeen wordt gerefereerd aan ultra-orthodoxe moslims met een letterlijke lezing van de islam.

5 Dit onderscheid heb ik eerder uitgewerkt in A. Vleugel, 'Religie, belangenafweging en neutraliteit', *TvRRB* 2019/3. Dit artikel borduurt hierop voort.

Voornoemde domeinen hebben zowel een ruimtelijke als een denkbeeldige dimensie. De ruimtelijke dimensie is een concrete plaats of ruimte en de denkbeeldige dimensie is een abstracte vrijheidssfeer. Bij het intern religieuze domein bestaat de ruimtelijk dimensie grofweg uit de eigen woning, de kerk (moskee, etc.) of de (bijzondere) school met religieuze signatuur. De denkbeeldige dimensie bestaat uit de huiselijke sfeer, de geloofsgemeenschap en de schoolgemeenschap.⁶ Het openbare domein omvat in ruimtelijke zin de openbare weg, openbare overheidsgebouwen, openbaar vervoer en openbaar onderwijs en in denkbeeldige zin is dit het domein waar men in beginsel niet is gebonden aan de eerdergenoemde verbanden van het intern religieuze domein en aan de hierna te noemen verbanden van het overheidsdomein en het domein van particuliere instellingen.⁷ Aangaande de ruimtelijke dimensie van het domein van particuliere instellingen kan als voorbeeld een bedrijfsruimte worden genoemd en bij de abstracte dimensie de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer en die van een instelling met haar cliënt.⁸ Tot slot is er het overheidsdomein. Dit domein heeft qua ruimtelijke dimensie betrekking op besloten overheidsgebouwen en in denkbeeldige zin gaat het dan om de arbeidsverhoudingen binnen de overheid en de verhouding tussen een overheid en een burger als afnemer van diensten van deze overheid.⁹

Een belangrijke conclusie van dit artikel is dat binnen elk van de geschetste domeinen een eigen juridische invulling van religieuze tolerantie geldt. De oorzaak daarvoor is gevonden in de unieke verhouding van elk domein met neutraliteit. Daarbij is neutraliteit conform het gangbare spraakgebruik uitgelegd als een onpartijdige houding.¹⁰ Hoe de overheid inzake het belijden van godsdienst in praktijk invulling zou moeten geven aan deze onpartijdige houding, vormt onderwerp van debat.¹¹ Dat vormt echter geen beletsel om uit de wetgeschiedenis, de systematiek van het geldende recht en de jurisprudentie af te leiden hoe deze onpartijdige houding wordt ingevuld. In dit artikel is op die manier per domein de inhoud van deze onpartijdige houding beredeneerd. Wat deze onpartijdige houding in het betreffende domein behelst wordt later bij de bespreking van het betreffende domein onthuld, voor nu is het relevant om uit te leggen dat de verhouding van een domein met neutraliteit van invloed is op een wettelijk uit te voeren belangenafweging en daarmee – als logische consequentie – op de mate van religieuze tolerantie.

Een dergelijke belangenafweging volgt bijvoorbeeld uit artikel 9 EVRM. Een bevoegd overheidsorgaan dat beperkingen wil opleggen aan de godsdienstvrijheid dient naast de overige eisen van artikel 9 lid 2 EVRM (zoals een proportionaliteits- en subsidiariteitstoets) ook een afweging te maken tussen het religieuze belang van het grondrechtssubject en een in de beperkingsclausule genoemd algemeen belang of belang van een ander.¹² De verhouding van een

6 Art. 9 EVRM jo. art. 6 lid 1 Gw jo. art. 2:2 BW jo. art. 23 lid 2, 5, 6, 7 Gw.

7 Art. 9 EVRM jo. art. 6 lid 2 Gw jo. art. 23 lid 3 Gw.

8 Art. 9 EVRM jo. art. 6 Gw.

9 Art. 9 EVRM jo. art. 6 Gw.

10 De Van Dale definieert neutraliteit als 'onpartijdige houding'.

11 Zie hierover o.a. W. van der Burg & F.W.A. Brom, 'In defense of state neutrality', in: K.P. Rippe (red.), *Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft*, Freiburger Universitätsverlag 2009 (online, bijgewerkt 25 augustus 2010: <https://ssrn.com/abstract=1463289>).

12 Artikel 9 lid 2 EVRM luidt: De vrijheid zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uiting te brengen kan aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

domein met neutraliteit, beïnvloedt deze afweging doordat afhankelijk van de aard van die verhouding een bepaald gewicht wordt toegekend aan het religieuze belang of aan een daaraan in de beperkingsclausule opgenomen tegengesteld algemeen belang of belang van een ander.

Voor artikel 6 van de Grondwet geldt dat er voor het opleggen van beperkingen door de rechter of een bestuursorgaan geen belangenafweging is voorgeschreven. De grondwetgever bepaalt in dit artikel alleen welke regelgever (wetgever in formele zin of lagere regelgever) de godsdienstvrijheid mag inperken en op grond van welke belangen dit kan gebeuren.¹³ Dat neemt niet weg dat er op basis van deze bepaling toch ook een belangenafweging kan plaatsvinden, namelijk wanneer de regelgever bij het maken van regelgeving die ingrijpt op de godsdienstvrijheid, het religieuze belang van het grondrechtobject afweegt tegen een algemeen belang of belang van een ander.¹⁴ Ook de regelgever laat zich bij deze belangenafweging leiden door de wijze waarop het betreffende domein zich verhoudt met neutraliteit. Een voorbeeld van een dergelijke belangenafweging is de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Daarin staan meerdere bepalingen (artikelen 3, 5 en 7) waarin de wetgever de godsdienstvrijheid heeft afgewogen tegen het recht op gelijke behandeling. De AWGB is in het kader van religieuze tolerantie echter niet alleen relevant voor de afweging die erin heeft plaatsgevonden tussen godsdienstvrijheid en gelijke behandeling (denk aan een kerk die vanwege haar grondslag onderscheid naar sekse maakt bij de beroeping van ambtsdragers, zoals een dominee) maar ook omdat in deze wet een belangenafweging heeft plaatsgevonden tussen het maken van (indirect) onderscheid naar godsdienst en andere belangen die een dergelijk onderscheid rechtvaardigen (denk aan een bedrijf dat verbiedt dat zijn werknemers hoofddoeken dragen vanwege angst voor reputatieschade).

Op haar beurt schrijft de AWGB in verschillende artikelen een op het geval toegespitste belangenafweging voor. Zo bepaalt artikel 2 lid 1 dat indirect onderscheid naar godsdienst kan worden gerechtvaardigd als er sprake is van een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Deze formulering van de wetgever verplicht de rechter of een ander overheidsorgaan ertoe om bij een vermeend indirect onderscheid te toetsen of het doel van het indirecte onderscheid opweegt tegen het gemaakte onderscheid naar godsdienst. Ook bij deze toets geldt dat het gewicht dat aan het belang van gelijke behandeling en aan een rechtvaardigingsgrond voor ongelijke behandeling wordt toegekend, wordt beïnvloed door de verhouding die een domein heeft met neutraliteit.¹⁵ Tot slot is het belangrijk om op te merken dat de wijze waarop een domein zich verhoudt tot neutraliteit geen uitgemaakte zaak is en ter discussie kan staan. Het feit dat sommige onderwerpen veel maatschappelijke discussie losmaken

13 Artikel 6 Gw luidt:

1. Ieder heeft het recht zijn godsdienst of levensovertuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

2. De wet kan ter zake van de uitoefening van dit recht buiten gebouwen en besloten plaatsen regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordeligheden.

14 Overigens kan er ook door de rechter of een bestuursorgaan in het kader van de toepassing van de leer van de redelijke uitleg van grondrechten een belangenafweging plaatsvinden. De grondwetgever stelt dat bij toepassing van deze leer, die het in bijzondere omstandigheden mogelijk maakt om beperkingen toe te staan buiten de grondwettelijke bepaling om, de eis van proportionaliteit een rol kan spelen en er rekening moet worden gehouden met maatschappelijke en persoonlijke belangen. Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 21.

15 Zoals uit de bewoordingen van artikel 2 lid 1 AWGB blijkt dient de rechter of ander overheidsorgaan net als onder artikel 9 EVRM in zijn belangenafweging rekening te houden met proportionaliteit en subsidiariteit.

en dat er soms uitspraken zijn van gezaghebbende juridische instanties die elkaar op dit vlak lijken tegen te spreken toont aan dat het niet altijd eenvoudig is om te verdedigen dat een domein zich op een eenduidige wijze verhoudt tot neutraliteit. Discussie over de wijze waarop een domein zich verhoudt met neutraliteit zorgt er op haar beurt voor dat – naast dat er bij een belangenafweging natuurlijk ook altijd rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het geval – de belangenafweging geen uitgemaakte zaak is.

Overigens kunnen de conclusies van dit artikel over de mate van religieuze tolerantie binnen de verschillende domeinen niet zonder meer getransponeerd worden naar de rechtssystemen van andere Europese landen. De unieke traditionele kerk en staat-verhoudingen in de verschillende Europese landen staan hieraan in de weg. Dat is ook de reden dat het EHRM bij de beoordeling van beperkingen op de godsdienstvrijheid uitgaat van een *margin of appreciation*. In Frankrijk verhoudt het openbare domein zich bijvoorbeeld op een andere wijze met neutraliteit dan in Nederland. Dit heeft consequenties voor de belangenafweging en daarmee voor de mate van religieuze tolerantie.¹⁶

3 Religieuze tolerantie binnen het intern religieuze domein

Binnen het intern religieuze domein geldt dat de overheid helemaal geen neutraliteit afdwingt. Integendeel, de overheid maakt door middel van wetten juist religieuze autonomie mogelijk. Het geldende recht staat toe dat er binnen het intern religieuze domein een opvatting van het 'goede leven' wordt nagestreefd. Daardoor is het moeilijk om aan uitingen en gedragingen die vallen binnen dit intern religieuze domein beperkingen op te leggen. Een in dat kader uit te voeren belangenafweging zal het belang van het individu, gemeenschap of school zwaar laten wegen en in beginsel minder gewicht toekennen aan een met dit belang conflicterend algemeen belang of belang van een ander.

In Nederland is in vergelijking met andere landen het intern religieuze domein behoorlijk veelomvattend. Dit komt doordat de Nederlandse samenleving in het verleden door de invloed van de principes van soevereiniteit in eigen kring (protestants) en subsidiariteit (katholiek) een zuilenstructuur kende van verschillende religieuze en niet-religieuze denominaties.¹⁷ De gedachte

16 In Frankrijk is de *laïcité* de norm: voor religieuze uitingen en gedragingen is in het publieke domein (waaronder openbare scholen) geen plaats. Ook in andere Europese landen zien we dat er een unieke wijze is waarop de verschillende domeinen zich verhouden met neutraliteit, met alle mogelijke gevolgen voor de belangenafweging van dien. Een recent voorbeeld is EHRM 12 februari 2020, 43726/17 (*Grimmark/Zweden*). Daarin beredeneerde het EHRM vanuit de *margin of appreciation*-doctrine (r.o. 34) dat een werkgever in Zweden op grond van de nationale wet een grote vrijheid heeft om van een werknemer te verlangen dat hij of zij alle aan hem of haar opgedragen taken vervult. Dit rechtvaardigde volgens het EHRM dat een Zweeds hospitaal van een verloskundige kon eisen dat ze ook assisteerde bij het uitvoeren van abortussen ondanks dat ze daartegen religieuze gewetensbezwaren had. Het EHRM lijkt in deze zaak veel waarde te hechten aan de unieke wijze waarop in Zweden het domein van de particuliere instellingen zich verhoudt tot neutraliteit. Overigens was het wel zo dat in deze zaak de betreffende 'abortus-taak' bij het sluiten van het arbeidscontract expliciet door de werkgever als eis naar voren was gebracht. De vraag is dan ook of bij een soortgelijk geval in Nederland het EHRM tot een ander oordeel was gekomen. Immers, in Nederland is ook aanvaard dat de contractsvrijheid, bij expliciete instemming van de partijen, erin kan resulteren dat de godsdienstvrijheid wordt beperkt. Zie hierover par. 5.

17 H. Post, 'Soevereiniteit in eigen kring plooit pluriforme samenleving', *TvRRB* 2011/3, p. 52-71. Zie ook A. Vleugel, *Het juridische begrip van godsdienst* (diss. RU), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 4.5.3.

was onder andere dat de samenleving bestond uit verschillende verbanden of kringen, zoals gezin (huwelijk), kerk, school, arbeidsverhouding, vakbonden, politieke partijen, media, et cetera, die binnen hun eigen sfeer van nature (of door God of de rede gegeven) eigen bevoegdheden hadden die alleen door het natuurlijke gezag van die betreffende kringen zou moeten worden uitgeoefend. Onder invloed van dit ideaal kregen in Nederland religieuze denominaties relatief veel autonomie. De belangrijkste juridische verworvenheid van religieuze denominaties is sinds 1917 de in de Grondwet verankerde vrijheid van het bijzonder religieus onderwijs. Vanwege dit grondwetsartikel (het huidige artikel 23 Gw) hebben religieuze denominaties het recht om eigen – door de overheid bekostigde – scholen te stichten en hun organisatie op grond van hun godsdienstige signatuur in te richten.

Vanzelfsprekend hebben ook moslims op individueel en collectief niveau (binnen hun gezin, hun geloofsgemeenschap en hun scholengemeenschap) recht op een grote mate van religieuze autonomie. Deze religieuze autonomie impliceert ook rechten die soms op gespannen voet staan met andere (grond)rechten. Bijvoorbeeld het recht om onverdoofd ritueel te slachten (artikel 2.10 lid 4 Wet Dieren) om zo te voldoen aan de islamitische spijswetten.¹⁸ Ook hebben – zoals Scheffer in zijn artikel ook onderkent – radicale moslims het recht om een salafistische of anderszins fundamentele lezing te hebben van de islam: de vrijheid van gedachten vormt het belangrijkste onderdeel van de godsdienstvrijheid.¹⁹ Een dergelijke interpretatie van de islam beperkt zich niet tot het hebben van gedachten. Ook het verkondigen van salafistische opvattingen in de eredienst valt onder de godsdienstvrijheid. Of die ideeën het gevolg zijn van buitenlandse financiering (bijvoorbeeld omdat een buitenlandse geldschietster alleen wil financieren als bepaald salafistische gedachtegoed wordt uitgedragen) maakt voor de grondwettelijke bescherming niet uit.²⁰ Het getuigt van een zeker paternalisme als de Nederlandse overheid zou bepalen met welke buitenlandse geldschietsters wel en met welke er niet in zee mag worden gegaan. De andere kant is wel dat islamitische instellingen zelf verantwoordelijk moeten worden gehouden voor de religieuze boodschap die zij aan hun volgelingen meegeven. Als die boodschap bijvoorbeeld aanzet tot haat of discriminatie dan kan er door het openbaar ministerie vervolging worden ingezet (artikel 137c e.v. Sr) en wanneer die boodschap op enigerlei wijze in verband kan worden gebracht met terrorisme heeft de minister van Justitie en Veiligheid de zeer vergaande bevoegdheid om – zelfs zonder tussenkomst van de rechter – aan een concrete persoon (bijvoorbeeld de imam) een gebiedsverbod op te leggen.²¹

Binnen het intern religieuze domein valt ook de religieuze opvoeding (artikel 1:247 BW jo. artikel 9 EVRM jo. artikel 2, eerste protocol EVRM). Het is te begrijpen dat men als overheid een stokje voor een salafistische opvoeding zou willen steken, maar zolang er geen sprake is van mishandeling van het kind (artikel 1:247 lid 2 BW jo. artikel 300 Sr. jo. 304 Sr) is hier geen wettelijke basis voor.²² In het kader van de opvoeding kan een moslim ook besluiten om zijn

18 Vgl. EHRM 27 juni 2000, 27417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek/Frankrijk*).

19 Zie bijv. EHRM 18 februari 1999, 24645/94 (*Buscarini e.a./San Marino*).

20 Zie parlementaire ondervraging over de buitenlandse financiering van moskeeën (mini-enquête): *Kamerstukken II* 2019/20, 29614, nr. 147.

21 Zie artikel 2 van Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding (2017). Zie in dit kader ook Rb. Den Haag 17 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:303.

22 Zie 'Onderzoek naar kindermishandeling tijdens Koranles', *de Volkskrant* 15 december 2009.

zoon (zijn dochter niet²³) te laten besnijden. Het religieuze karakter van deze handeling rechtvaardigt de inbreuk op de lichamelijke integriteit.²⁴

Bij de bovengenoemde rechten gaat het om (grond)wettelijke bepalingen waaraan een belangenafweging ten grondslag heeft gelegen die is uitgevallen in het voordeel van de gelovige. Tegelijkertijd dienen deze wettelijke bepalingen bij een eventuele belangenafweging in het kader van artikel 9 EVRM als een belangrijke aanwijzing dat – behoudens de bijzondere omstandigheden van het geval – het religieuze belang op het algemene belang of belang van een ander dient voor te gaan.

De afwezigheid van neutraliteit in het interne domein blijkt ook uit het gegeven dat direct onderscheid op basis van godsdienst binnen islamitische gemeenschappen (bijvoorbeeld moskeeën) en islamitische scholen onder bepaalde voorwaarden is toegestaan (artikelen 3, 5 en 7 AWGB). Indien het onderscheid plaatsvindt binnen een islamitische gemeenschap die zich georganiseerd heeft als kerkgenootschap (wat overigens zeer uitzonderlijk is²⁵) of indien het onderscheid plaatsvindt door religieuze gemeenschappen in het kader van het geestelijk ambt, is er door de wetgever in het geheel geen belangenafweging voorgeschreven (artikel 3 AWGB). Dan is het maken van onderscheid sowieso toegestaan en heeft de rechter niet de bevoegdheid om dit te toetsen. Een islamitische geloofsgemeenschap kan bijvoorbeeld zonder dat de rechter dit kan toetsen bepalen dat de imam van de geloofsgemeenschap alleen een man mag zijn.

Een islamitische school mag niet-moslim leraren en leerlingen weigeren. Hier kan de rechter echter wel aan de hand van een belangenafweging toetsen of het onderscheid rechtmatig is. De wet (artikelen 5 en 7 AWGB) bevat immers een noodzakelijkheidstoets: het onderscheid moet een legitiem doel dienen en de middelen voor het bereiken van dat doel moeten passend en noodzakelijk zijn. De criteria waarop de rechter deze belangenafweging toetst zijn aangescherpt in de jurisprudentie. Zo moet een instelling die onderscheid maakt op grond van haar godsdienstige identiteit een consistent beleid voeren en moet het onderscheid ook daadwerkelijk nodig zijn, gezien de handhaving van de godsdienstige identiteit.²⁶ Wat sowieso niet mag is dat een islamitische school discrimineert op seksualiteit of andere wettelijke non-discriminatiegronden (ras, sekse, enz.). Dat, zoals Scheffer opmerkt, de helft van de Marokkanen en Turken problemen heeft met een homoseksuele leraar maakt dit niet anders. Als een homoseksuele moslim op een islamitische school wil werken mag hij pertinent niet geweigerd worden vanwege zijn homoseksualiteit. Dat heeft de wetgever in 2015 duidelijk gemaakt met een nieuwe formulering van artikel 7 AWGB.²⁷

23 Zie S. Wahedi & R. Kool, 'De strafrechtelijke aanpak van meisjesbesnijdenis in een rechtsvergelijkende context', *TvRRB* 2016/3.

24 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, NJ 2011/466.

25 Dat moslims zich over het algemeen niet organiseren als kerkgenootschap wordt wel in verband gebracht met een zekere onbekendheid met het Nederlandse rechtssysteem. Zie hierover P.T. Pel, *Geestelijken in het recht. De rechtspositie van geestelijke functionarissen in het licht van het eigen recht van kerken en religieuze gemeenschappen in de Nederlandse rechtsorde* (diss. Groningen RUG), BJU 2013, p. 131.

26 Zie o.a. T. Loenen, 'De houdbaarheid van de Nederlandse regulering van religieuze symbolen op de werkvloer in het licht van de Europese rechtsontwikkeling' in *NTM-NJCM-Bull.* 2017/35.

27 Zie over de discussie over onderscheid op grond van seksuele gerichtheid (vanwege godsdienstige opvattingen) door bijzondere scholen o.a. A. Vleugel, 'Het belang van de grondwettelijke aanstellingsvrijheid van het confessionele onderwijs', in: G. van der Schyff & H. Post, *Godsdienst in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven*, Oisterwijk: WLF 2014, p. 237-256.

In hoeverre een islamitische school salafistisch gedachtegoed mag onderwijzen is onderwerp van fel debat en rechtszaken (denk aan het Haga Lyceum²⁸). Uitgangspunt is altijd geweest dat alleen als de godsdienstoefening in strijd is met het strafrecht, deze onder omstandigheden kan worden beperkt. Sinds 2006 hebben basisscholen en scholen van voortgezet onderwijs daarnaast de wettelijke opdracht (artikel 8 lid 3 WPO en artikel 17 WVO) gekregen om actief burgerschap en sociale integratie te bevorderen. Deze bepaling biedt echter weinig houvast om de godsdienstvrijheid van salafistische scholen aan banden te leggen. De Rechtbank Amsterdam vernietigde in 2020 naar aanleiding van het salafistisch onderwijs aan het Haga Lyceum te Amsterdam de aanwijzing van minister Slob om het schoolbestuur te vervangen, omdat er niet werd voldaan aan de burgerschapsopdracht. De rechtbank overwoog dat ‘een bevoegd gezag in beginsel alleen in strijd handelt met de burgerschapsopdracht [...] indien het bevoegd gezag op geen enkele wijze gestalte heeft gegeven aan onderwijs dat mede is gericht op het bevorderen van actief burgerschap en sociale integratie.’ Dat was volgens de rechtbank niet het geval.²⁹ De wet biedt volgens de rechtbank alleen een houvast om tot handhaving over te gaan indien er helemaal niets wordt gedaan met burgerschap en integratie.³⁰

Het recent ingediende wetsvoorstel van minister Slob lijkt een verbetering te zijn ten opzichte van de oude burgerschapsopdracht. Daarin wordt namelijk voorgeschreven dat scholen leerlingen respect en kennis moeten bijbrengen voor de basiswaarden van de democratische rechtsstaat, zoals opgenomen in de Grondwet en de universeel geldende mensenrechten en dat schoolbesturen er zorg voor moeten dragen dat er op school een cultuur heerst die in overeenstemming is met deze basiswaarden.³¹ Ondanks deze meer omvattende formulering kan men zich toch nog steeds afvragen of deze wet wél is te handhaven.³² Er wordt immers verwezen naar begrippen zoals mensenrechten en democratie die vatbaar zijn voor interpretatie. Bovendien is het de vraag of een verwijzing naar mensenrechten de handhaving juist niet bemoeilijkt. De verschillende mensenrechten staan immers vaak op gespannen voet met elkaar en kunnen eigenlijk niet geïsoleerd als waarde worden begrepen maar enkel vanuit de rechtsorde als geheel. Het zou geen overbodige luxe zijn geweest wanneer er in dit wetsvoorstel wat meer concrete waarden zouden zijn opgenomen die door de school moeten worden nageleefd. Gedacht kan worden aan een verbod voor scholen om jongens en meisjes in de klaslokalen en de schoolpleinen te scheiden.

Ten slotte is het in dit verband van belang op te merken dat er in de jurisprudentie wel enkele scherpe grenzen zijn getrokken ten aanzien van de organisatievrijheid van religieuze gemeenschappen. Zo volgt uit de SGP-zaak dat, mochten ze dat van plan zijn, radicale moslims geen politieke partij mogen oprichten die bij de samenstelling van haar kieslijst onderscheid naar sekse maakt door vanwege geloofsredenen in haar statuten te bepalen dat vrouwen zichzelf niet verkiesbaar mogen stellen.³³ Verder heeft het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) bepaald dat een politieke partij die de sharia wil invoeren en (daarmee) de democratische rechtsorde wil afschaffen door de staat mag worden ontbonden.³⁴

28 ‘Vonnis Haga-lyceum test voor onderwijsinspectie’, *NRC Handelsblad* 21 januari 2020.

29 Rb. Amsterdam 20 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:226, r.o. 32.

30 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29666, nr. 8.

31 *Kamerstukken II* 2019/20, 35352, nr. 2 en 3.

32 *Kamerstukken II* 2019/20, 35352, nr. 4.

33 Zie o.a. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549; EHRM 10 juni 2012, 58369/10 (*SGP/Nederland*).

34 EHRM 13 februari 2003, NJ 2005/73 (*Refah partisi*).

Scheffers vrees dat de godsdienstvrijheid onder druk komt te staan wanneer er teveel Nederlanders zijn die wederkerigheid afwijzen kan men in zijn geheel betrekken op radicaliserende moslims. De vraag is dan hoe voorkomen kan worden dat meer moslims gaan radicaliseren. Het ligt misschien voor de hand om de vrijheden van het interne religieuze domein terug te snoeien om zo te voorkomen dat dit radicalisme een voedingsbodem heeft in gezinnen, religieuze gemeenschappen (moskeeën) en schoolgemeenschappen.³⁵ Het is echter wel van belang te realiseren dat het uitoefenen van religieus gezag een wezenskenmerk is van religieuze gemeenschappen en dat het beknotten ervan ook niet radicale-moslims en gelovigen van andere religies raakt.

Daarnaast kan worden beargumenteerd dat het bieden van een voor moslims veilige zuil, waar ze zichzelf kunnen zijn zonder dat zich (verbaal) almaar tegen de buitenwereld hoeven te verdedigen, er juist voor zorgt dat gematigde krachten binnen de islam de overhand behouden en agressieve antidemocratische krachten geen kans krijgen. Radicale moslimterroristen blijken immers veelal *lone wolves* te zijn die op hun zolderkamertje via internet door gevaarlijke ideeën worden geïnspireerd.³⁶ Een veilig forum, zoals een goed georganiseerde islamitische school waar gekwalificeerde docenten voor de klas staan kan zorgen voor meer evenwicht in de uitwisseling van ideeën.

Een ander belangrijk punt dat tegen het terug snoeien van religieuze autonomie pleit is dat het opgeven van belangrijke vrijheden *de facto* zou betekenen dat de democratische rechtsstaat zich op de knieën laat krijgen door moslimfundamentalisten. Wellicht is het beter om de rug recht te houden en andermaal stil te staan bij de waarden van deze rechten. Ze bestaan immers omdat voorgaande generaties er heilig van overtuigd waren dat mensen behoefte hebben aan gezinnen, verenigingen, geloofsgemeenschappen en scholen waar ze zich ongestoord, veilig en met toewijding binnen hun eigen religieuze of levensbeschouwelijk traditie kunnen ontwikkelen. Er mag daarom niet al te lichtvaardig met deze rechten worden omgesprongen.

4 Religieuze tolerantie binnen het openbare domein

De wijze waarop het openbare domein zich verhoudt tot neutraliteit kan als overwegend inclusief worden gekenschetst. Uiteraard is hierover – net als bij andere domeinen (zie paragraaf 2) – discussie mogelijk maar het geldende recht lijkt belangrijke aanwijzingen voor een dergelijke uitleg te bevatten. Voordat hierop in de volgende alinea wordt ingegaan eerst een algemene duiding van inclusieve neutraliteit. Inclusieve neutraliteit kan worden omschreven als een zichtbare pluriformiteit waarbij iedereen in zijn andersheid gelijk is. De staat wordt binnen dit perspectief geacht burgers in het publieke domein te helpen in de mogelijkheden om hun religieuze overtuigingen tot expressie te brengen.³⁷ Er wordt dus per definitie veel gewicht

35 P. Cliteur, 'Why Religious Education should not be Exclusively Religious', in: L. Franken e.a., *Religious Education in a Plural, Secularised Society. A Paradigm Shift*, Münster: Waxmann 2011, p. 161; B.P. Vermeulen, 'De vrijheid van onderwijs in artikel 23 Grondwet: niet meer van deze tijd?', in: P.Th.F.M. Boekholt, J.G.L. Thijssen & B.P. Vermeulen, *Onderwijs en integratie: leren van het verleden*, Utrecht: Faculteit der Sociale Wetenschappen 2003, p. 29-50.

36 '112 aanslagen van de laatste 15 jaar op een rij: bij de meeste is er één dader', *Parool* 21 mei 2019; AIVD, *Doelwitten in beeld. Vijftien jaar jihadistische aanslagen in het Westen*, 21 mei 2019, p. 4.

37 W. van der Burg, *Het ideaal van de neutrale staat. Inclusieve, exclusieve en compenserende visies op godsdienst en cultuur* (oratie Rotterdam EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009, p. 35.

toegekend aan het belang van het individu (of collectief) om zich godsdienstig te kunnen uiten. Bij een belangenafweging zal in het kader van de godsdienstvrijheid een algemeen belang of belang van een ander dat tegen een religieus individueel belang indruist, goede papieren moeten hebben om zwaarder dan dit individuele belang te kunnen wegen. De benadering van inclusieve neutraliteit in het publieke domein veronderstelt inzake het recht op gelijke behandeling dat elk rechtssubject zonder onderscheid zijn specifieke religieuze of niet-religieuze identiteit moet kunnen uitdragen. Vanuit deze benadering wordt op voorhand veel gewicht toegekend aan pluriformiteit en minder aan rechtvaardigingen voor het maken van onderscheid, die zijn ontleend aan het algemeen belang of het belang van anderen. Het gevolg is dat direct of indirect onderscheid in dit perspectief niet snel zal zijn toegestaan.³⁸ Een openbare school mag bijvoorbeeld in beginsel geen totaalverbod op het dragen van hoofdbedekking invoeren, omdat daarmee moslima's die een hoofddoek willen dragen indirect worden gediscrimineerd.

De benadering van inclusieve neutraliteit blijkt onder andere uit de grondwetsgeschiedenis. Volgens de grondwetgever is binnen het openbare domein net als in het privé-domein (intern religieuze domein) eenieder in beginsel vrij om zich religieus te kunnen uiten.³⁹ Op de openbare weg en in openbare gebouwen mag iedereen, althans in religieus opzicht, zichzelf zijn. Niemand hoeft zijn religieuze overtuiging thuis te laten. Dit recht vloeit rechtstreeks voort uit de klassiek-liberale formulering van de godsdienstvrijheid in artikel 6 lid 2 Gw als individueel vrijheidsrecht.⁴⁰ Hierin is het recht op de godsdienstvrijheid geformuleerd inzake het uitoefenen van godsdienst buiten de eigen sfeer, dus buiten (kerk-)gebouwen, bijzondere scholen enzovoort.⁴¹ Doordat eenieder op gelijke wijze van de godsdienstvrijheid mag genieten, is de consequentie dat het openbaar domein een religieus pluriform karakter draagt. Het feit dat de grondwetgever het grondrecht zo heeft geformuleerd dat het ook betrekking heeft op het publieke domein, geeft aan dat deze religieuze pluriformiteit bewust is nagestreefd. Dat deze pluriformiteit ook een actief karakter heeft, in de zin dat de overheid wenst dat deze pluriformiteit zich ook toont, volgt uit de bedoeling die de grondwetgever in het algemeen heeft gehad bij het formuleren van grondrechten. De grondwetgever stelt namelijk dat grondrechten tot doel hebben bij te dragen aan de ontplooiing van elk individu naar eigen geaardheid door hem in een aantal facetten van zijn persoonlijk leven te beschermen, zoals zijn intimiteit, zijn uitingsmogelijkheden, zijn deelname aan het openbare leven.⁴² Hieruit kunnen we afleiden dat de overheid wil dat individuen zich in het publieke domein ook in religieus opzicht kunnen ontplooien.

De benadering van inclusieve neutraliteit vinden we ook terug in het recht op openbaar onderwijs. Lange tijd werd de eerbiedigingseis van artikel 23 lid 3 Gw (eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging) zo uitgelegd dat er in het onderwijs een afzijdige houding moest

38 Uitzonderingen (rechtvaardigingsgronden van indirect onderscheid) staan in de AWGB.

39 *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 30.

40 Zie over het karakter van dit grondrecht o.a. S.C. van Bijsterveld & B.P. Vermeulen, 'Commentaar op artikel 6 van de Grondwet', in E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet (online, bijgewerkt april 2013)* www.nederlandserechtsstaat.nl.

41 Art. 9 EVRM maakt geen onderscheid tussen het belijden van godsdienst binnen of buiten gebouwen of besloten plaatsen (oftewel tussen de interne en de openbare sfeer). De belangenafweging maakt het echter mogelijk om hier bij het opleggen van beperkingen rekening mee te houden.

42 *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 10.

bestaan ten opzichte van religieuze thema's. Na de Tweede Wereldoorlog veranderde deze interpretatie langzaam en kwam voorop te staan dat het openbaar onderwijs een algemene voorziening was waartoe iedere leerling toegang moest hebben.⁴³ Dit leidde er uiteindelijk toe dat in artikel 42 lid 1 WVO en artikel 46 lid 1 WPO de verplichting werd opgenomen dat in het openbaar onderwijs aandacht moet worden besteed aan de verscheidenheid van levensbeschouwelijke en religieuze overtuigingen: 'Het openbaar onderwijs draagt bij aan de ontwikkeling van de leerlingen met aandacht voor de godsdienstige, levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden zoals die leven in de Nederlandse samenleving, en met onderkenning van de betekenis van de verscheidenheid.' Deze wettelijke opdracht tot actief religieus pluralisme komt ook tot uitdrukking in de regel dat het bevoegd gezag de leerlingen op school in de gelegenheid moet stellen godsdienstonderwijs of levensbeschouwelijk vormingsonderwijs te ontvangen, als zij daarom verzoeken.⁴⁴ Zo kan het, dat moslims binnen een openbare school, islamitisch vormingsonderwijs krijgen.⁴⁵

De inclusieve neutraliteit in het publieke domein kan verregaande consequenties hebben. Zo mag een radicale moslim op grond van zijn geloofsovertuiging verkondigen dat homoseksualiteit een ziekte is en schadelijk is voor de samenleving (artikel 10 EVRM jo. artikel 9 EVRM). De godsdienstige context waarbinnen een dergelijke uitspraak wordt gedaan kan het strafwaardige karakter ervan ontnemen.⁴⁶ De keerzijde hiervan is echter wel dat ook bij beledigende opmerkingen richting moslims het strafwaardige karakter kan ontvallen wanneer die opmerkingen zijn gedaan vanwege een religieuze overtuiging. In die zin veronderstelt de inclusiviteit van het publieke domein wederkerigheid: wanneer een radicale moslim zich met religieuze opvattingen in het publieke debat mengt dient hij zich te realiseren dat ook andere individuen religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen kunnen hebben die door hem als kwetsend kunnen worden ervaren.⁴⁷

Op de regel dat in het openbare domein in beginsel elk individu vrij is om zich naar eigen opvatting en wijze religieus te uiten, gelden echter wel uitzonderingen. Bijvoorbeeld voor een lid van een geloofsgemeenschap. Een dergelijk persoon is ook in het publieke domein lid van deze gemeenschap. Hij is als burger wel vrij om zich naar eigen inzicht op religieuze wijze te uiten, maar hij kan daarvoor wel door zijn geloofsgemeenschap op zijn gedrag worden aangesproken. Zo mogen vertegenwoordigers van een islamitische gemeenschap op straat andere leden van die gemeenschap wijzen op de gedragsregels van de geloofsgemeenschap. Zoals duidelijk mag zijn, hebben we hier de fysieke component van het publieke domein voor ogen. Wanneer echter het openbare domein uitgelegd wordt als abstracte vrijheidssfeer, dan is dit het domein

43 P.J.J. Zoontjens, *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2019, p. 70-76; S. Philipsen, *De vrijheid van schoolstichting*, Rotterdam: Gildeprint 2017, p. 27-33; D. Mentink & B.P. Vermeulen, *Artikel 23*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 84.

44 Art. 46, 47 WVO en 50, 51 WPO.

45 'Islamitische godsdienstles op openbare school toegestaan', *Verus*, 6 november 2008.

46 Hof Den Haag 18 november 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AF0667, NJ 2003/24. Zie hierover uitgebreid A. Nieuwenhuis, 'Vrijheid van godsdienst en de grens tussen radicale en strafbare uitlatingen', *TvRRB* 2015/3, p. 16. Nieuwenhuis stelt dat de strafbaarheid van de verkondiging van radicale religieuze opvattingen met name afhangt van het gebruik van grove taal of onjuiste feitelijke beschuldigingen.

47 Zie EHRM 4 december 2003, 35071/97 (*Muslim Gunduz/Turkije*); EHRM 18 januari 2001, 41615/98 (*Zaoui/Zwitserland*). Zie ook Nieuwenhuis 2015 (*supra* noot 46), p. 9.

waar het voor het individu mogelijk is om zich buiten het intern religieuze domein te begeven en ook om in het geheel geen onderdeel te hoeven zijn van enige religieuze groep. Wat dat betreft heeft het openbare domein een bepaalde ‘escape-functie’. Ook radicale moslims hebben deze escape-functie te aanvaarden. Ze mogen, zoals Scheffer ook beaamt, het concept van godsdienstvrijheid afwijzen maar ze mogen dit niet in praktijk brengen door afvallige moslims volgens het eigen gemeenschapsrecht (vb. sharia-recht) te vervolgen of ze te dwingen om terug te keren tot de islam. Taliban-achtige praktijken waarbij niet (meer) tot de betreffende gemeenschap behorende moslims of niet-moslims op straat vanwege hun kledingstijl gebiedend worden aangesproken (vanwege een baard, hoofdbedekking, etc.) zijn beslist niet toegestaan.⁴⁸

Het is evident dat het lidmaatschap van een religieuze gemeenschap voor volwassenen een vrije keuze is. Minderjarigen zijn echter gebonden aan het ouderlijk gezag, zowel ten aanzien van de wijze waarop zij zich willen begeven in openbare ruimten als bij de keuze wel of niet lid te zijn van een bepaalde religieuze gemeenschap (artikel 2 Eerste Protocol EVRM).⁴⁹

Het recent ingevoerde gedeeltelijke verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding in het openbaar vervoer, openbaar onderwijs, overheids- en zorginstellingen staat op gespannen voet met de benadering van inclusieve neutraliteit.⁵⁰ Het doel van deze wet was volgens de regering ‘(...) het beschermen van de rechten en vrijheden van anderen waarbij de onderlinge communicatie op de betreffende plaatsen van bijzonder belang wordt geacht om een kwalitatief verantwoorde dienstverlening en veilige omgeving te waarborgen.’⁵¹

Gesteld kan worden dat deze wet ervoor zorgt dat sommige boerka dragende moslima’s in bepaalde openbare ruimten niet geheel ‘zichzelf’ kunnen zijn. De Raad van State bracht naar aanleiding van het wetsvoorstel in zijn advies naar voren dat onderzoek uitwijst dat in Nederland slechts een verwaarloosbaar aantal personen gezichtsbedekkende kleding draagt. Hij overwoog dat er geen sprake is van een groot maatschappelijk probleem.⁵² Deze kritiek roept de vraag op of het belang dat gediend wordt met dit verbod wel zwaarder weegt dan de religieuze belangen van de boerkadraagsters. Vanuit een benadering van inclusieve neutraliteit zou er in beginsel groot gewicht moeten worden toegekend aan het belang van de boerkadraagsters om zich in het openbare domein religieus te kunnen uiten. Dit zou betekenen dat voor een beperking tegenover dit religieuze belang een algemeen belang met een bijzonder zwaar gewicht in de weegschaal moet worden gelegd. De Raad lijkt deze benadering te omarmen wanneer hij stelt dat niet aantoonbaar is dat er een dringende maatschappelijke behoefte is die een verbod rechtvaardigt.⁵³ Met andere woorden, de Raad vindt niet dat de communicatie tussen personen op een zo’n grote schaal wordt bemoeilijkt dat hierdoor de maatschappelijke orde wordt

48 Zie ook ‘Salafistische moskee alFitrah bepaalt alles: ‘Hoe je je baard mag dragen en hoe je je moet gedragen’, *AD* 4 oktober 2019.

49 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 11. Uiteraard dient dit gezag wel uitgeoefend te worden binnen de grenzen van artikel 1:247 lid 2 BW en artikel 5 van het IVRK. Een voorbeeld van een zaak waarbij het ouderlijk gezag vanwege een bepaalde godsdienstige overtuiging buiten deze kaders trad, is Rb. Zwolle-Lelystad 17 mei 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BM5559. In deze verdrietige zaak werden kinderen door hun ouders op een ontoelaatbare manier sociaal verwaarloosd.

50 Wet van 27 juni 2018, Wet gedeeltelijk verbod gezichtsbedekkende kleding (*Stb.* 2018, 222).

51 *Kamerstukken II* 2015/16, 34349, nr. 3.

52 *Kamerstukken II* 2015/16, 34349, nr. 4.

53 *Kamerstukken II* 2015/16, 34349, nr. 4, p. 4.

verstoord. Met het uitgangspunt van inclusieve neutraliteit lijkt dit wetsvoorstel daarom moeilijk te verenigen. De vraag is of er met het boerkaverbod bewust afstand is genomen van een inclusieve benadering van neutraliteit. Dit hoeft niet het geval te zijn, het kan ook gaan om een eenmalige afwijking van de 'oude' koers.

De vraag die Scheffer ons voorhoudt is hoe de religieuze tolerantie beter kan worden bewaakt. Vanuit een benadering van inclusieve neutraliteit kan het beperken van godsdienstvrijheid van moslima's door boerka's te verbieden, of door andere reeds verworven religieuze vrijheden in het publieke domein terug te dringen eerder worden betiteld als een inbreuk op de religieuze tolerantie dan als het bewaken ervan. De religieuze belangen van gelovigen worden immers opgeofferd aan het algemeen belang en de niet-religieuze belangen van anderen. Ook kan niet worden gezegd dat met het beknotten van deze religieuze vrijheden het islamitisch fundamentalisme (automatisch) een halt wordt toegeroepen. Immers, een moslima die in het openbare domein geen boerka mag dragen kan net zo fundamentalistisch zijn als één die wel een boerka mag dragen. Het zou misschien beter zijn als de overheid zich meer gaat toeleggen op het garanderen van een veilig publiek domein waardoor het voor moslims mogelijk is om zich zonder repercussies van de islamitische gemeenschap van de islam af te keren. Daarbij kan men denken aan vrouwen en homoseksuelen die het gevoel hebben binnen hun islamitische gemeenschap niet zichzelf te kunnen zijn. Hetzelfde geldt voor islamieten die niet meer geloven of zich hebben bekeerd tot een ander geloof. Het publieke domein dient een 'safe-haven' te zijn voor die mensen. Er zijn verschillende manieren denkbaar hoe dat kan worden gerealiseerd, bijvoorbeeld door middel van het oprichten van speciale opvanghuizen (een soort blijf-van-mijn-lijf huizen). Verder zou justitie meer en harder kunnen optreden tegen strafbare feiten die zijn begaan tegen 'afvalligen' of andersdenkenden. Ten slotte dient de vrijheid van meningsuiting van 'dissenters' te allen tijde te worden gewaarborgd.

5 Religieuze tolerantie binnen het domein van particuliere instellingen

Om de verhouding van het domein van particuliere instellingen met neutraliteit te beschrijven dient allereerst te worden bedacht dat contractsvrijheid binnen dit domein een belangrijk uitgangspunt is. Op basis van deze contractsvrijheid gelden in dit domein in beginsel particuliere (huis)regels. Naar hun aard zijn dit organisatorische regels die gericht zijn op het doel van de private rechtspersoon (anders dan een kerkgenootschap, school of instelling op godsdienstige grondslag): winst, omzet, marktaandeel of een ideëel of sociaal doel. Dergelijke doelen staan op zichzelf onverschillig ten opzichte van religieuze belangen. Hoewel het particuliere domein dus niet neutraal is, is het vanwege de aard van zijn doelen wel neutraal of onverschillig ten opzichte van godsdienstige kwesties. Meestal zijn regels van particuliere instellingen niet gericht op religie. Wel kunnen contractueel afspraken worden gemaakt tussen particuliere instellingen en cliënten of werknemers over de godsdienstuitoefening. In die gevallen kan de vrijheid van godsdienst vanwege het beginsel van contractsvrijheid aan beperkingen worden onderworpen.⁵⁴ Dit vereist dan wel de expliciete toestemming van de cliënt of werknemer. Als er geen contrac-

54 Zie voor een overzicht van zaken waarbij grondrechten op privaatrechtelijke wijze zijn beperkt C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 370.

tuele afspraken zijn gemaakt inzake de godsdienstvrijheid is er geen reden om de betreffende godsdienstuitoefening anders te beoordelen dan één die plaatsvindt in het openbare domein. Er is dan veel voor te zeggen om net als bij het openbare domein van een benadering van inclusieve neutraliteit uit te gaan. Dat betekent dat een rechter bij een belangenafweging in het kader van de beoordeling van een vermeende (onrechtmatige) beperking van de godsdienstvrijheid – in beginsel – het subjectieve religieuze belang zwaarder moet laten wegen dan het belang van particuliere instellingen. De benadering van inclusieve neutraliteit impliceert dan ook dat het maken van direct of indirect onderscheid naar godsdienst door particuliere instellingen verboden is. De inhoud van de bepalingen van artikel 1 Grondwet en de AWGB laten dit ook niet toe. Er kan hierover niet met een werknemer of een cliënt worden onderhandeld.

De opvatting dat particuliere organisaties niet direct of indirect mogen discrimineren naar godsdienst is omarmd in de Nederlandse jurisprudentie en in de oordelen van het College voor de Rechten van de Mens (CRM).⁵⁵ Zo worden redenen die erop neerkomen dat het dragen van een hoofddoek niet representatief is, klanten afschrikt of het imago van bedrijf aantast, beoordeeld als verboden (in)direct onderscheid.⁵⁶ Illustratief is een zaak tegen McDonalds. In die zaak had McDonalds beslist dat een werknemster geen hoofddoek mocht dragen, omdat dit zou afdoen aan het uniforme imago dat McDonalds naar haar klanten wil uitstralen. De rechter overwoog dat een dergelijke doelstelling weliswaar legitiem is, maar dat een verbod op het dragen van een hoofddoek niet noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Het bedrijf zou immers ook hoofddoeken kunnen ontwerpen die passen bij het uniform dat de werknemers dienen te dragen.⁵⁷

Toestaan dat bedrijven vanuit commerciële drijfveren weggkomen met het maken van (in-)direct onderscheid naar godsdienst is niet alleen een veronachtzaming van de religieuze belangen van moslims, maar kan eveneens het gevolg hebben dat moslims juist gaan radicaliseren. Het gevolg is immers dat moslims minder goede arbeidskansen hebben en daardoor minder goed mee kunnen komen in de maatschappij. Dit kan dan erin resulteren dat bepaalde hiervoor vatbare types gaan radicaliseren, bijvoorbeeld omdat ze vanwege een gevoel van afwijzing door de Nederlandse samenleving hun toevlucht zoeken in het salafisme en/of gewelddadig jihadisme.⁵⁸ De overheid dient dan ook geen twijfel te laten bestaan over de onwenselijkheid van dergelijk onderscheid. Het probleem is echter dat het binnen het domein van particuliere instellingen volgen van een benadering van inclusieve neutraliteit van binnenuit wordt ondergraven. Meer recente HvJ EU-uitspraken wijken namelijk af van de Nederlandse jurisprudentie op dit gebied.⁵⁹ In de zaken *Achbita* en *Bouagnaoui*⁶⁰ beantwoordde het HvJ EU prejudiciële vragen over het

55 Zie Dossier *Religie en werk* op de website van het CRM (www.mensenrechten.nl/dossier/religie-en-werk).

56 Zie Loenen 2017 (*supra* noot 26).

57 Rechtbank Arnhem (Ktr. Tiel) 1 september 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS6299.

58 'Brain scans show social exclusion creates jihadists, say researchers', *The Guardian* 6 januari 2019. Met jihadisme bedoel ik dit verband een lezing van de islam die aanzet tot geweld tegen de westerse wereld (heidenen).

59 Daarbij dient te worden opgemerkt dat deze uitspraken van het HvJ EU van grote betekenis zijn voor het Nederlandse recht. Het gaat immers om zaken waarbij het HvJ EU in het kader van de EU als autonome rechtsorde (zie *Costa/Enel*) beoogt een eenduidige uitleg te geven over de wijze waarop de betreffende bepalingen van een gelijke behandelingsrichtlijn door de lidstaten dienen te worden geïmplementeerd.

60 HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15 (*Samira Achbita/G4S Secure Solutions*) en HvJ EU 14 maart 2017 C-188/15 (*Asma Bouagnaoui/Micropole SA*).

ontslag van respectievelijk een receptioniste en een projectingenieur vanwege het dragen van een hoofddoek. Naar aanleiding van deze zaken oordeelde het HvJ EU dat een interne regel die het dragen van zichtbare tekens van politieke, religieuze of filosofische overtuigingen verbiedt niet aangemerkt kan worden als verboden indirect onderscheid, indien deze regel voor alle werknemers gelijkelijk geldt. Dergelijke regels kunnen volgens het HvJ EU worden gelegitimeerd door de wens van het bedrijf om zich naar klanten toe neutraal te willen presenteren. In *Achbita* overweegt het HvJ EU expliciet dat deze wens wordt beschermd door de vrijheid van ondernemerschap zoals neergelegd in artikel 16 van het Handvest. Daarbij stelt het HvJ EU de voorwaarde dat de neutraliteitseisen alleen aan werknemers kunnen worden gesteld die in contact treden met klanten van het bedrijf. Ook moeten de eisen coherent en systematisch worden nagestreefd. In *Bouagnaoui* overwoog het HvJ EU bovendien dat de wens van een klant om niet te worden bediend door een moslima, niet als een 'wezenlijk en bepalend beroepsvereiste' kan worden beschouwd op grond waarvan beperkingen van de godsdienstvrijheid gerechtvaardigd zijn.

Het oordeel (in abstracto) van het HvJ EU dat indirect onderscheid naar godsdienst van particuliere bedrijven kan worden gerechtvaardigd door het recht op de vrijheid van ondernemerschap,⁶¹ is opmerkelijk. De uitspraak lijkt te veronderstellen dat de vrijheid van ondernemerschap van dezelfde orde van grootte zou zijn als de vrijheid van godsdienst.⁶² Een dergelijke veronderstelling is aanvechtbaar. Gesteld kan immers worden dat dit slechts een sociaal grondrecht is dat in beginsel niet kan opwegen tegen het klassieke grondrecht van de vrijheid van godsdienst.⁶³ Eigenaardig is dat het HvJ EU zijn uitspraak onderbouwt met de Britse *Eweida*-zaak.⁶⁴ In deze zaak oordeelde het EHRM dat British Airways een medewerkster (*Eweida*) niet mocht verbieden om over haar uniform een kruisje aan een ketting te dragen. Volgens het EHRM woog het commerciële belang (eventuele reputatieschade) van British Airways niet op tegen het religieuze belang van *Eweida*.⁶⁵ Het religieuze belang van *Eweida* legt volgens het EHRM veel gewicht in de schaal '...because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity'. Met andere woorden, werknemers moeten ook op de werkvloer zichzelf kunnen zijn. Het EHRM lijkt in deze zaak een benadering van inclusieve neutraliteit te omarmen. Dit in contrast met de benadering van het HvJ EU. Die staat juist toe dat een commercieel belang de religieuze pluriformiteit opheft.⁶⁶ Juist uit het *Eweida*-arrest blijkt dat het EHRM in beginsel meer waarde hecht aan religieus pluralisme dan aan een commercieel belang.⁶⁷ Wellicht dat de Nederlandse overheid op EU-niveau kan aandringen op wetgeving die uitsluit dat in dergelijke gevallen van ongelijke behandeling commerciële belangen zwaarder kunnen wegen dan religieuze belangen.

61 HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, r.o. 37, 38 (*Samira Achbita/G4S Secure Solutions*).

62 Vgl. J. Termperman, *Corporate Religious Freedom and the Rights of Others*, Utrecht: Eleven International 2019.

63 Hiermee wil ik niet zeggen dat een klassiek grondrecht in alle gevallen dient te prevaleren op een sociaal grondrecht, maar wel dat sociale grondrechten in beginsel ondergeschikt zijn aan klassieke grondrechten in die zin dat bij maatregelen ter realisatie van sociale grondrechten de klassieke grondrechten in acht moeten worden genomen. Zie Kortmann 2016 (*supra* noot 54), p. 397.

64 HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, r.o. 39 (*Samira Achbita/G4S Secure Solutions*).

65 EHRM 15 januari 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10 (*Eweida e.a./VK*).

66 Zie ook Loenen, 2017 (*supra* noot 26).

67 EHRM 15 januari 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10, r.o. 94 (*Eweida e.a./VK*). Vgl. J.H. Gerards, *Non-discrimination, the European Court of Justice and the European Court of Human Rights – who takes the lead?* (forthcoming), p. 10.

6 **Religieuze tolerantie binnen het overheidsdomein**

Scheffer stelt in zijn artikel dat hij net als 20 jaar geleden vindt dat ‘aan agenten die het recht hebben anderen hun vrijheid te ontnemen’ ‘hogere eisen van neutraliteit’ moeten kunnen worden gesteld. Scheffer verbaast zich dat er in de huidige tijd nog steeds over dit thema wordt gediscussieerd. Toch is dit niet zo vreemd gezien het oordeel van het CRM uit 2017⁶⁸ over het dragen van religieuze kleding bij de politie. Het CRM lijkt in dit oordeel net als in dat van 2001⁶⁹ over het dragen van hoofddoeken door rechterlijke griffiers, de inclusieve benadering in het overheidsdomein voorop te zetten. Het CRM oordeelde in deze zaken dat de kledingvoorschriften van de politie en de rechterlijke macht indirect discrimineerde op basis van godsdienst. Het CRM meent dat rechters, griffiers en politieambtenaren in functie altijd religieuze symbolen of kleding moeten kunnen dragen. Daarmee is het CRM in zijn benadering ver verwijderd van het uitgangspunt van de politie en de rechterlijke organisatie. Zij legden de uitspraken van het CRM dan ook naast zich neer.⁷⁰ In plaats van het belang van het voorkomen van het maken van onderscheid stellen zij, net als Scheffer, de neutrale uitstraling van deze gezagsdragende functionarissen voorop. Om die reden is het voor agenten en rechters verboden om in functie een hoofddoek te dragen.⁷¹

De opvatting dat gezagsdragende ambtenaren gehouden zijn zich neutraal te uiten kan worden begrepen vanuit de ministeriele verantwoordelijkheid. Die veronderstelt dat de minister verantwoording over zijn gevoerde beleid moet kunnen afleggen aan de democratisch gekozen volksvertegenwoordiging.⁷² Dat hij die verantwoording kan afleggen, is het gevolg van een ambtenarenapparaat dat hiërarchisch aan hem ondergeschikt is en het gewenste beleid uitvoert. Daarmee is minder goed te verenigen dat ambtenaren op eigen gezag opvattingen ventileren.⁷³ Daar kan de minister geen verantwoording over afleggen. In het verleden werd daarom de opvatting dat een ambtenaar niet, of althans in mindere mate, aanspraak kan maken op de grondrechten, breed gedeeld.⁷⁴ Het uitgangspunt was een meer laïcistisch of exclusief begrip van neutraliteit. Een geüniformeerde ambtenaar zou zijn persoonlijke kenmerken (waaronder religieuze) ‘thuis’ moet laten. Vanuit dit perspectief is neutraliteit in de ambtelijke organisatie een zichtbare homogeniteit die de onderlinge verschillen tussen personen opheft, waardoor ze in uiterlijke zin zoveel mogelijk gelijk zijn. In het licht van deze uitleg van neutraliteit wordt bij een belangenafweging in het kader van artikel 9 EVRM bij voorbaat al een groot gewicht toegekend aan het algemeen belang of dat van anderen, en minder aan het individuele religieuze

68 CRM oordeel 2017-135.

69 CGB oordeel 2001-53.

70 Dit leidde in beide gevallen tot de nodige maatschappelijke discussie. Zie o.a. ‘Dat politie-uniform mét hoofddoek mag dus wel’, *de Volkskrant* 20 november 2017; T. Spronken, ‘Uniform met hoofddoek’, *NJB* 2017, p. 2225. M. Kuijer, ‘Vrouwe Justitia: blinddoek of hoofddoek’, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 890-902; F. Bruinsma, ‘Symbolische kleding’, *NJB* 2001, p. 993.

71 Dat deze oordelen van het CRM terzijde kunnen worden geschoven, is – ondanks dat ze groot juridisch aanzien genieten – niet zo vreemd, aangezien het ‘slechts’ gaat om niet-juridisch bindende beslissingen.

72 H. Finer, ‘Administrative Responsibility in Democratic Government’, *Public Administration Review* 1941/4, p. 335-350; H. Finer, ‘The Case for Subservience’, in: J. C. Koritansky (red.), *Public Administration in the United States* 1999, p. 865-870.

73 M. Weber 1919, *Politics as a vocation*, p. 2 e.v.

74 Zie o.a. A.W. Heringa e.a., *Staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 483.

belang. Dit heeft ook gevolgen voor de wijze waarop de belangenafweging in het kader van de AWGB plaatsvindt. Gelijke behandeling is in het perspectief van exclusieve neutraliteit het opleggen van een wettelijke norm zonder daarbij principieel rekening te willen houden met religie in het algemeen of een religie in het bijzonder. Als de regel niet de intentie heeft om onderscheid te maken naar godsdienst in het algemeen of naar een godsdienst in het bijzonder, dan is deze regel volgens dit exclusieve perspectief neutraal. Dit brengt met zich dat indirect onderscheid al snel zal zijn toegestaan als hiermee een bepaald zwaarwegend algemeen belang (of belang van een ander) wordt gediend. Direct onderscheid zal in beginsel in dit perspectief niet zijn toegestaan, aangezien de betreffende regel dan gericht is op godsdienst in het algemeen of een godsdienst in het bijzonder en daardoor zijn neutrale karakter verliest.⁷⁵

Tegenwoordig is de exclusieve uitleg van de neutraliteit van ambtenaren behoorlijk afgezwakt. De grondwetgever van 1983 aanvaardde dat ambtenaren in beginsel een beroep kunnen doen op grondrechten: '(...) de overtuiging is gegroeid, dat de grondwettelijke grondrechten voor een ieder gelden, ongeacht zijn verhouding tot de overheid, zodat ook de ambtenaar zich erop kan beroepen.' Daarbij overwoog de regering echter wel de mogelijkheid '(...) dat ten aanzien van genoemde groepen [waaronder ambtenaren] meer beperkingen [middels de beperkingsclausule] op de uitoefening van grondrechten worden vastgesteld dan ten aanzien van andere burgers (...)'.⁷⁶ De aanpassingen in de AWGB (artikel 5 lid 2a) en boek 1 BW (artikel 16 lid 2) op grond waarvan gemeenten nieuwe ambtenaren kunnen verplichten om paren van gelijk geslacht te trouwen bevestigen dat ambtenaren niet in dezelfde mate over godsdienstvrijheid beschikken als een burger.⁷⁷ Net als voor sommige christelijke trouwambtenaren is het ook voor islamitische trouwambtenaren niet toegestaan om te weigeren paren van gelijk geslacht te trouwen. Ambtenaren moeten soms bepaalde beperkingen op hun geloof accepteren. Die moeten dan wel in het teken staan van de goede functie vervulling van de ambtenaar. Volgens de wetgever moet de kern van de beperking zijn gelegen in de bescherming van de goede functionering van de overheid.⁷⁸ Het EHRM lijkt dit uitgangspunt ook te hanteren.⁷⁹ De opvatting van Scheffer dat er aan bepaalde ambtenaren hogere eisen van neutraliteit moeten kunnen worden gesteld past derhalve bij de benadering van de grondwetgever en die van het EHRM. Zij veronderstelt dat ambtenaren recht hebben op grondrechten, maar dat deze grondrechten kunnen worden beperkt als een zwaarwegend algemeen belang dit vergt.

Door de regering is meerdere malen gesteld dat het recht op een onpartijdige behandeling een dergelijk zwaarwegend belang is.⁸⁰ Dit recht is onder andere neergelegd in artikel 6 EVRM. Hieruit volgt ook dat rechters de schijn van partijdigheid dienen te voorkomen. Wordt die schijn

75 Locke wordt wel verweten dat hij een dergelijke benadering had ten aanzien van neutraliteit. Zie M. Nussbaum, *De nieuwe religieuze intolerantie. Een uitweg uit de politiek van angst*, Amsterdam: Ambo Anthos uitgevers 2013, p. 93.

76 *Kamerstukken II 1975/76, 13872*, nr. 3, p. 11. Zie voor jurisprudentie o.a. CRvB 12 november 1985, *NJCM-Bulletin* 1986, p. 157.

77 *Stb.* 2014, 260.

78 *Kamerstukken II 1985/86, 19495*, nr. 3.

79 EHRM 26 november 2015, 64846/11 (*Ebrahimian/Frankrijk*).

80 *Aanhangsel Handelingen II 2000/01*, nr. 1652, p. 3443-3446; *Handelingen II 2001/02*, nr. 20, 1379 en 1380; *Kamerstukken II 2003/04, 29614*, nr. 2 (Grondrechten in een pluriforme samenleving), p. 16; EHRM 8 juni 1976, *NJ 1978/223* (*Engel e.a./Nederland*); Kortmann, 2016 (*supra* noot 54), p. 375.

wel gewekt, dan is dat een grond voor wraking. Het is voorstelbaar dat religieuze uitingen een schijn van partijdigheid kunnen wekken, bijvoorbeeld vanwege mondiale spanningen tussen bepaalde (religieuze) bevolkingsgroepen. Hierbij kan het slepende Palestina-conflict als voorbeeld dienen. Het is te begrijpen dat een rechter die zijn toga combineert met chassidische (ultraorthodox joods) klederdracht zoals een hoge zwarte hoed en lange pijpenkrullen, in sommige situaties met wantrouwen tegemoet wordt getreden. Bijvoorbeeld als hij in een zaak zou moeten oordelen zoals die waarbij een joods restaurant werd vernield door een Syrische moslim die daarbij ‘Allah Ahkbar’ scandeerde.⁸¹

Het voorkomen van de schijn van partijdigheid is niet alleen voor de functie van rechter relevant. Stel dat dezelfde hiervoor genoemde persoon wijkagent zou zijn en zou functioneren in een wijk waarvan de inwoners overwegend moslim zijn, ook dan zou hij vermoedelijk met de nodige argwaan tegemoet worden getreden. Er is daarom veel voor te zeggen om in het kader van de discussie over de invulling van neutraliteit binnen het overheidsdomein een onderscheid te maken tussen functionarissen die met burgers in visueel contact staan en zij die dat niet doen. Deze eerste groep zou zich dan meer beperkingen op de godsdienstvrijheid moeten laten welgevalen dan de tweede groep. Voor deze eerste categorie lijkt een meer laïcistisch of seculier begrip van neutraliteit op zijn plaats. Uiteraard dient er ook dan nog wel altijd sprake te zijn van een concrete belangenafweging. Het valt niet uit te sluiten dat in sommige situaties het religieuze belang van een dergelijke ambtenaar toch dient te prevaleren op het algemeen belang van onpartijdigheid. Het onpartijdigheidsargument is niet overtuigend voor overheidsfunctionarissen die in functie *niet* in visueel contact staan met burgers. Voor hen zou een benadering van inclusieve neutraliteit geen probleem moeten zijn. Een agent die alleen maar administratief werk doet en niet in (visueel) contact treedt met de burger moet in beginsel dan ook de ruimte worden gegeven om zijn religieuze identiteit in kledij tot uitdrukking te brengen.

Als bezwaar tegen het onpartijdigheidsargument kan worden aangevoerd dat het aan de burger zelf ligt wanneer hij het gevoel heeft dat hij partijdig wordt behandeld. Zo wordt wel gesteld dat bijvoorbeeld de gedachte dat een politieagente of rechter met hoofddoek niet onpartijdig is, niet anders kan worden gezien dan als een ongerechtvaardigd vooroordeel.⁸² Dit is zonder meer waar. Toch is het vooroordeel wel te begrijpen. Mensen zijn nu eenmaal niet altijd zo rationeel. Het belang van het algemene vertrouwen in de rechtsstaat weegt in deze kwestie daarom *in abstracto* zwaarder dan het belang van de ambtenaar om zich in functie op religieuze wijze te kunnen uiten. Om de mate van religieuze tolerantie zoals die geldt binnen de overige domeinen te bewaken is het belangrijk dat de burger vertrouwen houdt in de procedures van de rechtsstaat.

Daarnaast zou men als kritiek op het onpartijdigheidsargument kunnen aanvoeren dat als religieuze persoonskenmerken van ambtenaren zouden kunnen leiden tot de schijn van partijdigheid, dit ook geldt voor biologische identiteitskenmerken zoals sekse of ras. De redenering is dan dat als men hierop geen beleid mag voeren, men ook geen beleid zou mogen voeren op religieuze persoonskenmerken. Deze vergelijking gaat echter mank.⁸³ Weliswaar kunnen beide kenmerken in emotioneel opzicht tot de kern van iemands identiteit behoren, maar er zit hier

81 ‘Ruitengooier van joods restaurant: “Ik zag alleen die Israëlische vlag”’, *NRC Handelsblad* 11 juli 2018.

82 Van der Burg 2009 (*supra* noot 37), p. 47.

83 Van der Burg 2009 (*supra* noot 37), p. 47.

een substantieel verschil. Het is niet voor niets dat het grondrecht op lichamelijke integriteit niet of veel minder eenvoudig beperkt kan worden dan het recht op godsdienstvrijheid of dat op meningsuiting. Biologische identiteitskenmerken kan een persoon simpelweg niet afleggen of thuislaten. Zoals ook Vermeulen stelt, zijn 'geslacht of huidskleur geen uitdrukking van een stellingname, een hoofddoek wel'.⁸⁴

Tot slot dient opgemerkt te worden dat ook onderwijzers op een openbare school traditioneel tot de ambtenarij worden gerekend. Weliswaar zijn ze formeel sinds 2020 geen ambtenaren meer in de zin van de ambtenarenwet,⁸⁵ toch wordt hun functie gekleurd door het feit dat ze werken in een organisatie die uitsluitend het publiek belang dient.⁸⁶ Onderwijzers treden dan ook net als gewone ambtenaren in contact met burgers, namelijk met hun leerlingen. In tegenstelling tot de aan hen toevertrouwde leerlingen zijn zij in hun functioneren geen onderdeel van het openbare domein, maar van het overheidsdomein. Wanneer de voorgaande lijn wordt doorgetrokken, is het logisch dat ook voor onderwijzers aan een openbare school een seculier begrip van neutraliteit de norm zou moeten zijn en ze in beginsel geen religieuze kleding of herkennings-tokens behoren te dragen. Dit is een andere opvatting dan die van de CGB (thans het CRM). Die oordeelde in 1999⁸⁷ reeds dat het verbieden van het dragen van een hoofddoek door een onderwijzeres, neerkomt op verboden onderscheid. Toch zijn er ook aanwijzingen in de jurisprudentie te vinden waaruit blijkt dat het bevoegd gezag van een openbare school wel een onderwijzer(eres) mag weren wanneer hij (of zij) te sterk zijn eigen levensovertuiging uitdraagt.⁸⁸ Het moet dan gaan om een godsdienstige uiting die de indruk kan wekken dat de onderwijzer partijdig is in religieuze kwesties. In dit verband kan ook worden gewezen op de omstrede⁸⁹ *Dahlab*-uitspraak⁹⁰ van het EHRM. In deze Zwitserse zaak verbood het bestuur van een openbare school een onderwijzeres een hoofddoek te dragen, omdat een dergelijke uiting in strijd zou zijn met het openbare karakter van de school. De Zwitserse rechter en later het EHRM gaven de school gelijk. De beperking van de godsdienstvrijheid van de onderwijzeres zou gerechtvaardigd zijn omwille van het recht van de leerlingen om in een religieus neutrale context onderricht te krijgen.⁹¹

7 Conclusie

'Geef dan de keizer wat des keizers is en aan God wat van God is.'⁹² Dit bekende antwoord van Jezus op de vraag van de farizeeërs heeft een stempel gedrukt op het christendom. Hoewel

84 B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, Den Haag: Sdu 2007.

85 Wet van 1 januari 2020, Wet normalisering rechtspositie ambtenaren.

86 Er kan mijns inziens moeilijk worden beweerd dat een openbare school, zoals een ziekenhuis (zie noot 15), een semi-overheidsinstelling is. In artikel 23 lid 4 Gw staat immers dat openbaar onderwijs 'van overheidswege' wordt gegeven en krijgen de gemeenten opdracht om dit praktisch vorm te geven.

87 CGB oordeel 1999-18.

88 Zie Kortmann 2016 (*supra* noot 54), p. 523.

89 De weg naar dit resultaat toe was omstrede, aangezien het EHRM overging tot een controversiële interpretatie van de hoofddoek als islamitisch symbool.

90 EHRM 15 februari 2001, 42393/98 (*Dahlab/Switzerland*).

91 Zie ook CRvB 7 mei, ECLI:CRVB:2009:BI2440.

92 Mattheüs 22:21 NBV.

er in de geschiedenis van het christendom lange periodes zijn geweest waarbij de geestelijke en de wereldlijke macht in één hand lagen, kan toch gesteld worden dat het dualisme van geestelijke en wereldlijke macht een typisch kenmerk is van het christendom.⁹³ Dit dualisme is in de gekerstende Westerse wereld een belangrijke drijfveer geweest voor het ontstaan van liberale staatsrechtelijke principes als de scheiding tussen kerk en staat en de godsdienst- en gewetensvrijheid. Het is niet of minder sterk terug te vinden in de godsdienstige leer van de islam. Er wordt wel gesteld dat er in de islam geen religieuze doctrine over het wereldse op zich bestaat.⁹⁴ Mogelijk verklaart dit waarom sommige meer fundamenteel georiënteerde moslims weinig vertrouwen hebben in de overheid en dat bepaalde salafisten de democratische rechtsstaat zelfs in zijn geheel afwijzen.⁹⁵ Het blijft voor hen misschien een grote stap om naast het religieuze gezag ook seculier gezag te aanvaarden dat een vreedzame pluriforme en democratische samenleving beoogt. Toch is dit wat de Nederlandse democratische rechtsorde van hen verlangt. Radicale moslims zullen de ontkoppeling van religieuze belangen en belangen met een meer algemeen karakter moeten aanvaarden. Dit geldt niet voor elk domein even sterk. Er zijn verschillende gradaties qua invloedssfeer van de 'keizer'. De macht van de 'keizer' geldt het sterkst binnen het overheidsdomein. Om de religieuze tolerantie binnen de overige domeinen te bewaken is het belangrijk dat de burger vrouwen houdt in de procedures van de democratische rechtsstaat. Daarvoor is het inderdaad, zoals Scheffer stelt, noodzakelijk dat er aan bepaalde overheidsdienaren hogere eisen van neutraliteit worden gesteld. Vanwege het voorkomen van de *schijn* van partijdigheid zou voor deze ambtenaren een meer seculiere of laïcistische invulling van neutraliteit moeten gelden.

De macht van de 'keizer' in het intern religieuze domein is daarentegen minimaal. Omdat dit domein juist gekenmerkt wordt door een zekere afwezigheid van neutraliteit hebben moslims binnen dit domein een grote mate van religieuze autonomie. Belangrijk is dat fundamentele moslims accepteren dat deze religieuze autonomie uiteindelijk begrensd is door de principes van de democratische rechtsstaat. Om te voorkomen dat islamitische scholen verworden tot salafistische broedplaatsen kan de staat het burgerschapsonderwijs verbeteren. Het huidige plan van de regering is daarvoor een goede aanzet, alleen rijzen er twijfels voor wat betreft de handhaafbaarheid. Mogelijk dat het formuleren van meer concrete waarden dan 'democratie' of 'grondrechten' noodzakelijk is.

Binnen het openbare domein lijkt de benadering van inclusieve neutraliteit vanouds goede papieren te hebben. Het uitgangspunt van deze benadering is dat elk individu op religieuze of niet-religieuze wijze zichzelf kan zijn. Deze invulling van religieuze tolerantie zou binnen het openbare domein dan ook streng door de 'keizer' moeten worden bewaakt om zo de escapefunctie van dit domein te garanderen. Moslim-'dissenters' dienen zich binnen het publieke domein altijd veilig te voelen om de islam de rug toe te keren. Dit zou bijvoorbeeld kunnen worden gegarandeerd door het oprichten van speciale beschermde opvanghuizen voor ex-moslims. Ook binnen het domein van particuliere instellingen zou de benadering van inclusieve neutraliteit het uitgangspunt moeten zijn. Moslims die op de arbeidsmarkt worden buitengesloten

93 Vgl. I. Bocken, 'Waarom burgers betere gelovigen zijn', in: D. Loose e.a., *Religie in het publieke domein*, Damon 2007, p. 57.

94 D. Loose, 'Het belang van het christelijk paradigma voor de verhouding samenleving en religie', in: D. Loose e.a., *Religie in het publieke domein*, Damon 2007, p. 141.

95 Zie onderzoek SCP, *De religieuze beleving van moslims in Nederland*, 2018, p. 12, 13. Zie www.SCP.nl.

zijn vatbaarder voor radicalisering dan zij die volwaardig deelnemen. Wellicht dat de regering op EU-niveau kan aandringen op striktere regelgeving die uitsluit dat commerciële belangen een rechtvaardiging kunnen vormen voor het maken van onderscheid naar godsdienst.