

De hoofddoek als constitutioneel vraagstuk

Luc Verhey – Universiteit Maastricht

1. Inleiding

In mijn bijdrage zal ik het dragen van een hoofddoek belichten vanuit een constitutioneel perspectief. Daarbij zal ik uitsluitend ingaan op de situatie in Nederland. De ervaringen die in andere landen zijn opgedaan, komen aan bod in de bijdrage van Brems.¹ Uit die bijdrage blijkt dat het vraagstuk in constitutioneel opzicht zeer verschillend kan worden benaderd. Ook Nederland kent een eigen perspectief. Geheel eenduidig is dat perspectief niet, zoals hieronder zal blijken. Het geldende Nederlandse constitutionele recht kent wel een aantal algemeen aan te duiden randvoorwaarden waaraan moet worden voldaan, maar geeft geen pasklaar antwoord op de vraag of het dragen van een hoofddoek in een bepaald geval al dan niet geoorloofd is. Daarvoor zijn de genoemde randvoorwaarden te zeer voor meerdere uitleg vatbaar. Het constitutionele recht biedt wel een algemeen juridisch kader op grond waarvan de wetgever, de rechter en andere actoren, binnen relatief brede marges, kunnen komen tot een zorgvuldige afweging.

In mijn bijdrage zal ik eerst stilstaan bij het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat zoals dat in Nederland geacht wordt te gelden. Dat beginsel vormt ook historisch gezien een belangrijk oriëntatiepunt en een algemeen principe van waaruit het vraagstuk moet worden benaderd. Vervolgens zal ik ingaan op de grondrechtelijke kwesties die met het dragen van een hoofddoek verband houden. De dominante invalshoek die daarbij in Nederland wordt gehanteerd is de gelijke behandeling, maar ook de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging als zodanig verdient aandacht. Op de toegevoegde waarde daarvan kom ik nog terug.

¹ Gepubliceerd elders in deze bundel. Zie voorts voor enige rechtsvergelijkende aspecten A.J. Nieuwenhuis, 'Tussen laïcité en AWGB. Hoofddoek en openbaar onderwijs in Frankrijk, Duitsland, Nederland en onder het EVRM', *NJB* 2004, p. 937 e.v.; A.J.Th. Woltjer, 'De hoofddoek als halszaak? Over hoofddoeken en de scheiding van kerk en staat', *AA* 2004, p. 246 e.v.

2. De scheiding van kerk en staat

De wijze waarop de overheid zich moet opstellen ten opzichte van godsdienstige vraagstukken wordt beheerst door het algemene beginsel van de scheiding tussen kerk en staat². Die scheiding is er niet altijd geweest. Oorspronkelijk had de Nederlandse Hervormde Kerk een bevoorrechte status hetgeen ook in het optreden van de overheid op allerlei manieren tot uitdrukking kwam. In de negentiende eeuw is die status geleidelijk aan afgebouwd. Dat ging niet altijd gemakkelijk. In 1853 leidde de invoering van de bisschoppelijke hiërarchie in de rooms-katholieke kerk tot een conflict tussen de Koning en minister Thorbecke en tot het aftreden van diens kabinet.³

Pas aan het einde van de vorige eeuw is de ontvlechting van kerk en staat definitief voltooid. In 1983 werd de overheidsverplichting tot betaling van bepaalde uitkeringen aan predikanten en andere kerkelijke dienaren, door de wetgever afgeschaft. Elke herinnering aan de vroegere overheidsbemoeienis met de kerken, is sinds die tijd uit de Grondwet verdwenen. Wat rest in onze Grondwet is een bepaling omtrent de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging.

Wat betekent de scheiding van kerk en staat in Nederland in de huidige tijd? Het houdt in de eerste plaats in, zoals het kabinet het zegt in de recent uitgebrachte nota 'Grondrechten in een pluriforme samenleving', 'dat zowel de staat als kerken en andere genootschappen op geestelijke grondslag functioneren als zelfstandige lichamen'.⁴ Voor de genootschappen op geestelijke grondslag en hun leden betekent dit dat zij vrij zijn hun organisatie zelf in te richten, zelfstandig hun eigen functionarissen te kiezen en ook overigens vrij zijn om hun godsdienst of levensovertuiging te belijden zonder inmenging van de staat. Voor de staat vloeit uit het beginsel voort dat hij neutraal is, geen partij kiest voor een bepaalde

godsdienst. Die neutraliteit wordt nog steeds beschouwd als een belangrijke verworvenheid van onze liberale rechtsstaat.⁵ Erg consequent zijn we intussen niet altijd. In mijn woonplaats Maastricht in het katholieke zuiden is het nog steeds gewoonte dat leden van het gemeentebestuur en van de rechterlijke macht meelopen in de grote processie die jaarlijks in de stad wordt gehouden.⁶

De scheiding van kerk en staat zoals die in Nederland is ingevuld, betekent nadrukkelijk niet dat de overheid zich volledig afzijdig houdt. Zoals bekend financiert de overheid op aanzienlijke schaal geestelijke en maatschappelijke activiteiten van godsdienstige en levensbeschouwelijke organisaties. Soms is de overheid zelfs verplicht dat te doen. Het bijzonder onderwijs is daarvan het belangrijkste voorbeeld. Toepassing van het gelijkheidsbeginsel is daarbij essentieel; overheidssteun is alleen mogelijk onder de voorwaarde dat godsdienstige en levensbeschouwelijke organisaties daarop gelijkelijk aanspraak kunnen maken.

De maatschappelijke commotie over het al dan niet dragen van een hoofd-doek, wordt in een aantal landen, zoals bijvoorbeeld in Frankrijk, in rechtstreeks verband gebracht met het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat. In het Nederlandse debat speelt het beginsel als zodanig een minder vooraanstaande rol. Vermoedelijk heeft dat niet alleen te maken met de weinig dogmatische benadering die doorgaans in het Nederlandse staatsrecht wordt gekozen, maar misschien ook met het feit dat er geen overeenstemming bestaat over de vraag wat de uit het beginsel voortvloeiende 'neutraliteit van de staat' in concreto inhoudt. Betekent 'neutraliteit' dat leraren op openbare scholen zich van elke godsdienstige uiting moeten onthouden om de grondrechten van anderen te ontzien of betekent het juist dat een openbare school, binnen zekere grenzen, ruimte moet bieden aan godsdienstige en levensbeschouwelijke uitingen van leerkrachten en leerlingen, mits het beginsel van gelijke behandeling is gewaarborgd? Op deze vraag is naar Nederlands recht moeilijk een eenduidig antwoord te geven; verschillende interpretaties zijn mogelijk. Hierdoor biedt het beginsel van de scheiding van kerk en staat geen duidelijke leidraad voor concrete oplossingen.

5 M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, *Beginnen van de democratische rechtsstaat*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 2001, p. 20-21.

6 Waarmee niet is gezegd dat dat gebruik moet worden afgeschaft. Ook hier geldt, misschien zelfs letterlijk: 'Die Konsequenz führt zum Teufel'.

2 Voor een historische beschouwing zie Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle 1983, p. 254 e.v. Zie verder E.M.H. Hirsch Ballin, 'Staat en kerk, kerk en staat', in: E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat en beleid*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991, p. 419 e.v. (eerder gepubliceerd in 1987); B.P. Vermeulen, 'Artikel 6', in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2000, p. 93-94. Voor een rechtsvergelijkende beschouwing: T. Koopmans, 'Kerk en staat', in: P.P.T. Bovend' Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht*. Opstellen aangeboden aan prof.dr. C.A.J.M. Kortmann, Kluwer, Deventer 2001, p. 197 e.v.

3 P.J. Oud, *Honderd jaren. Een eeuw van staatkundige vormgeving 1840-1940*, Van Gorcum, Assen 1982, p. 38 e.v.

4 Kamerstukken II 2003-2004, 29614, nr. 2, p. 7.

3. Vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing

3.1 Algemeen

De weinig dogmatische benadering van het Nederlandse staatsrecht blijkt ook al uit het feit dat het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat niet met zo veel woorden in de Grondwet is terug te vinden; wel de grondrechten die onlosmakelijk daarmee samenhangen. In artikel 6, eerste lid, van de Grondwet wordt bepaald dat ieder recht heeft zijn godsdienst of levensovertuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. Alleen de formele wetgever kan derhalve beperkingen stellen.⁷

Het tweede lid bevat verdergaande beperkingsmogelijkheden voor godsdienstige of levensbeschouwelijke uitingen die plaatsvinden buiten gebouwen en besloten plaatsen. Deze laatste bepaling laat ik buiten beschouwing omdat ik er van uit ga dat het dragen van een hoofddoek in het publieke domein, op straat of op andere plaatsen die voor iedereen toegankelijk zijn, gewoon is toegestaan. De discussie in Nederland spitst zich meestal toe op specifieke situaties waarin de islamitische vrouw als werknemer optreedt; daarvoor is echter artikel 6, tweede lid, Grondwet niet geschreven. Wel van belang zijn uiteraard de internationale equivalenten van artikel 6 Grondwet. Te wijzen valt met name op artikel 9 EVRM dat via artikel 93 en 94 Grondwet direct door de rechter kan worden toegepast.

Het is opmerkelijk te noemen dat in de procedures die over hoofddoeken tot nog toe in Nederland zijn gevoerd, artikel 6 Grondwet noch artikel 9 EVRM een belangrijke rol spelen. Vrijwel alle juridische uitspraken die zijn gedaan, zijn van de hand van de Commissie Gelijke Behandeling op grond van de Algemene wet gelijke behandeling en zijn dus logischerwijs geplaatst in de sleutel van het al dan niet geoorloofd zijn van het maken van onderscheid op grond van godsdienst. Veel vragen die in dat kader een rol spelen, zijn ook van belang bij de toetsing van het grondrecht van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. In de nu volgende, allerm minst uitputtende, bespreking zal ik dan ook regelmatig verwijzen naar relevante uitspraken van de Commissie. Evenzeer zal echter blijken dat toepassing van de Algemene wet gelijke behandeling niet in alle opzichten

⁷ Zie hierna par. 3.2. Voor een algemene uiteenzetting over de grondwettelijke beperkingssystematiek: L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbenning?', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 216 e.v.

overeenkomt met de grondwettelijke bescherming die geboden wordt door de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging.

Om te beoordelen of een verbod op het dragen van een hoofddoek in een bepaalde situatie in strijd is met de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, spelen verschillende aspecten een rol. In de eerste plaats is de aard van de rechtsverhouding een relevante factor. Als algemeen uitgangspunt geldt in het Nederlandse recht dat grondrechten primair tegen de overheid werken en slechts indirect in verhoudingen tussen burgers onderling.⁸ Particulieren hebben contractsvrijheid en hoeven daarom in beginsel in mindere mate dan de overheid rekening te houden met de rechten en vrijheden van anderen.

Anderzijds is die contractsvrijheid in bepaalde rechtsverhoudingen door wetgeving en rechtspraak aan banden gelegd, zodat het verschil tussen verticale en horizontale werking althans in die rechtsverhoudingen de facto vergaand is gereduceerd. De Algemene wet gelijke behandeling is daar een duidelijk voorbeeld van. Met uitzondering van specifieke situaties, met name kan worden gewezen op het bijzonder onderwijs, gelden op het punt van de toepassing van artikel 1 Grondwet voor de overheid en voor particulieren op de brede terreinen waarop deze wet van toepassing is, dezelfde rechtsnormen en criteria. Indirect regardeert dat ook de vrijheid van godsdienst; omdat de Algemene wet gelijke behandeling ook onderscheid op grond van godsdienst verbiedt, geniet de vrijheid van godsdienst via toepassing van deze wet in horizontale rechtsverhoudingen een sterke bescherming.

Om die reden zal ik hierna bij de bespreking van grondrechtelijke aspecten in beginsel geen onderscheid maken tussen de verticale en horizontale werking van grondrechten. Uitgangspunt is dus dat de vrijheid van godsdienst in alle rechtsverhoudingen een bepaalde rechtswerking heeft. Voor de beoordeling van concrete situaties is dan in de eerste plaats de vraag of de vrijheid van godsdienst überhaupt in het geding is. Indien dat het geval is komt vervolgens aan de orde of sprake zou kunnen zijn van een rechtmatige beperking van het grondrecht. Op beide kwesties ga ik nu in.

⁸ De zogenaamde horizontale werking van grondrechten. Zie C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer, Deventer 2001, p. 373 e.v. met verwijzingen naar overvloedige literatuur.

3.2 Reikwijdte: wat is godsdienst?

De eerste vraag is dus: is het dragen van een hoofddoek door een moslim-vrouw naar geldend recht te beschouwen als een uitdrukking van haar geloofsovertuiging? Uit het debat komt naar voren dat daar in moslim-kringen en daarbuiten verschillend over wordt gedacht. Gespeculeerd wordt over de motieven die aan het dragen van een hoofddoek ten grondslag liggen en over de associaties die het oproept.

Uiteindelijk zijn dergelijke vragen in constitutionele zin minder relevant. Op grond van de scheiding tussen kerk en staat stelt de rechter zich terughoudend op bij de vraag of een handeling te beschouwen is als een godsdienstige uiting of niet. Deze interpretatieve terughoudendheid is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. In een bekend arrest van 1957⁹ heeft de Raad uitgemaakt dat het de rechter niet vrijstaat over dogmatische en theologische twistvragen te oordelen; hij dient neutraal te zijn en dus geen partij te kiezen in geschillen van godsdienstige of theologische aard.

Dat laatste is slechts anders als sprake zou zijn van een individuele opvatting die niet algemeen en objectief als een geloofsuiting kan worden beschouwd. Dat was bijvoorbeeld het geval in het arrest van de Hoge Raad waarin een sexclub zich tevergeefs afficheerde als satanskerk in een poging zich te ontdoen van regelmatige politiecontroles.¹⁰ Van godsdienst-oefeningen was hier volgens de Hoge Raad, in navolging van het Hof Den Haag, geen sprake. Ook kan in dit verband worden gewezen op het oudere arrest van de Raad waarin werd beslist dat een predikant zich niet met een beroep op zijn godsdienstvrijheid kan onttrekken aan de wettelijke verplichting tot het betalen van AOW-premie.¹¹

Het gaat hier evenwel uitdrukkelijk om uitzonderingsgevallen. De hoofdregel is dat de rechter een beroep op de godsdienstvrijheid zeer marginaal toetst. Het lijkt dan ook geen twijfel dat de Nederlandse rechter zich over de vraag in hoeverre het dragen van een hoofddoek wel of niet als een uiting van het moslimgeloof heeft te gelden, niet zal uitlaten en zonder meer zal aannemen dat de vrijheid van geloof in het geding is. De Commissie Gelijke Behandeling gaat hier eveneens van uit en heeft zich op dit punt terecht bij de algemene lijn van de vaste rechtspraak van de Hoge Raad aangesloten.¹²

9 HR 15 februari 1957, *NJ* 1957, 201 (Gereformeerde Kerk Hasselt).

10 HR 31 oktober 1986, *NJ* 1987, 173 (Kloosterorde Zusters Sint Walburga).

11 HR 13 april 1960, *NJ* 1960, 436 (AOW II).

12 Zie CGB 22 juni 2001, oordeel 2001-53, *AB* 2001, 308, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 890 e.v.

3.3 Beperkingen van de vrijheid van godsdienst

Om die reden dient in het debat het accent te liggen op de vraag of aan het dragen van een hoofddoek beperkingen mogen worden gesteld en zo ja, onder welke voorwaarden. Dát er beperkingen kunnen worden gesteld, kan niet op voorhand worden uitgesloten. Grondrechten zijn in een rechtsstaat een groot goed, maar dat betekent niet dat in bepaalde omstandigheden de uitoefening van een grondrecht niet voor andere zwaarwegende belangen zal moeten wijken. Niemand kan op basis van een aan hem toekomend grondrecht er zonder meer aanspraak op maken dat hij dat grondrecht overal en op elk gewenst tijdstip moet kunnen uitoefenen.¹³ Het is dan ook niet verwonderlijk dat in bijna elke grondrechtenbepaling, zowel in de Grondwet als in het EVRM, een clause is opgenomen die beperkingen in bepaalde gevallen mogelijk maakt.

Veel moeilijker is deze abstracte noties toe te passen door in concrete gevallen te gaan bepalen of en zo ja, welke beperking geoorloofd is. Dat geldt ook voor het dragen van een hoofddoek. De discussie daarover blijkt nog niet uitgekristalliseerd en heeft ook nog niet in alle opzichten geleid tot duidelijke regels of jurisprudentie. Als algemeen uitgangspunt geldt echter dat in een liberale rechtsstaat als de onze de individuele vrijheid voorop staat. Dat betekent dat als het gaat om de noodzaak van eventuele beperkingen van die vrijheid, de bewijslast nadrukkelijk bij de overheid ligt. Deze zal derhalve binnen de kaders van de geldende grondrechtenbepalingen moeten aantonen dat het dragen van een hoofddoek in bepaalde omstandigheden niet mogelijk is of aan voorwaarden moet worden verbonden.

Wat zeggen nu die grondrechtenbepalingen over mogelijke beperkingen? Uit artikel 6 Grondwet en 9 EVRM blijkt dat een beperking moet voldoen aan de volgende voorwaarden:

- een beperking moet zijn neergelegd in een specifieke formeelwettelijke regeling, dat wil zeggen een regeling die door regering en parlement is vastgesteld;
- een beperking mag alleen opgelegd worden in het belang van een of meer van de in het EVRM vastgelegde doelstellingen, en tenslotte

m.n. M. Kuijer, met verwijzing naar eerdere uitspraken.

13 Vgl. M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1989, p. 129.

- een beperking moet, zoals het EVRM het zegt, ‘noodzakelijk zijn in een democratische samenleving’.

Over elk van die voorwaarden maak ik, soms met verwijzing naar uitspraken van de Commissie, een aantal opmerkingen.

3.4 Behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet

Artikel 6, eerste lid, Grondwet bepaalt dat een ieder het recht heeft om zijn godsdienst vrij te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. Die laatste clause betekent dat voorzover beperkingen mogelijk zijn, deze moeten worden vastgelegd in een specifieke wet in formele zin. Delegatie van de beperkingsbevoegdheid aan andere regelgevers staat de Grondwet niet toe.

Opmerkelijk genoeg krijgt deze voorwaarde in het debat tot dusverre nauwelijks aandacht. Ook de regering gaat er in de recente nota ‘Grondrechten in een pluriforme samenleving’ uiteindelijk aan voorbij. In de nota wordt in algemene zin erkend dat artikel 6 Grondwet een specifieke wettelijke grondslag vereist voor het beperken van de vrije belijdenis van godsdienst of levensovertuiging, zoals door middel van het dragen van bepaalde kledingstukken. Deze lijn wordt echter niet consequent doorgetrokken. De regering wil pas wetgeving overwegen als zou blijken dat ‘rechtspraktijk en maatschappelijke praktijk te zeer uiteenlopen’. Op dit moment acht de regering nog geen wetgeving noodzakelijk.¹⁴

Naar mijn mening is deze opstelling constitutioneel gezien betwistbaar. De regering zou inderdaad van wetgevingsinitiatieven kunnen afzien indien zij zou menen dat het dragen van een hoofddoek in het geheel niet mag worden beperkt. Maar dat is niet het geval. In diezelfde nota neemt de regering immers ook het standpunt in dat ambtenaren en leerkrachten in het openbaar onderwijs onder strikte voorwaarden aan kledingvoorschriften kunnen worden onderworpen.¹⁵ Indien de regering dat vindt kan zij de vaststelling van die voorschriften niet simpelweg aan de rechtspraktijk overlaten. De Grondwet schrijft voor dat daar waar kledingvoorschriften een beperking van de godsdienstvrijheid behelzen, een specifieke formeel-wettelijke basis noodzakelijk is. Die eis geldt in elk geval daar waar het publiekrechtelijke rechtsverhoudingen betreft.

14 Kamerstukken II 2003-2004, 29614, nr. 2, p. 24. Zie ook p. 21.

15 Kamerstukken II 2003-2004, 29614, nr. 2, p. 16.

Geconstateerd moet worden dat een dergelijke formeelwettelijke basis op dit moment ontbreekt. Voor ambtenaren is in de Ambtenarenwet met het oog op de godsdienstvrijheid alleen een regeling opgenomen voor het werken op godsdienstige feest- en rustdagen, maar over beperkende kledingvoorschriften geen woord. Ook de Wet op de rechterlijke organisatie bevat geen duidelijke regeling op dit punt, zoals de Commissie Gelijke Behandeling al eerder constateerde.¹⁶ Het voornemen van de regering om een zodanige wettelijke regeling aanhangig te maken¹⁷, is nog niet uitgevoerd en in de nota ‘Grondrechten in de pluriforme samenleving’ wordt er ook niet op teruggekomen. Ten slotte bevat ook de onderwijswetgeving geen specifieke regels op dit terrein.

Naar mijn opvatting staat deze terughoudendheid op gespannen voet met artikel 6 Grondwet. Indien de regering meent dat beperkingen in bepaalde gevallen nodig zijn, dient zij de koninklijke weg te behandelen en wettelijke regels voor te bereiden waarin die specifieke gevallen worden geregeld. Dan kan het debat ook tot een bepaalde afronding komen door middel van een besluit genomen door een orgaan dat daarvoor bij uitstek gelegitimeerd moet worden geacht: het Nederlandse parlement. Op dit moment laat de regering de oplossing van dit netelige vraagstuk ten onrechte aan de praktijk (en uiteindelijk aan de rechter) over.

3.5 Het doel van mogelijke beperkingen

Met de eis van een formeelwettelijke basis is nog geen enkele inhoudelijke afweging gegeven. Vastgesteld moet worden dat onze Grondwet geen criteria voor die afweging biedt.¹⁸

Daarvoor moet men te rade gaan bij artikel 9 EVRM.

In de eerste plaats bevat deze bepaling de opsomming van een aantal doelcriteria. Dit zijn doelstellingen in het belang waarvan een bepaald grondrecht door de overheid mag worden beperkt. Het aantal doelcriteria dat wordt genoemd en de vage wijze waarop een aantal van hen is geformuleerd, heeft tot gevolg dat zij in de praktijk zelden een belemmering vor-

16 CGB 22 juni 2001, oordeel 2001-53, AB 2001, 308, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 890 e.v. (overweging 4.11).

17 Kamerstukken II 2000-2001, Aanhangsel p. 3445.

18 Althans geen expliciete criteria. Een van de vorige kabinetten heeft het standpunt verdedigd dat het proportionaliteitsbeginsel in de Grondwet moet worden ingelezen: Kamerstukken II 2000-2001, 27460, nr. 1, p. 6. Zie ook S.C. Den Dekker-van Bijsterveld, ‘Grondrechtelijke belangen in wetgeving’, in: *Recht doen door wetgeving*. Opstellen over wetgevingsvraagstukken aangeboden aan mr. E.M.H. Hirsch Ballin, Tjeenk Willink, Zwolle 1990, p. 203 e.v.

men. Meestal kan een voorgenomen overheidsmaatregel wel onder een van die criteria worden geschaard. Artikel 9, tweede lid, EVRM vormt daarop geen uitzondering.

Dat de doelcriteria van deze bepaling ‘an sich’ geen struikelblok zullen vormen voor een verbod op het dragen van een hoofddoek, blijkt ook uit de Straatsburgse rechtspraak. In een Turkse zaak heeft het Hof overwogen dat de overheid het dragen van een hoofddoek als religieuze uiting aan banden mag leggen, ‘if the exercise of that freedom clashes with the aim of protecting the rights and freedoms of others, public order and public safety’.¹⁹ Verschillende doelen kunnen derhalve een verbod rechtvaardigen.

Toch dwingen de doelcriteria wel tot een zekere argumentatie; de bevoegde instantie zal van geval tot geval onder woorden moeten brengen welk concreet doel men met een beperkende maatregel voor ogen heeft. Die toets zie je ook terugkomen in de uitspraken van de Commissie gelijke behandeling in het kader van de vraag of sprake is van indirect onderscheid in de zin van artikel 1 van de Algemene wet gelijke behandeling. De Commissie heeft bijvoorbeeld erkend dat het bevorderen van de onderlinge communicatie en het waarborgen van de veiligheid tijdens zwem- en gymnastieklessen op zichzelf legitieme en voldoende zwaarwegende doelstellingen zijn die door scholen met behulp van kledingvoorschriften mogen worden nagestreefd.²⁰

Dat betekent nadrukkelijk niet dat elke beperking met een dergelijk doel ook meteen geoorloofd is. Zo kan, zoals de Commissie ook heeft vastgesteld, het dragen van een niqaab op een school worden verboden omdat dat de communicatie tussen docenten en leerlingen en tussen leerlingen onderling te zeer belemmert.²¹ Maar dat dat ook zou moeten gelden voor het dragen van een hoofddoek valt moeilijk in te zien. Kortom, om te kunnen bepalen welke beperking door een bepaald doel wordt gerechtvaardigd, is een nadere afweging nodig.

3.6 De afweging: noodzakelijk in een democratische samenleving

Dat brengt mij op de derde voorwaarde waaraan beperkingen op het dragen van een hoofddoek zouden moeten voldoen; zij moeten, in de terminologie van artikel 9, tweede lid, EVRM, ‘noodzakelijk zijn in een democratische samenleving’. In de praktijk gaat de discussie bijna altijd over toepassing van deze voorwaarde. In deze voorwaarde zit ook de meeste interpretatieruimte. Want welke maatregelen zijn noodzakelijk in een democratische samenleving? Het is een goed voorbeeld van een juridische norm waarvan de invulling mede afhankelijk is van politieke of maatschappelijke inzichten en opvattingen. Het recht geeft hier vooral de algemene grenzen waarbinnen een nadere afweging moet plaatsvinden. Het legt meer een motiverings- en argumentatieplicht op dan dat het voor alle gevallen pasklare inhoudelijke oplossingen biedt.

Uit de uitspraken van de Commissie gelijke behandeling blijkt dat niet in algemeen zin voor alle gevallen kan worden gezegd of het dragen van een hoofddoek of gezichtsbedekkende kleding is toegestaan of niet. Dat is afhankelijk van de concrete omstandigheden. Wel is duidelijk dat de Commissie de mogelijkheden van een verbod zeer beperkt acht. De door haar verrichte toetsing is streng waardoor beperkende maatregelen slechts zelden toelaatbaar worden geacht. Dat lijkt mij een juiste benadering. Eerder heb ik al opgemerkt dat in een rechtsstaat de vrijheid voorop staat; beperkingen daarop zijn een uitzondering en dienen strikt op hun rechtmatigheid te worden getoetst.

In de systematiek van de Algemene wet gelijke behandeling is het maken van direct onderscheid aan striktere regels gebonden dan het maken van indirect onderscheid. Dat heeft in de benadering van de Commissie tot gevolg dat een verbod dat alleen is ingegeven door het dragen van een hoofddoek ‘an sich’, niet door de beugel kan. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de gevallen waarin een openbare school zich op het standpunt had gesteld dat het dragen van een hoofddoek in strijd is met de beoogde neutraliteit van het openbaar onderwijs. De Commissie maakt hier terecht korte metten mee: het enkele feit dat een vrouw een hoofddoek draagt betekent niet dat deze de open instelling tegenover godsdienstige en levensbeschouwelijke waarden zou missen die van het onderwijzend personeel op een openbare school mag worden verwacht. De opvatting van de school werd om die reden opgevat als door de wet verboden direct onderscheid.²²

22 CGB 22 december 1999, oordeel 1999-103, AB 2000, 72 m.n. BPV. Zie ook CGB 9

19 EHRM 13 februari 2003, nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, Refah Partisi e.a. tegen Turkije (r.o. 92), EHRC 2004, 80 m.n. LV.

20 CGB 24 december 1997, oordeel 1997-149 (overweging 4.4).

21 CGB 20 maart 2003, oordeel 2003-40, AB 2003, 233 m.n. BPV, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 615 m.n. T. Loenen.

Meer ruimte bestaat naar het oordeel van de Commissie voor het bijzonder onderwijs. Een tot leerlingen gericht verbod op een katholieke school om kledingstukken te dragen ‘die geassocieerd kunnen worden met een niet-katholieke of niet-christelijke levensovertuiging’, zoals een hoofddoekje, werd door de Commissie geoorloofd geacht, omdat een dergelijk verbod – in de termen van artikel 7, tweede lid, van de Algemene wet gelijke behandeling – noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de katholieke grondslag van de school.²³

Het verschil met het openbaar onderwijs is dat hier nadrukkelijk sprake is van een botsing van grondrechten: tegenover de vrijheid om door middel van het dragen van een hoofddoekje uiting te geven aan het islamitisch geloof staat de vrijheid van godsdienst en van onderwijs van de katholieke school om ter verwezenlijking van haar grondslag uitingen van andere godsdiensten of levensovertuigingen in het schoolleven te weren. Voorwaarde is wel, zo stelt de Commissie, dat het verbod gegrond is op een consistent gevoerd en gehandhaafd beleid. Aan die voorwaarde was volgens de Commissie in het onderhavige geval voldaan.

De Algemene wet gelijke behandeling verbiedt niet alleen direct, maar ook indirect onderscheid op grond van godsdienst. Dat doet zich voor indien een op het eerste gezicht neutraal criterium, nadelig uitpakt voor personen met een bepaalde geloofsovertuiging. Dat is bijvoorbeeld het geval als een verbod om gezichtsbedekkende kleding te dragen, overwegend personen treft van het islamitisch geloof, omdat de belangrijkste consequentie van dat verbod in de praktijk met name daarin is gelegen dat het islamitische vrouwen onmogelijk wordt gemaakt om een niqaab, burqua of chador te dragen. Een dergelijk indirect onderscheid is volgens de wet niet toegestaan, tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardiging.²⁴

De Commissie beoordeelt de toelaatbaarheid van een dergelijk onderscheid volgens vaste criteria die oorspronkelijk zijn ontleend aan de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie²⁵ en bovendien sterk overeenkomen met de maatstaven die het Straatsburgse Hof pleegt aan te leggen bij het antwoord op de vraag of een beperking van de godsdienstvrijheid ‘nood-

zakelijk is in een democratische samenleving’. Achtereenvolgens beziet de Commissie of:

- het onderscheid een geschikt middel is om het nagestreefde doel te bereiken en
- hetzelfde doel niet langs andere weg kan worden bereikt en het gemaakte onderscheid in evenredige verhouding staat tot het doel.

Laatstgenoemde voorwaarden worden ook wel aangeduid als de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit.

Zoals gezegd neemt de Commissie terecht niet snel aan dat sprake is van een passend en noodzakelijk onderscheid. Een verbod op het dragen van een hoofddoek met het oog op de veiligheid op de werkplek werd niet door de Commissie aanvaard omdat de werkgever niet aannemelijk kon maken dat een hoofddoek die is of wordt vastgemaakt niet toereikend zou zijn om de risico's verbonden aan het werken met inpakmachines, te vermijden.²⁶ Ook de eis dat een balie medewerker bij een bank vanwege het contact met cliënten geen hoofddoek zou mogen dragen, vond de Commissie niet acceptabel. De Commissie achtte zonder nadere onderbouwing niet aannemelijk dat het feit dat enkele cliënten over de hoofddoek zouden gaan klagen, het commerciële doel van de bank nadelig zou kunnen beïnvloeden terwijl zij voorts de criteria aan de hand waarvan de ‘professionele uitstraling’ van het baliepersoneel beoordeeld zou moeten worden, in dit geval als onduidelijk, oncontroleerbaar en subjectief aanmerkte.²⁷

Daartegenover staan gevallen waarin de Commissie de afweging anders laat uitvallen en het onderscheid wel objectief gerechtvaardigd acht. Dit betreft in de eerste plaats een verbod op het dragen van een hoofddoek tijdens de verplichte gymnastieklessen. In een uitspraak uit 1997 stelde de Commissie vast dat de in dat geval gefabriceerde gymhoofddoek niet veilig was, omdat deze niet scheurde indien de hoofddoek aan een kant zou blijven haken, een situatie die zich tijdens de gymles zou kunnen voordoen. Dit leidde tot de conclusie dat de traditionele hoofddoek eveneens onveilig was en dat derhalve een verbod als objectief gerechtvaardigd moet worden beschouwd. Overigens voegde de Commissie hier aan toe niet uit te sluiten dat in de toekomst wellicht een hoofddoek gemaakt kan worden die wel aan de te stellen veiligheidseisen kan voldoen.²⁸

februari 1999, oordeel 1999-18.

23 CGB 5 augustus 2003, oordeel 2003-112, AB 2003, 375 m.n. BPV.

24 Art. 2, eerste lid, AWGB.

25 Hierover onder meer J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, SDU Uitgevers, Den Haag 2002, p. 221 e.v.

26 CGB 17 oktober 1996, oordeel 1996-85.

27 CGB 15 augustus 2002, oordeel 2002-123. Zie ook nrs. 124 en 125.

28 CGB 24 december 1997, oordeel 1997-149, *Rechtspraak Nemesis* 1998, 897. Zie ook CGB 23 december 1999, oordeel 1999-106.

Meer moeite heeft de Commissie gehad met het bepalen van een duidelijke koers als het gaat om het dragen van een gezichtsbedekkende kleding in het onderwijs. Aanvankelijk oordeelde de Commissie dat een sluierverbod in strijd was met de wet, onder meer omdat het dragen van een chador slechts weinig voorkomt en er in de klas, ondanks de gezichtsbedekking, voldoende communicatie mogelijk blijft.²⁹ Van dat standpunt lijkt de Commissie inmiddels te zijn teruggekomen. In een uitspraak van 2003³⁰ oordeelde de Commissie een sluierverbod wel passend en noodzakelijk met het oog op het bevorderen van de onderlinge communicatie op school, het kunnen vaststellen van de identiteit van de leerlingen en de naleving van de wettelijke taken die aan de onderwijsinstelling zijn opgedragen. Hoewel dit oordeel mij juist lijkt, is niet duidelijk waarom de Commissie van mening is veranderd. De Commissie lijkt blijkens de uitspraak zelfs te ontkennen dat van een koerswijziging sprake is.³¹

Het belang van een goede communicatie speelde eveneens een rol in een uitspraak van de Rechtbank Zwolle.³² In deze zaak weigerde de rechter in het kader van de vaststelling van een omgangsregeling een vrouw met een nikaab te horen, omdat de rechter in vrijheid vragen moet kunnen stellen en door partijen in de gelegenheid zou moeten worden gesteld 'ook kennis te nemen van de houding en lichaamstaal van die procespartijen, die wel of niet (naar waarheid) op die vragen en op uitlatingen van de wederpartij, antwoorden en reageren'. Een beroep op de vrijheid van godsdienst mocht niet baten: deze vrijheid gaat volgens de rechtbank niet zover dat dit meebrengt 'dat de rechter in de uitoefening van zijn ambt en de vervulling van zijn taak door partijen kan worden beperkt, in die zin dat de regels van een zorgvuldige procesvoering moeten wijken of onder druk komen te staan, omdat deze door partijen in plaats van door de rechter zelf naar believen zouden kunnen worden ingevuld'. Deze uitspraak is fel bekritiseerd door Van den Burg, omdat de rechter het beroep op de godsdienstvrijheid zonder enige afweging afwijst.³³ Inderdaad gaat het niet om een uitspraak die uitblinkt door een gedegen grondrechtelijke motivering.

29 CGB 6 september 2000, oordeel 2000-63.

30 CGB 20 maart 2003, oordeel 2003-40, AB 2003, 233 m.n. BPV, NJCM-Bulletin 2003, p. 615 m.n. T. Loenen.

31 Zie de kritische annotatie van Vermeulen hierover.

32 Rechtbank Zwolle 10 oktober 2003, LJN-nr. AL8382. Zie NJB 2003, p. 2078.

33 W. van den Burg, 'De privatisering van de godsdienstvrijheid', NJB 2003, p. 2296.

Eveneens controversieel is het oordeel van de Commissie in de bekende zaak van de rechtbankgriffier. De Commissie achtte het uitsluiten van alle sollicitanten met een hoofddoek voor de functie van waarnemend griffier bij de rechtbank disproportioneel en mede daarom niet noodzakelijk om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen. Daaraan was mede debet dat een verbod om een hoofddoek te dragen volgens de Commissie niet duidelijk uit de bestaande regelgeving kon worden afgeleid en bovendien in de praktijk niet consequent werd toegepast.³⁴

Uit het antwoord op vragen uit de Tweede Kamer blijkt dat de minister van Justitie een andere mening is toegedaan³⁵. Het zwaarwegend belang dat er in is gelegen dat de rechterlijke macht elke schijn van partijdigheid dient te vermijden, moet er volgens de minister toe leiden dat het dragen van religieuze symbolen door rechterlijke ambtenaren in de rechtszaal, onder alle omstandigheden achterwege moet blijven. Naar mijn mening is dat een terecht standpunt. De rechterlijke macht staat als geen ander symbool voor de onafhankelijke uitoefening van overheidsgezag, zoals ook artikel 6 EVRM tot uitdrukking brengt. In dat opzicht verschilt de rechter mijns inziens fundamenteel van bijvoorbeeld de leerkracht op een openbare school. Anderen hebben echter in de discussie over deze zaak een ander standpunt ingenomen.³⁶ Het laat nog maar eens zien dat over de betekenis van de eis van de neutraliteit van de staat ook vandaag de dag zeer verschillend wordt gedacht.

Zoals ook blijkt uit het betoog van Brems geldt dat laatste ook voor de opvattingen binnen Europa als geheel. Er bestaat in Europa geen gelijklopende invulling van het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat en de daarmee samenhangende vrijheid van godsdienst. Om die reden is ook niet te verwachten dat het Straatsburgse Hof zich in de toekomst snel in negatieve zin over een verbod op het dragen van een hoofddoek zal uitspreken. Waarschijnlijk zal het Hof de verdragsstaten een ruime 'margin of appreciation' gunnen bij het antwoord op de vraag of een dergelijk verbod 'noodzakelijk is in een democratische samenleving'. Een

34 CGB 22 juni 2001, oordeel 2001-53, AB 2001, 308, NJCM-Bulletin 2001, p. 890 e.v. m.n. M. Kuijer.

35 Kamerstukken II 2000-2001, Aanhangsel p. 3445.

36 Vergelijk T. Loenen, 'Hoofddoeken voor de klas en in de rechtbank: op weg naar een multicultureel publiek domein?', NJCM-Bulletin 2001, p. 851 e.v.

verwachting die lijkt te worden ondersteund door de Straatsburgse rechtspraak tot dusverre.³⁷

4. Besluit

Ik kom tot een afronding. In mijn betoog heb ik geprobeerd om de problemen die kunnen voortvloeien uit de wens om een hoofddoek te dragen, te belichten vanuit het Nederlandse constitutionele recht. Daarbij heb ik met name de invalshoek gekozen van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, zoals gewaarborgd in artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM. Dat is niet de meest courante benadering. Anders dan in andere Europese landen wordt in Nederland de problematiek meestal geplaatst in de sleutel van het beginsel van gelijke behandeling en het discriminatieverbod.

Ongetwijfeld is en blijft de gelijke behandeling een zeer essentiële invalshoek. De uitspraken van de Commissie gelijke behandeling maken veel praktijkproblemen zichtbaar. Zij laten ook zien dat de afwegingscriteria die bij de toepassing van de Algemene wet gelijke behandeling worden gehanteerd, grotendeels overeenstemmen met de beperkingscriteria van met name artikel 9, tweede lid, EVRM.

Cruciaal is voorts dat het beginsel van gelijke behandeling staat voor voorkoming van willekeur en inconsistentie. Dat laatste is in onze pragmatische rechtscultuur een reëel gevaar. Daar waar in Nederland van oudsher tolerantie en pluriformiteit altijd voorop hebben gestaan en wij vanuit die benadering ons nooit zo druk hebben gemaakt over verschijnselen binnen de traditionele christelijke kerkgenootschappen die, naar moderne maatstaven gemeten, wellicht als discriminerend moeten worden aangemerkt, lijken wij ons in de huidige tijd soms erg op te winden over sterk vergelijkbare verschijnselen met dit verschil dat zij voortvloeien uit religies of levensovertuigingen die in Nederland tot voor kort relatief onbekend waren. Het beginsel van gelijke behandeling moet voorkomen dat wij met twee maten gaan meten.

Toch meen ik dat de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, naast het beginsel van gelijke behandeling en het discriminatieverbod, als grond-

recht een belangrijke toegevoegde waarde zou kunnen hebben, en wel in twee opzichten. In de eerste plaats zal de gelijke behandelingswetgeving vanuit een constitutioneel perspectief moeilijk kunnen voorkomen dat de bescherming van de vrijheid van godsdienst over de gehele linie wordt teruggeschroefd. Gelijke behandeling van alle godsdiensten zegt op zichzelf nog niets over het niveau waarop die godsdiensten worden beschermd. Alleen de vrijheid van godsdienst zelf kan tegen te vergaande beperkingen een dam opwerpen. Dat doet zij door de vrijheid voorop te stellen en de bewijslast voor beperkende maatregelen te leggen bij de overheid; deze moet aantonen dat aan de juridische voorwaarden voor een voorgenomen beperking is voldaan.³⁸ Die benadering past mijns inziens ook het beste bij onze traditionele cultuur van tolerantie en pluriformiteit. Daarnaast brengt artikel 6 Grondwet de rol van de wetgever duidelijker in het vizier. Elke beperking zal door de wetgever in specifieke zin geregeld moeten worden. De wetgever heeft dit in bepaalde gevallen ten onrechte nagelaten, zoals bijvoorbeeld bleek bij de kledingvoorschriften voor ambtenaren van de rechterlijke macht. Ook dat is een aspect dat naar mijn mening meer aandacht verdient.

37 Recentelijk EHRM 29 juni 2004, nr. 44774/98, Leyla Sahin tegen Turkije. Zie eerder EHRM 15 februari 2001, nr. 42393/98, Dahlab tegen Zwitserland (ontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 13 februari 2003, nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, Refah Partisi e.a. tegen Turkije (r.o. 92). Zie de kritische bespreking van de Dahlab-uitspraak door Loenen in *NJCM-Bulletin* 2001, p. 859-861.

38 In deze zin ook A.J. Nieuwenhuis, 'Tussen laicite en AWGB. Hoofddoek en openbaar onderwijs in Frankrijk, Duitsland, Nederland en onder het EVRM', *NJB* 2004, p. 937 e.v.