

HET ALGEMEEN BELANG ALS (REDELIJKE) BEGRENZING VAN RELIGIEUZE ACCOMMODATIE IN HET OPENBAAR ONDERWIJS

Stefan Philipsen & Jos Vleugel *

Samenvatting | Algemene en neutrale regels, opgesteld ter behartiging van het algemeen belang, kunnen in abstracto de godsdienstvrijheid beperken. Een dergelijke beperking dient echter ook altijd in concreto te worden gerechtvaardigd. Dat veronderstelt een evenwichtige afweging tussen het algemeen belang en het concrete godsdienstige belang van het grondrechtssubject. De ruime *margin of appreciation* die het EHRM in godsdienstige kwesties aan de verdragsstaten laat en het voor de Grondwet geldende uitgangspunt dat grondrechten redelijk uitgelegd moeten worden zouden niet aan een toetsing van de concrete omstandigheden van het geval in de weg mogen staan. Anders dreigt het gevaar van een verabsolutering van het algemeen belang. Dat geldt in het bijzonder voor de uitoefening van de vrijheid van godsdienst in het openbaar onderwijs.

Trefwoorden | [vrijheid van godsdienst, het algemeen belang, kirpan, redelijke uitleg, proportionaliteit, discriminatie]

Navigator van Wolters Kluwer | NTM-NJCMBull. 2019/26

1 Inleiding

De vraag welke ruimte in het publieke domein aan godsdienstige uitingen moet toekomen, behoort tot de belangrijkste uit de constitutionele geschiedenis van ons land. Bijzondere aandacht is daarbij altijd uitgegaan naar de positie van godsdienst in het onderwijs. Sinds de grondwetsherziening van 1848 is het grondwettelijk verankerde uitgangspunt dat de overheidscholen neutraal zijn, terwijl religieuze groeperingen de vrijheid hebben om naast deze openbare scholen hun eigen, op een religieuze of levensbeschouwelijke grondslag gebaseerde bijzondere scholen te stichten. Die bijzondere scholen worden vanaf 1920 ook volledig door de overheid bekostigd zonder dat de overheid daarmee het recht verkreeg om in te grijpen in het religieuze karakter van de school.¹

Ten aanzien van het openbaar onderwijs bepaalt artikel 23 lid 3 Grondwet nog altijd expliciet dat de overheid ieders godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging moet eerbiedigen. Aanvankelijk werd deze eis vooral negatief uitgelegd.² Voor religie, of religieuze uitingen, was op de openbare school geen plaats. Na de Tweede Wereldoorlog veranderde geleidelijk deze interpretatie van de eerbiedigingseis uit artikel 23 lid 3 Grondwet. Die wijziging werd ingegeven door de omstandigheid dat het openbaar onderwijs een algemene voorziening was waartoe iedere leerling toegang moest kunnen hebben. Doordat de samenleving steeds pluriformer werd moest

■ Mr. dr. S. Philipsen & mr. dr. A. Vleugel zijn beiden als universitair docent staatsrecht verbonden aan de Universiteit Utrecht.

1 P.J.J. Zootjens, *Onderwijsrecht*, Den Haag: Boom 2019, p. 70-76; Inmiddels is door de Tweede Kamer het wetsvoorstel 'Meer ruimte voor nieuwe scholen' aangenomen. Dat wetsvoorstel beoogt de wijze en de voorwaarden waaronder scholen worden bekostigd ingrijpend te veranderen, zie hiervoor *Kamerstukken I* 2019/20, 35050, A.

2 Zie over deze uitwikkeling uitvoerig; S. Philipsen, *De vrijheid van schoolstichting* (diss. EUR), Rotterdam 2017, p. 27-33. Zie ook: D. Mentink & B.P. Vermeulen, *Artikel 23*, Den Haag: Boom 2011, p. 84.

ook, zo was althans de opvatting van de wetgever, het openbaar onderwijs als algemene voorziening ruimte (gaan) laten voor een pluriformiteit aan godsdienstige en levensbeschouwelijke overtuigingen.³ De eerbiedigingseis uit artikel 23 lid 3 Grondwet werd in het vervolg geïnterpreteerd als een eis van gelijke inclusie, of gelijke eerbied voor religieuze uitingen.

Het uitgangspunt van gelijke inclusie van godsdienstige uitingen kan in de praktijk conflicteren met door openbare scholen opgestelde gedragsregels, doordat dergelijke gedragsregels in de weg staan aan een specifieke godsdienstige uiting. Een goed voorbeeld biedt de weigering van een openbare middelbare school nabij Rotterdam om één van haar leerlingen toe te staan zijn *kirpan* (religieuze dolk) op school bij zich te dragen. De school weigerde de *kirpan* met een beroep op het door de school gevoerde algemene veiligheidsbeleid en daaruit voortvloeiende gedragsregels. Dat beleid verbiedt het voorhanden hebben van wapens in algemene zin. Dat betekende volgens de school ook dat voor de *kirpan* geen plaats kon zijn. De omstandigheid dat het dragen van de *kirpan* was terug te voeren op de door de leerling aangehangen godsdienst bracht daarin volgens de school geen verandering.

De *kirpan* wordt door mannelijke sikh beschouwd als het gereedschap van genade. In deze interpretatie dient de *kirpan* ter bescherming van de menselijke waardigheid en zelfrespect. Als zodanig vormt de religieuze dolk een integraal onderdeel van het sikhisme.⁴ De *kirpan* komt in verschillende afmetingen voor. Een kleine *kirpan* is ongeveer zes centimeter groot, heeft een bot lemmet en kan in de schede worden ingebonden.

Naar aanleiding van de beslissing van de school om de *kirpan* niet toe te staan zocht de leerling zijn toevlucht tot het particuliere onderwijs. Op de particuliere school mocht de *kirpan* wel gedragen worden. De gang naar het particuliere onderwijs beoogde evenwel slechts een tijdelijke oplossing te zijn, aangezien de particuliere school twintigduizend euro per jaar aan lesgeld in rekening bracht en de vader van de leerling naar eigen zeggen niet bij machte was om dit meerdere jaren achtereenvolgend op te brengen.

Deze casus biedt een voorbeeld van een situatie waarin de mogelijkheid om godsdienstige uitingen in een openbare school te accommoderen botst met door de school opgestelde gedragsregels. Een ander voorbeeld kan worden gevonden in de regel die het schudden van handen tussen het onderwijzend personeel tot norm verheft.⁵ Dergelijke neutraal geformuleerde regels, die zijn opgesteld ter behartiging van een algemeen belang en er veelal niet op gericht zijn een specifieke godsdienstige uiting te verbieden, kunnen in de praktijk wel zo uitwerken. Zij werpen dan ook de vraag op in hoeverre gedragsregels die een algemeen belang dienen grenzen kunnen stellen aan de religieuze accommodatie in het openbaar onderwijs.⁶ Die vraag krijgt in het bijzonder gewicht wanneer de wens om op een bepaalde wijze uiting te geven aan een godsdienst in beginsel kan rekenen op grondrechtelijke bescherming.⁷ In het openbaar onderwijs komt daar bij dat de plicht tot accommodatie van religieuze uitingen in beginsel ook voortvloeit uit

3 Mentink & Vermeulen (*supra* noot 2), p. 84-85.

4 ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1885, r.o. 8.4, AB 2019/412, Gst. 2019/138..

5 Zie bijvoorbeeld: Protocol betreffende het dragen van hoofddoeken of gelaatsbedekkende kleding en het schudden van handen op de scholen van De Haagse Scholen, www.sovsodepiramide.nl.

6 Zie over de grenzen aan de accommodatieplicht ook: D. Mentink, 'Het karakter van de openbare school en bekostiging van godsdienst- en levensbeschouwelijk onderwijs', *NTOR* 2019/2, p. 42-47.

7 Bedoeld hier is *prima facie* bescherming zoals toegepast in R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press 2002, p. 57.

artikel 23 lid 3 Grondwet. Daarnaast geeft artikel 23 lid 4 Grondwet aan alle leerlingen een recht op toegang tot een openbare school.

In het navolgende zullen wij laten zien hoe de rechter gewoonlijk de hiervoor gepresenteerde vraag beantwoordt. De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) in de hiervoor gepresenteerde casus en de door de Afdeling uitgevoerde grondrechtentoets vormen de leidraad voor die bespreking.⁸ Die uitspraak biedt een goed voorbeeld van de wijze waarop algemene belangen in het (openbaar) onderwijs ten opzichte van religieuze verplichtingen worden afgewogen. Zij maakt daarnaast ook duidelijk dat er in dit soort situaties behoefte is aan een meer op de omstandigheden van het geval toegesneden toetsing.

2 Godsdienstige uiting?

De beoordeling van de rechtmatigheid van (gedrags)regels die een algemeen belang dienen, maar als gevolg daarvan een specifieke godsdienstige uiting onmogelijk maken, kan aan de hand van verschillende grondrechten plaatsvinden. Daarbij moeten in het bijzonder artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet worden genoemd, maar ook normen die het recht op gelijke behandeling garanderen. Voor een beoordeling op basis van deze grondrechten geldt altijd dat eerst moet worden bepaald of een specifieke uiting binnen de reikwijdte van het grondrecht valt. In de hiervoor uiteengezette casus oordeelt de Afdeling de vraag of de *kirpan* kan gelden als een grondrechtelijk beschermde godsdienstige uiting expliciet in het licht van artikel 9 EVRM.

Bij de beoordeling of een specifieke uiting *in abstracto* binnen de reikwijdte van het grondrecht valt let de rechter op twee dingen. Ten eerste of er sprake is van een godsdienst die binnen het beschermingsbereik van het betreffende grondrecht valt en ten tweede of de specifieke uiting die door de gedragsregel van de school wordt verboden ook kan worden aangemerkt als een uiting die behoort tot die godsdienst. Hierbij pleegt de rechter gewoonlijk een groot gewicht toe te kennen aan de wijze waarop degene die bescherming van het grondrecht vraagt, zijn eigen handelen kwalificeert.⁹

In de onderhavige zaak vertrekt de Afdeling vanuit de constatering dat het sikhisme een wereldwijd bekende monotheïstische godsdienst is met miljoenen 'aanhangers' en dat deze godsdienst ook door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM, of Hof) als zodanig wordt erkend. Deze conclusie is weinig controversieel. Vervolgens gaat de Afdeling na of het dragen van de *kirpan* ook kan gelden als een uiting van die godsdienst. Daarvoor is vereist dat er een voldoende nauw en direct verband bestaat tussen het dragen van een *kirpan* en het sikhisme.¹⁰ Ook aan deze beoordeling besteedt de Afdeling weinig woorden. Volgens

8 ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1885, AB 2019/412, Gst. 2019/138; Op verschillende particulariteiten van deze uitspraak die buiten de doelstelling van onze bijdrage vallen zullen wij niet ingaan. Dat geldt bijvoorbeeld voor de vraag of de mededeling dat de leerling met *kirpan* niet welkom is op(/in) school een besluit is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht en daarmee appellabel is bij de bestuursrechter.

9 Zie hierover A. Vleugel, *Het juridische begrip van godsdienst* (diss. RU), Deventer: Wolter Kluwers 2018, p. 31 e.v.

10 Overigens lijkt het EHRM niet altijd bereid te zijn om daadwerkelijk onderzoek te doen naar het verband tussen een godsdienstige leer of traditie en de betreffende uiting of gedraging. In sommige zaken wordt zonder nadere motivering ontkend dat een bepaalde uiting of gedraging valt onder de reikwijdte van art. 9 EVRM. Een beroep op deze bepaling wordt dan afgewezen, zie bijvoorbeeld: EHRM 24 november 2009 (ontv.), 16072/ 06, par. 59,

de leerling verplichten de religieuze regels van het sikhisme hem tot het dragen van een *kirpan*. Een dergelijke stelling, die steun vindt in een bekende, door een grote religieuze gemeenschap gedeelde traditie zal de rechter gewoonlijk accepteren. Dat geldt in het bijzonder als er geen redenen bestaan te twifelen aan de oprechtheid van dit betoog. Deze benadering die aan het grondrechtsubject een ruime vrijheid laat zijn of haar handelen in grondrechtelijke termen te kwalificeren is niet alleen onder artikel 9 EVRM, maar ook ten aanzien van artikel 6 Grondwet gangbaar.¹¹

3 Beperkingen onder artikel 9 EVRM; beoordeling van de noodzaak

Eerst nadat de uiting *in abstracto* als godsdienstig is gekwalificeerd komt de vraag op in hoeverre de specifieke uiting in een concrete situatie voorrang moet hebben boven het algemeen belang. Die beoordeling vindt voor artikel 9 EVRM plaats aan de hand van de criteria die in artikel 9 lid 2 EVRM zijn opgenomen.¹² In essentie kan de proportionaliteitsafweging die op grond van deze bepaling moet worden verricht, beschouwd worden als een afweging tussen twee aanspraken op autonomie. Enerzijds de aanspraak van het individu om ook op de openbare school vrijelijk aan zijn godsdienst uiting te kunnen geven en anderzijds de aanspraak van de (school)gemeenschap om uitvoering te kunnen geven aan een gedeeld '(algemeen) belang'.¹³

De vraag die bij de beoordeling van een concrete beperking onder artikel 9 lid 2 EVRM vaak opkomt is in hoeverre de rechter kan treden in een belangenafweging die eerder door de overheid is gemaakt. Welke mate van beleidsruimte moet aan de overheid worden gelaten, of welke mate van terughoudendheid moet de rechter in acht nemen?¹⁴ Dat geldt in het bijzonder als de beperking van de vrijheid van godsdienst voortvloeit uit een ogenschijnlijk neutrale regel die in gelijke mate op iedereen wordt toegepast. Het mag duidelijk zijn dat afhankelijk van de terughoudendheid die de rechter betracht, er een meer of minder concrete beoordeling van de proportionaliteit plaatsvindt.

Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat het Hof in procedures waarin leerlingen of docenten van openbare scholen een ogenschijnlijk neutraal geformuleerde regel aanvechten met het argument dat die regel hun vrijheid van godsdienst zou beperken, gewoonlijk een zeer grote mate van vrijheid aan de overheid laat.¹⁵ Het EHRM drukt die vrijheid uit in de vorm van een *margin of appreciation*.¹⁶ Zo heeft het Hof onder andere geaccepteerd dat beperkingen op

(*Brian Leonard en Vrienden/Verenigd Koninkrijk*); ECRM 27 februari 1979, 7865/77, (*Bedrijf X/ Zwitserland*); EHRM 15 april 1996, 20471/92, (*Kustannus r.y. e.a./ Finland*).

11 Zie hierover uitvoerig: Vleugel (*supra* noot 9); S. Philipsen & B.P. Vermeulen, 'De spanning tussen subjectieve interpretatie en objectieve rechtsorde bij de uitleg van de vrijheid van godsdienst in artikel 9 EVRM', in: H. Post en G. van der Schyff (red.), *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014, p. 15-48.

12 Zie uitvoerig: J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Sdu: Den Haag 2019, p. 97-182.

13 Zie K. Möller, *The global model of constitutional rights*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 100-101.

14 Op de verschillen tussen deze beide vormen van terughoudendheid zullen wij hier niet nader ingaan. Zie op dit punt o.a. J. Rivers, 'Proportionality and variable intensity of review', *Cambridge Law Review* 2006, p. 191-195.

15 B.P. Vermeulen & M.J.Th.M van Roosmalen, 'Chapter 13 Freedom of thought, conscience and religion', in: P. van Dijk, e.a. (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human rights*, Cambridge: Intersentia 2018, p. 771.

16 EHRM 15 februari 2001, 42393/98, (*Dahlab/Zwitserland*); EHRM 24 januari 2006, 65500/01, (*Kurtulmuş/Turkije*); EHRM 24 januari 2006, 26625/02, (*Kose e.a./Turkije*).

het dragen van religieuze hoofdbedekking gerechtvaardigd kunnen zijn met een beroep op het seculiere karakter van de staat.¹⁷

In het verleden is veelvuldig kritiek geuit op de wijze waarop het EHRM de *margin of appreciation doctrine* toepast.¹⁸ Die kritiek komt er onder andere op neer dat een verwijzing naar de *margin of appreciation* verhult op welk onderdeel van de proportionaliteitsafweging aan de overheid discretie wordt gelaten.¹⁹ Soms zelfs lijkt de verwijzing naar de *margin of appreciation* het zicht op enige reële afweging in het geheel te ontnemen. Daardoor wordt het moeilijker controleerbaar of het bestaan van een *margin of appreciation* in een concrete casus ook te rechtvaardigen is.

Proportionaliteitsafwegingen worden algemeen beschouwd als een uitvloeisel van een ‘*culture of justification*’.²⁰

[A] justification that is connected to a particular conception of legitimate legal authority: that law’s claim to legitimate authority is plausible only if the law is demonstratively justifiable to those burdened by it in terms that free and equals can accept.²¹

In de aard van het belang dat door een algemene regel wordt gediend kan dan ook geen aanleiding worden gevonden om een proportionaliteitsafweging bij voorbaat in het voordeel van het algemeen belang te beslechten.²² Uit de voorwaarde dat beperkingen van EVRM-rechten noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving volgt dat er een afweging van belangen plaats moet vinden, ook als er redenen bestaan om op onderdelen van die belangenafweging aan de overheid discretie te laten.

De wijze waarop het EHRM beperkingen van religieuze uitingen op openbare scholen beoordeelt is vaak zeer abstract.²³ Deze abstracte beoordeling leidt er in veel gevallen toe dat het algemeen belang dat met de neutraal geformuleerde regel wordt gediend een absolute werking krijgt, zonder dat daarbij een reële en op de omstandigheden van het geval toegesneden belangenafweging plaatsvindt die zou kunnen resulteren in uitzonderingen op de regel. De Afdeling sluit in de hiervoor beschreven casus bij die abstracte beoordeling aan.

De Afdeling wijst op de eerste plaats op de zorgplicht die scholen hebben om de veiligheid te bevorderen. En op de omstandigheid dat de door de school gestelde regel een neutraal karakter heeft en niet is opgesteld met het oogmerk om de vrijheid van godsdienst te beperken. Daarna concludeert zij dat er voor de school voldoende zwaarwegende belangen bestonden die een verbod op het dragen van de *kirpan* konden rechtvaardigen. In de onderbouwing van die

17 EHRM 4 december 2008, 27058/05, (*Dogru/Frankrijk*); zie in deze zin ook EHRM 30 juni 2009, 43563/08, (*Aktas/Frankrijk*) en EHRM 30 juni 2009, 27561/08, (*Ranjit Singh/Frankrijk*); zie meer recent ook: EHRM 10 januari 2017, 29086/12, (*Osmanođlu en Kocabay/Zwitserland*).

18 Zie J.H. Gerards, ‘Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European court of human rights’, *Human Rights Law Review* 2018, p. 1-21.

19 Zie voor de verschillende vormen van discretie in proportionaliteitsafwegingen o.a.: M. Klatt & M. Meister, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 75-84.

20 M. Cohen-Eliya & I. Porat, ‘Proportionality and justification’, *University of Toronto Law Journal* 2014, p. 462-464.

21 M. Kumm, ‘The Idea of Socratic Contestation and the Right to justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review’, *Law & Ethics of Human Rights* 2010, p. 143.

22 Het Hof lijkt dit soms aan te nemen; Vermeulen & Van Roosmalen (*supra* noot 15), p. 771.

23 Zie voor andere voorbeelden waarin het EHRM een vergelijkbare benadering heeft gevolgd: EHRM 3 december 2009, 40010/04, (*Tamar Skougar e.a./Rusland*) alsook ECRM 15 december 1983, 10358/83, (*C./Verenigd Koninkrijk*).

conclusie verwijst de Afdeling uitsluitend naar argumenten die een rechtvaardiging voor het veiligheidsbeleid als zodanig vormen. Daarbij komen argumenten die tegen deze conclusie pleiten en op de omstandigheden van het geval zijn toegesneden niet aan bod.

De Afdeling stelt onder andere dat naar haar oordeel van de *kirpan* een zekere dreiging uitgaat. Die stelling is op zichzelf, zonder nadere toelichting niet zonder meer te begrijpen. Ook als van een *kirpan* dreiging uitgaat is niet onmiddellijk duidelijk waarom die dreiging zo groot is dat dit een inbreuk op de vrijheid van godsdienst zou rechtvaardigen. De Afdeling lijkt in het bijzonder weinig oog te hebben voor de omstandigheden waaronder de *kirpan* wordt gedragen. Die omstandigheden zijn van belang omdat de omstandigheden waaronder voorwerpen worden gebruikt in belangrijke mate bepalend zijn voor het dreigingsniveau dat van het voorwerp uitgaat. Een honkbalknuppel is op een honkbalveld niet (erg) bedreigend, maar kan in de handen van de verkeerde persoon en buiten het honkbalveld heel bedreigend overkomen. In dit kader is interessant dat het Canadese *Supreme Court* in het verleden heeft opgemerkt dat de stelling dat er dreiging uitgaat van een *kirpan* niet wordt ondersteund door de feiten.²⁴ De *Supreme Court* stelde vast dat in de 100 jaar waarin sikh in Canada naar school gaan met een *kirpan* geen enkel incident met de religieuze dolk heeft plaatsgevonden. Deze constatering past bij de symbolische en heilige waarde die door de sikh zelf aan de *kirpan* wordt gehecht. De wijze waarop de *kirpan* wordt gebruikt en de waarde die drager van de *kirpan* aan de dolk toekent kunnen de dreiging die van de dolk uitgaat drastisch reduceren. Een andere omstandigheid die aan de reductie van de dreiging kan bijdragen is de wijze waarop de dolk in de praktijk wordt gedragen. Niet alleen was de *kirpan* in deze casus kleiner dan een pen, ook was hij bot en in de schede ingebonden. Daarnaast kan een *kirpan* ook onder de kleding worden gedragen. Dit alles onderstreept de religieuze waarde van de *kirpan* en doet afbreuk aan de karakterisering als wapen. De door de Afdeling betrokken stelling dat van de *kirpan* dreiging uitgaat werpt in het licht van het Handlingsprotocol Schoolveiligheid de relevante vraag op of van een balpen met een gelijke grootte potentieel niet eenzelfde gevaar uitgaat.

Andere argumenten die door de Afdeling worden aangevoerd zijn de omstandigheid dat het onderscheid tussen wapens en voorwerpen waarvan dreiging uitgaat moeilijk te maken is, dat er druk is vanuit de samenleving op schoolbesturen om geweldsincidenten te voorkomen en dat er precedentwerking zou kunnen optreden. Van dat laatste argument kan alleen gesteld worden dat dit op zichzelf waar is. Die precedentwerking zou eruit bestaan dat bij toewijzing van het beroep op de vrijheid van godsdienst ook andere sikh een *kirpan* zouden mogen dragen op de school in kwestie. De mogelijke precedentwerking is dus zeer beperkt en heeft uitsluitend betrekking op een specifieke groep personen en op een specifieke school. Van de eerste twee argumenten kan worden gezegd dat zij aan het op de school gevoerde veiligheidsbeleid ten grondslag liggen en daarmee voor dat gevoerde beleid *in abstracto* een rechtvaardiging vormen, maar dat zij zonder nadere toelichting en concretisering niet ook automatisch betekenis hebben voor de vraag of het veiligheidsbeleid ook een verbod op het dragen van een *kirpan* kan rechtvaardigen.

Tot besluit wijst de Afdeling ook nog op de omstandigheid dat er voor de leerling een alternatief voorhanden was die een eventuele inbreuk op de vrijheid van godsdienst zou kunnen rechtvaardigen, namelijk de particuliere school waarop de leerling reeds stond ingeschreven.²⁵

24 Supreme Court of Canada, 2 maart 2006, nr. 30322 (*Multani/Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*).

25 Dit argument lijkt ingegeven door, EHRM 27 juni 2000, 27417/95, (*Cha'are Shalom ve Tsedek/Frankrijk*).

Die school staat hem immers toe zijn *kirpan* te dragen. Dit argument is opmerkelijk omdat de Afdeling eveneens vaststelt dat het schoolgeld op die school meer dan 20.000 euro per jaar bedraagt. En daarnaast overweegt de Afdeling dat de vader van de leerling heeft aangegeven niet over de financiële middelen te beschikken om nog een schooljaar het hoge schoolgeld op te hoesten. Daarmee valt te betwijfelen of daadwerkelijk gesproken kan worden van een reëel alternatief op de uitoefening van de vrijheid van godsdienst. Opvallend is dat de Afdeling bij de te maken afweging onder artikel 9 EVRM ook geen aandacht besteedt aan artikel 23 Grondwet. Niet alleen geeft artikel 23 Grondwet aan leerlingen op het openbaar onderwijs een recht op eerbiediging van zijn of haar godsdienst, maar ook bestaat er een grondrechtelijk – afdwingbaar – recht op toegang tot een openbare school. Een bijzondere (particuliere) school kan nooit gelden als een alternatief voor openbaar onderwijs. Door het particuliere onderwijs wel als alternatief te accepteren wordt een grondwettelijke waarborg veronachtzaamd.²⁶

Op zichzelf is het belang van een ‘veilige school’ een heel gewichtig belang, maar hetzelfde geldt voor de mogelijkheid vrijelijk uiting te kunnen geven aan een godsdienst. De abstracte beoordeling van de Afdeling is in lijn met de jurisprudentie van het EHRM in dit soort zaken, maar voor beide geldt dat die lijn niet overtuigt.²⁷ Een concretere op de omstandigheden van het geval toegesneden beoordeling sluit beter aan bij de systematiek van het EVRM en biedt grondrechtsubjecten een reëlere bescherming. Dat geldt ook als op onderdelen van die beoordeling aan de overheid beleidsruimte wordt gelaten. Uitgangspunt voor die concrete beoordeling zou in deze procedure de stelling van de leerling zijn dat de *kirpan* heeft te gelden als een zwaarwegende verplichting die behoort tot de kern van zijn geloof. Net als bij de beantwoording van de vraag of een concreet handelen geldt als grondrechtelijk beschermd, moet ook voor de vraag welk gewicht dit handelen heeft in beginsel worden uitgegaan van het gewicht dat het grondrechtssubject zelf aan dit handelen toekent. Vanuit dit vertrekpunt maakt de school met het verbod op het dragen van een *kirpan* een grote inbreuk op de vrijheid van godsdienst door de leerling op school niet toe te staan uiting te geven aan een centraal onderdeel van zijn geloofsovertuiging.

De school kwalificeert het door haar aangevoerde algemeen belang in termen van het bevorderen van de veiligheid. Het door de school gevoerde veiligheidsbeleid brengt, zo valt te lezen in het Handelingsprotocol, onder andere met zich dat leerlingen geen ‘stiletto’s, vlindermessen, valmessen en dergelijke’ bij zich mogen dragen of met dergelijke messen mogen dreigen. Dit is op zichzelf ook logisch nu de aanwezigheid van dit soort wapens door geen enkel op een school te respecteren belang wordt gerechtvaardigd. Dat is anders voor sommige andere voorwerpen die als (steek)wapen kunnen worden gebruikt. Denk bijvoorbeeld aan een schaar, of allerhande instrumenten die zich in een gemiddeld handvaardigheidslokaal bevinden. Dergelijke instrumenten zijn voor het onderwijs onmisbaar en kunnen reeds om die reden niet worden verboden. Dat doet het Handelingsprotocol ogenschijnlijk dan ook niet. Wel kan het Handelingsprotocol zo worden geïnterpreteerd dat daaruit volgt dat dit soort voorwerpen niet als wapen mogen worden gebruikt. De school kiest er vervolgens voor om de *kirpan* in het licht van het Handelingsprotocol op één lijn te stellen met een stiletto of vlindermes. Een concrete

²⁶ Vgl. art. 53 EVRM.

²⁷ Zie in dit verband ook de uitspraak van de Rechtbank Haarlem die oordeelde dat de schorsing van een hotelbediende wegens het dragen van een symbolische, door zijn geloof voorgeschreven, dolk in strijd met de geldende voorschriften een redelijke grond ontbeerde; Rb. Haarlem 18 maart 1997, ECLI:NL:RBHAA:1997:AG1390.

proportionaliteitsafweging zou eisen dat de Afdeling de mate waarin het belang van de schoolveiligheid wordt gediend met een verbod van de *kirpan*, afweegt ten opzichte van de inbreuk op het grondrecht die door dat verbod wordt veroorzaakt. Het enkele feit dat de school beleidsruimte heeft ten aanzien van het opstellen van veiligheidsvoorschriften en daarmee samenhangende gedragsregels zou dan niet op zichzelf een voldoende rechtvaardiging kunnen vormen voor het verbieden van de *kirpan*. Beleidsruimte bij het opstellen van veiligheidsvoorschriften houdt immers niet ook automatisch de vrijheid in een grondrecht te schenden, of te beperken.²⁸

Voor een modaliteit van een concrete beoordeling die de school ook een zekere beleidsruimte laat zou de in de navolgende paragraaf uiteengezette benadering kunnen worden gevolgd.

4 Rechtvaardiging voor indirecte discriminatie

Duidelijk is dat het door de school gevoerde veiligheidsbeleid indirect onderscheid maakt naar godsdienst. In de memorie van toelichting bij de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) wordt gesteld dat voor een rechtvaardiging van indirect onderscheid moet worden nagegaan of het ten behoeve van het doel gekozen middel beantwoordt aan een *werkelijke* behoefte, of het middel geschikt is om dat doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk is.²⁹ Alleen dan is het gemaakte onderscheid 'objectief gerechtvaardigd' in de zin van artikel 2 lid 1 Awgb. Daarmee eist ook de Awgb een concrete beoordeling.

Ook bij de beoordeling van de verenigbaarheid van het veiligheidsbeleid met artikel 2 Awgb kiest de Afdeling voor een zeer terughoudende toets door te stellen dat de school het totaalverbod op het dragen van wapens heeft mogen toepassen, gegeven de aan haar toekomende beleidsruimte, omwille van overwegingen van veiligheid, effectiviteit en generieke behandeling. De bezwaren die hiervoor werden aangevoerd tegen de beoordeling onder artikel 9 lid 2 EVRM gelden *mutatis mutandis* dan ook voor de beoordeling van het verbod van discriminatie zoals vastgelegd in bijvoorbeeld artikel 7 io. artikel 2 Awgb.

Eén van de mogelijkheden waarop een concrete beoordeling van de noodzakelijkheid van het verbod van de *kirpan* kan worden uitgevoerd en er tegelijkertijd aan de school beleidsruimte kan worden gelaten, is door het toepassen van een consistentietoets op het veiligheidsbeleid. Duidelijk is dat door de school geen absolute veiligheid wordt nagestreefd. Daarvan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn als alle scherpe voorwerpen, of als wapen te gebruiken voorwerpen op school verboden zijn en de school bij de ingang van het schoolgebouw metaaldetectoren plaatst. Tegelijkertijd moet worden onderkend dat de school haar best doet om een veiligheidsniveau te bewerkstelligen dat boven het minimale veiligheidsniveau uitgaat. De vraag die de Afdeling in het kader van artikel 2 Awgb had kunnen en moeten beantwoorden is of het verbieden van de *kirpan* past bij de risico's die de school bereid is te accepteren. In dat kader spelen vervolgens de hiervoor genoemde omstandigheden dat het gaat om een bot voorwerp, dat kleiner is dan een pen, dat onder de kleding kan worden gedragen en dat in de schede is

28 A.E.M. Leijten, 'Als het om fundamentele rechten gaat: bestuursrechtelijke toetsing bezien vanuit grondrechtelijk perspectief', *TvCR* 2017/1; alsook F.T. Groenewegen, 'Wie is er bang voor een vol toetsende rechter?' *TvCR* 2017/1.

29 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, 3, p. 14; zie in dit kader ook: T. Loenen, 'De houdbaarheid van de Nederlandse regulering van religieuze symbolen op de werkvloer in het licht van de Europese rechtsontwikkeling', *NTM/NJCM-bull.* 2017/35. p. 463-464.

ingebonden, een rol. Had de school gezien die omstandigheden de vrijheid om de *kirpan* op een lijn te stellen met vlindermessen? Het antwoord op die vraag luidt waarschijnlijk negatief omdat een kwaadwillende, gezien de voorwerpen die niet verboden zijn op de school, waarschijnlijk eenvoudiger een ander steekwapen kan vinden dan de *kirpan* van de sikh. Het door de school opgestelde veiligheidsbeleid laat door de wijze waarop het beleid wordt toegepast en het daarmee nagestreefde veiligheidsniveau ruimte voor accommodatie.

5 Beperkingen onder artikel 6 Grondwet; de redelijke uitleg

Anders dan met betrekking tot artikel 9 EVRM komt de Afdeling tot de conclusie dat het dragen van een *kirpan* op de openbare school niet beschermd wordt door artikel 6 Grondwet. De beperktere reikwijdte van artikel 6 Grondwet ten opzichte van artikel 9 EVRM is een rechtstreeks gevolg van de strenge legaliteitseisen die de Grondwet aan de beperking van grondrechten stelt.³⁰

In aanloop naar de grondwetsherziening 1983 betrok de grondwetgever het heldere standpunt dat alle beperkingen van grondrechten herleidbaar moeten zijn tot een grondwettelijke beperkingsclausule.³¹ Daarmee moest een einde komen aan de tot dan geaccepteerde leer van de algemene beperkingen. Dat waren beperkingen van grondrechten die voortvloeiden uit algemene regels die niet beoogden in het bijzonder een grondrecht te beperken.³² Het algemene geldingsbereik van de beperkende regel rechtvaardigde de conclusie dat het grondrecht niet beperkt werd. Na de grondwetsherziening van 1983 werd het uitgangspunt dat ook dergelijke algemene regels die slechts als neveneffect een beperking van (bijvoorbeeld) de vrijheid van godsdienst opleverden op een grondwettelijke beperkingsclausule moesten zijn terug te voeren.

De beperkingssystematiek die in 1983 in de Grondwet werd opgenomen is gebaseerd op de vooronderstelling dat de wetgever vanwege zijn democratische legitimatie de meest aangewezen instantie is om over de beperking van grondrechten te oordelen. Alle grondwettelijke beperkingsclausules eisen voor de beperking van grondrechten dan ook een grondslag in een wet in formele zin. Daarnaast gaat de Grondwet ervan uit dat de wetgever ook in staat is zich tijdig en met voldoende aandacht voor de belangen van minderheden van die taak te kwijten. Het was echter al snel duidelijk dat de wetgever lang niet altijd in een maatschappelijk wenselijke beperkingsgrondslag kon voorzien. Daarvoor zijn een aantal redenen te noemen. Zo is de wetgever soms gewoon te traag met het creëren van een beperkingsgrondslag, of is hij zich gewoon niet bewust van een grondrechtelijk conflict. Daar komt voor de vrijheid van godsdienst in het bijzonder bij dat, door veranderende maatschappelijke opvattingen over de betekenis van godsdienst en door de komst van nieuwe godsdiensten, de reikwijdte van dit grondrecht de afgelopen jaren behoorlijk is uitgebreid. Daardoor is het voor de wetgever ook veel moeilijker om *in abstracto* te overzien welke potentiële conflicten tussen het algemeen belang en de vrijheid van godsdienst zouden kunnen optreden, zodat tijdig in een beperkingsgrondslag kan worden

30 P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutioneel Recht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 386-390.

31 A.J. Nieuwenhuis, M. den Heijer & A.W. Hins, *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 138.

32 Zie in deze zin M.C. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 1971, p. 21-38.

voorzien. Zulke conflicten worden vaak voor het eerst duidelijk nadat zij zich hebben voorgedaan.³³

Om grondrechten ondanks de strenge beperkingssystematiek toch hanteerbaar te houden bood de grondwetgever een ontsnappingsroute.³⁴ Daarmee werd (opnieuw) erkend dat in sommige gevallen wanneer niet aan de beperkingsvoorwaarden is voldaan, een te respecteren behoefte kan bestaan om een grondrechtelijk beschermd belang te beperken. De grondwetgever stelde zich, onder erkenning van het uitgangspunt dat alle grondrechtelijke beperkingen op een beperkingsclausule terug te voeren moeten zijn, dan ook op het standpunt dat er soms ook aan de redelijkheid grenzen kunnen worden ontleend waarbuiten grondrechten geen toepassing meer behoren te vinden. Grondrechten moesten, anders geformuleerd, op redelijke wijze worden uitgelegd.³⁵

De leer van de redelijke uitleg van grondrechten vooronderstelt dat beperkingen van grondrechten niet alleen kunnen voortvloeien uit de beperkingsclausule, maar ook geworteld kunnen zijn in de reikwijdte van een grondrecht. Een handeling, zoals het dragen van een *kirpan*, kan misschien *in abstracto* binnen de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst vallen, maar dat betekent niet dat het grondrecht daarmee ook het dragen van die *kirpan* op ieder moment en overall beschermt. Waar de ene modaliteit van grondrechtsuitoefening wel grondrechtelijk wordt beschermd, kan een andere modaliteit van diezelfde grondrechtsuitoefening niet beschermd zijn. Of een uiting die *in abstracto* binnen de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst valt ook *in concreto* kan rekenen op grondrechtelijke bescherming, hangt af van de tijd, plaats en omstandigheden waaronder de godsdienst wordt uitgeoefend.

De leer van de redelijke uitleg is een aantrekkelijk en binnen de Nederlandse grondwetssystematiek in belangrijke mate ook een inherent en onvermijdbaar onderdeel van het grondwettelijk stelsel. Naast grondrechten zoals de vrijheid van godsdienst, beschermt de (grondwettelijke) rechtsorde een groot aantal andere belangen.³⁶ Tussen het belang om in een concrete situatie uitoefening te kunnen geven aan een grondrecht en andere door de (constitutionele) rechtsorde beschermde belangen bestaat geen rangorde. Grondrechten staan niet boven de (constitutionele) rechtsorde, maar zij maken daarvan onderdeel uit en zullen zich derhalve ook tot die rechtsorde – en alle daarin terug te vinden belangen – moeten verhouden. Dit leidt vanzelfsprekend tot een zekere interne beperking van grondrechten. Uiteraard dient de leer van de redelijke uitleg behoedzaam te worden toegepast. De grondrechtelijke bescherming mag ten gevolge hiervan niet verder verminderen dan strikt noodzakelijk is. Tegelijkertijd zou een ongelimiteerd beroep op grondrechten ertoe kunnen leiden dat grondrechten onhanteerbaar worden.

De redelijke uitleg heeft net als de belangenafweging onder artikel 9 EVRM het uitgangspunt te streven naar een rechtvaardig evenwicht tussen alle betrokken belangen. Hiervan kan *in concreto* in ieder geval geen sprake zijn indien de belangen van de meerderheid of van het grondrechtssubject zondermeer worden verabsoluteerd. De redelijke uitleg stelt in het bijzonder grenzen aan de verabsolutering van het belang van het grondrechtssubject. Een verabsolutering

33 B.P. Vermeulen, 'Algemene beperkingen, redelijke uitleg en redelijke toepassing van grondrechten', *Regelmaat* 1990, p. 82.

34 *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, 3, p. 21. Zie hierover ook B.P. Vermeulen, 'Wie bepaalt de reikwijdte van grondrechten', *NTR&R* 1992-21, p. 16-46; Vermeulen (*supra* noot 33), p. 78-85; Zie ook de noot van B.P. Vermeulen bij: ABRvS 3 december 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN6386, *AB* 2000, 291.

35 *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, 3, p. 21.

36 Vgl. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1993, p. 11.

van een individueel- of minderheidsbelang zou ten aanzien van de vrijheid van godsdienst bijvoorbeeld tot de conclusie kunnen leiden dat het moet zijn toegestaan om midden in de nacht zeer luid kerkklokken te luiden.³⁷ Tegelijkertijd mag de redelijke uitleg niet aan zijn doel voorbij-schieten, doordat de redelijke uitleg wordt gebruikt om het algemeen belang ‘heilig’ te verklaren. Daardoor zou het subjectieve belang tot uitdrukking komend in een beroep op grondrechten per definitie het onderspit delven. Die uitkomst zou moeilijk verenigbaar zijn met de aard van grondrechten die erop neerkomt dat grondrechten beogen een mechanisme te bieden waarbinnen individuele belangen ten opzichte van algemene belangen worden afgewogen.

De redelijke uitleg van grondrechten is slechts een vertrekpunt, maar biedt op zichzelf nog geen antwoord op de vraag of een specifieke (restrictieve) uitleg ook het resultaat is van een rechtvaardig evenwicht tussen het grondrechtelijk beschermde belang en het algemeen belang. De grondwetgever stelde dan ook dat bij toepassing van de leer van de redelijke uitleg de eis van proportionaliteit moet worden geëerbiedigd en rekening moet worden gehouden met maatschappelijke en persoonlijke belangen.³⁸ Die proportionaliteitstoets biedt een maatstaf om vast te stellen of een regel die het algemeen belang beoogt te bevorderen niet te zeer in de bijzondere belangen van de grondrechtgerechtigde ingrijpt. Een redelijke uitleg mag niet tot consequentie hebben dat een godsdienstige uiting onmogelijk wordt gemaakt door een dispropor-tionele inbreuk van een algemene regel. In dat geval moet aan betrokkene alsnog de mogelijkheid worden geboden zich aan de werking van die algemene regel te onttrekken. Als er evenwel geen sprake is van een disproportionele inbreuk op het grondrechtelijk beschermde belang dan moet worden aangenomen dat degene die de bescherming van het grondrecht inriep de inbreuk op het *in abstracto* grondrechtelijk beschermde belang, *in concreto* heeft te accepteren vanuit de gedachte dat grondrechten individuen niet onverkort de mogelijkheid geven zich buiten de rechtsorde te plaatsen en dat eenieder die onderdeel van die rechtsorde uitmaakt zal moeten accepteren dat de inhoud van zijn rechten en vrijheden in concrete situaties mede door die rechtsorde wordt gedefinieerd.

Voor toepassing van de leer van de redelijke uitleg is in beginsel uitsluitend plaats in situaties waarin een beroep op grondrechten ertoe strekt een algemeen belang opzij te zetten dat wordt gediend door een neutrale regel die niet beoogt het grondrecht te beperken. Daaruit volgt dat bepaalde typen algemene belangen per definitie niet in aanmerking moeten kunnen komen voor toepassing van de leer van de redelijke uitleg. Het gaat dan om belangen die worden gediend door paternalistische en moraliserende regels.³⁹ Denk bijvoorbeeld aan de in de inleiding genoemde regel dat onderwijzend personeel elkaar met een handdruk moet begroeten. Dergelijke regels, die een juiste omgangsvorm voorschrijven, hebben immers ook altijd tot doelstelling een bepaalde conceptie op het goede leven buiten de (school)gemeenschap te houden.⁴⁰ Dit soort regels beogen daarmee ook altijd grenzen te stellen aan de door de vrijheid van godsdienst beschermde belangen en zijn daarmee *prima facie* niet neutraal. Voor dergelijke moraliserende en paternalistische regels kan niet worden volgehouden dat zij uitsluitend beogen een buiten de vrijheid van godsdienst gelegen belang te waarborgen. Zij kunnen daarmee dus ook niet eventuele interne beperkingen van de vrijheid van godsdienst rechtvaardigen. De beperking

37 Vgl. ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1448, AB 2011/333 m.nt. Bex-Reimert/Brouwer & Schilder.

38 Zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 21.

39 Möller (*supra* noot 13), p. 52-53.

40 Anders: L.C. Groen & B.P. Vermeulen in AB 2009, 280.

van het grondrechtelijk beschermde belang is niet een ongewenst neveneffect, maar het doel van de algemene regel. Zij is niet het gevolg van een zoektocht naar een noodzakelijk evenwicht tussen een pluriformiteit aan met elkaar te verenigen belangen, maar het gevolg van een wens de grondwettelijke vrijheden te beperken. Overigens betekent dat niet dat dit soort regels nooit zouden zijn toegestaan, maar zij zouden altijd expliciet aan de grondwettelijke beperkingsclausule moeten worden getoetst. Daarbij dient bedacht te worden dat de wetgever een grote beleidsruimte heeft gekregen om grondrechtelijke belangen ten opzichte van allerhande andere (grondwettelijk te respecteren) belangen af te wegen.⁴¹

In het licht van bovenstaande uiteenzetting kunnen er een aantal opmerkingen worden gemaakt bij de toepassing van de leer van de redelijke uitleg door de Afdeling in haar *kirpan*-uitspraak. Het is allereerst te begrijpen dat de Afdeling bij de beoordeling van het door de school geformuleerde veiligheidsbeleid haar toevlucht zoekt tot de leer van de redelijke uitleg. Er was immers geen wettelijke grondslag die toestond om de vrijheid van godsdienst te beperken met een door de school geformuleerde gedragsregel. Opvallend is echter dat de Afdeling niet beoordeelt of de redelijke uitleg van artikel 6 Grondwet in de concrete casus leidt tot een disproportionele beperking van het grondrecht. Wel merkt de Afdeling expliciet op dat het dragen van de *kirpan* voor de leerling 'behoort tot de kern van het geloof'. In het licht van deze overweging bestond er in het bijzonder aanleiding om stil te staan bij de vraag of het belang van een vrije uitoefening van het geloof – en de specifieke modaliteit en context waarin de leerling zijn grondrecht wilde uitoefenen – niet op disproportionele wijze beperkt werd door het belang van een veilig schoolklimaat. In het licht van de constatering dat het hier gaat om een uiting die tot de kern van het geloof behoort, had die vraag waarschijnlijk positief beantwoord moeten worden.

Verder valt op dat de Afdeling in haar uitspraak veel nadruk legt op de omstandigheid dat de regel die een verbod op het dragen van de *kirpan* met zich brengt, neutraal is geformuleerd en niet beoogt de vrijheid van godsdienst te beperken. Die constatering kan – anders dan de Afdeling lijkt aan te nemen – echter uitsluitend het startpunt van de toepassing van de leer van de redelijke uitleg zijn. Op zichzelf is het algemene en neutrale karakter van een regel niet voldoende om aan te nemen dat er geen schending van de vrijheid van godsdienst, zoals beschermd door artikel 6 Grondwet, bestaat. Als dat wel voldoende zou zijn dan zou de leer van de algemene beperkingen via de achterdeur weer binnenkomen. Die leer komt er in essentie op neer dat wordt geaccepteerd dat er bepaalde belangen zijn waarvan het nastreven nooit tot een ongerechtvaardigde beperking van grondrechten kan leiden. Met de grondwetsherziening van 1983 heeft de grondwetgever expliciet met dit stelsel willen breken. De leer van de redelijke uitleg van grondrechten beoogt dan ook een meer verfijnde toetsingsmaatstaf te bieden. Maar die belofte kan zij uitsluitend waarmaken als zij ook op een redelijke wijze wordt toegepast.

6 Een redelijke uitleg en de samenloop met andere interpretatiemethoden

De redelijke uitleg van grondrechten leidt tot situatie-afhankelijke interpretaties van de vrijheid van godsdienst. Of een handeling beschermd is hangt af van de omstandigheden waaronder

41 Zie in deze zin ook artikel 120 Grondwet.

het grondrecht uitgeoefend zal gaan worden en de belangen die aan die uitoefening in de weg staan. In dit licht is het opvallend dat de Afdeling in haar *kirpan*-uitspraak bij de toepassing van de leer van de redelijke uitleg de grondwetsgeschiedenis aanhaalt om de reikwijdte van artikel 6 Grondwet te duiden. Zij stelt op basis van die geschiedenis dat artikel 6 Grondwet geen bescherming biedt aan het belijden van een godsdienst binnen een maatschappelijke instelling. Dat doet vreemd aan, omdat de grondwetsgeschiedenis voor de belangafweging die de leer van de redelijke uitleg vereist in beginsel niet relevant is. De redelijke uitleg van grondrechten leidt anders dan een verwijzing naar de grondwetsgeschiedenis – en anders dan de leer van de algemene beperkingen – niet tot een definitie van de reikwijdte die voor eens en altijd vaststaat. Een uiting van de vrijheid van godsdienst die in de ene casus wegens strijd met een algemeen belang buiten de reikwijdte van het grondrecht wordt geplaatst kan daar in een andere casus weer binnen vallen. Zo leidt de conclusie dat het dragen van de *kirpan* in de openbare school nabij Rotterdam op basis van een redelijke uitleg van het grondrecht niet beschermd was, niet automatisch tot de conclusie dat de *kirpan* op geen enkele school op grondrechtelijke bescherming kan rekenen. De restrictieve interpretatie van de reikwijdte van de godsdienstvrijheid door de Afdeling komt in dit verband niet voort uit een afweging tussen een algemeen belang en het grondrechtelijk beschermde belang, maar uit de grondwetsgeschiedenis zelf en heeft daarom met een redelijke uitleg zoals hiervoor gedefinieerd niet zoveel van doen.

Nog los van de vraag of de redelijke uitleg ooit samen kan gaan met andere interpretatiemethoden moet ook de vraag worden opgeworpen of de Afdeling de grondwetsgeschiedenis op een juiste wijze interpreteert. De grondwetsgeschiedenis en de formulering van artikel 6 Grondwet wekken de indruk dat de vrijheid om een godsdienst te belijden niet beschermd is binnen een sfeer die aan een ander toekomt, zoals ruimten en instellingen die van andere maatschappelijke organisaties zijn.⁴² Men kan echter betwijfelen of een *openbare* school ook tot deze categorie van locaties behoort. Uit de grondwetsgeschiedenis volgt dit niet met zoveel woorden. Vanuit het perspectief van artikel 23 lid 3 Grondwet is het wellicht aannemelijker om te stellen dat de godsdienstoefening binnen het openbaar onderwijs evenals godsdienstuitoefening in het openbaar vervoer, op de openbare weg en in (andere) openbare gebouwen behoort tot de openbare sfeer waarop artikel 6 lid 2 Grondwet rechtstreeks betrekking heeft en waarbinnen eenieder in beginsel vrij is om zich religieus te uiten. De omstandigheid dat openbare scholen de mogelijkheid hebben huisregels te stellen doet daar niet aan af. Die bevoegdheid gaat immers tegelijkertijd gepaard met de verplichting grondrechten zoals de vrijheid van godsdienst te respecteren.

7 Afsluiting

Onze kritiek op de uitspraak van de Afdeling weerspiegelt de kritiek die de Amerikaanse filosofe Nussbaum heeft op de benadering van Locke inzake de neutraliteit van overheidsop treden. Volgens Nussbaum kenmerkt een Lockeaanse benadering zich door de opvatting dat algemene wetten die niet gericht zijn op godsdienst gehandhaafd mogen blijven ten koste van de gods-

⁴² *Kamerstukken II 1975/76, 13872, 3, p. 30.*

dienstuitoefening van het rechtssubject.⁴³ Locke vindt dat een wet die niet gericht is op het vervolgen of reguleren van godsdienst of de wijze waarop religieuze activiteiten plaatsvinden neutraal is. Een dergelijke neutrale regel kan volgens Locke gehandhaafd blijven ook indien hierdoor gelovigen van een bepaalde stroming zouden worden bevoordeeld of benadeeld. Locke stelt: '[H]et private oordeel over een wet die gemaakt is met het oog op het algemeen belang of op politieke aangelegenheden, neemt haar verplichtende karakter niet weg en wettigt geen aanspraak op tolerantie.'⁴⁴

Nussbaum pleit in plaats van een Lockeaanse benadering voor een accommodationistische benadering. Het accommodationisme stelt voorop dat wetten in een democratie altijd opgesteld worden door '(...) meerderheden en daarom, in zaken die variëren van de keuze van werkdagen tot de wettelijke status van verschillende drugs, van nature de belichaming zullen vormen van meerderheidsideeën over wat het beste uitkomt.'⁴⁵ Om recht te doen aan minderheidsopvattingen moeten ook de opvattingen van andersdenkenden geaccommodeerd worden. Dat wil zeggen dat de wet ruimte moet bieden voor uitzonderingen, vrijstellingen, e.d.⁴⁶

In sommige situaties kan het algemeen belang een begrenzing vormen voor religieuze accommodatie maar het algemeen belang kan nooit vanwege het neutrale karakter ervan verabsoluteerd worden, in die zin dat een beroep op een algemeen belang op zichzelf al een rechtvaardiging kan vormen voor deze begrenzing. Het algemeen belang dient altijd uitgelegd te worden als uiting van een meerderheidsopvatting die afhankelijk van de context van het concrete geval meer of minder gewicht in de schaal legt.

In de hiervoor besproken casus kunnen de openbare school en de Afdeling verweten worden dat ze zich te weinig hebben ingeleefd in het minderheidsstandpunt van de sikh. De religieuze wensen van de sikh hadden naar ons oordeel moeten worden geaccommodeerd. Er bestaan onvoldoende zwaarwegende argumenten om een *kirpan* gelijk te stellen aan allerlei andere wapens. Een dergelijk standpunt is onvoldoende evenwichtig en komt daardoor in strijd met artikel 9 EVRM, artikel 6 Grondwet en artikel 7 Awgb.

43 M. Nussbaum, *De nieuwe religieuze intolerantie. Een uitweg uit de politiek van angst*, Amsterdam: Ambo/anthos 2013, p. 93.

44 J. Locke, *Een brief over tolerantie*, Damon: Budel 2004 [1685], p. 61.

45 Nussbaum (*supra* noot 43).

46 M. Nussbaum 2008, *Liberty of Conscience. In defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York: Basic Books 2008, p. 67.